GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"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 Institutionum D. Justiniani)

TOMO LII. DICIEMBRE DE 1941. NUMERO 1977.

COMENTARIOS A LA LEY 28 DE 1932

ARTICULO 4º

"En el caso de liquidación de que trata el artículo 1º de esta ley, se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo. Los activos líquidos restantes se sumarán y dividirán conforme al Código Civil, previas las compensaciones y deducciones de que habla el mismo Código".

Aunque la redacción de este artículo es en parte diferente de la que traía el proyecto primitivo, en el fondo responde también al sistema propuesto y consagrado: independencia y libertad de los cónyuges para adquirir bienes, gozarlos y disponer de ellos, pero a sabiendas de que en el evento de separación patrimonial definitiva, divorcio, nulidad del matrimonio o muerte, se procede a hacer una liquidación semejante a la que se efectuaba bajo el imperio del Código, es decir, con participación en las ganancias, mediante, naturalmente, las "compensaciones y deducciones" del caso.

Siguiendo el proceso que el mismo artículo indica, al presentarse el caso de la liquidación se tiene lo siguiente:

1º Como de conformidad con el sistema de la nueva Ley, y especialmente con lo dispuesto en la primera parte del artículo 2º, cada cónyuge responde únicamente de las deudas que personalmente contraiga, antes de repartir gananciales debe deducirse de la masa social que cada cónyuge haya manejado o de sus bienes propios, según el sistema del Código, el pasivo respectivo, o sea, el de su cargo.

2º También antes de adjudicar gananciales deben hacerse las "compensaciones y deducciones de que habla el mismo Código", lo que quiere decir, que del haber manejado por cada cónyuge debe retirarse o deducirse los bienes que de acuerdo con el Código le pertenezcan exclusivamente, como los inmuebles que poseía al casarse, los adquiridos a título gratuito

durante el matrimonio, etc.; y si había dispuesto de alguno de esos bienes, debe compensársele su valor.

Para todo eso siguen sirviendo casi todas las disposiciones del Título 22, Libro 4º del Código Civil. Las más afectadas (pero que no juegan en la liquidación) son las del capítulo 3º de dicho Título.

Un ejemplo bastará para aclarar suficientemente el artículo 4º comentado:

Supóngase un matrimonio en el cual, al contraerse, el hombre poseía una casa y cien cabezas de ganado, y la mujer una hacienda, un terreno y un solar o lote en la ciudad; durante el matrimonio el marido hizo adquisiciones a título oneroso por $ 20.000 y recibió en herencia una montaña, pero vendió el ganado en $ 2.000 y contrajo deudas que al disolverse la sociedad ascendían a $ 4,500. La mujer hizo adquisiciones por $ 12,000 en bienes de varias clases, más una edificación de $ 2,000 en el lote, pero directamente o por mediación del marido como apoderado, había vendido el terreno en $ 800 y contrajo deudas que al tiempo de la liquidación valían $ 1,300.

La liquidación se hará así: del haber global que manejaba el marido se separan los $ 4,500 de sus deudas. Queda de ese acervo la casa, la montaña y $ 15,500 en diversas especies y valores. Retira o deduce los dos inmuebles relacionados, porque conforme al Código debían reputarse de su exclusiva propiedad: el uno por ser dueño de él cuando se casó, y el otro por haberlo heredado (artículo 1782, Código Civil). En seguida se compensa el valor del ganado vendido en $ 2,000, porque no obstante ser bien mueble que debía entrar al haber social bajo el régimen del Código (número 3º, artículo 1781 del Código Civil), por haber sido aportado debía restituírsele su valor. Hecha esa restitución, quedan $ 13,500 para integrar el acervo de gananciales.

Del haber global manejado por la mujer se deducen $ 1,300 de sus deudas. Retira la hacienda y el lote, inclusive la edificación, porque ésta, de conformidad con el número 3º, artículo 1783 del Código, constituye un aumento material al lote, especie propia del cónyuge, con la cual vino a formar un mismo cuerpo y que por tal razón no debía entrar al haber social, sin perjuicio de la recompensa de que habla el artículo 1802, procediéndose al efecto como dice el artículo 1825.

Hechas tales deducciones, con los $ 1,300 de las deudas, queda un caudal de $ 10,700, de los cuales hay que deducir para la mujer $ 800, valor del terreno que tenía cuando se casó y que ella vendió durante el matrimonio. (Este reembolso o deducción del precio del terreno vendido se hace en virtud del derecho otorgado por el artículo 1797 del Código, que en esa parte o por ese aspecto queda vigente; pero tal reembolso o deducción no puede ser hecha de la masa de gananciales de los dos cónyuges, sino del haber social manejado por el mismo que vendió la cosa). Queda un acervo líquido de $ 9.900 para integrar gananciales, que con los $ 2,000, valor de la edificación en el lote (especie que en su totalidad retira la mujer pero computándose el valor de la mejora entre los gananciales), da un total de $ 11,900, cantidad que con los $ 13,500, saldo de las adquisiciones del marido, dan una suma de $ 25,400, o sean, partidos por mitad, $ 12,700 para cada cónyuge o sus herederos; sin olvidar, al hacer la hijuela de la mujer, que en los gananciales de ésta deben computarse los $ 2,000 que invirtió en la edificación.

Considérese ahora el caso más frecuente entre nosotros: un matrimonio en que habiendo o nó aportes iniciales, durante varios años de vida conyugal el marido hace en sus negocios, oficio o profesión adquisiciones por $ 10,000, por ejemplo; y la mujer no, porque ha vivido consagrada a las ocupaciones de la casa y la atención del marido y de los hijos. Al llegarse a la liquidación, esa mujer llevaría $ 5,000 por sus gananciales.

Otro tanto ocurriría a la inversa: que en el matrimonio el marido no hubiera hecho adquisiciones y la mujer sí. Aquél

llevaría en la liquidación su mitad de gananciales. Esto le ha parecido injusto a un distinguido jurista; pero ¿qué sucedía bajo el régimen del Código?, algo peor: el marido holgazán y dilapidador no solamente recogía al disolverse el matrimonio la mitad de las ganancias hechas por la mujer, porque hacían parte del haber social, sino que durante el matrimonio podía disponer de ellas, las cuales también estaban afectas al pago de las deudas del marido. Hoy no; antes de la liquidación social, el marido no puede tocar los haberes administrados por la mujer, sean o no de los que hayan de computar como gananciales; ni tales haberes pueden ser perseguidos por los acreedores del marido, ni durante el matrimonio ni en la liquidación de la sociedad.

Volviendo a la primera parte del artículo 4º, se encuentra en él una frase que pudiera ocasionar conclusiones, y es ésta: "se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo". Ya vimos en las explicaciones precedentes y de modo concreto en los ejemplos sobre liquidaciones, que para cubrir las deudas de los cónyuges no se suman las ganancias de los dos a fin de tomar de este acervo confundido la cantidad necesaria para pagar el bloque de todas las deudas, sino que del caudal manejado por el marido se toma la suma que requiera el pago de las deudas de él, y de lo manejado por la mujer se aparta lo que demande el pago de las deudas de ella. Esto es claro y sencillo tratándose de matrimonios celebrados después de entrar en vigencia la Ley 28, porque desde un principio cada cónyuge administra por separado todo lo que posea al casarse y lo que adquiera después. Pero el asunto es más complejo en los matrimonios existentes, en que no obstante aplicárseles la ley nueva, que en adelante les permite la administración independiente, la masa social anterior es una sola y debe responder globalmente de las deudas sociales. En ese caso, al liquidar la sociedad tendrá aplicación lo que establece el artículo 4º al decir que "se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo". Lo mismo pasará si contractualmente se establece una sola administración en los nuevos matrimonios.

Otras de las cuestiones interesantes para los efectos de la liquidación social y retiro de especies raíces de la exclusiva propiedad de un cónyuge, consiste en saber si los artículos 1789 y 1790 del Código que versan sobre subrogación de inmuebles, tienen o no aplicación con el nuevo régimen. Es claro que si no concurren las circunstancias que deben rodear la subrogación, pero uno de los cónyuges enajena una finca que poseía al tiempo de casarse, antes de partir gananciales deduce en su provecho el valor del bien enajenado, como en el caso del terreno vendido por la mujer en $ 800, en el ejemplo propuesto atrás; pero si en la escritura de venta se expresó el ánimo de subrogar, y con el precio obtenido se adquirió otro bien declarando el mismo ánimo en la escritura de compra, es indudable que la subrogación se opera, y el cónyuge dueño del bien puede retirar el bien mismo, la especie, y no su valor. Y este fenómeno jurídico, que se producía en el régimen antiguo, no tiene por qué dejar de producirse en el nuevo, porque el interés, importancia y efecto del fenómeno no han desaparecido.

A primera vista podría creerse que como la mujer es hoy libre y capaz para adquirir, administrar y disponer, la subrogación carece ya de interés para ella. Nó. El marido ha gozado siempre de libertad y capacidad jurídicas, y la subrogación tenía y sigue teniendo interés para él también. Obsérvese que los artículos en referencia no estatuyen la subro-

gación en beneficio exclusivo de la mujer sino "de los cónyuges".

Es entendido que la subrogación en bienes de la mujer, no requiere ya la licencia judicial que exigía el artículo 1791.

ARTICULO 5º

"La mujer casada, mayor de edad, como tál, puede comparecer libremente en juicio, y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia del juez, ni tampoco el marido será su representante legal".

Lo dispuesto en este artículo es simple desarrollo del principio de capacidad civil y libertad jurídica que a favor de la mujer casada consagra el artículo 1º

Ese principio se menoscabaría si para ejecutar la mujer algún acto civil de adquisición, administración o disposición, o judicial de acción o defensa, tuviera que perdirle permiso al marido o al juez. La plena capacidad que la Ley 28 quiso establecer y estableció, implica la autonomía para contratar y para comparecer en juicio y la abolición de la potestad marital para esos efectos, lo que impuso la declaración categórica y expresa de que el marido no es ya el representante legal, es decir, por ley (artículo 62 del Código Civil) de su mujer mayor de edad.

Pero la pérdida de la representación legal como marido, no es óbice para adquirir y ejercitar la representación contractual por medio del mandato que permite conferir el artículo 3º

Pero, a diferencia del artículo original del proyecto, el 5º de la Ley permite al marido representar a su mujer, mas sin que esa representación modifique o adultere el régimen patrimonial nuevo; es decir, que la personería del marido en ese caso no tiene los alcances de la que se derivaba de la potestad marital, con las prerrogativas de usufructuario de los bienes propios de la mujer, y con poder dispositivo de los que ella adquiriera a título oneroso durante el matrimonio, sino simplemente como un guardador, con las restricciones y responsabilidades propias de la guarda. Este punto de vista ha venido a quedar refrendado por la doctrina de la Corte en el fallo de 20 de octubre de 1937, capítulo "La mujer casada menor de edad"; sentencia cuya lectura volvemos a recomendar por hallarse allí ampliamente tratada esta materia.

ARTICULO 6º

"La curaduría de la mujer casada, no divorciada, en los casos en que aquella deba proveerse, se deferirá en primer término al marido, y en segundo, a las demás personas llamadas por la ley a ejercerla".

En estricto derecho no había necesidad de esta regla, y por eso no la incluímos en el proyecto primitivo, por la sencilla razón de que sin ella el Código da margen para proceder de la misma manera.

En efecto, respecto de la mujer disipadora, demente, sordomuda o ausente, la curaduría se debe deferir en primer término al marido, de conformidad con los artículos 537, 550, 558, 563 y 566 del Código y 23 de la Ley 57 de 1887; sólo que el artículo 6º de la Ley 28 no hace la salvedad contenida en el Código de que la curaduría se defiera al marido "si la mujer no estuviere totalmente separada de bienes". Esa salvedad tenía su razón de ser en los casos de separación de bienes contemplados por el Código, porque como las causales eran insolvencia, administración fraudulenta del marido o mal estado de sus negocios por consecuencia de especulaciones aventuradas, o de una administración errónea o descuidada (art. 200) no sería cuerdo que a un marido que se

encontrara en tales circunstancias se le diera la guarda de la mujer, a sabiendas de la incorrección con que iría a manejar los bienes.

Aunque bajo el régimen nuevo existe una separación práctica, como ésta no depende de ninguna de las razones apuntadas, la salvedad consignada en los precitados artículos 537, 550, 558, 563 y 566 del Código y 23 de la Ley 57 no se justifica ni tiene por qué aplicarse dentro del funcionamiento normal u ordinario del nuevo régimen. Y decimos funcionamiento normal u ordinario, porque si llega el caso de una sentencia de separación definitiva contemplada en el comentario al artículo 1º por alguna de las causales señaladas en el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, o en el Código, sí procedería negarle al marido la curaduría de la mujer disipadora, demente o sordomuda, porque sería injusto y hasta inicuo darle la guarda de la mujer a un hombre que la maltrata, la abandona o vive en amancebamiento con otra.

Así, pues, en este caso de separación por alguna de las causales establecidas en el Código o en la Ley 8ª de 1922 sí debe tenerse en cuenta la excepción o salvedad a que hemos hecho referencia.

(Continuará)

LUIS F. LATORRE U.

(Del libro "El Estatuto de la Mujer Casada).

CESION DE CREDITOS. — CONDICION JURIDICA DEL DEUDOR CEDIDO EN EL CONTRATO DE CESION

El contrato de cesión de créditos se perfecciona entre el cedente y el cesionario sin el conocimiento, sin el consentimiento y aun contra la voluntad del deudor, por la entrega del título, que debe llevar anotado el traspaso del derecho, o con el otorgamiento del documento respectivo cuando aquél no consta por escrito. De consiguiente, el deudor cedido es completamente extraño a dicho contrato, a cuya celebración no puede oponerse y contra el cual, en sí mismo considerado, no tiene derecho alguno qué hacer valer, por no ser parte en él. Además de lo dispuesto en los artículos 1960 y 1963 del Código Civil no por eso deja de tener vida legal y perfecta y de producir todos sus efectos, entre cedente y cesionario, el contrato que dio origen a la cesión del crédito. Aceptada la cesión por el deudor, o notificado legalmente de ella por el cesionario, aquel se vincula al contrato celebrado entre cedente y cesionario, pero únicamente en lo relacionado con el pago del crédito y con las excepciones que puede proponer al cesionario, de acuerdo con el artículo 1718 ibídem y demás disposiciones pertinentes. El deudor tiene entonces el derecho de alegar contra el cesionario todo lo que hubiere podido alegar contra el cedente, inclusive la no existencia o la invalidez de la obligación que se le cobra, pero no puede tenerlo para discutir la validez del contrato celebrado entre cedente y cesionario, porque no es parte en él, ni ese contrato lo perjudica, toda vez que la obligación contraída no se hace más gravosa para el deudor, ni éste tiene interés en no realizar el pago, ni en hacerlo a determinada persona, sino en verificarlo bien, para obtener la solución de su deuda. En consecuencia, no siendo el deudor parte en el contrato celebrado entre cedente y cesionario, no puede ejercitar la acción que para las partes consagra el artículo 1743 del C. C., ni le asiste el derecho de alegar la nulidad relativa de él, la cual sólo cabe alegarse, según dicho artículo, por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, por sus herederos o cesionarios.

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

La historia de este negocio, sintetizada hasta donde su claridad lo permite, es la siguiente:

El 20 de mayo de 1929 el señor Fabio Grueso, por medio de documento privado, se constituyó deudor del doctor Joaquín Rebolledo, por la cantidad de $ 4,000 que recibió en mutuo. El señor Grueso debía al doctor Rebolledo, además, otros dineros.

El 27 de enero de 1930 murió el doctor Rebolledo. En su mortuoria se inventariaron aquellos créditos. Fue albacea de la sucesión del doctor Rebolledo, con tenencia de bienes, el señor Pedro Córdoba.

En la partición respectiva se adjudicaron al citado albacea, en la hijuela de deudas, los créditos a cargo de Grueso, adjudicación que se hizo porque Córdoba había recibido abonos respecto de algunos de ellos, porque había hecho gastos por cuenta de la sucesión y debía hacer varios pagos.

El 9 de julio de 1931 otorgó Pedro Córdoba su testamento, en el cual instituyó como su heredera a la señora Carmen Dulcey de Idrobo y nombró albacea, con tenencia de bienes, al señor Sixto Rebolledo V. El testador murió el 13 del indicado mes de julio.

En el testamento hizo relación de los bienes que poseía, pero no mencionó el crédito a cargo de Fabio Grueso, por $ 4,000, de que se ha hablado. Unicamente en el punto 6º dijo:

"6º El señor don Fabio Grueso me adeuda la suma de trescientos pesos ($ 300) oro".

El documento de fecha 20 de mayo de 1929, en que se hizo constar el crédito por $ 4,000 a favor del doctor Rebolledo y a cargo del señor Grueso, tiene al pie dos notas, suscritas por Pedro Córdoba, albacea del doctor Rebolledo, según las cuales Grueso abonó al valor de dicho documento $ 1,061 el 2 de marzo de 1931, y $ 2,000 el 29 de mayo del mismo año.

Como ya se dijo, Córdoba no mencionó en su testamento el aludido crédito. Tampoco fue inventariado en su mortuoria.

El 16 de enero de 1932 el albacea de la sucesión de Pedro Córdoba, Sixto Rebolledo, puso al pie del documento mencionado una nota que dice:

"Páguese al señor don Manuel José Maya, o a su orden, el resto del valor del presente pagaré, por valor recibido, que se abona al albacea del señor don Joaquín Rebolledo, señor Pedro Córdoba. Popayán, 16 de enero de 1932. El albacea de Pedro Córoba, Sixto Rebolledo V."

El 30 de noviembre de 1933 Grueso reconoció judicialmente el referido documento, y en la misma diligencia fue notificado de la cesión anterior. Al reconocer el documento dijo:

"En cuanto al contenido del documento que se me pone de presente he de manifestar: que en mi libro de cuentas figuran varios abonos que he verificado al citado documento y sólo debo por concepto del citado documento la cantidad de ciento diez y ocho pesos oro ($ 118)".

Posteriormente Maya inició la correspondiente ejecución contra Grueso. El Juez 1º del Circuito de Popayán dictó contra éste y a favor de Maya el mandamiento ejecutivo de fecha 31 de enero de 1934, por la cantidad de $ 2,029.96 como capital, por los correspondientes intereses de la mora, a partir del 26 de mayo de 1931 en adelante y por las costas del juicio.

Trabada la ejecución, Grueso propuso la excepción de pago, fundándose en que además de los abonos anotados en el documento había hecho varios otros. El Juez, por sentencia del 15 de mayo de 1934, declaró probada la excepción sólo en parte, pues únicamente aceptó como demostrados un abono de $ 50 hecho el 27 de febrero de 1931, y otro de $ 200 hecho el 17 de julio del propio año. Esta sentencia, que fue apelada por ambas partes, la confirmó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán por medio del fallo dictado el 21 de agosto de 1934.

El 6 de noviembre del mismo año Grueso, por medio de apoderado, promovió un juicio ordinario tendiente a obtener la revisión de la indicada sentencia de excepciones. En la parte petitoria de la demanda se dijo:

"Por tanto, pido a usted que, previo el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía, seguido con citación y audiencia del nombrado señor Manuel José Maya, mayor de edad y vecino de Popayán, se sirva revisar usted la sentencia de excepciones proferida en el juicio ejecutivo de que vengo ocupándome, fechada el 15 de mayo y confirmada por el Tribunal Superior el 24 (sic) de agosto, revisión que se verificará en lo desfavorable de la sentencia, y se sirva en seguida declarar en sentencia definitiva que está demostrado plenamente el pago que alega el señor Grueso respecto del pagaré que ha sido tomado por el recaudo ejecutivo, y que Grueso sólo adeuda como saldo del dicho crédito que consta en el documento precitado, de 20 de mayo de 1929, la suma de ciento diez y ocho pesos ($ 118) y los intereses desde el 30 de noviembre de 1933, hasta el día del pago".

"Fundado en el artículo 209 del C. J. y para el caso improbable de que no se hallara probado el pago del crédito a que se refiere esta demanda, pido a usted que subsidiariamente se sirva declarar que el señor Sixto Rebolledo, como albacea del señor Pedro Córdoba, no tenía ni tiene personería para disponer del crédito que consta en el documento del veinte de mayo de 1929, por pertenecerle éste a la sucesión del doctor Joaquín Rebolledo, y que, por tanto, el señor Manuel José Maya carece de derecho y de acción para exigir ejecutivamente el pago del expresado pagaré".

"En uno u otro caso mandará usted cesar la ejecución, desembargando los bienes que han sido embargados y condenando al ejecutante a quien demando, a las costas del juicio".

El Juez del conocimiento, en el fallo fechado el 27 de abril de 1935, por medio del cual decidió ese pleito, declaró:

"No hay lugar a decretar la revisión de la sentencia de excepciones proferida en este Juzgado dentro del juicio ejecutivo instaurado por Manuel José Maya contra Fabio Grueso para el pago de una suma de dinero, sentencia que fue proferida el 15 de mayo de 1934 y confirmada por el Tribunal Superior en providencia fechada el 24 (sic) de agosto del mismo año".

Tal fallo fue confirmado por el Tribunal el 26 de noviembre de 1935, con un voto disidente.

En ninguno de esos fallos se resolvió la petición subsidiaria del demandante, pero en la parte motiva de cada uno de ellos se dijo que no se entraba a considerar dicha petición porque no aparecía que en el juicio ejecutivo se hubiera propuesto la excepción de ilegitimidad sustantiva del actor o de carencia de acción, sino únicamente la de pago, por lo cual aquélla era improcedente.

No satisfecho Grueso con la sentencia del Tribunal, interpuso el recurso de casación que la Corte decidió el 16 de diciembre de 1936, así:

"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, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Popayán con fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, revoca la de primera instancia y en su lugar, aunque por motivos distintos, declara que no es el caso de hacer la declaración solicitada por el demandante don Fabio Grueso en la acción principal, por ser inepta la demanda para tal efecto".

"No es el caso de hacer la declaración solicitada subsidiariamente".

En la parte motiva de dicha sentencia estimó la Corte que el crédito en cuestión sí había entrado al patrimonio de Pedro Córdoba, por la manera como se le hizo a éste la adjudicación en la hijuela de deudas de la partición de los bienes de la sucesión del doctor Joaquín Rebolledo, y consideró que no habiendo sido parte en el juicio los herederos de Pedro Córdoba, la demanda era inepta.

Grueso entabló entonces, por libelo del 3 de febrero de 1937, la demanda a que se refiere el presente juicio.

La parte petitoria de ella dice:

"Fundado en los hechos anteriores, pido a usted con todo respeto que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y con citación de audiencia de los señores Manuel José Maya, Sixto Rebolledo V. y Carmen Dulcey de Idrobo, todos mayores de edad y vecinos de esta ciudad, se sirva revisar el juicio ejecutivo seguido por Manuel José Maya contra el señor don Fabio Grueso, iniciado por demanda de fecha 24 de enero de mil novecientos treinta y cuatro, por la suma de tres mil seiscientos diez y nueve pesos ($ 3,619.00) y presentada ante el Juez de Circuito de esta ciudad, los fundamentos de este juicio, el mandamiento de pago y las sentencias que fallaron el incidente de excepciones y, en consecuencia, hacer las siguientes o semejantes

Declaraciones:

"Primera: Carece de todo valor el endoso (sic) que Sixto Rebolledo V., en su carácter de albacea de Pedro Córdoba, hizo al señor Manuel José Maya del pagaré firmado por don Fabio Grueso en favor del doctor Joaquín Rebolledo el día 20 de mayo de 1929, endoso que figura al pie del mismo documento y dice así: 'Páguese al señor Manuel José Maya o a su orden el resto del valor del presente pagaré, por valor recibido, que se abona al albacea del señor doctor Joaquín Rebolledo, señor Pedro Córdoba. Popayán, 16 de enero de 1932. — El albacea de Pedro Córdoba, Sixto Rebolledo V.'

"Segunda: Como Manuel José Maya no adquirió con la cesión que se le hizo el crédito contra don Fabio Grueso antes mencionado, carece de todo fundamento el juicio ejecutivo iniciado por aquél como cesionario, juicio cuya revisión se solicita. Por lo tanto, el mandamiento de pago librado contra el señor Fabio Grueso, como todas las actuaciones judiciales posteriores y consecuenciales proferidas en dicho juicio ejecutivo, son ineficaces.

"Tercera: Si al cumplirse esta sentencia se hubiere verificado el pago en el ejecutivo que se revisa, debe Manuel José Maya reintegrar al ejecutado señor Fabio Grueso todo lo que hubiere recibido por razón de dicho juicio; si el ejecutivo aún no hubiere terminado por pago, por la presente sentencia se ordena su cancelación y terminación.

"Cuarta: Los señores Manuel José Maya y Sixto Rebolledo V. pagarán al señor Fabio Grueso todos los perjuicios que se le han causado con el mencionado juicio ejecutivo y las costas de este juicio".

Además de estas peticiones principales el demandante formuló cinco series de subsdiarias, las que se considera innecesario transcribir aquí.

Admitida la demanda y corridos los traslados, los demandados Rebolledo y Maya la contestaron oponiéndose y propusieron algunas excepciones perentorias.

La demandada Carmen Dulcey de Idrobo, heredera de Pedro Córdoba, dijo, entre otras cosas, en su contestación:

"La verdad incontrovertible es la siguiente: ni he recibido un centavo por concepto de ese crédito, ni nadie me ha tomado consentimiento para enajenarlo, ni yo he ratificado operación alguna sobre ese crédito, ni he conferido poder a Rebolledo ni a Maya para que lo cobren. Ese crédito, que es de mi propiedad, permanece insoluto porque yo no acepto pago alguno que se haga a Manuel José Maya o a Sixto Rebolledo, ya que ellos no están autorizados para recibir por mí ninguna suma de dinero. Oportunamente haré valer las acciones legales que me competen".

El Juez del conocimiento falló el pleito el cinco de abril de mil novecientos treinta y ocho así:

"1º Carece de todo valor el endoso (sic) que Sixto Rebolledo V., en su carácter de Albacea de Pedro Córdoba, hizo al señor Manuel José Maya del pagaré firmado por don Fabio Grueso en favor del doctor Joaquín Rebolledo el día 20 de mayo de 1929, endoso que figura al pie del mismo documento y dice así: 'Páguese al señor Manuel José Maya o a su orden el resto del valor del presente pagaré, por valor recibido, que se abona al Albacea del señor doctor Joaquín Rebolledo, señor Pedro Córdoba. Popayán, 16 de enero de 1932. El Albacea de Pedro Córdoba, Sixto Rebolledo V.'

"2º En consecuencia, carece de fundamento el juicio ejecutivo iniciado por el señor Manuel José Maya, como cesionario de Sixto Rebolledo, contra don Fabio Grueso. En tal virtud, el mandamiento de pago librado contra el señor Grueso, como todas las actuaciones judiciales posteriores y consecuenciales proferidas en dicho juicio ejecutivo, son ineficaces.

"3º El señor Manuel José Maya reintegrará al señor Fabio Grueso todo el valor que reciba por razón de dicho juicio.

"4º No hay lugar a condenar a los demandados al pago de las costas y perjuicios".

De esa sentencia apelaron ambas partes, y surtida la tramitación de segundo grado el Tribunal la confirmó en fallo de fecha quince de diciembre del mismo año.

En las referidas sentencias se estudiaron ampliamente las excepciones perentorias propuestas por los demandados Rebolledo y Maya, y se declararon no probadas.

En lo tocante al objeto principal del juicio, o sea a la revisión del ejecutivo de que se ha hablado, considera el fallo del Tribunal, de acuerdo con el de primer grado, que el espíritu del artículo 1030 del C. J. permite examinar de nuevo todos los puntos esenciales que constituyeron el juicio primitivo, desde la personería sustantiva de las partes hasta la sentencia en él pronunciada, porque ésta no es más que la síntesis de todo el proceso, en la que se estudian uno a uno los elementos del juicio, tales como si quien ejercita la acción tiene derecho para ello, si los títulos o pruebas allegadas son legalmente apreciables y conducen a la efectividad del derecho ejercitado, etc. Dice que de lo contrario la revisión carecería de objeto y equivaldría a una especie de reposición de la sentencia de excepciones o de la de pregón y remate, lo que es absurdo. Agrega que la Corte, al referirse a los artículos 831 del Código Judicial anterior y 205 de la Ley 105 de 1890, que son iguales a los artículos 473 y 1030 del Código Judicial vigente, dijo:

"Cuando la ley permite revisar en juicio ordinario cierto fallo, no es que lo señale como materia especial y objeto único de la nueva litis, sino que, desconociendo el carácter de cosa juzgada, autoriza para que un Juez o Tribunal vea por segunda vez, con la plenitud de formas propias de un juicio ordinario, el pleito visto y sentenciado en otro juicio de los especificados en las antedichas disposiciones. Quiere esto decir que el nuevo juicio pleno puede trabarse entre las mismas partes que antes litigaron; que pueden debatirse los mismos títulos y perseguirse los objetos que antes no se alcanzaron. En suma, que lo decidido anteriormente carece de autoridad de cosa juzgada". (Tomo 37, pág. 534).

Entra luego el Tribunal a estudiar si el señor Sixto Rebolledo, como Albacea de Pedro Córdoba, podía ceder a Manuel José Maya el crédito existente a favor de la sucesión de Córdoba y a cargo de Fabio Grueso, y concluye que no estaba legalmente facultado para ello, conforme al artículo 1353 en relación con los 575 y 576 del C. C., por lo cual estima que dicha cesión carece por completo de valor.

Considera en seguida si el deudor, que para nada interviene en la cesión, puede pedir que se declare que ésta carece de valor, por no haber pertenecido el crédito en ningún momento al cedente. Dice que a primera vista parece que no tuviera ese derecho, porque él es ajeno al contrato respectivo, pero, como para que la cesión produzca efectos y para que exista relación jurídica entre el deudor y el cesionario, es indispensable que aquél la acepte, o que le sea notificada, es lógico concluír que cuando el deudor se cerciora de que quien vino a reemplazar aparentemente a su legítimo acreedor no adquirió legalmente su crédito, como sucede en el presente caso, someta a la decisión judicial esa anomalía no como parte en el contrato a que la cesión se refiere, sino como deudor obligado a solucionar la deuda, máxime cuando el pago hecho al poseedor del crédito, a sabiendas de que no le pertenece, no sería válido al tenor del inciso segundo del artículo 1634 del C. C., por lo cual es justo y legal reconocer que el deudor tiene derecho a impugnar la validez de la cesión en cuanto ella va a afectar sus propios intereses, dada la manifestación hecha por la heredera de Pedro Córdoba, al contestar la demanda, de que ya se habló.

El recurso.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron recurso de casación el demandante Fabio Grueso y los demandados Rebolledo y Maya.

Venido el proceso a la Corte y admitido el recurso, por auto de primero de octubre último hubo de declararse desierto el interpuesto por el demandante Grueso, por no haberse fundado oportunamente.

Los demandados Maya y Rebolledo presentaron en tiempo su demanda de casación, en forma extraordinariamente confusa y ajena a la técnica del recurso, lo que ha hecho muy difícil su interpretación. No obstante, del estudio atento y cuidadoso de ella deduce la Corte que contiene un cargo fundado, que es suficiente para infirmar la sentencia y fallar luego el asunto en instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 538 del C. J.

Tal cargo es, en síntesis:

Grueso no tiene personería sustantiva para pedir que se declare sin valor la cesión que Rebolledo le hizo a Maya del crédito materia del juicio, porque él, como deudor cedido, no es parte en el contrato, el cual es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales. Como la sentencia le reconoce ese derecho, viola directamente los artículos 762, 1602, 1634 y 1743 del C. C.

Estima la Corte que este cargo es fundado por las razones que pasa a expresar:

Sabido es que el contrato en virtud del cual un acreedor cede su crédito a un tercero, se perfecciona entre el cedente y el cesionario sin el conocimiento, sin el consentimiento, y aun contra la voluntad del deudor, por la entrega del título, que debe llevar anotado el traspaso del derecho, o con el otorgamiento del documento respectivo cuando aquél no consta por escrito. De consiguiente, el deudor cedido es completamente extraño a dicho contrato, a cuya celebración no puede oponerse y contra el cual, en sí mismo considerado, no tiene derecho alguno qué hacer valer, por no ser parte en él.

Conforme al artículo 1960 del C. C. la cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros mientras no sea notificada por el cesionario al deudor, o aceptada por él, y en tales condiciones puede el deudor pagar válidamente al cedente, o puede embargarse el crédito por acreedores de éste, porque, en general, se considera que el crédito existe en manos del cedente, respecto del deudor y de terceros, como lo estatuye el artículo 1963 de allí; pero no por eso deja de tener vida legal perfecta y de producir todos sus efectos, entre cedente y cesionario, el contrato que dio origen a la cesión del crédito.

Aceptada la cesión por el deudor, o notificado legalmente de ella por el cesionario, aquél se vincula al contrato celebrado entre cedente y cesionario, pero únicamente en lo relacionado con el pago del crédito y con las excepciones que puede proponer al cesionario, de acuerdo con el artículo 1718 ibídem y demás disposiciones pertinentes. El deudor tiene entonces el derecho de alegar contra el cesionario todo lo que hubiere podido alegar contra el cedente, inclusive la no existencia o la invalidez de la obligación que se le cobra, pero no puede tenerlo para discutir la validez del contrato celebrado entre cedente y cesionario, porque no es parte en él, ni ese contrato lo perjudica, toda vez que la obligación contraída no se hace más gravosa para el deudor, ni éste tiene interés en no realizar el pago, ni en hacerlo a determinada persona, sino en verificarlo bien, para obtener la solución de su deuda. En consecuencia, no siendo el deudor parte en el contrato celebrado entre cedente y cesionario, no puede ejercitar la acción que para las partes consagra el artículo 1743 del C. C., ni le asiste el derecho de alegar la nulidad relativa de él, la cual sólo cabe alegarse, según dicho artículo, por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios. No sobra advertir que aunque Grueso no solicitó, en la petición principal de su demanda, que se declare nulo el contrato celebrado entre cedente y cesionario, sino que la cesión carece de todo valor, y aunque el Tribunal consideró que lo que pedía el actor no era la nulidad del contrato, sino que se resolviera que la cesión carece de valor en cuanto no produce efec-

to alguno contra el deudor, es innegable que la acción ejercitada es la de nulidad relativa del contrato, que establece el citado artículo 1743, por más que se la disfrace con expresiones vagas, que nada significan jurídicamente si no se tratara de obtener la rescisión del contrato por estimársele viciado de nulidad relativa. Tanto es ello así, que la solicitud se funda en que el albacea no tenía facultad para traspasar el crédito.

Se alega, en el caso de autos, que el crédito a cargo de Grueso había entrado a formar parte del patrimonio de Pedro Córdoba; que muerto éste, su Albacea, Sixto Rebolledo V., lo cedió a Manuel José Maya, quien inició la ejecución contra Grueso; que entre las atribuciones de los ejecutores testamentarios, detalladas en los artículos 1327 y siguientes del C. C., no está la de disponer de los bienes de la sucesión sin la intervención o anuencia de los herederos, y que más bien les está prohibido enajenarlos, según el artículo 1353 en relación con los 575 y 576 del citado Código; que no hay prueba en el juicio de que la señora Carmen Dulcey de Idrobo, heredera testamentaria de Pedro Córdoba, interviniera en la referida cesión, o la autorizara en forma alguna; que, por el contrario, obra en el expediente la manifestación expresa y perentoria hecha por ella al contestar la demanda, conforme a la cual nadie le pidió consentimiento para enajenar el crédito, ni ha ratificado operación alguna sobre él, ni ha autorizado a Rebolledo ni a Maya para que lo cobren, y que ese crédito, que ella considera de su propiedad, permanece insoluto porque no acepta pago alguno que se haga a Sixto Rebolledo V. o a Manuel José Maya, de donde se deduce que la cesión del crédito no es válida, o no produce efectos contra el deudor, es decir, que quedó viciada de nulidad relativa y debe por ello rescindirse.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, esa acción no pertenece a Grueso, ni él tiene el interés jurídico necesario para ejercitarla. Tal acción corresponde a las partes en el contrato en virtud del cual se hizo la cesión, o sea al cedente y al cesionario. Tiene interés jurídico respecto de ese contrato la heredera de Pedro Córdoba, Carmen Dulcey de Idrobo, como dueña de los bienes de la sucesión a la cual había entrado el crédito controvertido, y ella podría hacer valer sus derechos contra el cesionario, o contra el cedente, para que éste, como Albacea de la sucesión, le rinda cuentas y le responda del valor del mencionado crédito y para que le indemnice los perjuicios que la sucesión haya podido ocasionarle. Desde este punto de vista es irregular y no tiene explicación jurídica la situación de demandada en que se hizo colocar a la nombrada señora.

Grueso sólo puede tener interés en pagar bien, o válidamente, lo que en realidad debe, y para ello le basta verificar el pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1634 del C. C., a quien aparezca como poseedor del crédito al tiempo de hacerlo, aunque después resulte que no le pertenecía. En el caso que se estudia el pago lo haría no sólo el que figura como dueño del crédito (Maya), sino en virtud de la orden del Juez; y es claro que éste, al dictar el mandamiento de pago contra Grueso, a la vez que lo obliga a verificarlo, lo coloca en condiciones de obtener la solución de su deuda, porque nadie podría alegar que el pago hecho en tales circunstancias carece de valor.

Es suficiente lo dicho para concluír que el cargo que se analiza debe prosperar, porque la sentencia viola las disposiciones legales citadas por los recurrentes, por lo cual habrá de infirmarse para revocar la de primer grado y fallar el asunto en instancia.

Para ello se considera:

Descartada, por las razones antes expresadas, la primera petición principal de la demanda de Grueso, quedan virtualmente descartadas también las otras peticiones principales, que son consecuencia directa de la primera, y sólo es procedente estudiar las subsidiarias.

De éstas únicamente cabe examinar la

primera de las segundas subsidiarias y la primera de las cuartas, que constituyeron el objeto de la excepción de pago propuesta por Grueso en el juicio ejecutivo cuya revisión se pide. De las demás, unas son consecuencia inmediata de aquellas dos, otras se refieren a la nulidad de la cesión hecha por Rebolledo a Maya, que no puede pedir Grueso, según se vio antes, y otras hacen relación a puntos que no fueron materia de la aludida excepción de pago, ni, por tanto, de la sentencia de excepciones que debe revisarse, las cuales peticiones no son pertinentes por las siguientes razones:

El artículo 1030 del Código Judicial permite revisar por la vía ordinaria la sentencia de excepciones y la de pregón y remate, que no hacen tránsito a cosa juzgada.

En el presente caso se pidió la revisión del juicio ejecutivo seguido por Maya contra Grueso, comprendiendo los fundamentos de ese juicio, el mandamiento de pago y las sentencias que fallaron el incidente de excepciones, y que, consecuencialmente, se hicieran las declaraciones solicitadas en la demanda.

Estima la Corte que sea que se pida la revisión de las referidas sentencias o del juicio ejecutivo, se llega al mismo resultado, ya que revisar, conforme al diccionario de la lengua, significa rever, es decir, volver a ver, o registrar y examinar una cosa con cuidado, ver por segunda vez el pleito ya visto y sentenciado. Por tanto, para revisar la sentencia de excepciones, o la de pregón y remate, es necesario examinar cuidadosamente todos y cada uno de los fundamentos de ellas, es decir, estudiar íntegro el presupuesto procesal anterior a esas sentencias para saber si se llenaron las formalidades de ley y si las sentencias son fundadas o no, porque de lo contrario no podrían conocerse las bases de hecho y de derecho en que se apoyan, ni podría estudiarse el fondo del asunto controvertido, que es el fin que se propone la revisión, toda vez que las referidas sentencias no hacen tránsito a cosa juzgada y al permitir la ley que se revisen es claro que autoriza al juzgador para revivir toda la actuación precedente que las originó; pero jurídicamente la revisión no puede tener por objeto sino los asuntos que constituyeron la sujeta materia de la ejecución, pues no sería legal que abarcara cuestiones que no se discutieron en ella, porque eso no sería entonces una simple revisión sino el ejercicio de acciones distintas, que deben ventilarse en juicio completamente diferente y separado del primero.

De conformidad con lo dicho, la Corte concretará su estudio a las citadas dos peticiones subsidiarias, que dicen:

"La obligación contraída por don Fabio Grueso a favor del doctor Joaquín Rebolledo, que consta en documento fechado el 20 de mayo de 1929 y cuya cuantía primitiva era de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) m/l., en virtud de los pagos hechos por el deudor a don Pedro Córdoba y que éste recibió primeramente como albacea de Joaquín Rebolledo y después como propietario del crédito, quedó reducida a la suma de trescientos ($ 300.00) pesos desde la fecha del testamento de Pedro Córdoba".

Son imputables a la obligación que consta en documento de 20 de mayo de 1929 los pagos que hizo don Fabio Grueso en cheques girados a favor de don Pedro Córdoba, en las fechas y por las cantidades que a continuación se expresan: cheque de 23 de mayo de 1930, por $ 100.00; de 26 de junio del mismo año, por $ 30.00; de 22 de julio del mismo año, por $ 100.00; de 27 de septiembre del mismo año, por $ 100.00; de 25 de octubre del mismo año, por $ 100.00; de 21 de noviembre del mismo año, por $ 100; de 10 de marzo de 1931, por $ 400.00; y de 10 de marzo de 1931 por diez y nueve ($ 19.00) pesos".

Respecto de estos dos puntos dijo la Corte en la sentencia pronunciada el diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y seis, con motivo del recurso de casación interpuesto contra el fallo que decidió en segunda instancia el primer juicio de revisión iniciado por Grueso:

"El presente juicio de revisión tiene por fin debatir dos cuestiones de hecho: es la primera resolver si por cuenta del documento de $ 4.000 otorgado por Fabio Grueso, como deudor, a Joaquín Rebolledo, como acreedor, se hicieron otros abonos distintos a los que aparecen al pie del documento, y si esos otros abonos constantes en varios cheques corresponden o no al referido documento de $ 4.000. Es la segunda cuestión determinar si, cualquiera que sea el saldo pendiente de dicho pagaré, la manifestación que hace Córdoba en su testamento reduce el saldo a sólo $ 300 en la fecha del otorgamiento del testamento.

"Respecto de la primera cuestión son pertinentes y definitivas las razones que da el Tribunal sobre la no imputabilidad de los cheques al documento de $ 4.000. Tales razones son dos: Si el valor de esos cheques se imputase al documento de $ 4.000, teniendo en cuenta las fechas de abono, por intereses y por capital, dicho documento resultaría pagado en exceso y en un exceso tal que hace inadmisible la imputación; y porque en la época en que Grueso giró y Córdoba cobró esos cheques, Córdoba era albacea de la sucesión de Rebolledo, con tenencia de bienes, y como tal cobraba de Grueso no solamente el documento de $ 4.000, sino otros dos también a cargo de Grueso y a favor de Rebolledo, que aparecen cancelados por Córdoba, su albacea, en los mismos días en que se giraban los últimos cheques.

"En cambio la segunda cuestión debatida, o sea el valor probatorio de la manifestación que Córdoba hace en su testamento, incide en el debate en la forma que en seguida se expone.

"Dice don Pedro Córdoba en su testamento, pocos días antes de su muerte: 'Don Fabio Grueso me adeuda $ 300 moneda corriente'. Queda ya dicho que Córdoba era entonces dueño del documento de los $ 4.000. Pero puede tomarse esa declaración testamentaria de Córdoba como una confesión en contra de la herencia, de manera que el deudor cedido don Fabio Grueso la invoque contra un cesionario como prueba de que ese era el saldo pendiente del documento?

"La solución de esta cuestión implica fijarle el alcance jurídico a una cláusula testamentaria sin citación ni audiencia de los herederos del testador. Y conlleva el definir varios puntos de hecho y de derecho que, ya en sentido afirmativo o en sentido negativo, repercutirían en contra o en favor de la herencia de Córdoba, que por ser la cedente del crédito ha de estar interesada en que se determine la verdadera cuantía de lo cedido. Correlativamente ese mismo interés le asiste tanto al cesionario como al deudor".

Tanto el Juez del conocimiento como el Tribunal estudiaron ampliamente todo lo referente a la imputabilidad de los pagos alegados por Grueso, ya en las sentencias recaídas en el incidente relativo a la excepción de pago, ya en las que decidieron el primer juicio de revisión, que en copia auténtica obran en autos.

La Corte, en la parte antes copiada de su fallo, consideró pertinentes y definitivas las razones expresadas por el Tribunal sobre dicha imputabilidad, y como en el presente juicio no se trajo prueba o elemento alguno de convicción que desvirtúe esas razones, ni se encuentra motivo suficiente para variar el concepto ya expresado por aquélla, es forzoso concluír que los pagos alegados por Grueso no pueden imputarse a la obligación perseguida por Maya.

Queda por estudiar el valor probatorio de la manifestación hecha por Pedro Córdoba en su testamento, que textualmente dice:

"El señor don Fabio Grueso me adeuda la suma de trescientos pesos ($ 300) oro".

Ante todo, esta manifestación no puede tener el carácter de una confesión, pues nadie puede constituír por sí solo un título de deuda a su favor y a cargo de determinada persona, únicamente con decir que esa persona es su deudora. El carácter esencial de la confesión consiste en perjudicar a la persona que la hace, o a sus herederos o representantes, y la

declaración de Córdoba no produce aquí ese efecto. Cuando alguien dice en testamento "debo tanto a Fulano", sí hace una verdadera confesión, que lo obliga a él o a sus herederos, sin perjuicio de que la deuda pueda tomarse como legado, al tenor del artículo 1120 del C. C., o de que aquel en cuyo favor se hace la confesión demuestre que el crédito es por suma mayor de la confesada.

Por otra parte, la manifestación de Córdoba es tan vaga que no da margen alguno para conjeturar siquiera a qué deuda se refiere, pues no expresa el origen de ella, ni dice si se trata de un saldo de cantidad superior, ni cuál es la causa de la deuda. De consiguiente, dicha manifestación no puede producir tampoco efectos contra Grueso, sino en cuanto la heredera de Córdoba pruebe de otra manera la existencia de la deuda y su verdadera cuantía.

No sería lógico concluír que con esa manifestación quiso Córdoba expresar que el crédito a cargo de Grueso y a favor del doctor Joaquín Rebolledo, por valor inicial de $ 4.000, había quedado reducido a $ 300, porque entonces habría determinado claramente la deuda, o habría dicho que como albacea que había sido del doctor Rebolledo declaraba tal cosa, o que el crédito que se le había adjudicado en la sucesión del doctor Rebolledo, a cargo de Grueso, había quedado reducido a $ 300, en virtud de los abonos hechos por Grueso. Pero como nada de eso indica la declaración de Córdoba, no puede menos de pensarse que ella hace referencia a una posible deuda personal de Grueso a favor de Córdoba, completamente distinta del indicado crédito constituído primitivamente a favor del doctor Rebolledo.

Por tanto, no pueden darse por demostrados los hechos alegados por Grueso, ni es posible acceder a las peticiones de su demanda, ninguna de las cuales puede prosperar, por lo cual es preciso absolver a los demandados.

En mérito de las consideraciones que anteceden la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán con fecha quince de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, revoca la de primer grado, dictada por el Juez 1º Civil del Circuito de Popayán el cinco de abril del indicado año, y en su lugar, niega la revisión solicitada por el demandante Fabio Grueso, y en consecuencia, absuelve a los demandados Manuel José Maya, Sixto Rebolledo V. y Carmen Dulcey de Ibrodo de todos los cargos, tanto principales como subsidiarios, formulados contra ellos por aquél en su demanda presentada el tres de febrero de mil novecientos treinta y siete.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. JOSE MIGUEL ARANGO

No comparto en su totalidad la tesis sostenida por la Corte de que el deudor cedido no tiene personería sustantiva para atacar la cesión que se haga del crédito, porque él es un tercero en el contrato de cesión.

Para distanciarme de esta tesis hago las siguientes observaciones, que servirán para fundamentar mi disentimiento de la sentencia anterior.

No lo dice expresamente la ley, pero los principios generales que informan y regulan las convenciones jurídicas, autorizan para decir que la cesión de un crédito se formaliza entre el cedente y el cesionario por la sola voluntad de las partes, pero para que esa cesión, ya perfeccionada por el consentimiento de ellas, produzca efecto entre el cedente y el cesionario, se requiere, de acuerdo con el artículo 33 de la ley 57 de 1887, la entrega del título por el cedente al cesionario, si el crédito cedido consta en documento, que si no constare, debe otorgarse uno de acuerdo con lo prescrito en la última parte de la disposición mencionada. Hasta aquí, el deudor cedido es perfectamente extraño al contrato o convenio de cesión, el cual, si es verdad que tiene existencia jurídica, ella puede considerarse como inoperante o ineficaz, porque por el solo hecho de la cesión, el cesionario carece de medio o de instrumento adecuado para hacer valer el derecho que le ha sido transmitido o cedido, y sería verdaderamente sorprendente que las partes celebraran un concierto jurídico que no pudiera llevarse a efecto, y que no produjera resultado práctico alguno, como sucedería con la cesión pasada entre cedente y cesionario.

Para que la cesión produzca efectos es necesario que se le notifique al deudor o que éste la acepte, efectos éstos que también dicen relación con los terceros. Entra, pues, en juego un nuevo elemento que modifica y amplía el convenio o pacto de cesión, y en este elemento juegan papel importante el deudor y los terceros. Si es necesario para que el deudor quede ligado jurídicamente al cesionario, un acto de aquél, cual es la aceptación o un acto independiente de su voluntad, cual es la notificación, es porque se considera que el deudor hace parte del convenio de cesión al cumplirse uno de los dos requisitos antedichos, pues sería un verdadero adefesio que una persona estuviera obligada al cumplimiento de un pacto al cual es completamente extraño, que si lo fuera no lo obligaría en ningún caso. El vínculo jurídico nace para el deudor, por la voluntad de éste, cuando acepta la cesión, aceptación que lo obliga a cumplir el compromiso contraído para el cedente, en la persona del cesionario, con todas las condiciones y estipulaciones que contenga la obligación principal que el cedente ha cedido al cesionario, o cuando ella le sea notificada, porque antes de cumplirse cualquiera de estos dos requisitos, el crédito sigue siendo de propiedad del cedente y se considera que existe en manos de él respecto del deudor y de terceros, lo que implica que al deudor paga bien, si paga al cedente antes de la notificación o de la aceptación, y que ese crédito puede ser embargado por los acreedores del cedente.

Tan parte es el deudor en el contrato de cesión, cuando ésta se le notifica o la acepta, que tiene derecho a oponerle al cesionario todos los créditos que antes de notifcársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles, sino después de la notificación, y cuando aceptare la cesión sin reserva, no podrá oponer al cesionario en compensación los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente (artículo 1718).

El interés jurídico del cesionario es pagar bien, porque, de acuerdo con un conocido aforismo de derecho, quien paga mal paga dos veces. Así, pues, si el deudor puede discutir en juicio la exis-

tencia de la obligación contraída para con su acreedor cedente, bien porque ella sea inexistente o nula, no hay razón para que ese deudor que puede discutir la obligación principal, no pueda discutir la accesoria de la cesión, porque si no está obligado por el contrato original, cuando éste no existe o ha sido declarado nulo, menos puede estarlo por el contrato accesorio o pacto de cesión, y sería inexplicable que declarada nula la obligación principal, el deudor tenga que cumplirla con relación al cesionario, diciendo que aquél es un extraño al pacto de cesión y que contra éste nada puede pedir en justicia.

De suerte que si es admitido, en justicia, el deudor a solicitar la nulidad de la obligación principal, igualmente debe admitirse para que se declare ineficaz la cesión, como consecuencia ineludible de la nulidad de la obligación principal.

Ahora, no solamente considero que el deudor puede demandar indirectamente la ineficacia de la cesión, sino que también puede atacarla directamente, como sucedería en los casos siguientes: Si al deudor le consta que el cedente, al hacer la cesión, estaba en interdicción judicial puede pedir, en mi concepto, a la justicia, que se declare que esa cesión es ineficaz por ser el cedente persona incapaz; o cuando sabe que el documento en que consta el crédito cedido, le ha sido sustraído fraudulentamente al cedente y se ha falsificado la nota de traspaso y la firma del cedente.

No se diga que el interés jurídico del deudor desaparece porque si se hace el pago a la persona que estaba en posesión del crédito, y de buena fe, éste es válido y liberta al deudor de las obligaciones contraídas para con el cedente y para con el cesionario, porque en este caso, bien pudiera correr el deudor la contingencia de que en estrados, se le probara que al hacer el pago tuvo conocimiento de los hechos que se han puesto como ejemplo, y en este caso no habría buena fe, lo que invalidaría el pago.

Parece que la Corte aceptara lo que vengo sosteniendo, porque en el cuerpo de la sentencia se lee el siguiente párrafo, que considero de acuerdo con la tesis que sostengo. Dice así: "Aceptada la cesión por el deudor o notificado legalmente de ella por el cesionario, aquél se vincula al contrato celebrado entre el cedente y el cesionario, pero únicamente en lo relacionado con el pago del crédito y con las excepciones que pueda proponer al cesionario, de acuerdo con el artículo 1718, ibídem, y demás disposiciones pertinentes".

Si por la aceptación o por la notificación el deudor se vincula al contrato celebrado entre cedente y cesionario, es porque se hace parte en él y deja de ser un tercero, pues no tendría sentido el párrafo transcrito si se entendiera que el deudor a pesar del vínculo contraído respecto del contrato de cesión, era una persona extraña a él, porque se pregunta: Cómo se obliga a una persona a cumplir una obligación cuando ha sido extraña a ella?

No se diga que Grueso hubiera pagado bien si le hubiera pagado a Maya el crédito en cuestión, en virtud de la orden del Juez, porque si es cierto que el Juez del conocimiento dictó auto ejecutivo contra Grueso, a pesar de eso, el pago no se ha efectuado, que si se hubiera hecho, el problema se desplazaba hacia otro ángulo jurídico y se polarizaba de distinta manera. Lo que se discutiría entonces, era si el pago estaba o nó bien hecho. Pero se repite: el pago no se ha efectuado, y si se considerare que en virtud del mandamiento ejecutivo, Grueso tiene que pagarle a Maya cesionario, y que este auto ha pasado en autoridad de cosa juzgada, entonces la Corte para resolver el punto, materia del litigio, ha debido tomar esa vía, y declarar que había cosa juzgada y que ya no se podía discutir si Grueso debía o no debía pagar al cesionario, y en este evento si se podía negarle a Grueso el derecho de discutir sobre la validez de la cesión.

José Miguel Arango.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS POR HONORARIOS PROFESIONALES

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda).

Entre los señores Miguel A. Blanco e Isaías Daza Portela se celebró una convención, con el fin de que éste respresentara a aquél en un juicio ordinario que debía iniciar en Barranquilla contra la Sociedad Scott & Bowne Inc. of Colombia, sobre cobro de perjuicios procedentes del incumplimiento del contrato de fecha 8 de septiembre de 1931, estimados por Blanco en diez mil dollars americanos (U. S. C. $ 10,000).

Convinieron los contratantes en que Blanco le anticiparía a Daza Portela la cantidad de $ 100, pagadera en dos contados, y el valor total de los honorarios se fijó así: Si el juicio había que seguirlo hasta su terminación definitiva, Daza Portela recibiría por sus gestiones lo que el Juez señalara, a cargo de la parte demandada, más los $ 100 anticipados por Blanco, que no serían descontados. Si se llegaba a un arreglo con la sociedad demandada, antes de terminar el juicio, Daza Portela tendría derecho al veinte por ciento de lo que Blanco recibiera efectivamente en dinero, en virtud del arreglo, pero en este caso de ese veinte por ciento se deducirían los $ 100 adelantados por Blanco.

En cumplimiento de dicho contrato y en ejercicio del poder correspondiente conferido por Blanco, Daza Portela inició el juicio respectivo contra la nombrada sociedad ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Barranquilla, y obtuvo sentencia de primera instancia favorable a las pretensiones de Blanco.

Apelado ese fallo por la parte demandada subió el asunto al Tribunal y adelantada allí la tramitación de segundo grado, Blanco, sin consultar a Daza Portela, celebró una transacción o arreglo con la sociedad demandada, y el 2 de febrero de 1937 presentó un memorial de desistimiento en que dijo:

"Manifiesto a usted atentamente que por haber celebrado un arreglo con los mencionados demandados, he resuelto desistir en forma definitiva de continuar dicha acción y declaro expresamente que la sociedad demandada se halla completamente a paz y salvo con el suscrito por razón de cualquiera prestación o perjuicio que pudiera originarse del contrato celebrado el día ocho de septiembre de mil novecientos treinta y uno. Solicito por lo tanto a usted, atentamente, se sirva decretar terminado dicho juicio por pago efectivo....."

Así las cosas, Daza Portela, para hacer efectivos los honorarios que le correspondían, demandó en juicio ordinario a Blanco, ante el Juez 2º del Circuito de Barranquilla, por escrito presentado el 15 de marzo de 1937, en el cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERO. Que el señor Miguel A. Blanco y el suscrito celebraron el contrato de mandato, mediante el cual el señor Blanco confirió y el suscrito aceptó la representación judicial del señor Miguel A. Blanco para demandar y atender el juicio ordinario que el señor Blanco instauró contra la sociedad extranjera denominada Scott & Bowne Inc. of Colombia, demanda ésta propuesta por el suscrito demandante en representación del mencio-

nado señor Miguel A. Blanco, ante el Juzgado Primero de este Circuito de Barranquilla.

"SEGUNDO. Que como retribución o pago de los servicios que el suscrito prestó al señor Miguel A. Blanco, en el mencionado juicio, el señor Miguel A. Blanco debe pagarle al suscrito una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin a esta litis, el porcientaje acordado en el contrato, o sea el veinte por ciento (20%) sobre la suma que el demandante señor Blanco recibió como pago efectivo de manos de la sociedad demandada, y que fue causa para la terminación del juicio propuesto por el suscrito en nombre del señor Miguel A. Blanco.

"TERCERO. Que el señor Miguel A. Blanco debe pagar al suscrito el veinte por ciento acordado en el contrato, sobre la suma que recibió, o sea sobre la suma de diez mil pesos moneda de los Estados Unidos de América, que el demandado señor Blanco tiene recibida de manos de la sociedad Scott & Bowne Inc. of Colombia, o el equivalente de dicha cantidad en moneda legal colombiana al tipo de cambio existente en la plaza el día que me haga dicho pago.

"CUARTO. Que el demandado señor Blanco debe pagarme, igualmente, los intereses de la expresada cantidad equivalente al precio de la retribución de los servicios que le presté como su mandatario legal, computados dichos intereses a la rata existente en el comercio el día en que debió hacerme el pago, y a pagar igualmente los gastos y costos de la presente demanda judicial".

Admitida la demanda y corrido el traslado legal, Blanco la contestó negando que debiera suma alguna a Daza Portela; admitió que éste fue su apoderado en el juicio seguido contra Scott & Bowne Inc. of Colombia, pero afirmó que tal juicio fue transigido por quinientos dollars americanos (U. S. C. $ 500) y que los honorarios de Daza Portela se redujeron al veinte por ciento de dicha cantidad, porcentaje que quedaba compensado con los anticipos que le había hecho. Además, entabló demanda de reconvención contra Daza Portela para que se le condenara a pagarle la cantidad de $ 218.11 que le adeudaba por concepto de préstamos hechos, más los intereses causados, a la rata legal, y las costas del juicio.

El Juez del conocimiento decidió el negocio el veintiséis de febrero de mil novecientos treinta y ocho así:

"Primero. Condénase al señor Miguel A. Blanco a pagar al doctor Isaías Daza Portela el veinte por ciento sobre la cantidad de DIEZ MIL PESOS oro americano, o su equivalente en moneda legal colombiana, por concepto de sus honorarios conforme al contrato que se ha analizado en la parte motiva de este fallo.

"Segundo. Condénase igualmente al doctor Isaías Daza Portela a pagar al señor Miguel A. Blanco la suma de doscientos diez y ocho pesos con once centavos, moneda legal colombiana proveniente de préstamos.

"Tercero. Como de autos resulta que los señores Miguel A. Blanco y doctor Isaías Daza Portela son deudores recíprocos, se opera el fenómeno de la compensación de que trata el artículo 1714 del Código Civil.

"En consecuencia, el señor Miguel A. Blanco está obligado a pagar al doctor Isaías Daza Portela, cinco días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de dos mil pesos oro americano, o su equivalente en moneda colombiana, más los intereses legales sobre esta suma desde que se hizo exigible la obligación, deduciendo de esta suma la cantidad a que se refiere la segunda de las declaraciones hechas en este fallo, o sea la suma de doscientos diez y ocho pesos once centavos moneda legal colombiana.

"Condénase al demandado señor Miguel A. Blanco al pago de las costas causadas en este juicio".

De este fallo apelaron ambas partes y subido el asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y agotada allí la tramitación de segundo gra-

do, esa entidad lo confirmó, con un voto disidente, por sentencia de fecha seis de noviembre de mil novecientos cuarenta.

Los fundamentos principales de ambas sentencias pueden resumirse así:

Está plenamente demostrado en autos el contrato de mandato celebrado entre Blanco y Daza Portela, conforme al cual éste tendría derecho, como honorarios por el pleito seguido a nombre de Blanco contra Scott & Bowne Inc. of Colombia, al veinte por ciento de lo que Blanco recibiera efectivamente en dinero si se llegaba a un arreglo o transacción; está igualmente demostrado que Daza Portela, en ejercicio del poder conferido por Blanco, adelantó el indicado juicio para cobrar de la sociedad demandada la cantidad de diez mil dollars americanos (U. S. C. $ 10,000), por perjuicios, y que obtuvo sentencia favorable de primer grado. Estando para fallarse el negocio en segunda instancia, Blanco, con absoluta prescindencia de Daza Portela y sin que él lo supiera, desistió del juicio manifestando que la sociedad demandada se hallaba completamente a paz y salvo con él por razón de cualquiera prestación o perjuicio que pudiera originarse en el contrato celebrado el ocho de septiembre de mil novecientos treinta y uno y solicitando por ello que se declarara terminado el juicio por pago efectivo. Como según la ley el pago efectivo es la prestación de lo que se debe, es lógico concluír que lo que Blanco recibió de la sociedad demandada fueron los diez mil dollars americanos (U. S. C. $ 10,000) porque se inició la demanda. Blanco asegura que no recibió sino quinientos dollars americanos (U. S. C. $ 500), de acuerdo con el arreglo celebrado, pero eso no está probado, porque la declaración rendida sobre el particular por el señor Arnold Gaine, en nombre y representación de Scott & Bowne Inc. of Colombia, en su carácter de vicepresidente de esta sociedad, no reúne los requisitos exigidos por los artículos 657 y 658 del C. J. y 1º de la Ley 39 de 1933.

El recurso

Contra la mencionada sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandada, el que se pasa a decidir, por hallarse debidamente preparado.

Cinco cargos formula el recurrente contra el fallo acusado, de los cuales la Corte encuentra fundado el segundo, que es suficiente para infirmar la sentencia y entrar a decidir el asunto en instancia, conforme al artículo 538 del C. J.

Consiste dicho cargo en que el Tribunal incurrió en error de derecho, proveniente de la apreciación errónea que hizo del memorial de desistimiento presentado por Blanco, error de derecho que condujo a la violación de los artículos 1757 y 1769 del C. C.

Dice el recurrente que el Tribunal estimó que el memorial de desistimiento implicaba una confesión de Blanco sobre el hecho de haber recibido de Scott & Bowne Inc. of Colombia la cantidad de diez mil dollars americanos, y agrega:

"Basta leerlo para convencerse de que esa suposición es absurda. El señor Blanco lo que dice es que ha celebrado un arreglo con la casa Scott & Bowne. Celebrar un arreglo es cosa distinta de recibir la totalidad de la suma demandada. Porque celebró un arreglo, es decir, porque transigió, desistió del juicio y declaró que su demandado quedaba a paz y salvo con él, puesto que éste es el efecto de la transacción".

En concepto de la Corte es de toda evidencia que el Tribunal incurrió en el error de derecho que alega el recurrente, porque en manera alguna puede tomarse la manifestación hecha por Blanco en su referido memorial de desistimiento como una confesión de haber recibido de Scott & Bowne Inc. of Colombia los diez mil dollars americanos porque se inició el juicio respectivo.

Blanco dijo que por haber celebrado un arreglo con los demandados había resuelto desistir en forma definitiva de continuar la acción, y declaró que la sociedad demandada quedaba a paz y salvo con él

por razón de cualquiera prestación o perjuicio que pudiera originarse en el contrato sobre que versó el pleito. Quiere ello decir que recibió íntegra la cantidad demandada como perjuicios? Claro que no, porque en ese caso no habría habido un arreglo o transacción, sino, simplemente, el pago de la cantidad cobrada. Es preciso advertir, además, que la sociedad demandada no había aceptado que le debiera esa cantidad a Blanco, pues se opuso a la acción intentada por éste, quien, por otra parte, no logró demostrar en la primera instancia la verdadera cuantía de la deuda, toda vez que el Juez sólo condenó a los demandados, en abstracto, a pagar lo que Blanco probara después que le debían.

Se dice en la sentencia que como Blanco solicitó que se declarara terminado el juicio por pago efectivo y como éste, según la ley, es la prestación de lo que se debe, es forzoso concluír que Blanco recibió los diez mil dollars americanos que aspiraba a cobrar de los demandados. Se repite que las aspiraciones de Blanco no habían sido aceptadas por aquéllos, ni por el Juez, que condenó en abstracto, por no haber conseguido Blanco determinar la cuantía en la primera instancia; de consiguiente, el pago efectivo de que habló Blanco no podía referirse sino al valor de la indemnización fijado en el arreglo o transacción que celebró con los demandados, y en ningún caso a la totalidad de la suma demandada.

Es, pues, fundado este cargo y debe infirmarse la sentencia del Tribunal.

Para estudiar ya en instancia el negocio la Corte considera:

Está plenamente demostrado en autos el contrato celebrado entre Blanco y Daza Portela, y que éste aceptó y desempeñó lealmente el mandato conferido por aquél. Sobre esos puntos no ha habido discusión entre las partes.

Según dicho contrato, Blanco debe pagar a Daza Portela el veinte por ciento de lo que realmente recibiera de Scott & Bowne Inc. of Colombia, en dinero efectivo, pero no está probado cuánto recibió. Por tanto, la condenación debe hacerse en abtsracto,, para que, al ejecutarse la sentencia; se demuestre cuál fue, en verdad, la cantidad pagada por la indicada firma, a fin de conocer, en consecuencia, el valor del veinte por ciento que Blanco debe pagar a Daza Portela.

Es verdad que Blanco presentó un testimonio rendido por el señor Arnold Gaine, obrando en nombre y representación de Scott & Bowne Inc. of Colombia, en su carácter de vicepresidente de esa sociedad, ante el señor Manuel P. Rivera, Notario Público del Estado y Condado de New York, Estados Unidos de América, en que manifestó que la expresada sociedad y el señor Miguel Angel Blanco celebraron un convenio el 2 de febrero de 1937, en virtud del cual Scott & Bowne Inc. of Colombia "pagó a la American Surety Company of New York y a la Indemnity Insurance Company of North America, por cuenta de dicho Miguel Angel Blanco, la suma total de quinientos dollars ($ 500), en liquidación de unas reclamaciones que estas dos entidades sostenían con dicho Miguel Angel Blanco, y también desistió de todas y cualesquiera reclamaciones que tal sociedad Scott & Bowne Inc. of Colombia tuviera contra dicho Miguel Angel Blanco.

Ese testimonio, que por haber sido rendido ante Notario puede considerarse como un instrumento público al tenor del artículo 1758 del C. C., reúne los requisitos que para los instrumentos públicos o privados otorgados en país extranjero exige el artículo 1º de la Ley 39 de 1933, sustitutivo del 657 del C. J., pues la firma del Notario fue autenticada por el respectivo Registrador del Estado y Condado de New York, la de éste por el Cónsul General de Colombia en la indicada ciudad y la de este funcionario por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia; pero fuera de que él no demuestra que el señor Arnold Gaine tuviera facultad legal para obrar en nombre y representación de Scott & Bowne Inc. of Colombia, ni que tuviera el carácter de vicepresidente de esa sociedad, porque acer-

cá de ello nada certificó el Notario y no existe sino la afirmación hecha por el declarante, aun suponiendo que sí reuniera esas calidades, el testimonio no pasaría de ser una prueba incompleta, como individual que es; y como sobre el particular no existe otra prueba en los autos, no es posible tener por demostrado plenamente el hecho aseverado por Blanco, de que sólo recibió de la sociedad demandada la cantidad de quinientos dollars americanos, como valor del arreglo celebrado. Por otra parte, dado que el mencionado testimonio sólo constituiría, a lo sumo, prueba incompleta, carece de objeto entrar a estudiar qué valor legal tiene en Colombia, conforme a nuestro sistema probatorio, una declaración rendida ante Notario, extrajuicio y no ratificada oportunamente durante el juicio.

En lo tocante a la demanda de reconvención instaurada por Blanco, está en firme la condenación hecha en la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal, conforme a la cual Daza Portela debe pagar a Blanco la cantidad de $ 218.11, procedente de préstamos hechos por éste a aquél. Para esa condenación se basaron, tanto el Juez como el Tribunal, en que Daza Portela fue declarado confeso respecto de las posiciones pedidas por Blanco, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 618 del C. J., a lo que se agrega que Daza Portela no interpuso recurso de casación contra el fallo del Tribunal.

Aunque ambas partes vienen a ser recíprocamente deudoras de una cantidad de dinero, no puede decretarse aquí la compensación, porque no se conoce el monto de la deuda a cargo de Blanco y a favor de Daza Portela, y así no reúne la segunda de las calidades exigidas por el artículo 1715 del C. C.

A virtud de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, y 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 Barranquilla, con fecha seis de noviembre de mil novecientos cuarenta, y previa revocatoria de la de primera instancia, dictada por el Juez Segundo del Circuito del mismo nombre el veintiséis de febrero de mil novecientos treinta y ocho, falla este pleito así:

PRIMERO: Condénase al señor Miguel Angel Blanco a pagar al doctor Isaías Daza Portela el veinte por ciento de la cantidad que real y efectivamente recibiera Blanco de los señores Scott & Bowne Inc. of Colombia, por razón del arreglo verificado con ellos, en virtud del cual Blanco desistió del juicio que el doctor Daza Portela, como apoderado especial de Blanco, inició contra la firma mencionada en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Barranquilla, a que se hace referencia en este fallo.

Dicha cantidad deberá fijarse por el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J.

SEGUNDO: Condénase igualmente al señor Miguel Angel Blanco a pagar al doctor Isaías Daza Portela los intereses legales correspondientes al valor del veinte por ciento a que se refiere el ordinal anterior, a partir de la fecha de la demanda que dio origen a este pleito.

TERCERO: Condénase al doctor Isaías Daza Portela a pagar al señor Miguel Angel Blanco, cinco días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de doscientos diez y ocho pesos con once centavos ($ 218.11) moneda legal, que aquél le debe a éste, proveniente de préstamos.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

ACCION DE IN REM VERSO. — INCONGRUENCIA. — PROMESA DE CONTRATO. ARRAS.

1.—La incongruencia a que en el artículo 520 del Código Judicial, se alude es la que rompe las normas formales consagradas en el artículo 471 del mismo código, porque no armonice o se ajuste la parte resolutiva de la sentencia, que es en la que se concentra su imperio, con los puntos que han sido objeto de los pedimentos de la demanda y su contestación o de las cuestiones que la ley autoriza plantear en los litigios fuera de estas oportunidades, es decir, porque la resolución del fallo sea omisa, si ha dejado de fallarse alguna de las cuestiones debatidas; excesiva, si ha otorgado más de lo pedido, o resuelto pretensiones no deducidas, o si ha incurrido en defecto al condenar. 2.—La promesa de celebrar un contrato, que conforme al antiguo sistema del Código Civil no producía en ningún caso obligación alguna, es ahora, por virtud del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, fuente jurídica de obligaciones pero sólo exepcionalmente, porque para que lo sea es indispensable que concurran las circunstancias que en esa disposición se determinan. Los caracteres que en nuestro derecho tiene la promesa de contratar, constitutiva en sí misma de una convención, le dan la naturaleza de contrato solemne porque para su perfeccionamiento y validez se requieren condiciones especiales sin cuya concurrencia no produce obligación alguna, entre las cuales la primera es la exigencia de que conste por escrito. Estos requisistos, que condicionan la promesa como fuente creadora de vínculos jurídicos, son condiciones unidas a la existencia misma del contrato y no simplemente condiciones *ad probationem*. En el caso del artículo 89 la forma escrita de la promesa de contratar se exige *ad substantiam* actus, como requisito esencial para la validez del contrato, que junto con las demás condiciones requeridas, integra el conjunto de formalidades especiales, sin las cuales no produce ningún derecho civil, como está dicho en el artículo 1500 del Código Civil, al definir el contrato solemne. La inadmisibilidad de la prueba testimonial para demostrar la promesa de celebrar un contrato se funda en que la forma escrita que la ley ha establecido para el caso constituye una solemnidad, esto es, un requisito esencial insustituíble en que se confunden condición de validez y medio de prueba. Las declaraciones de testigos son para este efecto prueba legalmente ineficaz y carecen totalmente de valor. 3.—Se entiende por arras, de acuerdo con la significación etimológica del vocablo, las cosas que una parte da a la otra en prenda de la celebración o ejecución del contrato y constituyen una estipulación de carácter real y de naturaleza accesoria, vinculada como tal a la validez del contrato principal a que accede. Las arras, dentro de las dos especies o clases en que legalmente se dividen, constituyen una modalidad convencional del contrato de venta, un pacto especial que no se sobreentiende como elemento natural del contrato en

que interviene como garantías sino que ha de ser fruto de un consentimiento expreso sobre el particular. Las cosas que las partes se dan en el desarrollo de un negocio de venta no tienen por sí mismas, por el hecho de darse, el significado y valor jurídico que corresponde a las arras, si expresamente no se ha convenido en darles el carácter de prenda, esto es, que se han entregado en el concepto o calidad convencional de arras. Sólo en estas condiciones quedan las cosas afectadas a las consecuencias que para el caso determina la ley a través de la estipulación especial de este pacto.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca).

Figuran como antecedentes de este litigio los que en seguida se expresan, relacionados como hechos fundamentales de la acción:

Hacia fines del año de 1935, por intermedio de su marido y en forma simplemente verbal, Cecilia Salgar de Pardo adelantó una negociación, que en la demanda se ha llamado promesa de compraventa, con José del Carmen Barrera, conforme a la cual éste se comprometió a venderle a la señora y ésta a comprarle la hacienda denominada El Salitre, ubicada en el municipio de Cucunubá, compuesta de dos lotes que se alinderan en la demanda, junto con algunos semovientes y muebles que también aparecen allí enlistados. Se convino en que el precio de El Salitre fuera la cantidad de $ 40.000 de los cuales la compradora pagaría $ 30.000 al firmarse la escritura correspondiente, sin decir cuándo, y subrogándose en el resto, como deudora, en la obligación hipotecaria que grava la finca con el Banco Agrícola Hipotecario. Se acordó como condición del negocio que los títulos de propiedad del vendedor se consideraran intachables; y para dar principio a lo convenido, Barrera se dirigió al Banco acreedor en carta del 20 de enero de 1936 en que daba cuenta del negocio hecho con la señora de Pardo y solicitaba que fuera aceptada su promitente compradora como sustituta suya en la obligación con garantía hipotecaria que tenía pendiente con el Banco.

Mientras se cumplían las condiciones preparatorias del negocio, José del Carmen Barrera pidió a Pablo E. Pardo Durán, quien representaba a su esposa, como anticipación y a buena cuenta del negocio de El Salitre, dinero que le fue facilitado teniendo en cuenta las magníficas referencias que había recibido del señor Barrera y no dudando de que pudiera cumplir sus compromisos", en dos contados, de $ 600 el 2 de enero de 1936, y de $ 3,000 el 22 de los mismos mes y año, según los recibos correspondientes.

No accedió el Banco a aceptar la sustitución de deudor en las condiciones en que se hallaba la obligación hipotecaria de Barrera sino que exigió cambios en el pago y en el plazo en forma que Pardo y su esposa consideraron inaceptables y hasta depresivas. Por esta circunstancia, y además por haber hallado el abogado que estudió los títulos de propiedad de El Salitre que adolecían de un vicio de nulidad no saneada, resolvieron no adelantar el negocio de compra, y al efecto, en carta del 10 de marzo de 1936, Pablo E. Pardo manifestó a José del Carmen Barrera que por esos motivos se veía en el caso de no poder adquirir para su señora la expresada finca, y que, en consecuencia, le pedía el favor de reembolsarle el dinero que había tenido el gusto de facilitarle como anticipo a cuenta de ese negocio que ya no podía hacerse.

La negativa de Barrera a restituír los dineros a que se ha hecho referencia ha obligado a Cecilia Salgar de Pardo a recurrir a la vía judicial para que se le ordene hacerlo, para lo cual promovió este juicio por medio de apoderado, en libelo de fecha 9 de abril de 1937, repartido al

Juzgado Cuarto Civil de este Circuito, en que ha demandado a José del Carmen Barrera para que se le condene a pagarle la suma de tres mil seiscientos pesos que le retiene indebidamente con los intereses legales desde la fecha en que le fueron entregados hasta el en que se verifique el pago,, más las costas del juicio.

Admitida la demanda, no fue sin embargo posible surtir su traslado personalmente con el demandado debido a su ocultación, por lo cual fue preciso que el Juez le nombrara un curador, con cuya audiencia se cumplieron las primeras actuaciones. Sin contestación de la demanda, se adelantó el juicio hasta agotarse la tramitación del primer grado que finalizó con la sentencia del 8 de julio de 1938 en que se condenó a José del Carmen Barrera a pagar a la demandante la cantidad demandada y sus intereses legales al tenor de las peticiones del libelo. No se hizo condenación en costas.

Sentencia acusada

La apelación que el demandado interpuso contra este fallo dio lugar a la segunda instancia ante el Tribunal Superior de Bogotá que le puso fin con sentencia de 27 de julio de 1940, confirmatoria de la del Juzgado del Circuito.

La apreciación jurídica que para motivar este fallo hace el Tribunal del hecho indiscutido y esencial de que Barrera recibió de la actora, en dos contados, la suma de $ 3,600 "a buena cuenta del negocio de El Salitre", como rezan los recibos, puede compendiarse así:

Todos los elementos de prueba aducidos por parte y parte revelan evidentemente que Cecilia Salgar de Pardo, representada por su marido, y José del Carmen Barrera, quisieron celebrar a través de las negociaciones de que dan noticia los autos una promesa de compraventa de la finca de El Salitre, de propiedad del último; promesa que por haberse pactado verbalmente, sin los requisitos y solemnidades que exige para su validez el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, no reemplazables ni demostrables por simple prueba testimonial, careció de existencia jurídica y no dio nacimiento contractual a ningún derecho ni obligación entre ellos. Por consiguiente los $ 3,600 que en desarrollo a cuenta de este negocio trunco y jurídicamente ineficaz recibió José del Carmen Barrera de manos del esposo de la demandante deben volver al patrimonio de ésta para evitar un enriquecimiento sin causa por parte de aquél. Para el Tribunal, la acción ejercitada en este caso es la de in rem verso puesto que la restitución que se persigue con ella no se hace provenir de un contrato, ni de un cuasi-contrato, ni cuasi-delito.

En su parte final se refiere la sentencia recurrida a la tesis del demandado, aducida por primera vez en el alegato de conclusión ante el Tribunal, de que la suma recibida por él le pertenece y debe perderla la actora, porque los $ 3,600 "deben reputarse como arras confirmatorias" y no como dinero a buena cuenta de un negocio que no llegó a perfeccionarse, y la considera improcedente y sin respaldo con lo que revelan las pruebas del proceso.

El recurso

Vencido en las dos instancias del juicio, el demandado interpuso contra la sentencia definitiva del Tribunal, que acaba de sintetizarse, el recurso de casación que hoy se decide. Lo apoya en los dos primeros motivos legales que enumera el artículo 520 del C. J. La Sala los considera en el orden en que los propone la demanda de casación.

a) CAUSAL SEGUNDA. De falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes se acusa el fallo, y hace consistir el recurrente este defecto en "incongruencia entre la verdadera causa de la acción deducida en el libelo por la demandante y los motivos fundamentales que incidieron en el fallo de restitución", porque lo que la actora ha perdido es la devolución de un pago indebido que hizo por error, en demanda

originada en un cuasi-contrato reglamentado en la ley, y el Tribunal la ha decretado en el concepto de un enriquecimiento sin causa como si se tratara de una acción de in rem verso, fundada en un principio de equidad.

Se considera:

No consulta esta acusación la naturaleza y alcance que dentro de la técnica legal de la casación corresponde al segundo de los motivos conforme a los cuales procede el recurso conforme al artículo 520 del C. J. La incongruencia a que en este precepto se hace referencia es la que rompe las normas formales consagradas en el artículo 471 del código de procedimiento civil porque no armonice o se ajuste la parte resolutiva de la sentencia, que es en la que se concentra su imperio, con los puntos que han sido objeto de los pedimentos de la demanda y su contestación o de las cuestiones que la ley autoriza plantear en los litigios fuera de estas oportunidades, es decir, porque la resolución del fallo sea omisa, si ha dejado de fallarse alguna de las cuestiones debatidas; excesiva, si ha otorgado más de lo pedido, o resuelto pretensiones no deducidas, o si ha incurrido en defecto al condenar.

No es posible deducir en este caso desarmonía o falta de consonancia entre la petición de la demanda, que es pura y simplemente la de que se condene al demandado Barrera a pagar a la actora "la suma de $ 3,600 que el deudor retiene indebidamente", con sus intereses legales, y la condenación que contiene la parte resolutiva de la sentencia acusada en que el Juez y el Tribunal se limitaron a acoger la parte petitoria del libelo, que aparece debidamente fundada en los hechos que se compendiaron al principio de este fallo. Es verdad que en algún pasaje de la demanda se formulan algunas apreciaciones jurídicas del problema sometido a decisión judicial y que allí se habla de que la señora Salgar de Pardo erró en el derecho y en el hecho al entregar a Barrera la suma indicada, pero es evidente también que al lado de esta consideración, consignada sin ninguna importancia en la demanda, está la afirmación de que la acción ejercitada se funda "en que de los hechos arriba transcritos no nace ninguna obligación civil ni natural a cargo de la señora Salgar de Pardo", que es la razón básica de la sentencia acusada.

Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo como es la de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derecho diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos del artículo 520, que engloba las diversas maneras de violación de ley sustantiva.

Inaceptable es, pues, la acusación por el motivo segundo.

b) CAUSAL PRIMERA. Por varios aspectos y en párrafos separados se ataca la sentencia recurrida por violación legal. En la misma forma se consideran y estudian.

1) El Tribunal incurrió en error de hecho evidente en la interpretación de la demanda al considerar que la actora pide la restitución de los $ 3,600 invocando un enriquecimiento injusto o en ejercicio de la actio de in rem verso cuando la acción ejercitada ha sido la de restitución por pago indebido o conditio indebiti, error éste que lo condujo a la violación indirecta del artículo 8 de la ley 153 de 1887, por indebida aplicación.

Se considera:

Los hechos expresados y referidos en la demanda, que constituyen a no dudarlo la parte esencial de estos libelos, ni las peticiones formuladas en ella, reducidas a la restitución del dinero, dan razón a la afirmación perentoria del recurrente de que la señora Salgar de Pardo ha planteado este litigio sobre la base procesal inmodificable de una petición por pago de lo no debido. Sin otorgar importancia

que no les corresponde a frases y expresiones aisladas del libelo, que apenas revelan deficiencia de técnica jurídica, la verdad es que con la demanda que se considera se ha sometido a la decisión judicial un caso que en síntesis apretada se reduce a que entre actora y demandado se adelantaron conversaciones sobre negocio de compraventa de un inmueble de éste que la demandante quería comprar, y se acordaron condiciones de precio y pago, sin señalar época para la legalización contractual de la negociación. Mientras se obtenía el consentimiento del Banco para la sustitución de deudor en la obligación hipotecaria que gravaba la finca y se adelantaba el estudio de los títulos, como se relató al hacer el compendio de los hechos de la demanda, obtuvo Barrera que la demandante, fuera de lo convenido verbalmente en materia de pago, le facilitara el dinero en los dos contados a que se refiere la demanda. Suspendida la negociación por los motivos que ya se dijeron, antes de que tomara forma legal como contrato de promesa ni como compraventa, la señora de Pardo, ante la negativa de Barrera de hacerle devolución de las cantidades que le había facilitado en razón de un negocio que no pudieron perfeccionar, ha iniciado esta acción judicial con el fin de que se le restituya esa suma de dinero que no entregó en concepto de pago y que el demandado retiene sin causa. Que no fue a título de pago, en el falso concepto de deberlo, como la actora, por medio de su marido, entregó al demandado el dinero de que se trata lo expresa claramente la demanda cuando dice que el precio que se acordó, fue el de $ 40,000 que debía pagarse, $ 30,000 al firmarse la escritura y el resto sustituyéndose, si el Banco acreedor aceptaba, en la obligación con garantía hipotecaria que Barrera debía, y que el dinero se entregó a petición de éste, sin que la demandante estuviera o se considerara obligada a hacerlo, con imputación al negocio que estaba en vía de perfeccionarse, y que no alcanzó a tener vida legal.

Estos fundamentos de hecho, que la actora considera estériles como fuentes de obligaciones a su cargo y a cuyo final formula el pedimento de restitución del dinero indebidamente retenido por el demandado, estructuran incuestionablemente un caso de enriquecimiento indebido que no puede impedirse sino a través del ejercicio de la acción de in rem verso, como lo tiene establecido la doctrina y aceptado la jurisprudencia y como lo entendió el Tribunal en cuya sentencia predomina el criterio de la equidad. Ofrece el caso, de la demanda en efecto, los elementos que integran jurídicamente un enriquecimiento torticero, porque al lado del desplazamiento patrimonial que empobrece a uno y enriquece al otro, brilla la ausencia de causa jurídica justificativa de ese desequilibrio y no se ve tampoco medio legal o acción utilizable para impedirlo generada en un contrato que en este caso no alcanzó a celebrarse, ni en un cuasi-contrato, que ya se vio no reúne las condiciones legales que le sirvieran de base porque el dinero no se dio en el erróneo concepto de pago. No pudiéndose utilizar para la restitución ninguna acción de origen contractual, cuasicontractual, delictual ni cuasidelictual queda a salvo el carácter accesorio que corresponde a la actio in rem verso, que es indudablemente la que se ha usado en este caso a la luz de una interpretación integral de la demanda.

No es impertinente recordar aquí lo que respecto de esta acción dijo la Sala en sentencia del 6 de septiembre de 1940, visible a las páginas 39 y 40 del tomo L de la G. J.:

"Dentro de la ciencia jurídica moderna ha prevalecido, entre las diversas clasificaciones que se han hecho de las fuentes de las obligaciones, unas excesivamente complejas y muy sintéticas otras, la que vincula su nacimiento a una de estas cuatro fuentes: 1º el acto jurídico, que es el ejecutado por las personas con el propósito deliberado de producir consecuencias en derecho, comprensivo del contrato, del cuasicontrato, y del hecho voluntario de la persona que se obliga, en la enumera-

ción del artículo 1494 de nuestro Código Civil; 2º el hecho ilícito o sea el calificado legalmente como delictuoso y el simplemente culposo, que comprende el delito y el cuasidelito de nuestra clasificación legal; 3º la ley, que impone a quien se halle en determinada situación jurídica ciertas obligaciones, enunciada también en el sistema de nuestro código, y 4º el enriquecimiento sin causa.

No está expresamente determinada esta última fuente de obligaciones entre las que enumera y señala nuestra ley civil sustantiva, que solamente sanciona casos especiales de enriquecimiento indebido, entre otros, en los artículos 1747, 2120, 2243, 739, inc. 2º, 2309, 2310, 2343, que no pueden interpretarse sino a la luz de esta teoría; pero esta circunstancia o modalidad de nuestro derecho que no le da al enriquecimiento torticero categoría institucional consagrándolo expresamente como una fuente de obligaciones civiles, tal como está en los códigos de Suiza y de Alemania y otros posteriores a éstos, no ha sido óbice sin embargo para que la jurisprudencia nacional, con apoyo en las disposiciones de los artículos 5, 8 y 48 de la ley 153 de 1887, y modernizando en este punto la teoría general de las obligaciones, haya admitido el enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones civiles cuando tal fenómeno, que implica un desplazamiento patrimonial, se verifique sin causa jurídica que lo justifique, esto es, que no sea la consecuencia de un acto jurídico, sino de un hecho no jurídico, puesto que excluye toda idea de consentimiento contractual entre las personas entre quienes se produzca el desequilibrio de las prestaciones. En diversas sentencias de casación, especialmente en la fechada el 19 de noviembre de 1936, visible a páginas 471 a 476 del tomo XLIV de la G. J., ha determinado la Corte los elementos esenciales que integran jurídicamente el enriquecimiento torticero y ha delimitado el alcance y procedencia en el ejercicio de la acción destinada a impedirlo.

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

Las consideraciones que anteceden son bastantes para no dar acogida al cargo que se estudia de violación del artículo 8 de la ley 153 de 1887, que el Tribunal no cita en sus sentencias pero que se supone quebrantado por haber advertido que "es de equidad ordenar la restitución como lo ha hecho el Juez de primera instancia".

2) Se vincula esta acusación al pasaje del fallo en que el Tribunal dice que la promesa verbal celebrada entre Cecilia Salgar de Pardo y José del Carmen Barrera no tuvo existencia ante la ley ni puede producir efecto civil de ningún género por pretermisión de los requisitos o solemnidades que señala el artículo 89 de la ley 153 de 1887, y que para acreditar la celebración de un contrato de esta especie no es de recibo la prueba testimonial. Cree el recurrente que al concluír de esta manera el Tribunal quebrantó los artículos 697 y 704 del C. J., 1769 del Civil y 93 de la ley 153 de 1887 por falta de aplicación, y los artículos 91 y 92 de la

misma ley por haber sido indebidamente aplicados y erróneamente interpretados; por lo cual omitió la apreciación de los recibos suscritos por el demandado en la calidad que les corresponde de principios de prueba por escrito, la cual, complementada por las declaraciones de algunos testigos que él adujo, sirve legalmente para demostrar la celebración de la promesa de compraventa de El Salitre.

Se considera:

La promesa de celebrar un contrato, que conforme al antiguo sistema de Código Civil no producía en ningún caso obligación alguna, es ahora, por virtud del artículo 89 de la ley 153 de 1887, fuente jurídica de obligaciones pero sólo excepcionalmente, porque para que lo sea es indispensable que concurran las circunstancias que en esa disposición se determinan. Los caracteres que en nuestro derecho tiene la promesa de contratar, constitutiva en sí misma de una convención, le dan la naturaleza de contrato solemne porque para su perfeccionamiento y validez se requieren condiciones especiales sin cuya concurrencia no produce obligación alguna, entre las cuales la primera es la exigencia de que conste por escrito. Estos requisitos, que condicionan la promesa como fuente creadora de vínculos jurídicos, son condiciones unidas a la existencia misma del contrato y no simplemente condiciones ad probationem. En el caso del artículo 89 que acaba de citarse la forma escrita de la promesa de contratar se exige ad substantiam actus, como requisito esencial para la validez del contrato, que junto con las demás condiciones requeridas, integra el conjunto de formalidades especiales, sin las cuales no produce ningún efecto civil, como está dicho en el artículo 1500 del C. C. al definir el contrato solemne.

La inadmisibilidad de la prueba testimonial para demostrar la promesa de celebrar un contrato se funda en que la forma escrita que la ley ha establecido para el caso constituye una solemnidad, esto es, un requisito esencial insustituíble en que se confunden condición de validez y medio de prueba. Las declaraciones de testigos son para este efecto prueba legalmente ineficaz, carecen totalmente de poder de convicción. El rechazo que de este medio de prueba hizo el Tribunal es fundado y está de acuerdo con las normas de nuestro derecho probatorio, aunque equivocadamente le buscó apoyo en la disposición del artículo 1767 del C. C., como lo hace notar el recurrente en acusación que no puede tener trascendencia distinta en el recurso que la de una breve rectificación doctrinaria sobre el punto.

Los recibos fueron acertadamente apreciados por el sentenciador solamente como prueba fehaciente del hecho de la entrega del dinero a que se refiere la demanda.

La cita, pues, de los textos legales que en este cargo señala el recurrente como infringidos por el Tribunal no tienen pertinencia, porque se refieren a casos de limitaciones probatorias en que la forma escrita se requiere solamente ad probationem, y en los cuales, por consiguiente, es posible que el contrato, independiente de la forma escrituraria, se forme, viva y produzca sus efectos jurídicos aunque no se haya hecho constar por escrito.

3) Cita aquí de nuevo el recurrente como quebrantadas por el Tribunal las mismas disposiciones sobre pruebas indicadas en el numeral anterior, esta vez con ocasión del error en que pretende incurrió el sentenciador al no dar por establecido, sobre el mérito correspondiente a los recibos, los testimonios aducidos por el demandado y las declaraciones de las partes, el pacto de arras ajustado entre actora y demandado. "La sentencia —dice la demanda de casación— tomando pie en una simple similitud de fenómenos, tomó por promesa de futuro contrato lo que en realidad es una venta con arras como la llama el código, o simplemente pacto de dación de arras como la califican los doctrinantes". De estos pretendidos errores en la apreciación probatoria deduce el recurrente que se violaron los artículos 1602, 1859, 1860 y 1861 del C. C., gobernadores del pacto de arras,

por falta de aplicación debiendo ser aplicados.

Se considera.

Se entiende por arras, de acuerdo con la significación etimológica del vocablo, las cosas que una parte da a la otra en prenda de la celebración o ejecución del contrato, y constituyen una estipulación de carácter real y de naturaleza accesoria, vinculada como tal a la validez del contrato principal a que accede. Las arras, dentro de las dos especies o clases en que legalmente se dividen, constituyen una modalidad convencional del contrato de venta, un pacto especial que no se sobreentiende como elemento natural del contrato en que interviene como garantía sino que ha de ser el fruto de un consentimiento expreso sobre el particular. Las cosas que las partes se dan en el desarrollo de un negocio de venta no tienen por sí mismas, por el hecho de darse, el significado y valor jurídico que corresponde a las arras, si expresamente no se ha convenido en darles el carácter de prenda, esto es, que se han entregado en el concepto o calidad convencional de arras. Sólo en estas condiciones quedan las cosas afectas a las consecuencias que para el caso determina la ley a través de la estipulación especial de este pacto.

En ningún momento del litigio se ha discutido sobre la realidad del hecho de que la demandante, por intermedio de su marido, entregara al demandado, por cuenta del negocio de El Salitre, las sumas a que se ha hecho referencia. El demandado Barrera, como consta de autos, se ocultó en forma que para adelantar el juicio fue necesario nombrarle un curador con quien se surtió la notificación de la demanda, y sólo al finalizar el primer grado se hizo presente. La primera vez que adujo la tesis de las arras para retener legítimamente el dinero que recibió de la actora fue al alegar de bien probado en la segunda instancia. Entonces dijo, por medio de apoderado debidamente constituído: "de mi parte advierto que el negocio de compraventa se proyectó y cerró, pero estimo que no se trata de una promesa de compraventa, al menos en el sentido técnico de la figura; que el precio fue de cuarenta mil pesos pagaderos de contado, no existiendo, por tanto obligación de Barrera de obtener sustitución de deudor, y que las sumas recibidas lo fueron por Barrera a título de arras revocatorias. Al desistir o retractarse la señora Salgar del convenio, como ella misma lo confiesa, sin que de mi parte tenga que entrar en consideraciones sobre las causas de este desistimiento, aquélla ha perdido las arras, y mi parte a ese título o por tal causa es por lo que se niega a la devolución".

Que José del Carmen Barrera recibió el dinero a título de arras como prenda o garantía de la celebración del contrato, como él lo afirma y debe probarlo, es circunstancia qué no aparece establecida en ninguna forma a lo largo del pleito. En ninguna de las pruebas del proceso se hace la más leve referencia a ningún pacto de arras. Los testigos de Barrera no mencionan tal cosa, ni en sus propias cartas dirigidas a Pardo, ya en referencia a la notificación que éste le hiciera de no poder adquirir ya para su señora la hacienda de El Salitre, hace el demandado ninguna alusión relacionada con arras o al derecho de retener a ese título el dinero recibido. Es una pretensión sin ningún respaldo probatorio en el proceso. Y en estas condiciones resulta perfecta y legalmente justificada la sentencia del Tribunal en cuanto se abstuvo de dar aplicación a los preceptos del código que regulan los efectos del pacto de arras, pacto éste que por otra parte, como acertadamente está escrito en la sentencia, no puede tener vida independientemente de un contrato principal, de promesa o de venta, cuya existencia no puede deducirse de los autos.

Todas las argumentaciones que el recurrente hace en torno de esta cuestión de las arras carecen de valor y efecto porque arrancan de la falsa base de que el Tribunal estuvo en frente de un convenio de compraventa celebrado entre actora y demandado en el que se estipuló

accesoriamente pacto de arras, y ya se ha visto cómo esto carece de fundamento jurídico y de apoyo probatorio.

4) En el último cargo acusa el recurrente la sentencia por ser violadora del artículo 2318 del C. C. por cuanto se condena a José del Carmen Barrera a pagar intereses legales de la suma de $ 3.600 desde las fechas de sus dos recibos, ya que Barrera procedió de buena fe al recibir por cuenta del negocio "de modo que es absurdo hallar ilícito el anticipo, por el solo hecho de ser tal anticipo". Dice la demanda que "la parte motiva no explica esa condena, ni cita texto alguno que la sustente, y esto en otras latitudes es motivo de casación".

Para no dar acogida a este postrer cargo, más descaminado que los otros, basta advertir que la sentencia no se apoya, ni la cita siquiera, en la disposición que el recurrente considera violada y que se refiere a un caso de ocurrencia del cuasicontrato del pago de lo no debido, que no estuvo en la mente del sentenciador, y que por tanto no pudo ser quebrantado por "falsa aplicación", como dice la demanda.

Con apoyo en 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 Bogotá el 27 de julio de 1940, que ha sido materia de este recurso.

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 ppdad.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y OTRAS — RELACIONES DE VECINDAD — MEDIANERIA

1.—Hay estipulaciones que, como las del contrato a que se refiere el pleito, son expresivas de reglas o normas que establece la ley para gobernar situaciones de hecho, de vecindad, con un criterio de interés social, como son las referentes a los derechos y obligaciones accesorios de la medianería, relativos al uso común de las paredes divisorias, a las expensas de construcción y conservación de los cerramientos, a la prohibición de ejecutar determinadas obras perjudiciales a los vecinos, como las enunciadas en los artículos 914 y 998 del C. C., constitutivas de limitaciones del dominio como servidumbres legales, garantizadas con el ejercicio de acciones posesorias especiales y cuya naturaleza, vinculada a una noción de orden público e interés social, encaja mejor en las reglamentaciones policivas. (Arts. 914, 916, 932, 936 y 998 del C.C.), 2. La acción resolutoria, que busca la destrucción de los efectos jurídicos determinados por los contratos sinalagmáticos, ha de fundarse indispensablemente en incumplimiento de prestaciones de que haya sido fuente la convención, o que de algún modo entren en su configuración o constituyan sus móviles determinantes. La violación o quebranto de los deberes legales de vecindad no sirven para apoyar una acción destructora de la permuta en el caso de autos, ya se acepte como fundamento doctrinario de la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del C. C. el principio de la equivalencia de las prestaciones a que se refiere Maury, o la teoría de los móviles determinantes de las partes en el mantenimiento del equilibrio contractual, según Josserand. — 3. Ni la ley ni la doctrina autorizan, dentro de una misma relación jurídica, la involucración de la responsabilidad contractual con la generada extracontrato. — 4º No existen en el procedimiento civil las recusaciones implícitas. El motivo quinto de casación exige que se trate de una recusación fundada en causa legal pendiente, al dictar la sentencia, o en que se haya desestimado una recusación, siendo procedente.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Por medio de instrumento privado suscrito en Tunja el 23 de abril de 1936, Rito Ramón y José del Carmen Calixto se obligaron solidariamente para con Juan Salamanca Vargas a "construir, ejecutar y montar en la casa número 578 de la calle 3ª, barrio de Santa Bárbara, ciudad de Tunja, "varias obras de carpintería, a satisfacción de Salamanca y dentro del término de cuarenta y cinco días, a partir de la fecha del instrumento, por el precio de $ 150 que Salamanca se comprometió a pagar "con parte del valor de un lote de terreno ubicado en el barrio de Santa Bárbara de la ciudad de Tunja, el cual

se obliga a enajenar y promete vender a los hermanos Calixto en la cantidad de doscientos cincuenta pesos, con una cabida aproximada de doscientos metros noventa centímetros cuadrados, situado al occidente de la edificación en donde va a ejecutar la obra contratada. Salamanca Vargas hará la enajenación tan pronto como se le entregue la obra contratada a su satisfacción y los hermanos Calixto quedan a su vez obligados a pagar al prometente vendedor la suma de cien pesos".

En cumplimiento de este contrato fue otorgada la escritura pública número 699 el 29 de julio de 1936 en la Notaría Primera del Circuito de Tunja, cuyas cláusulas principales, relacionadas con las cuestiones del recurso, se trascriben en seguida:

"PRIMERO.—..... Que a título de venta trasfieren (Juan Salamanca Vargas y su señora) a favor de los señores Rito Ramón y José del Carmen Calixto, cuyas anotaciones personales se dirán más adelante, a quienes también conozco personalmente, el derecho de dominio que tienen en un lote de terreno de forma rectangular, ubicado en el barrio de Santa Bárbara de la ciudad de Tunja, situado al lado occidental de la casa número 5-87 de la calle 3ª de propiedad de los vendedores, alinderado.....

"SEGUNDO.—Que el precio de esta venta es la cantidad de doscientos cincuenta pesos que los vendedores confiesan tener recibida de manos de los compradores a su entera satisfacción y por iguales partes, así: ciento cincuenta pesos en el valor de la confección de una obra de madera que fue ejecutada y entregada a satisfacción de los exponentes, según consta en documento privado suscrito en Tunja el 23 del corriente año, y cien pesos en efectivo al firmarse esta escritura.

TERCERO. — Declaran conjuntamente los contratantes que los compradores Calixto podrán hacer uso adecuado, hasta donde lo permitan la resistencia de los materiales, seguridad y solidez, de la pared occidental de la casa número 5-87 de la calle 3ª, de propiedad de los vendedores, la cual será medianera, respondiendo los señores Calixto de la buena conservación de dicha pared, seguridad y solidez, quedando obligados a concurrir con la mitad del costo en la construcción de la referida pared, en el trayecto de once metros que falta por construír, guardando la misma altura, ancho y dimensiones de lo ya construído en la referida pared. Los compradores Calixto se obligan solidariamente a no hacer uso del caño de desagüe de aguas lluvias que ha construído Salamanca Vargas y a mantener la boca de dicho caño o desagüe bien limpio, de manera que dé salida con facilidad a dichas aguas lluvias, quedando igualmente obligados, como ya se ha dicho, a no permitir humedad, huecos o debilitamiento de la referida pared occidental medianera....."

Los vendedores Juan Salamanca y su esposa Carlina Vélez de Salamanca, afirman que los compradores Calixto no han dado cumplimiento a las obligaciones que por virtud de esa convención contrajeron, pues no costearon ni han pagado su cuota de construcción de los once metros de pared medianera; han abierto pozos, arrimado adobe, materiales y tierra contra ella; han sustraído del lote vendido gran cantidad de piedra, y han cegado el caño de aguas lluvias, negándose hasta permitir que sea limpiado por ellos y no prestándose a celebrar ningún arreglo para que cesen todos estos hechos que les están causando graves perjuicios, pues a consecuencia de ellos "se está agrietando y terminará por derrumbarse y venir a tierra" la casa de su propiedad, contigua al lote vendido.

Con apoyo en esta situación, que Salamanca Vargas y su esposa relatan y concretan en los hechos fundamentales de su acción, demandaron, por medio de apoderado y en libelo de fecha 7 de febrero de 1939, a Rito Ramón y José del Carmen Calixto para que en la sentencia defini-

tiva de un juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones:

I—Queda resuelto el contrato de compraventa recogido en la escritura pública número 699, otorgada ante el notario primero de Tunja el 29 de julio de 1936, por incumplimiento de las obligaciones que por ella contrajeron los demandados, especialmente las contenidas en la cláusula tercera, y se les condene a la indemnización de los perjuicios correspondientes, estimados en la cantidad de dos mil pesos.

II—Que se declare sin valor ni efecto la promesa de contrato, con indemnización de perjuicios, contenida en el instrumento privado de fecha 23 de abril de 1936, por incumplimiento de los demandados y como consecuencia de la primera solicitud.

III — Que consecuencialmente se restituyan las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración de estos contratos, sin lugar al pago de mejoras y haciendo las compensaciones del caso con el valor de los perjuicios recibidos, y se ordene la cancelación respectiva en la oficina de registro correspondiente a fin de que la finca vuelva al patrimonio de los actores, y

IV—Que se condene a los demandados a las costas del juicio.

Subsidiariamente, para el caso de que no se decrete la resolución de los contratos referidos, piden los actores que se "ordene que los demandados garanticen el cumplimiento de las obligaciones que se impusieron en la mencionada cláusula tercera de la escritura pública mencionada, número 699, por medio de una caución, ojalá hipotecaria, imponiéndoles una pena civil o penal, cada vez que infrinjan esa cláusula, y al mismo tiempo se les prohiba introducir en la pared medianera de la casa de mis mandantes soportes para maquinarias movidas por fuerza motriz cuya trepidación afectaría naturalmente la solidez de esa casa hasta el punto de derribarla y se les condene al pago de los daños y perjuicios que les han causado a mis mandantes con la aglomeración de tierra contra la pared, basuras y materiales que han agrietado dicha pared, los cuales serán determinados por peritos nombrados en el curso de esta actuación".

Se opusieron los demandados a que se hicieran las declaraciones pedidas, negando los hechos principales de la demanda, y surtidos los trámites correspondientes al grado, el Juzgado Segundo del Circuito de Tunja, al que correspondió el negocio por repartimiento, lo decidió en sentencia del 8 de marzo de 1940, en forma totalmente absolutoria y sin costas.

Ambas partes interpusieron contra este fallo recurso de apelación, la demandada en lo referente a costas, y por este motivo se surtió la segunda instancia ante el Tribunal Superior de Tunja, que le puso fin con sentencia del 5 de octubre de 1940 en que confirmó la apelada, también sin costas.

Esta sentencia definitiva de segundo grado, acusada en casación por recurso oportunamente interpuesto por el apoderado de los demandantes, se apoya en las razones que sintéticamente se expresan en seguida.

En la escritura pública número 699 del 29 de julio de 1936, traída a los autos con la demanda, debidamente inscrita en el registro público, no se recoge, en concepto del Tribunal sentenciador, un contrato único al cual se añadieran algunas cláusulas o estipulaciones accidentales, sino que contiene en realidad tres convenciones definidas y diferentes, con existencia propia aunque conexionadas entre sí, a saber: el contrato a que se refiere la cláusula primera del instrumento por medio del cual los demandantes transfirieron a los demandados el derecho de dominio sobre el lote allí determinado, que aunque clasificado como compraventa fue en verdad un contrato de permuta al tenor del artículo 1850 del C. C., y en relación con el cual no puede prosperar la acción resolutoria porque las prestaciones recíprocas a que dio origen entre los contratan-

tes fueron debidamente cumplidas por ambos como se desprende de las declaraciones contenidas en el propio instrumento, que al tenor del artículo 1759 del C. C. tienen el valor que corresponde a la prueba plena.

Al lado de este contrato, pero con independencia jurídica y efectos distintos, el citado instrumento público contiene en su cláusula tercera un contrato para la construcción de un sector de pared medianera, en que se obligan los contratantes a contribuír con la mitad del valor de la obra, y otra convención, que en la sentencia se denomina "contrato relativo a determinadas obligaciones de vecindad", que en concepto del Tribunal están calcadas sobre disposiciones legales que consagran algunas limitaciones del dominio en beneficio recíproco de los vecinos, y para cuya efectividad ofrece la ley las acciones posesorias especiales ejercitables por los trámites y reglas establecidos en el Título XXIX, Libro 2º del C. J. Después de analizar el Tribunal las estipulaciones de las cláusulas primera, segunda y tercera de la referida escritura 669, anota que el fallador de primer grado se equivocó al considerar que lo convenido en la última puede considerarse como constitutivo de pactos accidentales del contrato principal de permuta, cuando son solamente referencias a obligaciones legales, cuyo incumplimiento, por consiguiente, no afectando la vida misma de la permuta, no puede ser base para una acción resolutoria de esta convención, cumplida en la totalidad de sus prestaciones naturales.

Con relación a los pedimentos subsidiarios de la demanda, relativos a la prestación por parte de los demandados de caución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones enumeradas en la cláusula tercera de la escritura 669, a que se prohiba a los Calixto determinada utilización de la pared medianera y a que se les ordene la indemnización por daños causados con la aglomeración de basura, tierra y otros materiales contra esa pared, consideró el Tribunal, luégo de estudiar la naturaleza específica de esas peticiones, que siendo materia fundamental de las acciones posesorias especiales consagradas en el Título XIV del Libro II del C. C. y relacionadas también con el modo de ejercer una servidumbre, no podían ser objeto de decisión en el juicio ordinario sino en el especial obligatorio que establece la ley procedimental.

Finalmente, respecto de la solicitud de resolución de la promesa de contrato contenida en el documento de fecha 23 de abril de 1936, consideró el Tribunal que no había lugar a decisión porque el documento aducido como prueba al respecto no podía tenerse como tal por estar deficientemente estampillado al tenor del decreto legislativo número 92 de 1932, y por carecer la promesa, además, de la determinación de la finca prometida en venta, que es una de las condiciones requeridas por el artículo 89 de la ley 153 de 1887 para la validez de esta especie de convenciones.

El recurso

Se apoya la acusación contra la sentencia en el 1º, el 2º y el 5º de los motivos legales de casación que enumera el artículo 520 del C. J., a cuya fundamentación dedica capítulos separados la demanda. En el orden en que están presentados se pasa a considerar los cargos contra el fallo acusado.

A)—Con relación al primer motivo acusa el recurrente la sentencia de ser violadora de las disposiciones legales sustantivas que en seguida se expresan junto con el concepto en que se consideran infringidas:

El artículo 1546 del C. C. que establece la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, mal interpretado por el Tribunal al olvidar que la ley no distingue para efectos de la resolución por incumplimiento entre los elementos esenciales, naturales

y los accidentales a cuya última especie corresponden las estipulaciones contenidas en la cláusula tercera de la escritura 699, incumplidas por los demandados y que son "obligaciones que pueden considerarse en sana lógica como precio adicional del bien enajenado":

Los artículos 1603, 1620 y 1622 del C. C. en que incurrió el sentenciador al romper la conexión absoluta que existe entre la estipulación sobre dominio y las demás del contrato para considerarlas como entidades contractuales autónomas y al negarse a interpretar las cláusulas del contrato en relación recíproca para hacerles producir los efectos a que las destinaron los contratantes;

Y los artículos 2341 y 2356 del C. C., quebrantados directamente en la sentencia "ya que se halla comprobado y confesado el daño a la propiedad de Salamanca y la malicia de los Calixtos al no permitir siquiera que aquél ejecutara las obras indispensables para impedirlo".

La Sala considera:

Las tres primeras cláusulas de la escritura pública número 699, otorgada ante el Notario primero del Circuito de Tunja el 29 de julio de 1936, copiadas textualmente al principio de esta decisión, contienen las estipulaciones acordadas entre actores y demandados, integrantes, en concepto del recurrente, de una unidad contractual inseparable para los efectos jurídicos resolutorios que corresponden a su incumplimiento total o simplemente parcial. En las dos primeras de esas cláusulas se recoge completamente el contrato, que las partes denominaron de venta y que el Tribunal considera de permuta, por medio del cual Salamanca Vargas y su señora transfirieron a los hermanos Calixtos el dominio sobre el lote de tierra, contiguo a la casa de los vendedores en el barrio de Santa Bárbara, en la ciudad de Tunja. La tercera cláusula es comprensiva de una declaración conjunta de los contratantes sobre uso común y adecuado de la pared medianera que separa el lote de la casa por el costado occidental y de la obligación de concurrir con expensas iguales para la construcción del tramo de once metros que falta en la medianería y del compromiso de los compradores Calixtos de mantener limpio un caño de desagüe de lluvias, del cual no podrán hacer uso, y a no permitir humedad, huecos, o debilitamiento de la referida pared medianera.

La naturaleza de los vínculos jurídicos engendrados en este contrato y la de las obligaciones a que en él se hace referencia, presta base de legalidad y de acierto a la solución que el Tribunal dio a este litigio negando la destrucción del contrato traslaticio de dominio fundado en que esta convención, sobre cuyos elementos esenciales y naturales no se ha alegado incumplimiento, no tiene por qué afectarse con la suerte que corran las estipulaciones de la cláusula tercera, que son independientes de él por su origen y cumplimiento, aunque hagan parte del instrumento público en que fue solemnizado, y a las cuales no aparece que convencionalmente se les haya dado la calidad y efectos de una condición resolutoria de la permuta, de que en sí misma carece.

Tales estipulaciones, en efecto, son expresivas de reglas o normas que establece la ley para gobernar situaciones de hecho, de vecindad, con un criterio de interés social, como son las referentes a los derechos y obligaciones accesorios de la medianería, relativos al uso común de las paredes divisorias, a las expensas de construcción y conservación de los cerramientos, a la prohibición de ejecutar determinadas obras perjudiciales a los vecinos, como las enunciadas en los artículos 914 y 998 del C. C., constitutivas de limitaciones del dominio como servidumbres legales, garantizadas con el ejercicio de acciones posesorias especiales, y cuya naturaleza, vinculada a una noción de orden público e interés social, encaja mejor en las reglamentaciones policivas.

(Artículos 914, 916, 932, 936 y 998 del C. C.)

Los otorgantes de la escritura 699 se limitaron a trasladar innecesariamente al texto del contrato algunas de estas reglamentaciones legales para someter a su imperio las relaciones de vecindad a que iban a quedar sometidos por virtud de contrato sobre propiedad del lote contiguo a la casa; pero por esta circunstancia meramente formal, las obligaciones que se expresaron en la citada cláusula tercera de la escritura pública no pierden su verdadero origen que es la ley y no adquieren la calidad de prestaciones nacidas contractualmente. Ellas no engranan dentro de lo que propiamente constituye la estructura jurídica del contrato de permuta, ni a él puede decirse que pertenezcan como elementos de su esencia, de su naturaleza ni como pactos accidentales que en alguna forma pudieran condicionar la validez y eficacia de la convención recogida en las dos primeras cláusulas del instrumento. Lejos de entrar tales estipulaciones en la formación del contrato claramente se muestran como efectos o consecuencias jurídicas de su celebración, puesto que son normas reglamentarias de la situación creada por el contrato, y para cuya operancia necesitan de la definitiva estabilidad de éste, como lo prueba el hecho de que las acciones posesorias especiales que se iniciaran para la eficacia de alguna de ellas no se podría decir que se generaba en el contrato mismo sino en la ley, que es su verdadera fuente.

La cláusula tercera, que es a la que los actores vinculan sus afirmaciones de incumplimiento, no contiene en realidad manifestaciones de voluntad jurídica que pudieran considerarse en correlación inseparable o en subordinación de prestaciones con el contrato sobre dominio del inmueble. Las violaciones que en la demanda se imputan a los hermanos Calixtos, aparecen allí exactamente denominados como "actos de malos vecinos", que es la calificación jurídica que en realidad les corresponde.

La acción resolutoria, que busca la destrucción de los efectos jurídicos determinados por los contratos sinalagmáticos, ha de fundarse indispensablemente en incumplimiento de prestaciones de que haya sido fuente la convención, o que de algún modo entren en su configuración o constituyan sus móviles determinantes. En el caso de estudio la violación o quebranto de los deberes legales de vecindad, según las consideraciones que se llevan expuestas, no sirven para apoyar una acción destructora de la permuta, ya se acepte como fundamento doctrinario de la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del C. C., el principio de la equivalencia de las prestaciones a que se refiere Maury, o la teoría de los móviles determinantes de las partes en el mantenimiento del equilibrio contractual, según Josserand.

Lo expuesto sirve para desechar el cargo de violación del artículo 1546 del C. C.

Haciendo pie en los mismos argumentos a que se ha hecho referencia pretende el recurrente que el Tribunal quebrantó de manera directa algunos de los preceptos legales sobre interpretación de los contratos, citados antes. Las reglas que el código da para descubrir la verdadera intención de los contratantes interpretando el texto de sus convenios, no prestan generalmente base al recurso de casación, porque conteniendo ellas solamente principios o normas de lógica jurídica que no confieren propiamente ningún derecho sino que forman un criterio que guía al Juez en la interpretación de los pactos, no son susceptibles de quebranto directo, sino solamente a través de una cuestión de hecho, en presencia de documentos del proceso que pongan de manifiesto una interpretación errada.

Infundada es también la acusación por quebrantamiento directo de los artículos 2341 y 2356 del C. C., porque habiéndose planteado el litigio en el terreno de la culpa contractual, puesto que la acción se

apoya en incumplimiento de obligaciones nacidas en una convención, habría sido impertinente e ilegal que el Tribunal hubiera considerado la cuestión indemnizatoria a la luz de estas disposiciones que gobiernan los fenómenos de la culpa aquiliana, de la responsabilidad común por los delitos y las culpas. Ni la ley ni la doctrina, como lo ha dicho esta Sala, autorizan, dentro de una misma relación jurídica, la involucración de la responsabilidad contractual con la generada extracontrato.

Es inaceptable, pues, la acusación por el motivo primero.

B)—Pretende el recurrente que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones que oportunamente dedujeron los actores, porque el Tribunal omitió decidir sobre los pedimentos subsidiarios de la demanda en relación con uso indebido de la pared medianera y con la obligación de indemnizar los daños causados por los demandados con aglomeración de tierra, basuras y materiales contra el muro divisorio, que se ha agrietado por esa causa hasta amenazar ruina la casa de los demandantes.

Se considera el cargo

No es exacto decir que el Tribunal omitió decidir sobre los pedimentos subsidiarios del libelo, porque la sentencia acusada, como se vio al resumirla, se ocupó de esta parte de la demanda para concluír que las cuestiones comprendidas en ella, como materia exclusiva que son de las acciones posesorias especiales que consagra el Código Civil como garantía del derecho de dominio, tienen procedimientos especiales de secuela obligatoria que hacen inconducente la vía del juicio ordinario para su decisión. Esta circunstancia de haber desechado las peticiones subsidiarias alegando el Tribunal una razón de legalidad impide aceptar el cargo que se estudia por el motivo segundo del artículo 520 del Código Judicial, pues no se trata de fallo omiso, como lo pretende el recurrente. En este caso no se dejó de fallar sobre el punto que se indica, sino que se negó el pedimento, y esto es distinto para los efectos de la casación, porque si lo que se alega es ilegalidad en la motivación del fallo, el cargo no se puede formular ni considerar si no se apoya en el primer motivo, relacionado con violación de la ley sustantiva.

Por esta razón de técnica se rechaza este cargo.

c) La acusación por el motivo 5º se hace consistir en que "el memorial de Salamanca que aparece al folio 4 del cuaderno número 3, es una implícita recusación del magistrado ponente...., solamente que el peticionario, por un exceso de deferencia y de respeto, se abstuvo de formular expresamente tal recusación".

Para rechazar este cargo final de la demanda de casación basta ver la manera como está formulado, negatoria en sí misma de su fundamento legal. La ley establece que el funcionario judicial en quien concurre alguna de las causales legales debe manifestar su impedimento para intervenir en el negocio, y da a la parte a quien interese directamente su separación el derecho y la oportunidad de recusarlo en cualquier estado del juicio. Aquí ni hubo manifestación de impedimento, ni el magistrado sustanciador fue recusado. No existen en el procedimiento civil las recusaciones implícitas. El motivo alegado exige que se trate de una recusación fundada en causa legal pendiente al dictar la sentencia, o en que se haya desestimado una recusación, siendo procedente.

Con apoyo en 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 el 5 de octubre de 1940, que ha sido objeto de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, 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 — Emilio Prieto, Srio.

RECURSO DE HECHO.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

El juicio ordinario de Evangelista Quintana R., cuyo apoderado es el doctor Daniel Gil Lemus, contra Manuel Quintana R., cursó en primera instancia en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali y en la segunda en el Tribunal Superior de allí, quien la decidió en sentencia de 3 de mayo último, contra la cual dicho apoderado interpuso casación en memorial de 14 de junio. Concedido el recurso en auto de 16 de los mismos, quedó negado en el del 24 en que el Tribunal revocó la concesión en el concepto de haber sido la interposición extemporánea.

En legal forma el abogado ha recurrido de hecho en la mira de que la casación se le conceda y sosteniendo la oportunidad de la interposición de este recurso, esto es, que su memorial citado de 14 de julio quedó presentado dentro de los quince días señalados por el artículo 521 del Código Judicial.

El edicto por medio del cual se notificó dicha sentencia de conformidad con el artículo 309 de esta obra, no se desfijó hasta el 27 de mayo, porque los cinco días de fijación fueron el 20, 21, 23, 24 y 26 de este mes, descontándose el 22 por feriado y el domingo 25. De acuerdo con el mismo artículo 309, inciso final, este día 27, que fue el en que se desfijó y efectivamente debía desfijarse el edicto, es el día en que "se tiene por surtida la notificación". Y conforme al artículo 366 de la misma obra, en su inciso 2º, es desde el día siguiente al de la notificación cuando empieza a correr el término, que aquí es el de los quince días del citado artículo 521. Sobre este pie, impuesto por la ley como está viéndose, quedaban de mayo cuatro días (28, 29, 30 y 31) y siendo de junio domingo el 1º y el 8 y feriado el 12, los once días que sobre esos cuatro faltaban para completar el término no vencieron sino al cerrarse el 14.

Esta cuenta sencilla y nimia demuestra la oportunidad de la interposición del recurso de casación y con ella la ilegalidad de su negativa y, consiguientemente, concretando al recurso de hecho, que éste debe concederse o, por mejor decir, que prospera y se admite.

Como el de casación requiere, no sólo este elemento de su oportunidad, sino también otros, como lo tocante a cuantía y a personería de quien lo interpone, y como nada de esto se halla bajo la jurisdicción actual de la Corte, el fallo debe limitarse a la admisión del recurso de hecho, dejando para la consideración del Tribunal los restantes requisitos aludidos; de suerte que él conceda o niegue la casación según los halle o no satisfactorios.

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, resuelve:

1º Admítese el recurso de hecho en referencia.

2º El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al que se enviará copia

de la presente providencia, estudiará y resolverá si es procedente el recurso de casación oportunamente interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia de segunda instancia dictada por el mismo Tribunal en este juicio el tres de mayo del presente año.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Archívese esta actuación.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Emilio Prieto H., Secretario interino.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — PERJUICIOS.

Comprobar perjuicios es algo muy distinto de limitarse el actor a afirmar que los ha sufrido y a pedir que se avalúen, y decretarse su avalúo como prueba y no reclamar la contraparte de tal decreto, no es pronunciar confesión ni sentencia contentiva de condena que no recurrida por el demandado, haya de estimarse ejecutoriada en su contra.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, tres de septiembre de mil noviecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

Tramitado debidamente, se decide el recurso de casación interpuesto por el doctor Rodrigo Noguera contra la sentencia de 27 de marzo último en que el Tribunal Superior de Bogotá, confirmando la de primera instancia pronunciada por el Juzgado 2º Civil de este Circuito, falló en la segunda el juicio ordinario que le ha seguido el recurrente a la Richmond Petroleum Company of Colombia, sociedad domiciliada en Willmington, Estado de Delaware, Estados Unidos de Norteamérica, con el fin de que se la condene a pagar al demandante lo que indica el libelo inicial, que adelante se transcribirá en lo pertinente.

Por escritura número 455, otorgada en el hotel de La Esperanza, jurisdicción de La Mesa, ante el notario de ese Circuito, el 15 de octubre de 1937, se contrató lo que ese instrumento detalla y aquí ha de resumirse, entre la compañía hoy demandada, de un lado, y de otro, el actual demandante doctor Noguera y los señores Juan J. Maya C., Manuel Julián de Mier y José D. Dávila, éste en representación de la Compañía Occidental de Motilones, domiciliada en Santa Marta, y los demás en nombre propio, personas todas que desde el encabezamiento de esa escritura declararon formar una sola parte contratante denominada "los propietarios". Figuran también en esta parte y concurren a otorgar dicho instrumento la señora del Dr. Noguera personalmente y las Sras. de Maya y de Mier, mediante poder a sus prenombrados maridos, con los fines que aquella escritura expresa, en especial lo atañedero a los traspasos que contiene.

Como indispensable para la comprensión del pleito y del recurso, se expone en seguida, resumiendo en lo posible y trascribiendo en lo necesario, el contenido de las numerosas cláusulas de aquel extenso instrumento.

La 1ª, cita el contrato celebrado en escritura de 22 de junio de 1923 por el Municipio de Espíritu Santo, hoy Robles, del departamento del Magdalena, sobre exploración y explotación del carbón de piedra, asfaltos e hidrocarburos y demás derivados de estas sustancias, y gases como el helio, que estén dentro de su jurisdicción y le pertenezcan, con el nombrado señor Maya, a cambio del 6 por 100 del producto bruto de las explotaciones que éste verifique.

La 2ª, cita la escritura de 26 de diciembre del mismo año (1923) por la cual Maya trasfirió a la Compañía Occidental de Motilones parte de sus derechos nacidos de ese contrato.

La 3ª, citando títulos de adquisición, declara que esta compañía es dueña proindiviso del 42 por 100 de dos globos llamados San Francisco, Soriano y Sabanas de Espíritu Santo, ubicados en dicho municipio, deslindados como la escritura in-

dica, y que en conjunto tienen una superficie de treinta mil hectáreas más o menos.

La 4ª, expresa que de ese 42 por 100 la compañía trasfirió al otorgante Mier el 20 por 100 proindiviso de los dos globos expresados y el 20 por 100 de los derechos de la misma compañía en el citado contrato de exploración y explotación; y agrega que el municipio conserva el 58 por 100 proindiviso de los mencionados predios, vinculado al mismo contrato.

La 5ª, dice que, por pago de servicios, en escritura de 11 de diciembre de 1929, el municipio trasfirió al otorgante Maya el 50 por 100 de los dos lotes denominados Nuestra Señora del Rosario del Tuerto y sus Ejidos, ubicados en aquel municipio, cuyos linderos allí se expresan y cuya extensión en conjunto es de treinta mil hectáreas más o menos.

La 6ª, advierte que el municipio conserva el 50 por 100 de estos predios, vinculado al referido contrato de exploración y explotación.

La 7ª, citando escrituras de 1930, expresa que el doctor Noguera adquirió del señor Maya "el 20 por 100 de todos los derechos reales y personales de propiedad y de exploración y explotación que éste tiene en los globos de tierra mencionados en la cláusula 3ª y el 5 por 100 del suelo, sin el subsuelo, a que tiene derecho el mencionado señor Maya".

La 8ª, advierte que, por tanto, el doctor Noguera tiene derecho al 20 por 100 de todas las rentas y regalías que por razón de este contrato correspondan a los dos globos de tierra determinados en la cláusula 5ª.

En la 9ª, la Compañía Occidental de Motilones y los señores Noguera, Maya y Mier, es decir, la parte contratante llamada "los propietarios", traspasan a la otra parte contratante, esto es, a la compañía hoy demandada, en cuanto se refiere a los cuatro terrenos antedichos y a cualesquiera otros que lleguen a adquirir en dicho municipio, todos los derechos que tengan o puedan tener en razón del citado contrato de 22 de junio de 1923, en desarrollo del Acuerdo número 13 del mismo año, y además todos los derechos que tengan o puedan tener sobre las tierras y subsuelos de propiedad de ese municipio dentro o fuera de su jurisdicción.

Por la 10ª, los propietarios sujetan a las estipulaciones de este contrato las nuevas propiedades que adquieran en aquel mismo municipio, en cuanto la compañía les avise que así lo desea. La cláusula reglamenta el aviso y lo que ha de hacerse con aquel fin, en su caso, y advierte que las nuevas adquisiciones darán lugar desde su ingreso al pago de las anualidades determinadas en la cláusula 15.

En la 11ª, los propietarios responden de la vigencia de sus títulos y de la libertad de los expresados terrenos y se obligan a mantener a la compañía en el goce tranquilo de lo que es materia de este contrato.

En la 12ª, conceden a la compañía el derecho de explorar, explotar y beneficiar con exclusión de cualquiera otra persona las sustancias referidas contenidas en el suelo de los inmuebles determinados en las cláusulas 3ª y 5ª. Esta cláusula 12, comienza deciendo: "Los propietarios conceden desde hoy" y termina: "....sustancias y materias que conforme a las leyes colombianas pertenecen a sus propietarios y que éstos trasfieren por la presente escritura desde hoy en dominio pleno a la compañía".

La 13ª, declara en favor de la compañía la potestad de ejercer todos los derechos necesarios para practicar debidamente la exploración, explotación, transporte y beneficio de dichos productos, a juicio y conveniencia de ella, perforando pozos libremente, abriendo galerías, erigiendo edificios, maquinarias y demás construcciones, construyendo y usando ferrocarriles y demás vías de transporte y comunicación, estableciendo campamentos de trabajadores, etc. y con entrada y salida y tránsito libre para dependientes y empleados. Los propietarios podrán usar las fincas como a bien tengan, pero sin per-

turbar ni estorbar los trabajos de la compañía en modo alguno.

Por la 14ª, la compañía pagará los perjuicios que ocasione en los terrenos cultivados y en los edificios y demás obras actualmente existentes en los terrenos, así como el valor de las maderas y demás materiales que tome de éstos.

La 15ª, fija $ 0.50 por año y hectárea como canon que en anualidades anticipadas pagará la compañía a los propietarios por los derechos que éstos le trasfieren, en todo el tiempo que va del 15 de octubre de 1937 ("Desde la fecha de la presente escritura", dice) hasta cuando la compañía obtenga la producción de hidrocarburos en cantidades comerciales. De ahí en adelante el pago a los propietarios será el de la regalía, cuyo monto y distribución se detalla en esta cláusula, la que termina diciendo: "Es entendido que la compañía puede en cualquier tiempo suspender los trabajos de exploración o explotación sin responsabilidades a su cargo, cuando a su juicio lo requiera el desarrollo de sus planes, o la introducción de nuevos elementos, u otros motivos análogos, siempre que entre tanto mantenga al corriente el pago de la anualidad a que se refiere esta cláusula".

La 16ª, reglamenta prolijamente el pago de la regalía.

La 17ª, advierte que los pagos que hayan de hacerse a la nación o a cualquiera entidad departamental o municipal y los impuestos fiscales se descontarán previamente; de modo que el 6 por 100 de la regalía pagadera a los propietarios se tomará de lo que quede después de hechas esas deducciones; y estipula que si los impuestos suben demasiado y no permiten a la compañía trabajar con beneficio aceptable, ella podrá suspender los trabajos sin responsabilidad, mientras así exista el impuesto, y durante la suspensión no correrán los términos pendientes del contrato.

La 18ª, confiere a la compañía el derecho de devolver a los propietarios en cualquier tiempo hasta un 50 por 100 de los terrenos referidos y disminuir así la cantidad correspondiente a los dichos $ 0.50 por hectárea, y reglamenta la devolución.

La 19ª, señala para la duración del contrato quince años contados desde la fecha de la escritura, "término que se entenderá prorrogado por períodos sucesivos de igual duración siempre que a la terminación de cada período hubiere establecidos trabajos de conservación de la empresa".

La 20ª, concede a la compañía siete años desde la fecha de la escritura para principiar trabajos y advierte que la obligación de pagar las anualidades se entenderá suspendida por todo el tiempo en que haya fuerza mayor o en que a juicio de la compañía se hayan terminado los estudios y actos destinados al saneamiento legal completo de los títulos de los terrenos antedichos, y que finalizada la sustanciación de los pleitos o reclamaciones a que haya lugar, con este fin, se pagarán las anualidades que se hayan dejado de cubrir por razón de la suspensión, sin perjuicio de lo que dicen las cláusulas 21ª y 24ª.

La 21ª, confiere a la compañía el derecho de terminar este contrato si no encuentra petróleo y demás hidrocarburos en cantidades explotables y de provecho comercial, o si en el curso de la explotación esos elementos disminuyen hasta hacerla improductiva o se agotan, o si los títulos de los propietarios no resultan saneados, o si sobreviene otra causa que implique para la compañía inconveniente o perjuicio en la continuación del contrato, todo ello a juicio de la compañía. La cláusula agrega el derecho de ella de retirar libremente sus aparatos, maquinarias, etc., en tal evento, y establece como manera de avisar o notificar su decisión de terminación a los propietarios el medio de cartas, sobre las cuales abundan también los detalles nimios que se advierten en las más de las cláusulas del instrumento en cita.

La 22ª, da a los propietarios derecho de examen de las operaciones de la empresa

para comprobar la exactitud de la liquidación de su participación.

La 23ª, confiere a la compañía el derecho de traspasar el contrato en todo o en parte a cualquiera otra persona natural o jurídica, sin necesidad de notificar a los propietarios ni de solicitar u obtener su consentimiento, y con el solo deber de avisárselo por escrito. También confiere a los propietarios la potestad de traspasar sus derechos, pero dentro de los límites que la escritura señala y respetando en todo caso los de la compañía o sus sucesores y con obligación de avisar a ésta por escrito.

Según la 24ª, los sucesos o hechos que representen casos fortuitos o fuerza mayor, serán causales de suspensión, durante la cual no correrán los términos; de suerte que las suspensiones se agregarán después, y que otro tanto se entenderá respecto del plazo general.

En la 25, los propietarios se obligan a presentar a la compañía sus títulos a satisfacción del abogado de ella, dentro de un mes a partir de la fecha de la escritura, vencido el cual sin esa entrega satisfactoria, ella procederá a investigar y conseguir los títulos respectivos y lo referente a derechos sobre sustancias del suelo y subsuelo, a todo lo cual cooperarán los propietarios.

Según la 26ª, la compañía tendrá el derecho de medir y amojonar el globo de tierra materia del contrato, a su costa, si conviene a sus intereses, y entregará copia del plano a los propietarios; y si de esa mensura resulta con superficie mayor o menor de la indicada en la escritura, los cánones anuales de $ 0.50 por hectárea bajarán o subirán proporcionalmente.

La 27ª, dice: "La compañía pagará la primera anualidad inmediatamente después de que el Concejo Municipal del Distrito de Espíritu Santo, hoy Robles, del departamento del Magdalena apruebe formalmente el traspaso del contrato de exploración y explotación de que trata la cláusula novena (9ª) a favor de esa compañía y las estipulaciones de la presente escritura que conciernen al mismo municipio y en cuanto estén además registrados en los libros correspondientes, todos los instrumentos relacionados con los títulos de los propietarios en lo concerniente a sus respectivos derechos reales y personales".

Por la 28ª, los propietarios retendrán lo que hayan recibido por anualidades en el evento de que la compañía abandone este contrato antes de haber conseguido el saneamiento de los títulos o en cualquiera otro tiempo.

Como final, la 29ª, declara que ninguna de las cláusulas del contrato se interpretará como "restricción o limitación del derecho que la compañía tiene para darlo por terminado en cualquier tiempo quedando así libre de cualquiera obligación, según se estipuló en la cláusula vigésima primera".

Queda expuesto el contrato de 15 de octubre de 1937.

En escritura de 13 de mayo de 1938, otorgada con el número 685 en la Notaría 5ª de Bogotá, la compañía, manifestando ejercer el derecho que al efecto se reservó, declaró terminado ese contrato; a más de lo cual dirigió a los interesados las cartas de aviso que se habían convenido para tal evento. La del doctor Noguera lleva fecha 10 de ese mayo.

El 24 de los mismos se repartió la demanda inicial de este juicio, cuya intención o parte petitoria la formula el doctor Noguera en estos términos: "....para que por sentencia definitiva se la condene (a la sociedad demandada), liquidándose los cánones que me adeude, a cumplir en todas sus partes, con la buena fe exigida por la ley (C. C., 1603), el contrato bilateral y consensual de exploración y explotación de terrenos petrolíferos (o de arrendamiento de los mismos, si se prefiere este nombre) de que se dejó constancia escrita y pública en la notaría del municipio de La Mesa, departamento de Cundinamarca, el día quince de

octubre de mil novecientos treinta y siete, bajo el número cuatrocientos cincuenta y cinco, y a indemnizar los perjuicios resultantes de su incumplimiento, que, para los efectos meramente adjetivos y sin que ello implique limitación a priori de su monto, que habrá de avaluarse, estimo en la suma de ciento cincuenta mil pesos colombianos, habida cuenta del tipo actual del cambio con el dólar".

Aduce el demandante como fundamento de derecho, advirtiendo que éste es muy sencillo, el artículo 1546 del C. C., en relación con otros textos de esta obra, en especial los relativos al efecto de las obligaciones; y como hechos fundamentales, que se elevan a cuarenta, la celebración del citado contrato de 15 de octubre, las estipulaciones de sus varias cláusulas y su rompimiento, así como varias estipulaciones y cláusulas de los instrumentos en que constan los actos y contratos de donde proceden los bienes y derechos del demandante que traspasó a la compañía, y la afirmación de que sus respectivos títulos están completos y sanos; de suerte que con esto y la entrega hecha por él a la compañía de éstos y de todo lo que le traspasó quedaron cumplidas completamente las obligaciones de él para con ella.

En contraste expone el incumplimiento de ella, en cuanto no le ha pagado las anualidades, así como el abuso, en donde llega a ver dolo de ella, por el rompimiento inmotivado del contrato por obra de su sola voluntad y hallándose en ese estado de incumplimiento.

Las anualidades las computa, dada su cuota y la extensión de los terrenos declarada en la escritura, así: a $ 1.500 cada una en "las tierras de que soy propietario" y otro tanto en las "tierras de que fui concesionario", y de ahí que computando cinco anualidades desde el 15 de octubre de cada uno de los años de 1937 a 1941 inclusive, presente las dos partidas de $7.500 y, por tanto, el total de $15.000 discriminado ahora en su alegato de casación, como se ve al folio 8 de este cuaderno.

Figuran también entre los hechos fundamentales la falta de la compañía a su deber de atender al perfeccionamiento de los títulos, en cuanto no los hallase satisfactorios, y al de solicitar el concurso y aprobación del municipio de Robles, en cuanto la estimase necesaria, a pesar de estar dada previamente (hechos 18 y 18 bis).

Sobre los perjuicios versan principalmente los hechos 38 y 38 bis, en los cuales expresa que una operación que califica de magnífica y que tenía adelantada a punto ya de cerrarla, dejó de hacerla para celebrar el contrato en referencia por instancias de la compañía cuyo gerente le aseguró que en las tierras del demandante había fabulosas riquezas de petróleo; agrega que ya no puede negociar "después de devueltas las tierras por falta de interés desde el punto de vista del petróleo". Tal en suma el hecho 38. En el 38 bis afirma que en febrero de 1938 se le pidió una opción para explorar y explotar esos terrenos y se le ofrecían por ella $ 30,000 con derecho a compra pagándole luégo el complemento del precio, y que no pudo realizar esa operación por estar las tierras contratadas con la sociedad demandada.

La Compañía por medio de su abogado contestó oponiéndose, fundado cardinalmente en la unidad del contrato y en que, en fuerza de ésta, no puede entenderse lo atañedero al demandante como dislocado y separado de lo demás, ni en personas ni en terrenos; de suerte que al demandante le cobijan todas las limitaciones y condiciones estipuladas y en pie de identidad con los demás propietarios han de entenderse y regir para él las estipulaciones que regulan los derechos y obligaciones de la Compañía. De los hechos aceptó los más, respaldados por citas o trascripciones de los aludidos instrumentos, no sin rechazar las apreciaciones con que contra la Compañía completa el libelo su relato. Otros los negó del todo.

El Juzgado negó las peticiones de la demanda en su sentencia definitiva, sin entrar en el fondo, por estimar no probada la personería de la parte demandada.

El Tribunal, ante el cual se produjeron las pruebas pertinentes al respecto, entró en el fondo y decidió confirmando aquella negativa, por las razones que detenidamente expresa, entre las cuales culmina su acogida al concepto de la Compañía sobre unidad del contrato y consiguiente imposibilidad de que tal o cual de las personas que forman en conjunto la parte contratante, llamada desde el encabezamiento de la escritura con el nombre colectivo **los propietarios**, pueda reputarse libre de las aludidas limitaciones y condiciones.

Estas consisten principalmente: a) disposición de siete años para principiar trabajos la Compañía y suspensión del pago de anualidades por mientras haya fuerza mayor o tarden los estudios destinados al saneamiento legal de los títulos de los terrenos (cláusula 20); b) derecho de la misma a terminar el contrato si no encuentra petróleos y demás hidrocarburos en cantidades explotables comercialmente, o si, halladas, se agotan o disminuyen como ya se dijo, o si no resultan saneados los títulos de los propietarios, o si sobreviene otra causa que implique inconveniente o perjuicio en la continuación del contrato para la Compañía, todo a juicio de ella (cláusula 21), y c) el pago de la primera anualidad será inmediatamente después de que el municipio apruebe formalmente el traspaso contenido en la escritura en cita y las estipulaciones restantes concernientes a él, y además en cuanto estén registrados todos los instrumentos relacionados con los derechos reales y personales de los propietarios materia del mismo instrumento (cláusula 27).

El concepto de la Sala es favorable al de la sentencia recurrida, por lo cual los cargos del recurrente no serán acogidos por aquélla, tales como se verán en seguida al estudiarlos en la forma que legalmente es de rigor. Ese concepto, por decirlo así global, proviene de que la Sala encuentra que, no sólo el tenor literal de las estipulaciones de la escritura de 15 de octubre, sino también la intención de las mismas y, en conjunto, del contrato solemnizado por medio de ella, establecen una completa unificación e identificación entre todos los que formaron el prenombrado grupo de **los propietarios**, en forma tal que ninguno de ellos puede escapar a lo correspondiente a derechos, ventajas o prerrogativas de la Compañía, por sólo haber satisfecho lo suyo propio a favor de ella, mientras con todos los demás no suceda otro tanto. La naturaleza del contrato conduce también a reconocerle así. Por otra parte, la lectura del citado instrumento demuestra el empeño de que todo esté arreglado, con la fijación o establecimiento de esta situación, como base **sine qua non** para proceder la Compañía a iniciar labores, trátese dentro de ese todo de los títulos de cada uno de los propietarios, trátese de la refrendación del contrato por el municipio de Robles en su traspaso y demás pactos pertinentes.

Celebrado sobre ese pie y habiendo concurrido a sus estipulaciones quienes lo suscribieron, no es dado a ninguno de ellos pretender que se le tome aisladamente y se le rija de distinta manera, así por analogía y en vía de ejemplo como cuando dos o más personas se han solidarizado en una obligación divisible y por ello a ninguna le es dado pretender que se divida el pago cuando el acreedor lo exige o demanda.

No se halla contradicción u oposición entre la cláusula 15 que señala como fecha inicial de las anualidades la misma del contrato y la 27 que habla de pagarlas una vez que el municipio haya aprobado y los títulos de los propietarios estén registrados. La una dice desde cuándo comienzan y la otra cuándo se paga la primera. Una cosa es señalar el punto de partida de un canon y otra cosa es condicionar su pago.

Con toda claridad la cláusula 27 exige para éste ante todo la referida apro-

bación, a la que los contratantes miran como formalidad futura que falta y a que debe proveerse. Así se estipuló.

Ese pacto no puede entenderse inoficioso porque ahora sostenga el demandante que la aprobación se halla concedida o pronunciada de antemano por haber contratado el municipio como lo hizo desde su aludida escritura de 1923. Por el contrario, sabiendo las partes cómo se había contratado entonces, si la aprobación estuviera concedida de antemano en ese instrumento, no se explicaría cómo ni por qué la exigieron de futuro en su contrato de 1937, y esto vale como decir que es una nueva formalidad, por ejemplo, una aprobación o refrendación expresa y singular del contrato de 15 de octubre, lo que los contratantes de esta fecha establecieron en su clásula 27 como condición, complementada con la exigencia de registro. Y es de advertir que ésta no se refirió en especial a éste o aquél de los otorgantes, sino que los comprendió conjuntamente, de manera que las palabras textuales de esa estipulación, ya trascrita aquí, son en lo pertinente a esa exigencia de ser registrados: "todos los instrumentos relacionados con los títulos de los propietarios en lo concerniente a sus respectivos derechos reales y personales".

Del propio modo la cláusula 20 suspende el pago de las anualidades, como ya se vio también, por todo el tiempo "en que no se hayan terminado a juicio de la Compañía los estudios, trabajos y actos destinados al saneamiento legal completo de los títulos de los terrenos materia de este contrato", sin hacer salvedad alguna ni distinción entre los de tales o cuales de los propietarios sino considerándolos uniforme y conjuntamente. Y sobre este pie es como esta misma cláusula da a la Compañía los referidos siete años para principiar trabajos, estipulación ésta cuya naturaleza impide diversidad de vigencia o de situación para ante la otra parte contratante, pues no cabe pensar cómo a un mismo tiempo dispusiera la Compañía de ese lapso para con alguno o algunos de los propietarios y no lo tuviese para con los restantes y, por ende, con éstos estuviese obligada a emprender labores desde luego.

Exactamente lo mismo acontece con la potestad dada a la Compañía en la cláusula 21 de poner término al contrato en cualquiera de los eventos contemplados allí y de ser ella el dueño de conceptuar al respecto. Esta estipulación es genérica y no da lugar a que alguno de los propietarios pueda sentirse fuera de su alcance, siendo así que todos ellos la suscribieron sin reserva ni salvedad.

Acerca de esa potestad, para guardar la hilación del razonamiento, se adelanta esta reflexión: si fuera a colocársela dentro del artículo 1535 del C. C., no le correspondería el inciso 1º, según el cual "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga", puesto que no es éste el caso; se la colocaría en el inciso 2º, según el cual "si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá". Pero, por lo ya visto, claramente se halla que no se trata simplemente de un hecho voluntario de la Compañía, lo que bastaría ante la disposición que acaba de trascribirse, sino que esa estipulación contiene otros elamentos. Se adelanta esta breve observación, porque el recurrente sostiene que aquélla se coloca en dicho inciso 1º, al detallar sus cargos, que se estudiarán adelante.

De resto, la cláusula final aquí trascrita acentúa enfáticamente la voluntad de todos los otorgantes, de ellos el doctor Noguera, de cerrar el paso a toda interpretación de las estipulaciones del contrato que tienda a limitar o restringir el derecho de la Compañía a darlo en cualquier tiempo por terminado, "quedando así libre de cualquiera obligación".

Después de una detenida y minuciosa exposición de los antecedentes y modali-

dades del contrato y del pleito, el recurrente formula sus cargos contra la sentencia recurrida. Los separa en dos capítulos que respectivamente llama motivos de hecho y motivos de derecho, en cada uno de los cuales discrimina el respectivo grupo. Se les considera en el mismo orden que los formula.

Primer grupo:

1º Error del Tribunal al dar por extendida la obligación de saneamiento de los terrenos al contrato con el municipio, confusión inadmisible, tanto porque aúna objetos distintos (bienes corporales los unos e incorporales el otro), cuanto porque en lo del municipio la cesión pone en relación directa con él a la Compañía dejando de lado a los cedentes, y es en lo atañedero a los terrenos en lo que los propietarios quedan directamente vinculados con ella entre otras cosas en lo que atañe al saneamiento; y a este cargo agrega el de que el Tribunal al interpretar en esa forma las respectivas cláusulas, deja de buscar entre ellas la armonía exigida por las reglas legales y lógicas de interpretación.

Dando por sentado aquel error, de él no se deriva motivo conducente y eficaz de casación, porque la absolución pronunciada por el Tribunal no se deduce de ahí, sino de la referida potestad de la Compañía de terminar el contrato sin obligación a su cargo, de un lado, y de otro, de haberse sometido el pago de los cánones a una condición cuyo cumplimiento no se demuestra. Por tanto, no es admisible el cargo ni, consiguientemente, el que deriva el demandante de aquel error, de violación de los artículos 1536, 1542, 1546, 1609 y 1620 a 1622 del C. C.

2º Error del Tribunal al decir que el contrato no tuvo ninguna extensión o desarrollo. Es erróneo el concepto, según el recurrente, por no estar probado que no se hubiesen estudiado las tierras, por ser bastantes seis meses para explorarlas y porque la Compañía "ejerció el contrato al cancelarlo". De ese error deriva la violación de las disposiciones citadas en el cargo precedente.

Es inadmisible este otro, por la misma razón expresada para aquél, puesto que la absolución provino de las causas allí resumidas y no del concepto sobre extensión o desarrollo del contrato.

3º Este cargo, señalado por el recurrente como el más importante en su grupo, consiste en haber aplicado la cláusula 27 a los propietarios, a pesar de no referirse, según él, sino al Municipio, y de ese error deduce violación de los artículos 1546, 1608, 1609 y 1613 a 1616 del C. C. por no haberse aplicado y del 1542 de la misma obra por haberse aducido indebidamente.

La precedente exposición de la Sala determina el rechazo de este cargo. Según aquélla, en suma, la cláusula 27 suspendió el pago de la primera anualidad hasta que estuvieran llenados los requisitos enumerados en ella a satisfacción de la Compañía. No estando demostrado en el proceso que todos ellos se llenasen, no es posible exigir ese pago, al tenor del art. 1542, cuya cita es, por lo mismo, acertada y procedente.

Dentro de este cargo tercero agrega que el Tribunal se apartó de lo dispuesto en los artículos 1497 **in fine**, 1498, 1524 y 1618 a 1623 del C. C., pues no hay obligaciones sin causa y la interpretación del Tribunal, a más de poner en contradicción la cláusula 27 con la 15, deja sin compensación el traspaso hecho por el demandante.

Ya se vio que no hay contradicción entre esas cláusulas. Una vez llenados los requisitos exigidos por la 27 para proceder al pago de la primera anualidad, éste se haría computándolo desde la fecha de la escritura: tal el resultado de aplicarlas ambas.

Cuanto al equilibrio contractual a que mira el recurrente recordando la necesidad de causa para la existencia de una obligación, se tiene que sí hay contraprestación de la Compañía, sin que a reconocerlo así obste su calidad de condi-

cional. Así, si se supone satisfecho todo lo de cargo del demandante, como él dice, lo que en el otro platillo de la balanza figura en su favor no es exigible mientras no esté cumplida la condición a que se sometió, y esto no significa que en ese otro platillo nada haya.

4º Error del Tribunal al dejar de apreciar los títulos registrados del demandante traídos al proceso con un adicional certificado del Registrador, y consiguiente violación de los artículos 1542, 1546 y 1609 del C. C., por una parte y, por otra, la de los arts. 2640, 2637, 2669 y 1757 a 1759 de esa obra y 604, 630, 635 y 632 del C. J. Este cargo se resume en que con esas pruebas acredita el actor el cumplimiento de lo de su cargo para con la Compañía y en que esas disposiciones se quebrantan al no condenar a la Compañía a cumplir lo que a cargo de ella corresponde en favor de él.

Siendo condicionales, repítese, las prestaciones de la Compañía y no habiéndose acreditado que la condición esté cumplida, el cargo es inaceptable.

5º El hecho 18-bis de la demanda fue contestado, al responderla, en forma que el recurrente estima afirmativa y en que halla una confesión. Sobre este pie halla erróneo el proceder del Tribunal.

Ese concepto es inadmisible, porque la respuesta de la Compañía por boca de su abogado se formuló así: "Niego este hecho, porque la aprobación que había de dar el Municipio se refería a la escritura número 455 ya citada".

Pretende el recurrente que al expresar para su negativa como fundamento que la aprobación se refería a esa escritura, pone con ello el abogado una limitación a esa negativa, lo que implica afirmación o confesión de lo que no está dentro de esos límites. Y como, según el recurrente, aquella aprobación está concedida de antemano por el Municipio desde su contrato de 1923, sostiene que su contraparte ha confesado esto al expresar el porqué de su negativa al referido hecho 18-bis, contentivo de la afirmación del recurrente de que acaba de hablarse.

La Sala no puede acompañarlo en semejante razonamiento que implica desconocimiento de la perentoria negativa trascrita, así como de que con el simple hecho de pactarse por todos los otorgantes de la escritura de 15 de octubre de 1937 sobre esa aprobación, obliga a reconocer que ellos todos miraban hacia algo ulterior, distinto de lo que el contrato de 1923 tuviera o diera de antemano por acatado. La cláusula 27 del contrato de 15 de octubre no deja duda en este sentido y además expresamente y ante todo se refiere al traspaso contenido en la cláusula 9 del mismo.

6º El Tribunal pasó por alto el incumplimiento de la Compañía a su obligación de avisar también a la señora del doctor Noguera la terminación del contrato.

Dando por sentado que la Compañía asumiera esa obligación y que, por lo que al demandante respecta, la falta de carta a su señora diera lugar a reclamo, ello es que, dentro de tal supuesto, sucedería que sin esa carta no se entendería terminado el contrato. Y sería inexplicable que el demandante de perjuicios por la terminación, reclamase por no haberse tenido en cuenta un detalle que la impediría, esto es, que determinaría la ausencia de la causa generadora de los perjuicios que demanda. Concretando al recurso, no se halla cargo justificado de casación porque la Compañía no dirigiera también carta de aviso a dicha terminación a la señora del actor, habiéndosela dirigido a él como previno y reglamentó el contrato y habiendo, además, llevado esa manifestación a la Notaría y elevándola a un instrumento público.

Segundo grupo.

1º La estipulación de la cláusula 27 no es una condición sino un caso claro del artículo 1507 del C. C. De ahí la violación de este artículo, por dejarse de escuchar, y de los artículos 1530 en relación con el 1536, así como del 1542, todos del C. C.,

por indebidamente aplicados. En la aprobación del Municipio encuentra el recurrente una obligación de tercero contraída por los propietarios. De ahí la cita de dicho artículo 1507.

Para rechazar estas reflexiones como cargo contra la sentencia del Tribunal que halló una condición en la cláusula 27, basta observar que los contratantes sometieron por ella el pago de las anualidades a esa aprobación, es decir, a un hecho futuro e incierto, y que esto no deja de constituír una condición porque aquélla sea una obligación ajena o a cargo de tercero. De otro lado, según el artículo 1534 del C. C., la condición puede consistir en un hecho ajeno, en todo o en parte.

2º Indebida aplicación del artículo 1542, ya por no haber condición, ya por estar cumplida si la hubo. En este cargo vuelve el recurrente sobre que la aprobación del Municipio ya está dada desde 1923 y vuelve también sobre su concepto que acaba de estudiarse de que no hay condición porque se trata de estipulación por otro. Queda visto que estos conceptos y los consiguientes cargos son inadmisibles.

3º Violación del artículo 1602 del C. C., en cuanto el Tribunal debió derivar de él, no las conclusiones a que llegó, sino que la Compañía está en mora de pagar los cánones. Queda visto lo inaceptable de este concepto de mora de la Compañía, incompatible con la calidad de condicional de esa obligación y con la falta de demostración de estar la condición cumplida.

4º El Tribunal dejó de aplicar el art. 1603 del C. C. Al formular este cargo el recurrente se limita a decir: "A la luz de ese texto cobran mayor luminosidad todos los hechos que han determinado esta litis".

Así las cosas y dado el artículo 531 del C. J., la Sala no se encuentra aquí ante un cargo por estudiar.

5º El Tribunal dejó de aplicar la doctrina del abuso del derecho al considerar terminado el contrato válidamente y sin responsabilidad de la Compañía con sólo la carta de ella anunciativa de su decisión sin aducir motivos. Dice que esa doctrina, aunque sin texto expreso que la consagre en nuestro Código, informa sus disposiciones, principalmente su dicho artículo 1603, y que a este concepto concurre el inciso 1º de su artículo 1535.

Ya se vio que la condición de que tanto se ha hablado no consiste en la mera voluntad de la Compañía. Cuanto al abuso del derecho, se tiene que si es doctrina sana y salvadora de la justicia en sus casos, no puede darse por extendida, con todos los efectos a que aspira aquí el recurrente, a un contrato como el de que se trata en el que, si las dos partes contratantes se vinculan entre sí con prestaciones recíprocas que, libremente determinadas por personas **sui generis**, demuestran que él es oneroso y conmutativo, al propio tiempo, por lo que mira a su objeto es, en éste, aleatorio. Una y otra de las partes se enfrentan a una contingencia, a un hecho futuro de la más señalada incertidumbre que a ambas producirá o no los favores que ambas buscan, según se halle o no lo buscado por ellas. La exploración de terrenos tenidos por petrolíferos y la explotación de sus elementos caso de hallárseles, es labor en que culmina lo contingente y que requiere esfuerzo árduo e inversión de dinero, a que es muy natural en la vida de los negocios que no se obligue, la parte que tal se propone, en forma de no poderse retirar en un momento dado en el curso de la explotación, durante la exploración y aun antes de emprenderlas.

Ello es que en el contrato de estudio la Compañía hoy demandada exigió como requisito para contratar que se le facultara en tales sentidos; al menos la escritura contiene esa potestad reiteradamente y se cierra con la cláusula 29 ya trascrita. Sobre este pie y en vista de la clase y finalidades y circunstancias del contrato, a algunas de las cuales brevemente acaba de llamarse la atención, no le sería dado al sentenciador desoír esas estipulaciones y condenar a la Compañía por haber terminado el contrato, a pretexto

de aplicar o hallar aplicable la doctrina del abuso del derecho que el recurrente invoca.

No sobrará advertir que al respecto el motivo de casación establecido por nuestra ley es la violación de disposiciones legales sustantivas. Como queda visto, no se encuentra ese quebrantamiento de ninguna de las citadas a tal fin por el recurrente.

6º A pesar de estar la Compañía en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, el Tribunal la absuelve, aceptándola a excepcionar. Con esto se violaron los artículos 1608 y 1613 a 1616 del C. C. por una parte, y, por otra, el 1609 del mismo. Tal el cargo 6º.

Se repite una vez más que, siendo condicional la obligación de la Compañía y no estando cumplida la condición, no cabe reputarla en mora. Por tanto, no cabe tampoco indagar si en el evento de estar en mora o, por mejor decir, de dejar la otra parte contratante de cumplir lo de su cargo, podría ella demandar o excepcionar o se lo impediría el art. 1609.

Cuanto a los perjuicios, se tiene que, a más de lo estipulado sobre derecho de terminar el contrato y quedar libre la Compañía, el demandante se limitó a afirmar que los había sufrido por las causas que les asigna en sus ya citados hechos pertinentes del libelo; pero que ninguno demostró. Pidió que se avaluaran, y no se practicó esta diligencia. Sostiene él que por haberla pedido en memorial que hace presente las aludidas fuentes o bases y haberse decretado sobre ese memorial la prueba y no haber reclamado contra ello la Compañía, y, además, no haber sostenido ella ni manifestado siquiera que los perjuicios que él deduce y computa sean diferentes, debe entenderse que en el proceso están comprobados y que, por lo mismo, no falta sino su fijación, a la que debe proveerse. En ánimo de reforzar este razonamiento, advierte que él es recurrente único y que, por tanto, no puede entenderse que reclame contra lo que le ha sido favorable.

Comprobar perjuicios es algo muy distinto de limitarse el actor a afirmar que los ha sufrido y a pedir que se avalúen, y decretarse su avalúo como prueba y no reclamar la contraparte de tal decreto, no es pronunciar confesión ni sentencia contentiva de condena que, no recurrida por el demandado, haya de estimarse ejecutoriada en su contra.

7º El artículo 1609 del C. C. dejó de aplicarse por admitirse a la Compañía a ejercitar el derecho de poner fin al contrato a pesar de estar en mora en el pago de los cánones.

Queda estudiado y rechazado este cargo ya con lo dicho en lo pertinente con motivo del anterior.

8º Violación del artículo 1546 por no haberse aplicado, así como de dichos artículos 1613 a 1616, en fuerza, dice el recurrente, de los errores de hecho y de derecho ya apuntados y del desconocimiento de las doctrinas modernas, así como de la mala interpretación antedicha.

Estas fuentes de supuesta violación de aquellas disposiciones, quedan ya estudiadas en forma de no hallarse tal quebrantamiento. Innecesario, pues, repetir aquí la exposición de ese estudio.

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 veintisiete de marzo del año en curso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Emilio Prieto Hernández, Srio. into.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

El partidor no está obligado a exigir al usufructuario la fianza de que habla el artículo 834 del Código Civil. Estas son formalidades legales cuya exigencia no desaparece porque no las haga presentes el partidor en su trabajo.

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

(Ponente: Magistrado doctor José Miguel Arango)

Antecedentes:

La señorita Sara Mendoza C. otorgó testamento cerrado en Bogotá el 20 de octubre de 1933, y en él expresamente dijo:

"Séptimo. El usufructo de la casa de la calle 3ª-A, de por vida lo dejo a mi hermana Ester Mendoza Rivas".

"Octavo. La nuda propiedad de la casa de la carrera 3ª-A la dejó al Obispado de Santa Rosa de Osos, en el Departamento de Antioquia, con destino al Seminario Nacional de Misiones de Yarumal, con la condición de que si por algún motivo sale de religiosa mi sobrina Ana María Contreras Mendoza, o sea en religión hermana Febronia, pueda ella de por vida disfrutar del usufructo de la casa mencionada. Caso que esto suceda antes de la muerte de mi hermana Ester Mendoza de Rivas, ésta gozará de la mitad de dicho usufructo y la otra mitad será para mi sobrina Ana María Contreras Mendoza".

Siguióse el correspondiente juicio de sucesión, y el partidor doctor Julio C. Rey Rojas, presentó su cuenta respectiva adjudicando a la señora Ester Mendoza de Rivas el usufructo de la casa baja, señalada con los números 10-56 de la calle tercera A, por los linderos expresados en el testamento.

La nuda propiedad de dicha casa se la adjudicó al Obispado de Santa Rosa de Osos, en el Departamento de Antioquia, con destino al Seminario Nacional de Misiones de Yarumal, con la condición que la testadora estableció en la cláusula octava a saber: "Que si por algún motivo sale de religiosa mi sobrina Ana María Contreras Mendoza, o sea en religión hermana Frebonia, pueda ella de por vida disfrutar del usufructo de la casa mencionada; caso de que esto suceda antes de la muerte de mi hermana Ester Mendoza de Rivas, ésta gozará de la mitad de dicho usufructo y la otra mitad será para mi sobrina Ana María Contreras Mendoza".

Sentencias

Corrido el traslado correspondiente del trabajo de partición, lo objetaron el doctor Luis Carlos Corral, como apoderado del Obispado de Santa Rosa de Osos, y la señora Magdalena Galindo Mendoza, objeciones que el Juez rechazó y por tanto aprobó el trabajo del partidor. El Tribunal de Bogotá, en grado de apelación, confirmó el fallo del juez de la instancia.

Los objetantes recurrieron en casación, y como el recurso está listo, se procede a resolverlo.

Dos fueron las objeciones formuladas por el doctor Corral así:

"Primera. El artículo 828 del Código Civil prohibe constituír dos o más usufructos sucesivos o alternativos y esta-

blece que en caso de ser constituído en el hecho, se mirarán como sustitutos los usufructuarios posteriores, para el caso de faltar el principal al deferirse la asignación; pero que si entra en su ejercicio el primer usufructuario, por ese hecho caducará la expectativa de los siguientes.

"Segunda. Que el partidor no le impuso al usufructuario la condición de que prestara caución de conservar y restituír la cosa fructuaria a su debido tiempo, ni de otorgar el inventario solemne de que habla el artículo 834 del Código Civil.

La señora Magdalena Galindo Mendoza hizo las siguientes:

Primera. Que la testadora dejó una casa en la calle tercera A de esta ciudad de Bogotá y que en la cláusula octava la testadora lega al Arzobispado de Santa Rosa la nuda propiedad sobre una casa de la carrera 3ª-A que no existe entre los bienes de la difunta.

Segunda. Que el partidor le adjudicó al Obispo de Santa Rosa de Osos la propiedad de la casa de la calle 3ª-A, debiendo haberle adjudicado la nuda propiedad.

Tercera. Que el usufructo de la propiedad lo adjudicó a la señora Ester Mendoza de Rivas, debiendo haber hecho tal adjudicación (calle 3ª) a esta señora y a Ana María Contreras Mendoza, violando con este proceder una de las cláusulas del testamento;

Cuarta. Que en la diligencia de inventario están inventariadas una panadería y la tienda situada en la carrera octava y que tales bienes no han sido adjudicados por el partidor.

Recurso del doctor Corral

Alega como primera causal la violación directa y aplicación indebida de los artículos 827, 765, y 1741 del Código Civil y 2 de la ley 50 de 1936.

En relación con el artículo 827 dice el recurrente que el Tribunal lo violó "porque aunque admite que todo usufructo sometido a una condición suspensiva es nulo, y absolutamente, con todo apoyándose en el inciso 2º del artículo sostiene que la nulidad nunca podría ser declarara por el juez sin solicitud de parte porque no aparecería en el mismo testamento si la condición se cumplió y si su cumplimiento tuvo lugar antes de fallecer el causante".

El sentenciador conceptuó que lo dispuesto por la testadora en las cláusulas séptima y octava no constituía usufructo sucesivo, porque según las dos cláusulas ellos serían simultáneos, si la hermana Frebonia sale por algún motivo de religiosa, caso en que lo gozarían por mitad ella y doña Ester Mendoza de Rivas; si no saliere, sería íntegramente para doña Ester, y si saliere después de la muerte de ésta, el usufructo sería íntegro para la religiosa.

Explica el Tribunal su concepto apoyándose en la exposición del señor Bello que dice qué se entiende por usufructo sucesivo, en estos términos: "Se constituirán dos usufructos sucesivos de esta manera: Tenga Pedro el usufructo de tal cosa durante su vida, y después de sus días tendrá el usufructo su hijo primogénito".

También conceptuó el Tribunal que no se trata tampoco de un usufructo alternativo, porque las asignatarias no deberán gozar de él por turnos, puesto que llegados los eventos señalados, lo gozarán simultáneamente, cada una en la mitad, o no llegando lo gozaría solamente una de ellas con exclusión de la otra.

El argumento angular del sentenciador para rechazar la primera objeción del doctor Corral, que se refiere a la violación de los artículos ya citados, se apoya en el 2º de la ley 50 de 1936, y dice que si las cláusulas del testamento marcadas con los números 7º y 8º fueren nulas por constituír usufructos sucesivos o alternativos o por someterlo a una condición o a un plazo que suspenda su ejecución, esa nulidad no podría declararse de oficio por el Juez, porque no aparece de manifiesto en el testamento ya que habría que demostrar, para su validez, que la condición

o el plazo había expirado antes del fallecimiento del testador.

Para la Corte es evidente que el sentenciador procedió legalmente al no declarar la nulidad de las cláusulas del testamento que solicita el doctor Corral porque ellas, para su efectividad, están pendientes de una condición cual es: Que Ana María saliere de religiosa y saliere después de la muerte de doña Ester, y sin la prueba de que esta circunstancia o modalidad se cumpliera no se puede declarar la nulidad.

El texto del artículo 2º de la ley 50 de 1936 es muy claro. El juez puede y debe declararla de oficio, cuando aparezca (la nulidad) de manifiesto en el acto o contrato, y en el caso de autos ella no es manifiesta, porque está sometida al advenimiento de una condición, que no se sabe si se ha o no cumplido. El juzgador, por disposición legal, tiene de atarse a la letra del mandamiento judicial cuando el sentido de la ley es claro, como sucede al presente.

Fuera de esto, conceptuó igualmente el fallador, que las nulidades de las cláusulas testamentarias señaladas por el recurrente, no podían declararse en una sentencia que resolvía sobre objeciones hechas a la partición, y que era el caso de aplicar el artículo 1387 del Código Civil según el cual, "Antes de proceder a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o ab-intestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios".

En esto también tiene razón el tribunal. Sería inusitado que la nulidad de un testamento o de alguna o algunas de sus cláusulas, se pudiera decidir en una sentencia sobre objeciones a la partición, pues ello equivaldría a fallar un asunto que no estaba sometido a la decisión judicial, cual era la nulidad del testamento o de alguna de sus cláusulas, porque con fundamento en ese testamento que se presume válido, se abrió la sucesión y se procedió a liquidarla.

Se rechaza pues el primer reparo hecho a la sentencia por el doctor Corral, y como consecuencia de lo dicho se rechazan igualmente las acusaciones por violación de los artículos 6, 828, 829, 765, 824, 865 y 1741 del Código Civil y 2 de la ley 50 de 1936, y el reparo por interpretación errónea que hizo el Tribunal de las cláusulas 7 y 8 del testamento.

Tampoco prospera la violación de los artículos 834, 765 y 1394 del Código Civil porque el partidor no está obligado a exigir al usufructuario la fianza de que habla el artículo 834. Estas son formalidades legales cuya exigencia no desaparece porque no las haga presentes el partidor en su trabajo.

El artículo 765 dice cuáles son los títulos constitutivos o traslaticios de dominio, disposición que nada tiene qué ver con el trabajo del partidor. Respecto del artículo 1394 no dice el recurrente en qué sentido lo quebrantó el partidor, pues se ha visto que éste en su trabajo se ajustó a las cláusulas testamentarias, haciendo las adjudicaciones de acuerdo con ellas.

Recurso de Magdalena Galindo Mendoza.

Alega la primera causal de casación de que trata el artículo 520 del Código Judicial, por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

Los artículos que señala como violados son 1009, 1127 y 1165 del Código Civil, así: El 1009 porque la sucesión de los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria y parte intestada, y que como el Tribunal conceptuó que la casa que figura en la calle 3ª es la misma a que se refiere la testadora en la cláusula octava, como ubicada en la carrera 3ª, lo quebrantó porque consideró que la sucesión había sido íntegramente testamentaria.

El cargo ha de rechazarse, porque si en verdad la testadora se refirió en la cláusula octava de su testamento, a la casa situada en la carrera 3ª, es lo cierto que del mismo testamento y de otras

constancias del proceso aparece que la señorita Sara Mendoza no tenía entre sus bienes casa alguna situada en la carrera 3ª-A de esta ciudad, sino en la calle 3ª-A, y así dejó la nuda propiedad de esa casa advirtiendo que si se cumplían determinadas condiciones, su hermana Ester Mendoza y su sobrina Ana María Contreras gozarían del usufructo de la casa situada en la calle 3ª-A, y no el usufructo de la casa situada en la carrera 3ª-A, cuya nuda propiedad dejó al Obispado de Santa Rosa de Osos. Bien se ve que fue un error de la testadora referirse en la cláusula octava a una casa situada en la carrera 3ª-A, en lugar de hacerlo a la casa situada en la calle 3ª-A, que es la de que se trata en este asunto.

El artículo 1165 se quebrantó a juicio de la recurrente, porque el legado de especie que no es del testador es nulo, si no se llenan los requisitos consignados en ese artículo, y como la testadora dispuso de un bien que no era suyo, el legado es nulo de acuerdo con la disposición copiada.

Esta tacha se funda en el supuesto de que la testadora quiso disponer de un bien que no estaba en su patrimonio, siendo así, como se ha visto, que de lo que dispuso fue de la casa de la calle 3-A, que era un bien que sí era propio, pero que al relacionarlo en la cláusula octava, cambió la palabra calle por carrera.

Apoyada en el mismo error atrás estudiado, considera la recurrente que se han violado los artículos 1037 del Código Civil y 85 de la ley 153 de 1887, por cuanto han debido aplicarse las leyes que regulan la sucesión intestada respecto de la nuda propiedad de la casa de la carrera 3ª, y como el sentenciador consideró que la sucesión era íntegramente testada, los violó.

Superabundantemente queda demostrado que la casa que la testadora, en la cláusula octava de su testamento, ubicó en la carrera 3ª-A de esta ciudad, es la misma que la testadora tenía y que está situada en la calle tercera A.

La testadora, en la cláusula cuarta de su testamento, al hacer relación de bienes hace figurar la casa número 10-56 de la calle 3ª-A, entre las carreras 10 y 10-A y en esa relación de bienes no se encuentra incluída casa alguna situada en la carrera 3ª-A. Todo está indicando que en la cláusula octava del testamento se cometió un error meramente caligráfico que no puede alterar la voluntad manifiesta e inequívoca de la testadora de dejar la nuda propiedad de ese bien al Obispado de Santa Rosa y el usufructo a su hermana Ester Mendoza y a su sobrina Ana María Contreras.

No prospera, pues, este último cargo de la recurrente.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA: No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha primero de agosto de mil novecientos cuarenta en el juicio de sucesión de la señora Sara Mendoza, sobre objeciones a la partición.

Las costas del recurso son de cargo de los recurrentes.

Publíquese, notifíquese, cópiese, 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 ppdad.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

La acción encaminada a la efectividad de un crédito no pertenece sino al dueño de éste.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El doctor Miguel A. Orozco demandó al doctor Liborio Chaux F. para que se le declare obligado a pagarle $ 12.200 con sus intereses legales desde el 26 de julio de 1925 y así lo decretó el Juzgado 2º del Circuito de Popayán en sentencia de 5 de febrero de 1940, salvo que fija aquel principal en $ 12.000 y como fecha inicial de los intereses la de ejecutoria de la sentencia de que proviene esa deuda y que se citará en seguida. El Tribunal Superior de allí confirmó ese fallo en el de 24 de marzo de 1941, contra el cual el demandado interpuso casación, recurso que pasa a decidirse por estar tramitado debidamente.

Los antecedentes pertinentes, aducidos en lo del caso como hechos fundamentales de la demanda, son en suma: el 1º de octubre de 1924 Chaux dio muerte violenta a Alfonso Fajardo en aquella ciudad y la causa que se le siguió por ello se cerró en el Juzgado 1º Superior con sentencia condenatoria tanto en lo atañedero al delito en sí, cuanto sobre indemnización, la que decretó en favor de los herederos del occiso en cantidad de $ 12.200 señalada pericialmente dentro de esa actuación, y el Tribunal Superior confirmó a este respecto ese fallo. La madre y hermanos de Fajardo cedieron sus derechos en la sucesión de éste al doctor Orozco, a quien se le adjudicó en la partición de los bienes el crédito referido contra Chaux. Aduciendo esas sentencias, cesión y partición, Orozco ejecutó a Chaux, quien excepcionó con éxito por estar prescrita la acción ejecutiva. Haciendo presente esta circunstancia y fundándose en la causa y título de que se acaba de hablar, Orozco instauró el presente juicio ordinario en demanda contra la cual Chaux opuso varias excepciones, entre ellas la de ilegitimidad de la personería del demandante por carecer de la acción incoada, y ninguna de ellas fue acogida, por lo cual el Tribunal, como ya se dijo, confirmó la sentencia del Juzgado y ésta fue condenatoria.

Procediendo como mandan los artículos 537 y 538 del C. J., la Corte ha ordenado lógicamente los cargos que el recurrente por medio de su abogado formula contra la sentencia recurrida y, hallando fundado uno de ellos y suficiente este motivo para infirmarla, dicta la que la reemplace.

Ese cargo versa sobre la personería del demandante, que el demandado, hoy recurrente, le niega en forma que puede plantearse así: aunque el crédito referido se produjo por virtud de las sentencias en la aludida causa por homicidio y aunque se le repute aún en pie, él pertenece desde que surgió a los herederos de Fajardo y, siendo indemnización para éstos por los perjuicios irrogados a ellos con la muerte de él, no cabe entender que ese crédito entrara al patrimonio de él y figurara entre sus bienes relictos; de suerte que no puede reputarse comprendido en la cesión hecha a Orozco de derechos en la sucesión de Fajardo, por lo cual la errónea inclusión del crédito en el inventario de los bienes de esta sucesión

y la consiguiente adjudicación del mismo en la partición de los bienes, no constituye título válido en favor de Orozco y no es, por tanto, de él la acción que corresponda para hacerlo efectivo.

En realidad ello es así: la escritura número 80, otorgada ante el Notario 1º de Popayán el 1º de abril de 1935 contiene la transferencia a Orozco de "todos los derechos que puedan corresponderles por cualquier título o motivo en la sucesión intestada del señor Alfonso Fajardo M." a los otorgantes que se presentaron como madre y hermanos legítimos de aquél (Cdno. 2º, fols. 13 a 15). Y las sentencias citadas sobre indemnización la decretan en favor de los herederos del occiso, es decir, considerados personalmente, como no podía menos de ser, pues en lógica elemental sería inadmisible que la indemnización se decretara en favor de Fajardo, muerto en el instante mismo del disparo que le hizo Chaux. Muy distinto es el caso cuando la indemnización se pronuncia en favor de la persona misma lesionada y después ésta fallece dejando en su patrimonio el crédito correspondiente a la condena hecha en su favor. Aquí, repítese, se hizo personal y directamente en favor de individuos que le sobrevivieron y que en esa forma y desde luego fueron los acreedores.

Las actas de estado civil de folios 2 a 4 del cuaderno 4º y demás datos pertinentes del proceso, hacen ver que Fajardo murió soltero, intestado y sin descendencia y que le sobrevivieron sus padres legítimos, señor Jesús Fajardo y señora Clara Moreno de Fajardo; de modo que cuando en 1925 se dictaron las aludidas sentencias del juicio criminal, fueron ellos dos las personas acreedoras de la indemnización en referencia.

Separadamente, como un bien distinto que era y por causa distinta, se hallaba ya en el patrimonio de cada uno de ellos su derecho en la sucesión de su hijo Alfonso, cuya herencia se les defirió al morir él el 1º de octubre del año precedente. Si ambos hubieran cedido a alguien, v. gr. al doctor Orozco su derecho de herencia, por esto solo no podía entenderse cedido su citado crédito. Es verdad que éste se les reconoció por su vinculación con el occiso; pero esta circunstancia no puede significar que lo adquirieran de éste en forma que pasara a ser de ellos por haber sido de Alfonso como causante, esto es, en su sucesión. Ya se vio que se les reconoció a ellos en persona como indemnización de los perjuicios sufridos por ellos.

Si, aun en el supuesto de que ambos padres de Alfonso, que fueron sus herederos ab intestato, hubieran cedido sus derechos de tales al doctor Orozco, no por ello podría reputarse a éste cesionario del crédito, sería inconducente e inoficioso estudiar los reparos que se han hecho por Chaux a la escritura de cesión invocada por el demandante, en cuanto en ella no figuran los derechos de Jesús Fajardo y en cuanto figuran los hermanos de Alfonso.

Así, pues, lo que el demandante aduce como fuente y apoyo de su pretendido derecho, no lo comprueba en manera alguna. Y esto vale como decir que no ha demostrado su derecho y con él su interés jurídico y que, por ende, carece de la acción ejercitada, la que, encaminada a la efectividad de un crédito, no pertenece sino al dueño de éste.

Acierta, pues, el demandado al oponer la falta de acción y de personería en su demandante y en deducir de ahí y de la negativa del Tribunal a desconocer el resultado de tal oposición, situación y objeciones el cargo de violación de las disposiciones sustantivas pertinentes que al efecto cita todas del C. Civil a saber: el artículo 757 que confiere al heredero la posesión de la herencia en el momento de deferírsele; el 1013, que precisa este momento en el de la muerte del de cujus; el 1167, en cuanto la cesión de un derecho de herencia se concreta a ésta, no haciendo responsable al cedente sino de su calidad de heredero; los artículos 669, 670, 673, 740 y 761, en cuanto da el Tri-

bunal a Orozco por dueño del crédito, a pesar de no haber tradición de éste en su favor.

Las precedentes consideraciones bastan a determinar la infirmación del fallo recurrido y, al propio tiempo, a motivar el que lo reemplaza.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el veinticuatro de marzo del año en curso y, revocando la del Juzgado 2º Civil de ese Circuito de cinco de febrero de mil novecientos cuarenta, falla este pleito así:

1º Está probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería del demandante Miguel A. Orozco;

2º Por consiguiente, se niega lo pedido en la demanda inicial;

3º No hay lugar a condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

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.

RECURSO DE HECHO. — CARACTER JURIDICO DEL JUICIO DE DESLINDE.

En un proceso sobre deslinde no se discute el dominio propiamente dicho de los bienes inmuebles que se quiere delimitar, ni el valor o estimación total de éstos, sino cuál es en realidad la línea divisoria o lindero que los separa, a efecto de señalarla sobre el terreno. Bien es verdad que esta acción de deslinde puede afectar el dominio o parte de éste, en la zona que debe delimitarse; pero de esto no puede deducirse que se trate de una controversia en que haya de decidirse sobre cuestión tan trascendental como es la del dominio de uno o más bienes cuya investidura o ejercicio se disputen las partes en el proceso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

El doctor Enrique Cardoso presentó demanda de deslinde contra el doctor Raúl Castilla, solicitando que se hiciera la delimitación de un solar ubicado en Ibagué. Realizado el apeo sobrevino oposición a la diligencia celebrada y convertido en ordinario fue fallado en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de aquella ciudad, en sentencia fechada el 8 de mayo de este año.

Contra la mencionada providencia interpuso el actor recurso de casación y el Tribunal dispuso que se procediera al avalúo de la acción intentada, por considerar que había duda sobre tal extremo. De esa decisión pidió reposición la parte opositora, fundándose en que la cuantía de la acción había sido ya previamente avaluada en el juicio y el perito designado por el juez de instancia le había fijado un valor total de $ 716.80. Consideró fundado el reclamo el Tribunal y en consecuencia revocó su providencia anterior y procedió a negar el recurso de casación interpuesto. No se conformó con esta última decisión la parte actora y recurrió de hecho para ante esta Sala. Es la oportunidad de decidir sobre dicho recurso y a ello se procede mediante las consideraciones que pasan a expresarse:

Al contestar el opositor la demanda sobre deslinde objetó la cuantía de la acción, que había sido fijada en el libelo en suma mayor de quinientos pesos. Se ordenó entonces que ésta fuera fijada por un perito designado por el juez y en el experticio se señaló como cuantía precisa la cantidad de $ 716.80. Quedó ejecutoriada la providencia judicial que tal fijación hizo, y aceptó, sin reclamo alguno de la parte actora, ya que puesto en conocimiento de las partes tal dictamen, ninguna de ellas presentó objeción alguna.

Siendo esto así, es fundada e inobjetable la decisión del Tribunal, al negar el recurso de casación en este proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 519 del C. J. No era del caso darle aplicación al artículo 524 ibídem, porque no existía ni podía existir verdadero motivo de duda respecto de la cuantía, único caso en que es pertinente proceder a la estimación del valor de la acción.

Sostiene el actor y recurrente de hecho que en definitiva el valor conjunto de una y otra heredad es el de la cuantía, tanto en el deslinde como en el ordinario

de oposición a ésta. No acepta la Corte tan peregrina conclusión, porque en un proceso de esta índole no se discute el dominio propiamente dicho de los bienes inmuebles que se quiere delimitar, ni el valor o estimación total de éstos, sino cuál es en realidad la línea divisoria o lindero que los separa, a efecto de señalarla sobre el terreno. Bien es verdad que esta acción de deslinde puede afectar el dominio o parte de éste, en la zona que debe delimitarse; pero de esto no puede deducirse que se trate de una controversia en que haya de decidirse sobre cuestión tan trascendental como es la del dominio de uno o más bienes cuya investidura o ejercicio se disputen las partes en el proceso. Procede la Sala a hacer esta rectificación sólo por vía de doctrina, ya que la cuestión estimativa sometida a estudio no ofrece duda ni dificultad alguna, por haber sido ya establecida en la forma indicada por nuestra ley procesal.

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, considera bien denegado el recurso de casación interpuesto en este juicio contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué fechada el 8 de mayo de este año.

Notifíquese, comuníquese por oficio, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

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

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. — MANDATO — DIFERENCIAS ENTRE LOS DOS CONTRATOS

1. Pudiendo ser el mandato remunerado según el artículo 2143 del C. C., la circunstancia de coincidir este contrato con el de arrendamiento de servicios en la modalidad de obligarse REMUNERADAMENTE una persona a hacer una cosa para otra, cosa común a todos los contratos que tienen por objeto un hecho, da lugar a que frecuentemente se confundan estas dos convenciones o aparezcan combinadas en forma que opone dificultades para su acertada clasificación jurídica. Teóricamente es fácil, sin embargo, su distinción haciendo resaltar los elementos esenciales que entran en la constitución de estos contratos y que los diferencian profundamente. En la locación de servicios el objeto lo constituyen hechos de orden material que corresponden a los trabajadores, quienes los ejecutan por cuenta y en interés del patrono y en situación de dependencia, en función de su oficio, aunque todo el resultado de su labor se traduzca en exclusivo beneficio del arrendador, en tanto que en el mandato el objeto propio e insustituíble del contrato lo constituyen *actos jurídicos* cuyo incumplimiento lleva implícita la representación ya que el mandatario se hace cargo de la gestión por cuenta y riesgo del mandante, como lo dice la definición legal. El mandatario actúa jurídicamente, esto es, interviene con su voluntad para el perfeccionamiento del negocio, presta su consentimiento y de esta manera crea vínculos obligatorios para su representado con prescindencia de su interés personal, como mero intermediario. — 2. La jurisprudencia tiene establecida y autorizada la aplicación analógica del artículo 2046 del C. C. para los casos de arrendamiento no celebrado por escrito y referente a servicios que se prestan mediante el pago de salario que se determina por estipulación de las partes o por la costumbre del país.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Por medio de libelo fechado el 31 de mayo de 1937, dirigido al Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, Manuel Vicente Bautista demandó a Fabriciano Bautista para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario de mayor cuantía se le condenara a pagarle:

"a) dentro del término que al efecto se le señale el valor de mis honorarios por los servicios que le presté y de las gestiones que hice en favor de él durante el tiempo transcurrido entre el primero de junio de mil novecientos veintiocho y el doce de julio de mil novecientos treinta y cinco, administrándole la finca llamada Turín, ubicada en Fusagasugá y en los demás actos que relaciono en los hechos en que fundo esta demanda. El valor de tales servicios y gestiones lo estimo en la suma de $ 5,064 moneda corriente, a razón de $ 60 por cada mes, y de consiguiente, la condena al pago que deman-

do debe hacerse por tal cantidad, y en subsidio, por la que en el curso del juicio se pruebe en forma legal qué valen los servicios y gestiones de que se trata;

b) el valor de los gastos que hice en el adelanto y sostenimiento de la prenombrada hacienda, tales como grampas para cercar, sal y remedios para los animales, pago de salario y alimentación de los dependientes o sirvientes que estuvieron al servicio de la hacienda durante mi administración y otros pagos que hice por cuenta del demandado. Estos gastos los estimo en la suma de $ 2,000 moneda corriente, y de consiguiente la condena al pago que demando debe hacerse por tal cantidad, y en subsidio, por la que en el curso del juicio se pruebe que valen tales gastos; y

c) las costas judiciales".

Fundó su acción el actor, entre otros que no se consideran pertinentes, en los hechos que en seguida se sintetizan:

Desde cuando el demandado compró la finca de Turín convino con el actor en que éste la administraría, y a ese efecto, el día 1º de junio de 1928 ambos se trasladaron a la hacienda a recibirla, y a partir de esa fecha y hasta mediados del mes de julio de 1937, que la entregó al recomendado del dueño demandado, quedó a cargo de Manuel Vicente Bautista la administración de la hacienda, en cuyo ejercicio cuidó la finca y los animales, la organizó y mejoró y en general atendió a todos los trabajos necesarios para la buena marcha de la hacienda, manteniendo al corriente de todas las labores a Fabriciano Bautista, como dueño de la hacienda. Cuando el demandante principió a administrar, Turín no tenía sino tres mangas o pequeños potreros y el resto estaba ocupado por arrendatarios, de quienes consiguió la entrega de las estancias para aumentar las tierras de pasto, cosa que realizó hasta el punto de que cuando entregó la hacienda había once potreros cultivados con pastos micay y natural y cercados convenientemente. En desempeño de la administración, el demandante edificó una enramada en el chircal, refaccionó el horno y dos casas de habitación, a cuyos gastos atendió, en parte, con dineros de su propiedad y en parte del producto de la venta de leña y postes. Mientras el actor estuvo al frente de la administración, ayudó a Fabriciano Bautista a gestionar y conseguir que el Gobierno Nacional pagara al demandado $ 500 por perjuicios que le ocasionó el paso de la carretera Bogotá-Fusagasugá por tierras de Turín, lo mismo que en asuntos judiciales y de toda clase que el demandado ventilaba en Fusagasugá y otros lugares. En razón de estos servicios y gestiones cumplidos en virtud del contrato verbal de administración celebrado, Fabriciano Bautista no ha pagado suma alguna al actor.

Al evacuar el traslado correspondiente, se opuso el demandado a las pretensiones del actor, negó los hechos principales de la demanda y propuso las excepciones perentorias de prescripción de la acción, falta de derecho e inexistencia de la obligación de deber, y a su turno, en escrito separado, demandó en reconvención a Manuel Vicente Bautista para que se le condenara a pagarle $ 500 por valor de maderas de la hacienda de que se aprovechó personalmente; $ 2,100 por la mitad que le corresponde en la sociedad de hecho formada por los dos para la elaboración de materiales de construcción y venta de leña, de que se aprovechó exclusivamente y de la cual debe rendir cuentas, y varias otras partidas de diverso origen que suman la cantidad de $ 7,555.

Se opuso también el actor a esta contrademanda, negando sus hechos fundamentales, y trabada así la litis se dio fin al primer grado del juicio doble con la sentencia de fecha 16 de noviembre de 1939 que desató la controversia negando las peticiones tanto de la demanda principal como de la de reconvención.

Sentencia acusada

Recurrido en apelación este fallo del

Juzgado del Circuito por las dos partes, se surtió la segunda instancia ante el Tribunal Superior de Bogotá, que la finalizó con la sentencia de 22 de noviembre de 1940, cuya parte resolutiva dice:

"1º Condénase al señor Fabriciano Bautista a pagar a Manuel Vicente Bautista, la suma de setenta pesos, valor de los servicios que éste le prestó como mayordomo de la hacienda de Turín en el lapso comprendido entre el 1º de junio y el doce de julio de 1935.

"2º Declárase probada la excepción de prescripción que sobre pago de servicios tuviera el demandante, para hacer efectivo el salario correspondiente al tiempo anterior en que estuvo al frente de la hacienda de Turín de propiedad del demandado, por lo cual se absuelve al demandado del cargo correspondiente.

"3º No son fundadas las otras excepciones propuestas por el demandado principal.

"4º No es el caso de hacer ninguna de las otras declaraciones pedidas en el libelo de demanda principal, y por ello se absuelve al demandado Fabriciano Bautista de tales cargos.

"5º No es el caso de hacer, y no se hacen, las declaraciones contenidas en el escrito de reconvención, por lo cual se absuelve al contrademandado Manuel Vicente Bautista de los cargos correspondientes.

"6º No hay costas en el juicio".

Se compendian en seguida los motivos de esta resolución en lo tocante a la demanda principal por ser ésta la parte de la sentencia sometida al recurso.

Del mérito probatorio que corresponde a la confesión del demandado dedujo el Tribunal la certidumbre de que entre los Bautistas, actor y demandado, medió un cuerdo de voluntad en virtud del cual pudo Manuel Vicente instalarse en la finca Turín de propiedad de Fabriciano y permanecer en ella en funciones de administración o manejo de la hacienda durante el lapso de siete años y cuarenta y dos días. Sobre este hecho no hay divergencia entre las partes. Lo que ellas han discutido es la cuestión relativa a las condiciones particulares en que el actor intervino en los negocios del demandado, y en torno de este punto, con el objeto de allegar elementos de juicio para una acertada clasificación jurídica de la convención que verbalmente ligó a los contratantes para deducir el alcance y naturaleza de sus prestaciones, estudia y analiza la sentencia las pruebas aducidas sobre la realidad de las faenas cumplidas por el demandante en beneficio del dueño del inmueble, en aplicación de la regla legal que aconseja la interpretación contractual sobre la forma en que las partes mismas hayan ejecutado sus obligaciones. Del análisis de los testimonios y demás pruebas referentes a la ocupación y faenas ordinarias del demandante en el manejo y negocios del fundo concluyó el Tribunal que las funciones acordadas para Manuel Vicente fueron las que corresponden ordinariamente a un mayordomo de hacienda, para cuyo pago no fue determinado por los contratantes el salario correspondiente.

Determinadas y consideradas las operaciones en que debía intervenir el mayordomo de Turín, entre cuya multiplicidad hay algunas semejantes a las de un mandatario, estudia el Tribunal los elementos esenciales de este contrato y los que entran en la formación del de locación de servicios, y luégo de anotar las diferencias y analogías de estos dos pactos, concluye en que predominando casi exclusivamente en las actividades cumplidas por el actor los actos de orden puramente material que le correspondían en la explotación y beneficio de la hacienda, en subordinación y dependencia del dueño, cuya voluntad no figura en ninguna forma como habilitándolo para actuar jurídicamente en su nombre, la clasificación que en derecho corresponde a la convención aducida aquí como fuente de las obligaciones que se cobran, es la de un contrato de arrendamiento de servicios.

Desde este ángulo pasa luégo a estu-

diar el Tribunal la excepción de prescripción de la acción que opuso el demandado cuando dio contestación a la demanda, y encuentra, con aplicación del artículo 2543 del C. C., y partiendo de la base de que los salarios por servicios de la especie de los referidos se suponen exigibles por anualidades vencidas, que la acción de cobro, habiéndose notificado la demanda el primero de junio de 1937, está extinguida por la prescripción bienal respecto de los servicios prestados con anterioridad al primero de junio de 1935 y que solamente puede prosperar relativamente a los salarios correspondientes al mes y doce días corridos desde la fecha prenombrada hasta el día en que dice el actor que cesó en su mayordomía, el 12 de julio del año mencionado, y al precio de $ 50 mensuales que pericialmente se fijó en el juicio en la forma legal.

Refiriéndose en esta parte la sentencia al fundamento jurídico de la prescripción de corto plazo que la ley ha establecido para estos casos, dice que consiste "en la necesidad de que hechos, que por su naturaleza son susceptibles de dejar pequeñas huellas probatorias, se aduzcan dentro de una oportunidad en que sea menos difícil su probanza; y en la inexplicable ocurrencia de que refiriéndose en principio tales acciones a derechos derivados de actividades cuya remuneración está destinada a satisfacer necesidades inmediatas, el que las ejercite pueda, sin incurrir en negligencia y descuido graves, abstenerse de hacerlas efectivas dentro del corto lapso que la ley ha querido señalar para tal efecto. Que es ni más ni menos, la posición en que inexplicablemente hubo de colocarse don Manuel Vicente Bautista cuando en dificultades económicas graves va a la hacienda de Turín, y con la conducta de quien nada le falta y todo le sobra, se abstiene de cobrar durante nueve años el estipendio que le es debido".

Respecto del valor de gastos que afirma haber hecho el actor en beneficio del demandado y a que se refiere el pedimento segundo de la demanda, "tales como grampas para cercar, sal y remedios para los animales, pago de salarios y alimentación de sirvientes que estuvieron al servicio de la hacienda", se abstiene de reconocerlos y ordenar su pago la sentencia por hallar que si es evidente que aparece demostrado en el proceso que el actor hacía tales erogaciones durante su manejo de la finca, siendo tales pagos una función propia de mayordomo, con dinero del dueño, sería preciso que se hubiera probado que fueron hechos con dineros pertenecientes al empleado y que no le fueron reembolsados. Por otra parte, advierte el Tribunal con la cita de las pruebas pertinentes, que en este caso resulta de las posiciones absueltas por el demandante que él realizó tales desembolsos con fondos provenientes de leña que vendía y con el producto de la venta de algunos animales llevados al mercado por orden del dueño, lo mismo que con dineros que éste le daba para tal efecto.

Esto es lo que tiene relación con el recurso. Los demás capítulos de la sentencia, habiendo recurrido solamente el actor, están fuera de la jurisdicción de la Corte.

El recurso

Las acusaciones que el demandante recurrente formula contra la sentencia definitiva de segunda instancia se apoyan en el primero de los motivos legales de casación que enumera el artículo 520 del C. J., y se hacen consistir, resumiéndolas, en que el Tribunal violó, directamente y por errónea interpretación de unas pruebas y omisión de otras, los artículos 2142, 2146, 2149, 2150, 2158, 2177 y 2184 del C. C., disposiciones referentes al contrato de mandato que el sentenciador dejó ilegalmente de aplicar al caso del pleito para decidirlo con aplicación de las normas que gobiernan el contrato de arrendamiento de servicios, impertinentes desde todo punto de vista, porque de autos se deduce incuestionablemente que la con-

vención verbalmente ajustada entre actor y demandado para el manejo de la finca Turín no fue para la simple prestación de servicios materiales como está dicho en el fallo acusado, sino que en ella se encuentran claramente determinados todos los elementos y circunstancias constitutivos de un verdadero mandato. No hay duda que a esta conclusión hubiera llegado el Tribunal — piensa el recurrente — si hubiera hecho una acertada apreciación de la prueba testimonial que mencionó en su sentencia, y si hubiera tenido en cuenta las declaraciones de los ingenieros Silvano Uribe y Ezequiel Sánchez, Lucio y José del Carmen Prieto y Laureano Sánchez, lo mismo que las copias de actuaciones policivas de folios 5 y 6 del cuaderno número 1 que prueban hechos que evidentemente revelan gestiones o cumplimiento de actos jurídicos en que el demandante llevó la representación de Fabriciano Bautista y que no pueden considerarse como simples servicios en el desempeño de un oficio de dependiente.

Globalmente considera la Sala estos cargos que en la demanda se formulan separadamente, por la comunidad y analogía de las consideraciones a que dan lugar.

Pudiendo ser el mandato remunerado, según el artículo 2143 del C. C., la circunstancia de coincidir este contrato con el de arrendamiento de servicios en la modalidad de obligarse REMUNERADAMENTE una persona a hacer una cosa para otra, cosa común a todos los contratos que tienen por objeto un hecho, da lugar a que frecuentemente se confundan estas dos convenciones o aparezcan combinadas en forma que opone dificultades para su acertada clasificación jurídica. Teóricamente es fácil, sin embargo, su distinción haciendo resaltar los elementos esenciales que entran en la constitución de estos contratos y que los diferencian profundamente. En la locación de servicios el objeto lo constituyen hechos de orden material que corresponden a los trabajadores, quienes los ejecutan por cuenta y en interés del patrono y en situación de dependencia, en función de su oficio, aunque todo el resultado de su labor se traduzca en exclusivo beneficio del arrendador, en tanto que en el mandato el objeto propio e insustituíble del contrato lo constituyen actos jurídicos cuyo incumplimiento lleva implícita la representación ya que el mandatario se hace cargo de la gestión por cuenta y riesgo del mandato, como lo dice la definición legal. El mandatario actúa jurídicamente, esto es, interviene con su voluntad para el perfeccionamiento del negocio, presta su consentimiento y de esta manera crea vínculos obligatorios para su representado con prescindencia de su interés personal, como mero intermediario.

La aplicación de estas nociones utilizables para la diferenciación de los dos precitados contratos, no existiendo en este caso un texto escrito que ofrezca materia directa a la interpretación contractual, impone la necesidad de reconstruír a base de las pruebas testimoniales y demás del proceso la calidad y naturaleza de los servicios que Manuel Vicente Bautista prestara al demandado en el manejo de su fundo para deducir realmente si en ellos se puede ver una sustitución de voluntades que le dieran la categoría y calidad de actuaciones jurídicas de mandatario al actor o si solamente lo muestran en actividades de mera cooperación material subordinadas a órdenes del dueño de la hacienda. Con este criterio calcado en la sabia norma consignada en el artículo 1622 del C. C. que aconseja tener como fuente de interpretación en materia contractual la aplicación práctica que las partes o una de ellas con aceptación de la otra hayan dado a los pactos, fueron estudiadas acertadamente por el Tribunal de Bogotá las exposiciones testimoniales que dan fe de los servicios referidos y la forma en que se prestaban por el demandante en el manejo de la hacienda de Turín.

El testigo Vicente Torres (fls. 54 y ss., C. número 4), expone que por haberlo presenciado le consta que desde que don Fabriciano Bautista adquirió la hacienda siguió manejándola Manuel Vicente Bautista hasta el día en que se la entregó a Felipe Zapata, recomendado para el efecto; que durante este tiempo Manuel Vicente, como administrador de Fabriciano, hizo las diligencias necesarias para obtener que los arrendatarios vendieran sus estancias a la hacienda; que se formaron, cercaron y sostuvieron ocho potreros más con trabajos que hacía cada arrendatario a cuenta de pago de sus estancias por cobro que les hacía Manuel Vicente, quien les expedía el correspondiente recibo; que se construyó una enramada o cobertizo grande de zinc, se refaccionó el horno del chircal y dos casas de habitación, se construyó un tanque de piedra y cemento para agua con maestros y obreros llevados del pueblo por Manuel Vicente; que se hicieron canales y zanjas para conducir agua a la casa y los potreros y que en éstos se formaron pozos-bebederos, se hicieron y colocaron puertas y talanqueras, de cepas y limpias de rastrojos,arados o barbechos y siembras de pastos, y que todos estos trabajos "fueron dirigidos y vigilados personalmente por Manuel Vicente Bautista como administrador de dicha hacienda, así como también vigilados y cuidados los animales".

Román Rodríguez declara al folio 61 del C. número 4 que Manuel Vicente estuvo manejando la hacienda de Turín, y que durante este tiempo se formaron, cercaron y sostuvieron ocho potreros con el trabajo de los propios arrendatarios, el cual hacía efectivo Manuel Vicente, expidiéndoles después el correspondiente recibo; que se construyó una enramada o cobertizo, se refaccionó el horno del chircal y dos casas de habitación; se construyó un tanque de cemento para agua, por maestros llevados del pueblo por Manuel Vicente; se hicieron canales y zanjas para conducir el agua a la casa y a los potreros; se hicieron descepas y limpias, se construyeron puertas de talanquera y de golpe, se hicieron barbechos y arados y siembras de pastos, siendo todas estas labores vigiladas personalmente por Manuel Vicente Bautista.

A folio 63 y vuelto del cuaderno de pruebas precitado obra la exposición testimonial de Pedro Vásquez, quien dice que desde la época en que Fabriciano Bautista compró la parte de Piamonte llamada Turín, conoció al peticionario Manuel Vicente Bautista como administrador de esa hacienda, hasta hace dos años; que con él tuvo que entenderse para todo lo relacionado con medianías y animales que se pasaban de una a otra finca, como colindante que es de Turín, y que Bautista en su condición de administrador de esa finca fue a su casa de habitación a solicitar los servicios del declarante como perito avaluador de las estancias que los arrendatarios de Turín vendieron y entregaron a su dueño Fabriciano Bautista.

Ezequiel Botello declara (folio 68, C. número 4), que fue contratado por Manuel Vicente Bautista para prestar sus servicios en Turín, dándole la alimentación durante el tiempo que estuvo como empleado en la hacienda, ayudando personalmente a la reparación de cercas, dar sal a los animales, curarlos y manejarlos, llevando los mercados, sal y remedios para los ganados que eran comprados por Manuel Vicente, quien muchas veces le dio dinero para hacer esas compras, "pero ignoro —dice el testigo— el carácter que tuviera el señor Manuel Vicente Bautista cuando estuvo viviendo en la hacienda de Turín, pues no sé qué clase de arreglos tendría con don Fabriciano para manejarle la finca, si como administrador, mayordomo o encargado. Lo único que sé, por ser la verdad, era que don Manuel Vicente Bautista era el encargado de dicha hacienda y suministraba los trabajos".

Sobre la naturaleza y característica de los hecho demostrados con la prueba testimonial que se acaba de mencionar sin-

téticamente, lo mismo que sobre otras que el fallo menciona y el recurrente calla, reposan las conclusiones a que llegó el Tribunal en materia de clasificación del contrato verbalmente celebrado entre el actor y demandado como un arrendamiento de servicios, en virtud del cual el primero intervino en el manejo de la finca Turín. Se acusa la sentencia por errónea apreciación de estas declaraciones testificales porque, en concepto del recurrente, ellas prueban evidentemente la existencia de un mandato. La Sala considera que tanto en el justiprecio de su mérito como en las conclusiones jurídicas que basó en esos elementos de convicción procedió el Tribunal acertadamente y que no es posible, por tanto, aceptar la ocurrencia de error de derecho al apreciarlas porque no aparece desconocido ni aumentado el mérito probatorio que legalmente les corresponde, ni tampoco error de hecho, porque de su consideración y lectura no surge de modo manifiesto una verdad contraria a la que de ellos dedujo el sentenciador. Las actividades y ocupaciones que de acuerdo con estas pruebas corresponden al demandante en el manejo de la hacienda perteneciente al demandado, no tienen, en efecto, la significación y alcance que serían precisos para caracterizar con ellas un mandato, porque ninguna de ellas constituye en realidad un acto jurídico en que Manuel Vicente hubiera prestado su voluntad con capacidad representativa suficiente para crear vinculaciones de derecho para Fabriciano, sino que lo muestran claramente en subordinación personal y económica, como es de la esencia de la locación de servicios, cumpliendo o ejecutando su trabajo en beneficio del propietario del fundo o cooperando con él en la realización de los negocios.

Estas mismas consideraciones son valederas para rechazar el cargo por error de hecho consistente en haber omitido el Tribunal la apreciación de algunas pruebas, con las cuales considera el recurrente que se demuestra plenamente la existencia de un mandato. En efecto; las copias expedidas por la Inspección de Tránsito y Casos Verbales de Fusagasugá, visibles a fls. 5 y 6 del C. número 1, dan cuenta de que Manuel Vicente Bautista hizo comparecer ante tal oficina, en actuación verbal, como administrador de Turín a Ambrosio Neme y Antonio Bobadilla, a quienes acusó de causar daños en la finca a su cuidado con animales y sacando leña abusivamente. Este hecho no es propiamente inductivo de mandato, y su cumplimiento encaja perfectamente dentro de las funciones ordinarias de vigilancia y cuidado que corresponden a un mayordomo de hacienda y para cuya ejecución no es necesaria la representación jurídica.

Con las declaraciones testimoniales de los ingenieros Uribe y Sánchez, constructores de la carretera Bogotá-Fusagasugá-Girardot (fls. 143 y 147, C. número 4), no mencionadas en la sentencia, considera el recurrente que acredita el mandato que lo ligó con el demandado; pero de tales piezas sólo se desprende la verdad de que Manuel Vicente ayudó y acompañó a Fabriciano Bautista en las diligencias que con ellos se adelantaron conducentes a obtener el reconocimiento de perjuicios causados a la hacienda Turín con el paso de la carretera. No se configura con esta prueba el pretendido mandato, en virtud del cual dice el actor haber gestionado ante el Gobierno Nacional el pago de la indemnización referida, que de haberlo no se extendería, por su especie de mandato judicial, a las actividades generales sobre que versa el litigio. La intervención a que aquí se alude fue una cooperación de servicio pero sin el elemento de representación que sería preciso para aceptar el mandato para gestión ante autoridades públicas.

Iguales reflexiones sugiere la consideración de los testimonios de Laureano Sánchez (f. 10 y C. número 7), José del Carmen Prieto (f. 41 ibídem), y Lucio Prieto (f. 23 ibídem), porque los tres testigos se limitan a afirmar que en la épo-

ca de la administración de Manuel Vicente a que se ha hecho referencia les consta que éste ayudaba a vender la panela que Fabriciano Bautista traía de Pandi a la plaza de Fusagasugá; y bien claro se ve que la falta de mención en la sentencia de estas declaraciones y del hecho que comprueban no altera en nada las bases y conclusiones a que llegó el Tribunal, y que la Corte ha considerado acertadas.

Y no son más los cargos contra el fallo por equivocación al apreciar las pruebas.

En capítulo final de la demanda acusa el recurrente la sentencia por violación directa de los artículos 2543 y 2046 del C. C., el primero por indebida aplicación al someter al estatuto de la prescripción bienal la remuneración que corresponde al demandante como mandatario, y el segundo por haber estimado que los servicios prestados por Manuel Vicente Bautista al demandado debían considerarse divididos en períodos anuales a efecto de deducir la exigibilidad para el cómputo prescriptivo.

Para no dar cabida a la primera acusación, que se funda en que el Tribunal se equivocó en la calificación del contrato fuente de las obligaciones que se cobran, basta recordar las razones que se han dejado expuestas para concluír, como lo hizo el Tribunal, que la convención que ligó a las partes no fue un mandato sino un arrendamiento de servicios. Y respecto de la otra disposición tampoco encuentra la Sala que haya sido objeto de quebranto en la sentencia porque la jurisprudencia tiene establecida y autorizada su aplicación analógica para los casos de arrendamiento no celebrado por escrito y referente a servicios que se prestan mediante el pago de salario que se determina por estipulación de las partes o por la costumbre del país. "La acción judicial para el cobro de estos salarios es una de las que prescriben en corto tiempo, en dos años según lo establece el artículo 2543 del C. C., para lo cual la ley exige solamente que durante este lapso no se haya ejercitado. La modalidad esencial que corresponde a este contrato de arrendamiento y que reduce la posibilidad de estipular su duración por más de un año, cuando no se celebra por escrito, determina asímismo la prescripción periódica y progresiva de la acción de cobro, a medida que fueron cumpliéndose los plazos anuales y que pudieran exigirse los salarios correspondientes al período, ya que el tiempo de la prescripción se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible". (G. J. Tomo L, pág. 115).

Con apoyo en las consideraciones que se dejan expuestas, 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 22 de noviembre de 1940, que ha sido materia de este recurso de casación.

Las costas del recurso son de 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 ppdad.

SIMULACION

1.—Cuando se alega en juicio la simulación, como cualquiera otra figura, son necesarios los hechos que la individualicen y sirvan para la futura ordenación y estimación de las pruebas, y para el leal juicio del fallador. — 2.—La acción de simulación absoluta o integral es un fenómeno que tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y en tal caso la contraestipulación o pacto secreto se ha limitado a destruír los efectos del acto ostensible, sin crear nada nuevo en el fondo. — 3.—Aceptar que basta afirmar en una demanda que un contrato es integralmente simulado para que se abra el proceso judicial de investigación destinado a descubrir el negocio verdadero que oculta, sin que a esta solución aspire el demandante y lo demuestre, equivale a confundir la técnica jurídica que corresponde a la acción de *simulación-nulidad* (simulación absoluta), con la que atañe a la acción de *simulación-prevalencia* (simulación relativa). Convenir, como en el caso de autos, que judicialmente es posible decidir sobre la validez o nulidad de una donación entre vivos que aparece descubierta en un juicio que se inicia para que se declarara una simulación absoluta —venta de confianza— sin que se haya sometido expresamente en la demanda el contrato oculto y verdadero a la calificación judicial de su validez, es aceptar que se puede declarar oficiosamente cualquier nulidad cuya existencia y prevalencia no se ha colocado *sub-judice*. Tal cosa equivaldría a una manifiesta violación de las normas que enseñan que la relación jurídico-procesal de la litis no puede alterarse en la sentencia. No es lo mismo en su estructura jurídica ni en sus consecuencias una venta simulada que una donación disfrazada de venta. Si se demanda la declaración de simulación en el primer caso, señalando como contraestipulación la voluntad destructora del convenio aparente, sólo tal pacto oculto debe demostrarse para obtener la declaración llana y simple de inexistencia; y hasta ahí debe alcanzar la declaración judicial que al respecto se haga en el fallo. Pero si de los elementos probatorios aducidos por la parte demandada en su defensa resulta comprobada la existencia de otra contraestipulación distinta de la simplemente destructora, tal como una dación en pago o una donación, la técnica de esta clase de acción impone la absolución del demandado, como en todos los casos corrientes en que el actor no cumple con el deber de comprobar sus pretensiones, para tener derecho a que se le reconozcan en el fallo sus consecuencias jurídicas. Consagrar otra solución sería otorgarle a las acciones civiles de simulación un carácter inquisitivo sólo compatible con el ejercicio de la acción penal y que, además, destruiría el equilibrio normal en la posición de las partes litigantes y entrañaría un desplazamiento indebido en la carga de la prueba. En armonía con esta tesis ya había dicho la Corte que "en cualquiera de las dos hipótesis contempladas, sea cual fuere, absoluta o relativa, la simulación, es lo cierto que no puede existir cambio de acción cuando se demanda aquella en un grado y en el curso del juicio aparece probada en otro". Esto no se opone a que el actor, ya sea un tercero en el contrato o una de las partes contratantes, tenga la obligación de probar el acto oculto en todas las ocasiones en que su acción se encamine, no a destruír simplemente el acto ostensible y mentiroso, sino a hacer prevalecer el privado para aprovecharse de sus consecuencias. Y *mutatis mutandis*, si es al demandado a quien pue-

de aprovechar la existencia y comprobación del contrato secreto y éste no adolece de vicio alguno ni le faltan formalidades esenciales, la sola demostración de tal simulación de medio sería suficiente para enervar la acción intentada con el exclusivo fin de evidenciar una simulación integral y de obtener, en consecuencia, que los bienes que fueron materia del contrato fingido regresen al patrimonio de donde aparentan haber salido.

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

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes.

1. Con fecha 28 de marzo de 1925 y mediante la escritura número 751, de la Notaría 2ª del Circuito de Medellín, el señor Francisco María Baena "dio en pago" de servicios domésticos prestados a él por las señoras Clara Rosa Velásquez y Lucila Baena o Velásquez, dos casas pequeñas situadas en la ciudad de Medellín, calle de Niquitao, estimadas en la misma escritura en la suma de $ 1.500.00 (Cno. número 1, f. 5 y siguientes).

2. Con fecha 9 de abril de 1936 y por medio de instrumento público número 910, de la Notaría 4ª del mismo Circuito, el nombrado señor Francisco María Baena dijo vender a las mismas señoras Velásquez y (Velásquez o Baena) Baena o Velásquez, en la suma de $ 11.500.00, una casa ubicada en la calle de "El Palo" o "Gómez Angel", de la misma ciudad, cuyo precio fue pagado, según la escritura mencionada, en esta forma: $ 4,500.00 en las dos casas pequeñas de que antes se habló, y $ 7,000.00 en dinero efectivo. (Cdno. número 1, fs., 7 y siguientes).

3. Con fecha 28 de julio de 1931 y bajo el número 1108, se extendió en la Notaría 4ª de Medellín una escritura llamada aclaratoria de la escritura número 910 citada, por la cual el señor Baena declaró a favor de las señoras nombradas, que varios locales contiguos a la casa de la calle de "El Palo" o "Gómez Angel", quedaban incluídos en la venta celebrada entre las mismas partes, según el instrumento número 910. Fue menester que el señor Baena expusiese en la cláusula segunda de la escritura número 1108: "El exponente hace esta aclaración por considerarla necesaria para que las compradoras Clara Rosa Velásquez y Lucila Baena, puedan gozar pacíficamente de su propiedad, sin lugar a interpretaciones torcidas de lo que constituye el edificio y dependencias por ellas comprado en virtud de dicho instrumento número novecientos diez (910) citado, en que se omitió explicar que dichas piezas y tiendas, materia de esta declaración constituyen con la casa la propiedad vendida por el compareciente, sin que haya lugar a reclamaciones por herederos del mismo después de su muerte". (Cdno. Nº 1, f. 11 vto).

4. Con fecha 4 de agosto del citado año de 1931 y por escritura pública número 1176 de la misma Notaría 4ª, se celebró un nuevo contrato entre las mismas partes, sobre dación en pago, en que el señor Francisco María Baena decía transferir a las señoras Velásquez y Baena un lote de terreno situado en el barrio de "Palestina" de la ciudad de Medellín; una casa y el terreno en él edificada, ubicados en el barrio "Manrique" de la misma ciudad y una finca rural llamada "La Esperanza". (Cdno. número 8, f. 45).

5. Así, por traspasos hechos por el señor Baena, las citadas señoras Clara Rosa Velásquez y Lucila Baena o Velásquez, vinieron a aparecer como titulares de la propiedad sobre una casa en la calle de "El Palo" o "Gómez Angel"; varios locales contiguos a dicha casa; un lote de tierra en el barrio "Palestina"; una casa en el barrio "Manrique" y una finca rural llamada "La Esperanza", y aparecían también como titulares del dominio so-

bre las dos casas pequeñas de la calle de Niquitao.

6. Por escritura número 8, de 4 de enero de 1932, de la Notaría 4ª de Medellín, se declaró por las mismas partes que quedaban sin efecto los contratos de que daban cuenta los instrumentos números 910 de 9 de abril de 1926 y 1108 de 28 de julio de 1931, a saber, la venta de la casa de la calle de "El Palo" o "Gómez Angel" y la inclusión en dicha venta de los locales contiguos a dicha casa. "Debido a circunstancias especiales —dijeron— los contratantes han creído que tal contrato presenta algunos inconvenientes y que es importante deshacerlo para poderle dar forma más conveniente". En consecuencia, volvió al patrimonio del señor Francisco María Baena la casa de la calle de "El Palo" o "Gómez Angel", con los locales inmediatos, y al haber de las señoras Baena las dos casas pequeñas de la calle de Niquitao. (Cdno. Nº 6, f. 2).

7. Acto seguido firmaron las mismas partes la escritura número 9, de fecha 4 de enero de 1932, de la expresada Notaría, para hacer constar un nuevo convenio, según el cual dijeron permutar la casa de la calle de "El Palo" o "Gómez Angel" y los locales contiguos, de manera que estos bienes siguiesen en cabeza de las señoras Velásquez y Baena, por las casas pequeñas de la calle de Niquitao y los inmuebles de los barrios "Palestina" y "Manrique" y el bien rural "La Esperanza". A lo que cada cual dio se le asignó un valor de $ 7.000.00. (Cdno. número 6, f. 3 vto).

8. Ya el 23 de mayo de 1931, por escritura número 738 de la Notaría 4ª, Clara Rosa Velásquez y Lucila Baena habían abierto un crédito hasta de $ 8.000.00 a favor del señor Jesús María Montoya Arcila, crédito que en verdad lo abría el señor Francisco María Baena, como más tarde lo confesaron aquéllas. Respuesta de Clara Rosa Velásquez a la pregunta 6ª, Cdno. nmero 5, f. 13 vto.).

Juicio Ordinario.

Con fundamento en los hechos que de manera sintética acaban de relacionarse, Elvira Baena E., en su condición de heredera de Francisco María Baena, actuando con el carácter indicado y para la sucesión, presentó demanda contra Clara Rosa Velásquez y Lucila Baena de Hurtado, pidiendo que en juicio ordinario reivindicatorio (sic), se hicieran las declaraciones que sucintamente pasan a expresarse:

I. Que son nulos por simulación los contratos de que dan cuenta las escrituras números 910 de 1926 y 1108 de 1931, y que por tanto están obligadas las señoras Velásquez y Baena a entregar a la sucesión de Francisco María Baena los bienes que se dicen compraron mediante tales escrituras, juntamente con sus frutos como si fuesen poseedores de mala fe.

II. Que están obligados a pagar los perjuicios a la sucesión de su abuelo ocasionados por razón de los contratos simulados.

III. Que se dé parte a la autoridad competente para la investigación de los delitos que se hubieren cometido.

IV. Que pertenece a la sucesión del señor Baena el crédito de que habla la escritura número 738 de 1931; y

V. Que es nulo por simulación el contrato de que habla la escritura número 751 de 1925, por el cual el señor Baena dijo transferir a Clara Rosa Velásquez y Lucila Baena, el dominio de dos casas situadas en Niquitao.

Subsidiariamente pidió que se declarara la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa de que da cuenta la escritura número 910 de 1926, rescisión que debe hacerse extensiva a la declaración contenida en la escritura número 1108 de 1931. Pidió asímismo, que se declarara la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa de que habla la escritura número 751 de 1935.

Para el caso de que no se hicieran las anteriores declaraciones, solicitó que se decretara la resolución de los contratos de compraventa por el no pago del precio. Y también, como petición principal, que

se declarara que el dinero que existe en la Caja de Ahorros de Medellín, con libreta extendida en favor de la señora Clara Rosa Velásquez, es de la sucesión del señor Baena, suma que según una posterior corrección de la demanda, sube a $ 2.207.22.

La misma actora, en juicio separado, estableció posteriormente estas otras súplicas:

Que es nulo por simulación el contrato de que habla la escritura número 9 de 1932 y que, por tanto, el bien situado en la carrera Gómez Angel que se dice transferir mediante aquel contrato, es de la sucesión y debe ser restituído;

Que las demandadas deben pagar los frutos consideradas como poseedoras de mala fe, o, al menos, como poseedoras de buena fe;

Que son nulos los contratos de que hablan las escrituras 751 de 1925 y 1176 de 1931. Como petición subsidiaria de esta declaración, solicitó que se decretara que los bienes "en tales títulos relacionados" no llegaron a pertenecer a las demandadas Clara Rosa Velásquez y Lucila Baena de Hurtado";

Que son nulas las disposiciones testamentarias del causante en cuanto favorece con ellas a las demandadas, ya que deben ser declaradas indignas por haber celebrado contratos simulados con el causante;

Que las mismas demandadas están obligadas a rendir cuenta de "todos los bienes que vienen manejando y que pertenecen a la sucesión de Baena, inclusive los bienes de que hablan los contratos simulados";

Que deben pagar diez mil pesos por concepto de perjuicios, por haber celebrado contratos simulados con el causante.

Subsidiariamente, la demandante pidió que las demandadas pagaran los perjuicios que estimasen peritos.

También, que se sacara copia de lo conducente para la investigación de los delitos en que hubiesen incurrido las demandadas por la simulación y los perjuicios ocasionados.

Esta demanda fue acumulada a la primera en auto que fue ejecutoriado, y ambas fueron falladas por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín, en sentencia fechada el 17 de marzo de 1938, negándose las peticiones de la actora, y absolviendo, en consecuencia, a la parte demandada.

Acepta el juez de instancia que está debidamente comprobada la simulación absoluta de los contratos cuya nulidad se suplica en los dos libelos, pero concluye que la actora carece de las acciones propuestas porque se ha evidenciado igualmente que debajo de los contratos ostensibles de venta y de permuta aparecen celebrados entre las partes los contratos de dación en pago y de donación, cuya nulidad no se ha suplicado ni cuya prevalencia se ha solicitado en el proceso. Pertenecen al fallo de primera instancia los siguientes apartes que pasan a transcribirse:

"Para nosotros la simulación implica la coexsitencia de dos contratos que en el caso presente serían: Una venta aparente o una dación en pago; y una donación disfrazada, disimulada. Pero en tal caso, este último contrato no es nulo por el concepto de simulación. Será nulo en cuanto se haya celebrado sin previa insinuación y únicamente en cuanto exceda de un valor de dos mil pesos; pero tales extremos no han sido invocados como fundamentos de la acción. Pide la Srita. Baena que se declare que los contratos que aparentemente son de compraventa, permuta, dación en pago, no son reales, que no existen; pide que se declare que tales contratos implican una dación y esa donación afecta su legítima; pide que se declare que esa donación fue hecha con pretermisión del permiso judicial necesario por tratarse de una cuantía mayor de dos mil pesos y que por tanto adolece de nulidad absoluta por el concepto único de simulación; pide, en resumen, la preva-

lencia del contrato oculto, disimulado, sobre el contrato externo y público".

"Insiste, pues, este despacho, que el actor se ha colocado en una posición totalmente falsa. El ha dicho en su demanda, en los interrogatorios de posiciones, que los contratos cuya nulidad demanda, son meras donaciones. ¿Dónde la ley prohibe donar, y donar a una hija aunque sea ilegítima? ¿No es esto, por el contrario, acto no de mera humanidad, sino de justicia?".

La sentencia acusada.

Conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, quien profirió sentencia de segundo grado fechada el 25 de septiembre de 1940, confirmatoria en todas sus partes del fallo apelado. Acoge el Tribunal en su esencia los mismos argumentos expuestos por el Juez de instancia para negar las peticiones de la actora. Y fundamenta la tesis del fallo, interpretando el pensamiento de la parte actora puesto en ambos libelos, en la consideración de que lo suplicado fue la nulidad por simulación absoluta de los contratos celebrados, para que los bienes vendidos o permutados volvieran a la sucesión de Francisco María Baena; y lo que aparece de autos es la celebración de diversos contratos de dación en pago y de donación. De esta manera se expresa el Tribunal:

"No obstante lo anterior, ni la simulación de que se viene dando cuenta, es por sí sola causal de nulidad, ni tampoco se trata de una simulación integral, cuya declaratoria deba hacerse en este fallo de acuerdo con la interpretación que se ha dado a la demanda".

"Es verdad que sin un detenido análisis de los contratos de que se viene dando cuenta, podría sostenerse que la simulación alegada es integral y que lo que se persigue es la declaratoria de inexistencia de ellos. Sin embargo, hay una serie de hechos perfectamente demostrados, que permiten deducir que no se trata de un caso de simulación de esa naturaleza, sino que ella es de medio o relativa, es decir, que bajo la apariencia de los contratos conocidos se ocultaron otros distintos y para este caso, la facultad del fallador de interpretar la demanda, no puede ir hasta suplir la voluntad de la parte demandante, quien debió pedir, de acuerdo con su interés, la prevalencia de los contratos ocultos y demostrar los vicios de éstos que les impiden surtir sus verdaderos efectos legales".

"Hay por tanto, por lo menos una presunción de hombre e indicios suficientes de que los distintos contratos de que aquí se ha dado cuenta, estuvieron informados por un móvil no sólo noble y altruísta sino legal, como el de remunerar o compensar unos servicios de muchos años".

El recurso.

Interpuso recurso de casación el apoderado de la parte actora y acusa la sentencia del Tribunal por las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J. Los cargos formulados en casación al fallo de segunda instancia pueden extractarse así:

Primer cargo. a) Incurrió el Tribunal sentenciador en error de hecho al señalar al contrato celebrado por escritura número 1176 de 1931 el carácter de dación en pago de servicio y no el de donación pura. Tal error de hecho consiste en haber omitido apreciar las respuestas dadas por la parte demandada a los dos postulados propuestos por la actora en los pliegos de posiciones. Si no hubiese incurrido en tal error, habría declarado la simulación del contrato contenido en la escritura número 1176. b) Tal error llevó al Tribunal a quebrantar los artículos 1769 del C. C. y 604 y 606 del C. J., relativos a la confesión y a su mérito probatorio; a violar también los artículos 1759 y 1766 del C. C., en cuanto negó que el contrato oculto fuese única y exclusivamente de donación, como lo confesaron las demandadas; lo condujo asímismo a infringir los arts. 1244 y 1245 del C. C., al asignarle a dicho convenio el alcance de la dación en pago de servicio y no de donación; lo

llevó igualmente a quebrantar los arts. 1443 y concordantes del C. C., al negar a la convención dicha el valor de donación.

Segundo cargo. a) Reconocido por el Tribunal que la demandante ejerció la acción de simulación y probado que se trata de una simulación relativa, como el tribunal lo reconoce, debió ser declarada aquélla. El hecho de que no se trate de simulación absoluta sino relativa no exoneraba al tribunal del deber de declarar la última. El tribunal sostiene que el contrato de que habla la escritura número 9 de 1932 es simulado, pero no integralmente, sino con simulación de medio o relativa, es decir, que bajo la apariencia de los contratos conocidos se ocultaron otros distintos. La simulación relativa está, según la sentencia, en que dicho contrato tuvo por objeto remunerar o compensar servicios de muchos años. Aun en el supuesto de que estuviese demostrado que la escritura número 9 tuviera ese fin, el fallo debió declarar la simulacióu. No obstante lo anterior, la sentencia acusada dice que "ni la simulación de que se viene dando cuenta es por sí sola causal de nulidad, ni tampoco se trata de una simulación integral, cuya declaratoria debe hacerse en este fallo de acuerdo con la interpretación que se ha dado a la demanda". Continúa el recurrente sosteniendo que la diferencia entre la simulación integral o absoluta y la relativa atañe cuando más a los efectos de la simulación, pero no a la existencia de ésta ni al deber en que el juzgador se hallaba de declararla; la demandante afirmó que dicha convención es ficticia, el tribunal consideró que sí lo es, luego debió declararlo así.

b) No habiéndolo hecho, el tribunal violó directamente el artículo 210 del C. J.; infringió también los artículos 1759 y 1766 del C. C., que hacen prevalecer sobre el pacto ostensible el acuerdo oculto; de igual manera violó los artículos 1244 y 1245 del C. C., al dejar en su aparente valor de permuta el convenio de la escritura número 9; y del mismo modo quebrantó los artículos 1443 y demás disposiciones del C. C. relativas a donaciones gratuitas, en especial el artículo 1458, que exige la insinuación para la validez de las donaciones en cuanto exceden de dos mil pesos.

Tercer cargo. Lo funda el recurrente en que la actora pidió en sus demandas ordinarias que se declarasen simulados todos los contratos cuya mención detalla en los respectivos libelos. Huelga repetir que la sentencia de instancia reconoció que esos contratos son ficticios, lo que significa que aceptada por el juzgador esa simulación y demandada su declaratoria, ésta debió ser decretada. Hay así una incongruencia entre la parte motiva y resolutiva del fallo, o sea entre la demanda que pide la simulación, la parte motiva de la sentencia que la halla probada y el fallo que a pesar de ella la niega. Al proceder así quebrantó el precepto del art. 471 del C. J., que ordena sentenciar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes; el artículo 210 del mismo Código, que manda declarar el derecho que se pruebe aunque se haya pedido más; los artículos 1759 y 1766 del C. C., que mandan hacer prevalecer el acto oculto sobre los aparentes; los artículos 1443 y concordantes del C. C. sobre donaciones entre vivos; y los artículos 1244 y 1245 del mismo texto, que mandan agregar al acervo hereditario el valor de las donaciones.

Cuarto cargo. Dice el fallo que lo referente a la propiedad de los dineros que hay en la Caja de Ahorros a nombre de Clara Rosa Velásquez no fue materia del pleito, pues esa declaratoria sólo podría hacerse en juicio contradictorio donde se hubiera discutido esa acción. Dice el recurrente que sí se promovió juicio contradictorio sobre dicho extremo, y no sólo se promovió sino que se probó suficientemente. De modo que al rechazar el fallo dicho punto, dejó de decidir sobre una de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso, contrariando lo dispuesto en los artículos 471, 604 y 606 del C. J.

y 1769 del C. C., todo relativo a la fuerza probatoria de la confesión.

Estudio de los cargos.

— I —

Ya viene dicho por la Corte, para un caso semejante, que "cuando se alega en juicio la simulación, como cualquiera otra figura, son necesarios los hechos que la individualicen y sirvan para la futura ordenación y estimación de las pruebas, y para el leal juicio del fallador". (G. J. Tomo XLIII, pág. 168).

En este proceso la parte actora suplicó únicamente la nulidad por simulación de los contratos celebrados entre Francisco María Baena y Clara Rosa Velásquez y Lucila Baena, que aparecían con los caracteres de dación en pago, venta y permuta. Era evidente que sólo aspiraba a que se declarara su inexistencia por esa circunstancia, sin pedir ni desear la prevalencia de cualquier otro pacto o convención oculto y que en realidad hubiera sido querido y celebrado por los contratantes. De allí que en las súplicas de ambos libelos se pedía que, por consecuencia de tal simulación, están obligadas las demandadas Velásquez y Baena a entregar a la sucesión de Francisco María Baena los bienes que se dicen vendidos o permutados en tales instrumentos notariales. Es decir, que se ejercitó la acción de simulación absoluta o integral, fenómeno que tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y en tal caso la contraestipulación o pacto secreto se ha limitado a destruír los efectos del acto ostensible, sin crear nada nuevo en el fondo.

Con vista del haz probatorio traído al juicio ambos juzgadores de instancia han aceptado como debidamente demostrada tal simulación de los contratos celebrados; pero concluyen igualmente, con toda precisión y claridad, que no se está en presencia de una simulación integral con una contraestipulación simplemente destructora, sino que bajo la apariencia de los pactos de compraventa y de permuta, lo que efectivamente se celebró y estipuló fueron unos contratos de dación en pago de servicios y de donación, por lo que pudiera exceder del valor de los bienes raíces que fueron materia de tales pactos.

Se hace necesario precisar y delimitar, dentro de las reglas de la técnica procesal y de la mecánica en el ejercicio de esta acción de simulación, qué fue lo pedido, qué fue lo comprobado, y si el fallo del Tribunal estuvo bien dictado o si adolece de las tachas e incongruencias de que se acusa en casación.

Si lo único que suplicó la parte actora fue la simple declaración de nulidad por simulación de los contratos aparentes, para deducir de ahí la reintegración de los bienes al patrimonio herencial de Baena, es claro que no debe ni puede interpretarse su voluntad y su intención sino en el exclusivo sentido de obtener tal declaratoria y no cualquiera otra de la cual pudiera aprovecharse. Aceptar que basta afirmar en una demanda que un contrato es integralmente simulado para que se abra el proceso judicial de investigación destinado a descubrir el negocio verdadero que oculta, sin que a esta solución aspire el demandante y lo demuestre, equivale a confundir la técnica jurídica que corresponde a la acción de **simulación-nulidad** (simulación absoluta) con la que atañe a la acción de **simulación-prevalencia** (simulación relativa).

Convenir, como en el caso de autos, que judicialmfente es posible decidir la validez o nulidad de una donación entre vivos que aparece descubierta en un juicio que se inició para que se declarara una simulación absoluta — venta de confianza—, sin que se haya sometido expresamente en la demanda el contrato oculto y verdadero a la calificación judicial de su validez, es aceptar que se puede declarar oficiosamente cualquier nulidad cuya existencia y prevalencia no se ha colocado **sub-judice**. Tal cosa equivaldría a una manifiesta violación de las normas que enseñan que la relación jurídico-procesal

de la litis no puede alterarse en la sentencia.

No es lo mismo en su estructura jurídica ni en sus consecuencias una venta simulada que una donación disfrazada de venta. Si se demanda la declaración de simulación en el primer caso, señalando como contraestipulación la voluntad destructora del convenio aparente, sólo tal pacto oculto debe demostrarse para obtener la declaración llana y simple de inexistencia, y hasta ahí debe alcanzar la declaración judicial que al respecto se haga en el fallo. Pero si de los elementos probatorios aducidos por la parte demandada en su defensa resulta comprobada la existencia de otra contraestipulación distinta de la simplemente destructora, tal como una dación en pago o una donación, la técnica de esta clase de acción impone la absolución del demandado, como en todos los casos corrientes en que el actor no cumple con el deber de comprobar sus pretensiones, para tener derecho a que se le reconozcan en el fallo sus consecuencias jurídicas. Consagrar otra solución sería otorgarle a las acciones civiles de simulación un carácter inquisitivo sólo compatible con el ejercicio de la acción penal y que, además, destruiría el equilibrio normal en la posición de las partes litigantes y entrañaría un desplazamiento indebido en la carga probatoria.

En armonía con esta tesis y sus naturales conclusiones ya dijo esta Corte en sentencia de casación de 27 de julio de 1935 lo que pasa a transcribirse:

"En cualquiera de las dos hipótesis contempladas, sea cual fuere, absoluta o relativa, la simulación, es lo cierto que no puede existir cambio de acción cuando se demanda aquella en un grado y en el curso del juicio aparece probada en otro. Dada la forma como demandó el actor, éste está obligado a establecer el contenido verdadero de la relación jurídica creada por los contratantes y a probar también en la segunda de las hipótesis contempladas, que esa relación no reúne todas las condiciones requeridas para su validez". (G. J., T. XLII, pág. 327).

Lo expuesto hasta aquí no se opone a que el actor, ya sea un tercero en el contrato o una de las partes contratantes, tenga la obligación de probar el pacto oculto en todas las ocasiones en que su acción se encamina, nó a destruír simplemente el acto ostensible y mentiroso, sino a hacer prevalecer el privado para aprovecharse de sus consecuencias. Y mutatis mutandis si es el demandado a quien puede aprovechar la existencia y comprobación del contrato secreto y éste no adolece de vicio alguno ni le faltan formalidades esenciales, la sola demostración de tal simulación de medio sería suficiente para enervar la acción intentada con el exclusivo fin de evidenciar una simulación integral y de obtener, en consecuencia, que los bienes que fueron materia del contrato fingido regresen al patrimonio de donde aparentan haber salido.

—II—

Resulta de la tesis antes expuesta que ninguno de los cuatro cargos presentados en casación contra la sentencia del Tribunal es fundado. No hubo error de hecho al asignarle al contrato contenido en la escritura número 1176 de 1931 el carácter de dación en pago de servicio, porque el actor no pudo demostrar que se tratara de una venta ficticia con simple pacto destructor, y en cambio se demostró con numerosa prueba indiciaria, y aun con la aseveración de las demandadas que se había pactado la mencionada dación. No podía declarar el Tribunal la simulación absoluta del contrato a que se refiere la escritura número 9 de 1932, por las razones que a espacio acaban de exponerse anteriormente en este fallo y que se refieren a la diferencia fundamental que existe en la mecánica de las diversas acciones de simulación. No hay incongruencia entre lo pedido y lo fallado, por esas

mismas consideraciones y por la manera como se hicieron las peticiones de ambas demandas.

Ahora bien, en lo relativo al cuarto cargo, conviene observar que tampoco existe la falta de consonancia entre lo pedido y lo decidido en la providencia acusada, porque si bien es verdad que la parte actora fijó bien su pensamiento en la parte petitoria del libelo, no era posible hacer la declaración suplicada precisamente por la misma razón que expuso el Tribunal, de que por tratarse de la declaración de dominio de una suma de dinero que existe en la Caja de Ahorros de Medellín, con libreta de depósito a favor de Clara Rosa Velásquez, tal declaración no podía hacerse sino en juicio contradictorio donde se debatiera ampliamente tan importante cuestión. De modo que al rechazar el fallo lo relativo a dicho punto, no dejó de decidir sobre una de las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio, aun cuando sea la ocasión de rectificar la manifestación del Tribunal de que tal cuestión no había sido planteada en el debate.

Como consecuencia de lo dicho, no se han infringido los textos legales indicados en la demanda de casación y es el caso de rechazar los cargos por infundados.

Fallo:

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 25 de septiembre de 1940, que ha sido materia de la casación.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, 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 ppdad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PENSIONES DE JUBILACION

Las Asambleas departamentales, de acuerdo con el ordinal 4º del artículo 97 de la ley 4ª de 1913, están facultadas para decretar pensiones de jubilación a los maestros y maestras de escuelas oficiales que hubieren servido por el tiempo que las mismas asambleas podrán determinar y que no será menor de quince años. Pero esta facultad sólo la podrán ejercer en ordenanzas de carácter general e impersonal, contentivas de los reglamentos necesarios para que los favorecidos justifiquen el derecho a la pensión. De consiguiente, cuando las asambleas decretan pensiones de jubilación fuera de los términos en que por la 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.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo veintiséis de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La señora Virginia Hernández de Ripoll, obrando por medio de apoderado especial, en libelo de fecha 7 de octubre del año próximo pasado, propuso ante el tribunal superior del distrito judicial de Barranquilla demanda contra el departamento del Atlántico, representado por el fiscal de aquella corporación, para que por los trámites del juicio ejecutivo de mayor cuantía, se ordene pagar a la demandante la suma de dos mil setecientos pesos ($ 2,700.00) moneda legal colombiana y sus intereses, desde que sean exigibles, hasta el día del pago.

Son hechos fundamentales de la demanda:

"1º El Departamento del Atlántico adeuda a mi mandante la suma de dos mil setecientos pesos, de la moneda antes dicha, por concepto de pensiones de jubilación como maestra oficial, pensiones cuyo pago suspendió la entidad pública que demando desde el día primero de julio de 1931 hasta el treinta de junio de mil novecientos treinta y siete, a razón de treinta y siete pesos con cincuenta centavos ($37.50) mensuales, durante el período indicado. La existencia del crédito a favor de mi mandante y a cargo del Departamento del Atlántico, por la precisa cantidad que señalo en la parte petitoria, consta en el artículo 9º de la Ordenanza número 56 de 1937 (julio 6), expedida por la Asamblea del Departamento del Atlántico, donde se reconoce y ordena el pago de los referidos $ 2,700.00.

"2º El crédito de que se trata está insoluto, y los títulos que lo respaldan prestan mérito ejecutivo, en cuanto la obligación cuya efectividad se busca es expresa, clara y actualmente exigible".

Con el objeto de acreditar los hechos anteriores el apoderado de la demandante adujo un ejemplar, debidamente auten-

ticado, de la edición número 2,565 de la gaceta "Atlántico", en donde aparece publicada la Ordenanza número 56 de 1937, expedida por la asamblea del departamento del Atlántico, cuyo artículo 9º es del siguiente tenor:

"Reconócese a cargo del Departamento el valor de las pensiones de jubilación que como a maestros de escuelas oficiales corresponden a los señores J. Feliciano Hernández y Virginia H. de Ripoll, a razón de cuarenta y siete pesos cincuenta centavos ($ 47.50) mensuales el primero, y treinta y siete pesos cincuenta centavos ($ 37.50) mensuales la segunda, desde el 1º de julio de 1931 hasta el 30 de junio del corriente año (1937). Y para proveer a su pago, ábrese al presupuesto de la actual vigencia el siguiente crédito extraordinario:

"Departamento de Educación Pública.
"Cap. . . . . .
"Art. (Nuevo) . . . . . .
"Para pagar a la señora Virginia H. de Ripoll lo que se le adeuda por concepto de pensiones de jubilación atrasadas, desde el 1º de julio de 1931 hasta el 30 de junio de 1937, a razón de treinta y siete pesos cincuenta centavos mensuales, en setenta y dos meses. . . . . .$ 2.700.00"

El tribunal de Barranquilla, en auto del 6 de diciembre del año próximo pasado, consideró que la documentación presentada por el apoderado de la demandante como fundamento de la ejecución propuesta, presta mérito ejecutivo y, en consecuencia, dictó la correspondiente orden de pago contra el departamento del Atlántico por la cantidad de dos mil setecientos pesos moneda legal ($ 2,700.00)

Por apelación interpuesta por el señor fiscal del tribunal de Barranquilla el negocio subió a la Corte, en donde sometido a la tramitación de rigor, seguida con audiencia del señor procurador delegado en lo civil, es ya el momento de resolver en definitiva.

Motivos de la Corte

Estudiadas las pruebas aducidas por la parte demandante, se llega a la conclusión de que en realidad la asamblea del departamento del Atlántico le reconoció a la señora Hernández de Ripoll una pensión de jubilación de $ 37.50 mensuales como maestra de escuela, y que el mismo departamento ha dejado de pagar las mensualidades comprendidas entre julio de 1931 y junio de 1937.

También aparece acreditado en el proceso que la misma asamblea hizo la respectiva apropiación presupuestal de la partida para el pago de las mensualidades atrasadas de la pensión reconocida a la demandante.

Empero, de los hechos que se dejan relatados no es posible deducir que exista a cargo del departamento del Atlántico una obligación de las que conforme al artículo 982 del código judicial pueden exigirse ejecutivamente.

En efecto, no aparece acreditado en el expediente que la asamblea del Atlántico, al reconocer en favor de la demandante la pensión de jubilación de que trata este juicio, lo hubiera hecho por medio de una ordenanza de carácter general e impersonal, contentiva de los reglamentos necesarios para justificar el derecho a dicha pensión.

Por consiguiente, la acción ejecutiva sólo aparece fundamentada en una disposición ordenanzal de carácter personal, en cuya virtud se hizo a la demandante una concesión a título gratuito, inadecuada por lo mismo para obligar al departamento irrevocablemente y generar ningún derecho adquirido en favor del beneficiario.

Sobre el particular esta sala ya sentó jurisprudencia en un caso exactamente igual al actual, para cuya solución dijo lo siguiente en sentencia del 11 de diciembre del año próximo pasado, doctrina que hoy tiene por lo tanto la misma oportunidad:

"Las asambleas departamentales de acuerdo con el artículo 16 de la ley 71 de 1916 (ha debido citarse el ordinal 4º del artículo 97 de la ley 4ª de 1913) están facultadas para decretar pensiones de jubilación a los mestros y maestras de escuelas oficiales que hubieren servido por el tiempo que las mismas asambleas podrán determinar y que no será menor de quince años. Pero esta facultad sólo la podrán ejercer en ordenanzas de carácter general e impersonal, contentivas de los reglamentos necesarios para que los favorecidos justifiquen el derecho a la pensión.

"De consiguiente cuando las asambleas decretan pensiones de jubilación fuera de los términos en que por la anterior ley les está permitido, conceden únicamente no un derecho de carácter obligatorio sino una concesión a título gratuito, que en cualquier momento se puede retirar por la entidad que la haya otorgado".

. . . . . .

"De esta manera el que la asamblea de Bolívar haya otorgado la pensión a la señorita demandante, y luégo haya suspendido el pago, no genera ningún vínculo de derecho que dé acción para cobrar las cuotas que se le han dejado de pagar, pues con la misma libertad con que el departamento por medio de un acto unilateral y de soberana voluntad resuelve darle gratuitamente a una persona determinada suma de dinero, puede luégo retirar la oferta en todo o en parte o pagarla cuando a bien lo tenga, y en las condiciones en que lo estime más conveniente porque, se repite, la ordenanza que en forma tan extraordinaria y excepcional crea la pensión es de simple liberalidad, inadecuada por consiguiente para obligar al departamento irrevocablemente y generar ningún derecho adquirido en favor del beneficiario". (Juicio ordinario de la señorita Constancia M. Pinedo contra el departamento de Bolívar).

Las precedentes consideraciones ponen de manifiesto la insuficiencia del documento presentado por la demandante como base del recaudo, lo que entraña necesariamente el insuceso de la presente acción ejecutiva.

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 el auto ejecutivo apelado de fecha 6 de diciembre del año próximo pasado dictado contra el departamento del Atlántico, y en su lugar niega las peticiones de la demanda presentada por la señora Virginia Hernández de Ripoll.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

NULIDADES SUSTA NTIVAS Y ADJETIVAS

Cuando se objeta de nulo un juicio ejecutivo, la principal obligación del ejecutado consiste en demostrar que el *procedimiento* adolece de uno de los vicios previstos por la ley procesal para anular la respectiva actuación. Pero si el incidente se promueve con fundamento en alegaciones encaminadas a atacar o desconocer la validez misma de la obligación que se trata de hacer efectiva, entonces surge patente la improcedencia de la petición de nulidad del juicio ejecutivo, porque se atenta contra la clara y precisa separación que la ley ha establecido entre las nociones de *nulidad sustantiva* y *nulidad procesal.*

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo veintiséis de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Con referencia al juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva sigue la nación contra el señor Alirio Lemos, y especialmente al recurso de apelación interpuesto por el ejecutado contra el auto de fecha 16 de septiembre del año próximo pasado, proferido por el administrador de hacienda nacional de Popayán, la sala observa lo siguiente:

La providencia materia de la apelación puso término al incidente promovido por el señor Lemos con el objeto de que se declarara nulo el referido juicio ejecutivo. El funcionario ejecutor resolvió negativamente la solicitud del demandado, fundando su decisión en consideraciones de orden jurídico que la sala considera inobjetables.

En efecto, el señor Lemos aduce una serie de argumentos en contra del mandamiento ejecutivo, que por su propia naturaleza implican la alegación de causales anulatorias de orden sustantivo. Ninguno de los hechos por él alegados encaja dentro de las causales de nulidad de carácter adjetivo consagradas en el capítulo 7º del título 22 del código judicial.

Si el ejecutado promueve el incidente de nulidad del juicio ejecutivo, es obvio que su principal obligación consiste en demostrar que el **procedimiento** adolece de uno de los vicios previstos por la ley procesal para anular la respectiva actuación. Pero si el incidente se promueve con fundamento en alegaciones encaminadas a atacar o desconocer la validez misma de la obligación que se trata de hacer efectiva, entonces surge patente la improcedencia de la petición de nulidad del juicio ejecutivo, porque se atenta contra la clara y precisa separación que la ley ha establecido entre las nociones de **nulidad sustantiva** y **nulidad procesal.**

Sobre el particular dice con todo acierto el señor procurador delegado:

"En concepto del suscrito es evidente la improcedencia de aquella petición por referirse ella, según las modalidades propias del caso de autos, a la noción de nulidad sustantiva, lo que equivaldría a la noción de **nulidad de la obligación respectiva.** Otras serían las causales para referir el punto controvertido a la noción de nulidad procesal, causales que brillan por su ausencia en el informativo".

Todo lo hasta aquí dicho contribuye a poner de manifiesto la legalidad del auto recurrido.

En consecuencia, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor procurador delegado en lo civil, CONFIRMA el auto materia de esta apelación.

Las costas son de cargo del apelante. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

PENSIONES DECRETADAS POR ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

Para que sea exigible ejecutivamente contra un Departamento el crédito consistente en un pago insoluto por razón de una pensión decretada por una ordenanza, es indispensable la correspondiente apropiación en el presupuesto de la partida destinada a pagarlo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El Tribunal superior del distrito judicial de Tunja en auto del 27 de noviembre del año próximo pasado, libró mandamiento de pago en contra del departamento de Boyacá y a favor de la señora Ester Gómez v. de Avella, por la cantidad de cuatrocientos veinticinco pesos ($ 425.00) como saldo insoluto de la pensión devengada por dicha señora en el lapso comprendido entre el primero de abril de 1937 y el treinta y uno de enero de 1940 en calidad de maestra de escuela del departamento de Boyacá.

Intimada al departamento la orden de pago por conducto de su apoderado especial para el juicio, éste apeló del auto y concedida la apelación el negocio está sometido al conocimiento de la Corte.

Básase la demanda ejecutiva en la resolución del 14 de septiembre de 1936, dictada por el director de educación pública de Boyacá, en cuya virtud le reconoció a la señora Gómez viuda de Avella, una pensión vitalicia de jubilación, de acuerdo con la ordenanza 5ª de 1926, por sus servicios a la instrucción pública de Boyacá como maestra urbana en más de veinte años. Fijóse el monto de la pensión en la cantidad de veinticinco pesos ($ 25.00) mensuales por haber sido el valor de los sueldos que devengó la beneficiada en los dos últimos años, de cincuenta pesos ($ 50.00) mensuales.

Según lo certifica el habilitado general de educación pública del departamento de Boyacá a la señora Gómez de Avella se le ha pagado la cantidad de doce pesos cincuenta centavos ($ 12.50) mensualmente y por concepto de la pensión dicha, desde el primero de abril de 1937.

Estos dos documentos, con el requerimiento de pago que se le hizo al departamento a solicitud de la acreedora, constituyen el título ejecutivo en el presente caso.

Para la Corte la documentación presentada es insuficiente. No apareciendo la respectiva apropiación presupuestal de la partida para el pago de los saldos insolutos de la pensión decretada a favor de la demandante el respectivo crédito no tiene la calidad de actualmente exigible para el departamento.

La Corte está de acuerdo con el señor procurador delegado en lo civil en cuanto afirma que "no pueden tratarse de una misma manera los actos jurídicos de un particular y los de una entidad administrativa. Estos últimos por su propia naturaleza se hallan sujetos a normas especiales de derecho público en orden a la exigibilidad de las obligaciones que de ellos surjan".

En virtud de este tratamiento especial

que merecen las entidades administrativas, sometidas a estatutos especiales emanados de la ley o de sus propios reglamentos, la creación y perfección jurídica de las obligaciones a su cargo decretadas soberanamente por ellas obedece a un régimen acorde con la organización y manera de obrar de esas entidades.

La persona física con la manifestación de su voluntad personal crea el acto jurídico. La persona moral de derecho privado, careciendo de una voluntad análoga, expide leyes que gobiernen sus actos, y solamente cuando las obligaciones que ella contrae se ajustan al conjunto de todas sus propias normas, le da validez al acto, porque sólo así entiende reunidos los diferentes elementos constitutivos de su voluntad colectiva.

Con la persona moral de derecho público sucede cosa semejante. Con la diferencia de que en ellas la manifestación de voluntad colectiva se va desenvolviendo por etapas, cada una de las cuales apenas representa un trámite obligatorio en el camino de la perfección del vínculo de derecho: primero la ordenanza, luégo la aprobación gubernamental, y en seguida la correspondiente apropiación presupuestal, si del departamento se trata.

Esta última etapa es de rigurosa observancia cuando se necesita cumplir un gasto dispuesto en ordenanza. El artículo 97 del código político y municipal le atribuye a las asambleas departamentales la función primordial de votar el presupuesto de rentas y gastos. De esta manera el presupuesto es la ley normativa por excelencia de la vida fiscal de los departamentos, en donde por ende se concreta y cristaliza la voluntad colectiva de ejecutar el gasto dispuesto mediante orden legal preexistente. Esta sola no basta. Constituye apenas el primer grado de un fenómeno que por su naturaleza y por la ley, requiere el cumplimiento de otros factores tendientes a su cabal perfección. Con razón llaman algunos el presupuesto ley complementaria, porque está destinado en cuanto mira a erogaciones, a refrendar el gasto decretado por ley anterior, facilitando los medios de ejecución, sin los cuales no aparece plena la expresión de la voluntad de darle validez y eficacia a la obligación prometida.

Cuando se trata del cumplimiento de obligaciones civiles provenientes de estipulaciones contractuales o de sentencias, se parte entonces de la base de que la voluntad colectiva está consumada, puesto que a toda obligación civil ha debido preceder un trámite administrativo preparatorio que es el origen y la causa de aquélla, y para el cual la respectiva entidad estará implícita o explícitamente autorizada. Entonces la entidad no puede detener el gasto omitiendo la inclusión en el presupuesto, porque si aparece evidente la vinculación de derecho, el código civil, ley normativa superior a la del presupuesto, impone el respectivo pago. Por eso dijo esta sala lo siguiente en fallo de fecha 26 de septiembre del año próximo pasado, publicado en el número 1961 a 1963 de la Gaceta Judicial, tomo L, página 245:

"Ahora bien, si el que tiene a su favor y a cargo del Departamento una obligación, con título distinto de una ordenanza se presenta ante la justicia provisto de todos los elementos de convicción indispensables para que se condene al Departamento al pago de lo que cree que se le debe, los encargados de impartirla habrán de hacer la condena, aunque no haya apropiación en el presupuesto. Tal ocurriría con el que hiciera valer ante los jueces un contrato de arrendamiento con el Departamento, para el pago de los cánones correspondientes. Quien así se presenta en demanda de justicia no tiene por qué estar vinculado a la omisión en que se haya incurrido no incluyendo en el presupuesto el gasto que demanda el cumplimiento del contrato que se trata de hacer efectivo".

En el presente caso la Corte contempla no una obligación de origen contractual, regulada por el derecho común, sino de

la pensión que el Estado promete a un grupo de sus servidores, y siendo así, la erogación decretada es de carácter estrictamente administrativo y su eficacia contra el departamento adquiere plena vida en la medida en que en el presupuesto esté cumplido el postrer requisito complementario del acto.

Por las razones 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 auto ejecutivo apelado de fecha 27 de noviembre del año próximo pasado proferido contra el departamento de Boyacá, y en su lugar NIEGA la ejecución demandada a nombre de la señora Ester Gómez v. de Avella.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

PENSIONES

El Director de Educación Pública no tiene facultad para obligar por sí al Departamento respectivo. Tal facultad incumbe, según la ley, al Gobernador.

El reconocimiento de pensiones debe dictarse por las entidades competentes que reconozca la ley, y actualmente no hay disposición de orden nacional que le dé semejante competencia a los directores departamentales de educación pública. Mas en caso de haber una disposición departamental (Ordenanza) que faculte y autorice a la Dirección de Educación Pública para hacer reconocimiento de pensiones, la efectividad de éstas estará subordinada al principio que informa en materia fiscal las erogaciones de las entidades seccionales, según el cual ningún pago cuya causa única sea una ordenanza departamental, puede hacerse mientras no haya la correspondiente apropiación en el presupuesto.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

El señor Pedro Luis Espinosa, por medio de apoderado, demandó ejecutivamente ante el Tribunal Superior de Tunja al Departamento de Boyacá, el pago de una suma de pesos, más intereses.

Como fundamento de la acción el ejecutante presentó los siguientes títulos:

1º Copia de la resolución de 22 de octubre de 1936, por la cual la Dirección de Educación Pública de Boyacá, de conformidad con la ordenanza 5ª de 1926 de la respectiva asamblea, concedió una pensión vitalicia de jubilación al citado señor Espinosa, de $ 22.50 mensuales.

2º Certificación del Habilitado de Educación Pública del Departamento de Boyacá sobre lo recibido por el demandante en concepto de la referida pensión de jubilación.

3º Copia de los autos del Tribunal Superior de Tunja y de la Corte Suprema de Justicia sobre el requerimiento que hizo el demandante al Departamento de Boyacá sobre el pago de la suma que demanda.

El Tribunal **a quo**, en proveído del 28 de noviembre de 1940, dictó mandamiento de pago contra el Departamento mencionado, por la cantidad de $ 382.50 moneda legal, como saldo insoluto de la pensión devengada por el ejecutante. La entidad ejecutada, por medio de apoderado especial, apeló del auto ejecutivo, y por tal causa ha llegado el negocio a esta Superioridad.

Cumplida la tramitación legal correspondiente, se procede a resolver lo pertinente.

Se considera:

La Resolución de la Dirección General de Educación Pública de Boyacá, que se quiere hacer valer como título de recaudo contra el Departamento demandado, carece de las condiciones legales necesarias para que preste mérito ejecutivo, por las siguientes razones:

1º El Director General de Educación Pública no tiene facultades para obligar por sí al Departamento respectivo. Tal

facultad incumbe según la ley, al Gobernador del Departamento.

2º El renocimiento de pensiones debe dictarse por las entidades competentes que reconozca la ley, y en la actualidad no hay disposición de orden nacional que le dé semejante competencia a los Directores departamentales de Educación Pública. Se observa, por otra parte, que no se han acompañado las ordenanzas departamentales en que dice apoyarse la Dirección de Educación Pública de Boyacá.

3º Caso de haber una disposición departamental (ordenanza) que faculte y autorice a la Dirección de Educación Pública, para hacer reconocimiento de pensiones, la efectividad de éstas estará subordinada al principio que informa en materia fiscal las erogaciones de las entidades seccionales, según el cual ningún pago cuya causa única sea una ordenanza departamental, puede hacerse mientras no haya la correspondiente apropiación en el presupuesto.

Conviene reproducir aquí el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil que sobre este particular viene sosteniendo en sus vistas referentes a asuntos de la naturaleza del presente juicio:

"No pueden tratarse de una misma manera los actos jurídicos de un particular y los de una entidad administrativa. Estos últimos, por su propia naturaleza, se hallan sujetos a normas especiales de derecho público en orden a la exigibilidad de las obligaciones que de ellos surjan.

"Una de esas normas de derecho público administrativo es: que no se puede pagar un gasto sin que la partida correspondiente se halle incluída en el presupuesto, aun cuando haya sido decretado por ley u ordenanza.

"Si al funcionario respectivo se le exige el pago de un gasto en tales condiciones, contestará con la ley en la mano: no se puede pagar todavía porque no hay partida en el presupuesto.

"Pues bien: si en esas condiciones no se puede exigir extrajuicio el pago de la deuda fiscal, tampoco se podrá hacerlo por orden judicial. La exigibilidad judicial para los efectos del mandamiento de pago de una deuda presupone necesariamente la exigibilidad extrajuicio. Es contra toda lógica jurídica que no pudiéndose pagar fuera de juicio por falta de un requisito legal, pueda exigirse y ordenarse el pago judicialmente. Sería admitir que un Juez puede ordenar la violación de una norma reguladora de la administración pública con fuerza obligatoria de ley.

"De lo anterior se concluye que, no apareciendo en el presente negocio la apropiación presupuestal de la partida para el pago de la deuda materia de la demanda ejecutiva, dicha deuda no es exigible y por tanto la demanda no puede prosperar".

Por lo expuesto, se revoca el auto del Tribunal Superior de Tunja dictado el 28 de noviembre de 1940, y en su lugar se declara que no procede la ejecución en el presente caso.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales obra como administrador de ellos y como persona jurídica autónoma. Debe, por tanto, comparecer en juicio con la plenitud de su personería, activa y pasiva. La Nación no comparece ni puede comparecer debidamente sino por conducto de ese órgano, creado por la ley con mira exclusiva en tal finalidad, so pena de incurrir en una causal de nulidad por ilegitimidad adjetiva de la personería, no del representante de la parte, porque el Consejo no representa a la Nación, sino por indebida comparecencia al juicio de la parte misma, según así lo enuncia en primer término el ordinal 2º del artículo 448 del Código Judicial. — 2. Dados los términos del artículo 455 del C. J., en la parte referente a la observación de la causal de nulidad que hace el Tribunal que ha de sentenciar, parece a primera vista que en relación con este caso la oportunidad de ejercer el Tribunal el poder conferido por la ley se restringe únicamente al momento en que el asunto pasa a la Sala para la decisión definitiva; pero si se estudia con atención ese artículo se puede observar que la intención del legislador no fue la de señalar una oportunidad diferente para los Jueces y para los Magistrados, sino la de limitar la facultad a la Sala y no al Magistrado sustanciador, ya que la declaración de nulidad y la observación de la causal que la determina, se refieren a la validez misma del procedimiento y en cierto modo deciden definitivamente sobre el juicio determinado en que la nulidad ocurre; y como la decisión definitiva es de competencia de la Sala y no del Magistrado sustanciador, es obvio que sea aquélla y no éste quien tenga facultad para decidir lo relativo a nulidades.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Dentro del juicio ordinario que sobre indemnización de perjuicios siguen Martín Afanador y Rosa Rubio contra la nación, el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, en auto de fecha 27 de noviembre del año próximo pasado, mandó poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad por ilegitimidad de la personería de la parte demandada. Dicha nulidad consiste, según la idea del tribunal, en que este juicio se ha venido adelantando sin audiencia del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, siendo esta entidad, por mandato expreso de la ley 29 de 1931, la persona jurídica autónoma a la que corresponde la representación de la nación en juicios como el presente, en que se debaten cuestiones relacionadas con la administración de los ferrocarriles del Estado.

El señor apoderado de los demandantes interpuso en tiempo el recurso de reposición contra la anterior providencia, y en subsidio el de apelación para ante el superior. Negado el primero en auto del 13

de febrero del año en curso, le fue concedido el segundo en el efecto suspensivo. Por este motivo el negocio subió a la Corte, donde surtida como está la tramitación de rigor, es llegado el momento de resolver la apelación.

Entre las varias consideraciones de orden jurídico hechas por el tribunal como fundamento de su decisión, la sala destaca la que a continuación se transcribe, ya que en ella se argumenta con firme apoyo en la ley:

La finalidad que buscó el Estado con la creación del Consejo de Ferrocarriles Nacionales, es su administración más eficiente. En términos claros dijo: que debía considerarse como una persona jurídica autónoma; esta persona, es obvio, no puede considerarse con derechos subjetivos enfrentados a los del Estado; por tanto, el Estado al crear esta entidad, creó uno de sus órganos para la administración de los ferrocarriles y organizó un servicio que al mismo tiempo tenía que acudir ante los Tribunales en defensa del patrimonio cuya administración el Estado le había confiado.

"Al crear el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, lo que creó la ley fue un órgano al cual le dio la competencia especial, le dio privilegios y medios de acción más extensos; pero al mismo tiempo es menos libre que una persona jurídica privada, ya que pertenece al derecho público, es decir, al dominio del Estado que lo supervigila.

"Los funcionarios que desempeñan empleos en este servicio son funcionarios públicos y, como tales, sus funciones no pueden ir más allá de las atribuciones y finalidades que dio la ley al Consejo Administrativo.

"Pero debe mantenerse el principio de que todos los actos del Estado deben considerarse como los de una persona única, que tiene órganos distintos y manifestaciones diversas.

"Si bien es indudable que el Consejo Administrativo compromete la responsabilidad del Estado en sus actos de administración, no puede, en realidad, constituír una persona jurídica distinta de la Nación, ya que para ello se necesitaría que tuviera un grupo de intereses colectivos y permantes distintos del Estado mismo.

"De lo anterior se infiere que el Consejo Administrativo es competente para comparecer ante la justicia, es el órgano del Estado cuando se trata de cualquier acto administrativo de su incumbencia y, por tanto, la sentencia que recaiga en un juicio en que el Consejo ha sido parte, tiene la fuerza de la cosa juzgada para el Estado, el cual no podrá alegar haber sido res inter alios acta; otro tanto acontece con los contratos.

"..... .....

"Así como la ley ha dado atribuciones al Ministerio Público para defender los intereses de la Nación, le dio al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales atribuciones para comparecer en juicio en su propio nombre cuando se trata de cuestiones relacionadas con su administración, personalidad ésta sui generis que no por serlo lo constituye en persona jurídica distinta del Estado mismo.

"Ahora bien: el Estado puede tener por razón de la complejidad de sus servicios, diferentes funcionarios para representarlo ante la justicia y sin embargo no puede sostenerse que cada uno de esos funcionarios represente una persona distinta. Debe tenerse en cuenta que representación ante la justicia y personalidad son dos cosas muy distintas. La administración de los Ferrocarriles Nacionales no puede ser otra cosa que el Estado mismo, porque sus utilidades y sus pérdidas son necesariamente pérdidas y utilidades del Estado. Pero sin duda, la Administración de los Ferrocarriles Nacionales, tiene desde la ley 29 de 1931, ante los tribunales, su representante propio: 'disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, repre-

sentada por el Administrador General'. De acuerdo con este texto, la personalidad del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales no puede ser desconocida, porque ella resulta expresamente de la ley, y 'podrá presentarse ante los Tribunales y autoridades de cualquier orden y ejercitar cualquier acción o excepción'. Al emplear el legislador la forma verbal 'podrá' no quiso darle una facultad potestativa de comparecer cuando a bien lo tuviera, sino que quiso determinar especificando que esta función constituye una de las atribuciones del Consejo. Por ello, cuando se demanda a la Nación con fundamento en un contrato de trabajo celebrado entre el Consejo y uno de sus empleados u obreros, es aquél quien debe comparecer en juicio porque es el representante propio de ella. No podrían comparecer por ejemplo, el Procurador General, el Fiscal del Tribunal o el Fiscal del Consejo de Estado y, sin embargo, todos ellos son representantes de la Nación.

"Según lo expuesto resulta, que en negocios relacionados con los ferrocarriles nacionales, el Consejo Administrativo de éstos obra como órgano del Estado, y en tal calidad, como único apto para el ejercicio de la correspondiente función; por lo cual, y en tratándose de una controversia judicial como a la que alude este pleito, la Nación no comparece ni puede comparecer debidamente, sino por conducto de ese órgano, creado por la ley con mira exclusiva en tal finalidad, so pena de incurrir en una causal de nulidad por ilegitimidad adjetiva de la personería, no del representante de la parte, porque ya se ha dicho, el Consejo no representa a la Nación, sino por indebida comparecencia al juicio de la parte misma, según así lo enuncia en primer término el ordinal 2º del artículo 448 del C. J.

"Pero como precisamente aparece en este pleito que el Consejo de Ferrocarriles como único órgano del Estado apto para gestionar sus intereses no ha sido llamado al juicio, se ha incurrido en él en la referida causal de nulidad, que por lo mismo debe llevarse a su conocimiento, conforme a lo establecido por el artículo 455 de la obra citada".

Por su parte el señor procurador delegado en lo civil, al descorrer el traslado de regla, pide a la Corte la confirmación del auto recurrido. Para fundamentar su solicitud razona así dicho funcionario:

"No es norma procesal invariable que la representación del Estado en juicio sea ejercida por los funcionarios del Ministerio Público. Existe, en primer lugar, la representación por apoderados particulares, en cuyo evento queda descartada la representación por el Ministerio Público.

"En segundo lugar, puede darse el caso de un mandato especial a otra entidad para determinada clase de negocios. Y es precisamente lo que sucede con el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Tal entidad recibió mandato especial, inclusive para comparecer en juicio como demandante o demandado, en todo lo tocante con la administración de los ferrocarriles nacionales. Y no puede negarse que a la responsabilida civil cuya declaración se pretende a cargo del Estado, se le asigna por causa un acto— culposo a juicio del actor — ejecutado en ejercicio de aquella administración.

"Se ha dicho, para fundamentar la tesis contraria a la que vengo sosteniendo, que la representación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales ante la justicia en asuntos provenientes de su administración es puramente facultativa. Se apoya tal interpretación en el tenor literal de la frase 'podrá presentarse ante los tribunales y autoridades de cualquier orden,' empleada por el artículo 2º de la Ley 29 de 1931.

"Pero aún así entendido el texto legal, se llega a la siguiente ineludible conclusión: para que en determinado caso el Consejo pueda hacer uso de la facultad de presentarse al juicio respectivo, es de todo punto indispensable que se le cite, a fin de que tenga conocimiento del negocio. Y si para tales efectos no se le cita

en legal forma, se incurre en la causal de nulidad prevista en el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial".

El apoderado de la parte demandante aduce una serie de razones encaminadas a demostrar la no existencia de la causal de nulidad que se ordenó poner en conocimiento de las partes por medio del auto materia de esta apelación.

La Corte observa que el punto jurídico controvertido en el presente caso ya ha sido resuelto por esta misma sala en recientes decisiones, sustentando sobre el particular la siguiente doctrina:

"La Corte encuentra fundado el auto recurrido. En efecto, el legislador concedió al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, de un lado, la facultad de presentarse ante los tribunales y autoridades de cualquier orden, y al otorgarle, de otro, derechos y prerrogativas de persona jurídica autónoma queda, por el mismo hecho, sujeto a la obligación, que las personas de esa clase tienen, de responder en juicio por los actos que realizan en ejercicio de sus derechos y facultades. El Consejo Administrativo obra como administrador de los ferrocarriles nacionales y persona jurídica autónoma. Debe, por tanto, comparecer en juicio con la plenitud de su personería, activa y pasiva".

(Auto de fecha 24 de marzo del año en curso, dictado en el juicio ordinario de Daniel Gómez Pinzón contra la nación).

En igual sentido se pronunció la sala en auto de fecha quince del mes de mayo en curso, dictado en el juicio ordinario promovido por Eduardo Martínez Pinto contra la nación.

Como se ve, tanto la doctrina de la Corte como las muy bien fundamentadas argumentaciones del tribunal y del señor procurador delegado relievan de manera que no deja lugar a dudas la causal de nulidad por ilegitimidad de la personería de la parte demandada en este juicio.

El apoderado de la parte actora también ataca el auto del tribunal por el aspecto de la oportunidad procesal para mandar poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad de que se trata, pues estima dicho apoderado que en el caso de autos el momento oportuno para ello no ha llegado todavía, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 455 del código judicial.

Sobre el particular se argumenta en la providencia recurrida con fundamento en el citado artículo del código de procedimiento, llegando el tribunal a conclusiones contrarias a las que formula el apoderado del demandante. La sala prohija el siguiente pasaje del auto apelado, pues allí se fija con todo acierto el verdadero sentido de la disposición procesal en referencia:

"El artículo 455 del C. J., que regula la facultad de poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad que observen los funcionarios judiciales, es del tenor siguiente: 'El Juez que conoce de un juicio, y que antes de decidir sobre lo principal observe que existe alguna causal de nulidad, manda ponerla en conocimiento de las partes, por medio de auto que se notifica personalmente .....

" 'Cuando en un Tribunal el expediente haya pasado a la respectiva Sala para la decisión definitiva, corresponde a ésta mandar poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad que observe y resolver sobre ellas'.

"Contempla esta disposición dos casos: que la observación de la causal sea hecha por un juez o que lo sea por un tribunal. Si lo primero, la facultad está dada para ejercerla en cualquier tiempo antes de la sentencia; si lo segundo, la facultad radica en la Sala que ha de fallar en definitiva y puede ejercerse cuando el expediente haya pasado para ese fin.

"A primera vista parece que en relación con este segundo caso, la oportunidad de ejercer el tribunal el poder conferido por la ley se restringe únicamente al momento en que el asunto pasa a la Sala para la decisión definitiva; pero si se estudia con atención el artículo transcrito,

se puede observar que la intención del legislador no fue la de señalar una oportunidad diferente para los Jueces y para los Magistrados, sino la de limitar la facultad a la Sala y no al Magistrado sustanciador, ya que la declaratoria de nulidad y la observación de la causal que la determina, dicen relación a la validez misma del procedimiento y en cierto modo deciden definitivamente sobre el juicio determinado en que la nulidad ocurre, y como la decisión definitiva es de competencia de la Sala y no del Magistrado sustanciador, es obvio que sea aquélla y no éste quien tenga facultad para decidir lo relativo a nulidades".

Por último, tampoco es valedera la alegación del apoderado del actor en el sentido de que la cuestión de personería ya fue fallada anteriormente al resolverse la excepción de inepta demanda propuesta por el fiscal del tribunal de Bogotá, pues al hacer esa afirmación el señor apoderado pierde de vista que dentro del respectivo incidente nada se resolvió sobre la personería del Estado o de la Nación, ejercida por ese agente del ministerio público. Allí apenas se estudió la cuestión atinente a si era o nó actualmente ejercitable la acción instaurada por los demandantes Afanador y Rubio, afirmando esta misma sala, al resolver en forma definitiva el aludido incidente, que semejante cuestión estaba fuera del alcance de la excepción dilatoria. (Véase fl. 37 v. del C. número 2).

En síntesis, la sala no encuentra motivo alguno que la aparte del convencimiento a que ha llegado sobre la legalidad del auto apelado, imponiéndose por lo tanto su confirmación.

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 el auto de fecha 27 de noviembre de 1940 dictado por el tribunal superior de Bogotá, que ha sido materia de esta apelación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCIONES — DEUDORES PRINCIPALES Y DEUDORES NO SOLIDARIOS. BENEFICIO DE EXCUSION

En ningún texto legal se exige, ni podría exigirse, que obre original el fallo que sirve de título ejecutivo. Tal fallo hace parte del proceso en que fue dictado, el que una vez fenecido, se conserva original, sin perjuicio de los desgloses a que hubiere lugar, en el archivo respectivo.— 2. Cuando se dice que una persona es responsable de un alcance en primer término y otra en segundo, de ello no se puede concluír que no se pueda proceder coetáneamente en guarda de los intereses del fisco a quien se pretende defraudar, máxime cuando se desconoce el paradero del obligado en primer término y ha sido necesario nombrarle un curador *ad litem;* esta situación es de suyo insegura y cuyo riesgo es dable neutralizar por medio de la acción eficaz contra el otro responsable, obligado en segundo término. Cuando una obligación pesa sobre dos personas y se dice que sobre la una en primer término, la otra forzosamente ha de ser obligada en segundo término o subsidiariamente, por el total de la deuda, se entiende, ya que por el hecho de ser subsidiaria, la obligación no se divide, si en la línea o grupo correspondiente a la fianza no solidaria, sólo hay un obligado. En otros términos: el fiador, aunque no se haya obligado solidariamente con el deudor principal, cuando es único, responde del total de la deuda. La división no cabe sino entre obligados de una misma línea: la compuesta por los fiadores simples o la formada por los deudores principales no solidarios. No podría pretenderse, por ejemplo, que existiendo ambas, con pluralidad de sujetos cada una, se dividiera la obligación entre deudores principales y obligados subsidiarios. Imagínese una deuda de $ 100.00 que pesa sobre dos deudores principales no solidarios y sobre dos fiadores simples. Si el acreedor dirige su acción contra un fiador, éste no podría pretender la división de la deuda en cuatro partes, puesto que ese derecho no procede sino entre los componentes de cada grupo de obligados. Habría, pues, de resignarse a que se le ejecutara por $ 50.00. De la misma manera, o por idéntica razón, uno de los deudores contemplados en el ejemplo, no podría pretender que la deuda se dividiera en forma de corresponderle a él únicamente el pago de la cuarta parte, o sea, $ 25.00. Sólo que el obligado en segundo término pudo oponer el beneficio de excusión.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios generales — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

En el ejecutivo que por jurisdicción coactiva adelanta el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá contra los señores Jorge Tadeo Lozano y Belisario Salamanca por suma de pesos, el personero de este último hizo valer las siguien-

tes excepciones: invalidez del título ejecutivo, petición antes de tiempo y de un modo indebido, carencia de causa para cobrar y prescripción y caducidad.

La demanda exceptiva trae para sustentar la primera excepción, lo que sigue: "Fundo esta excepción en que el documento base de la ejecución no se ha presentado original, como lo exige la ley, y, por consiguiente, carece de las condiciones de autenticidad que son necesarias para que él preste mérito ejecutivo".

Ese primer medio de defensa carece por completo de fundamento. En ningún texto legal se exige, ni podría exigirse, que obre original, en un juicio de la naturaleza del presente, el fallo que sirve de título ejecutivo. Tal fallo hace parte del proceso en que fue dictado, el que una vez fenecido, se conserva original, sin perjuicio de los desgloses a que hubiere lugar, en el archivo respectivo.

Como se ve, habría imposibilidad legal para la presentación del fallo original.

Perdió de vista, además, el excepcionante, que conforme al artículo 632 del Código Judicial, las copias expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos, de los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, hacen plena prueba acerca de su contenido y tienen el carácter de documentos auténticos, es decir, se presume la legalidad de su origen, y, por lo mismo, tienen fuerza probatoria mientras no se compruebe su falsedad.

El segundo medio de defensa (petición antes de tiempo y de un modo indebido) lo sustenta el excepcionante, así:

"Fundo esta excepción en que la base de esta ejecución, que es la sentencia del Consejo de Estado, de fecha 20 de febrero de 1936, dice claramente que al ex-Intendente Jorge Tadeo Lozano, se le declara responsable del alcance 'en primer término', y al ex-Administrador de Hacienda, Belisario Salamanca, mi poderdante, se le declara responsable 'en segundo término'.

"La expresión 'en primer término', que usa la sentencia aludida y que usa el artículo 42 de la Ley 42 de 1923, no puede significar otra cosa, pues de otra manera no tendría sentido, sino que el responsable 'en primer término' debe ser ejecutado 'en primer término', y que el responsable 'en segundo término' debe ser ejecutado 'en segundo término'. Lo que significa que, en el caso presente, hay que ejecutar en primer término a Lozano y después, cuando se vea que Lozano no tiene con qué pagar el alcance, puede ejecutarse a Salamanca.

"Por consiguiente, si se ha ejecutado a Salamanca antes que a Lozano, se está siguiendo una ejecución **antes de tiempo y de un modo indebido**".

En el alegato correspondiente, el personero de Salamanca sostiene, en síntesis, que la presente ejecución se ha seguido contra su representado como si él fuera obligado solidariamente; puesto que se le ha exigido el monto total de la obligación. Que la solidaridad no se presume, como que ella debe ser expresamente establecida por un contrato, un testamento o la ley, según enseña el art. 1569 del Código Civil. Que los efectos propios y exclusivos de la solidaridad, como la facultad del acreedor de reclamar la totalidad de la deuda a cualquiera de los codeudores, el poder cobrar a los otros deudores la deuda o parte de ella que no haya podido recabar del primer perseguido, no existen cuando se trata de otra clase de obligaciones.

Entra luégo a examinar la expresión "en primer término" empleada en la sentencia que sirve de recaudo ejecutivo, y concluye que por cuanto la obligación que se persigue no es solidaria, "no cabe en este caso la ejecución contra Salamanca por la totalidad de la deuda ni al mismo tiempo y en el mismo juicio que sigue contra la parte primeramente obligada". Piensa el apoderado del ejecutado Salamanca que en casos como el presente ca-

be aplicar el artículo 1583 del Código Civil que dice que cada uno de los codeudores está solamente obligado al pago de su cuota y que la del deudor insolvente no gravará a sus codeudores.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al referirse a la excepción en examen, se expresa de esta manera:

"II.—'Petición antes de tiempo y de un modo indebido'. Los argumentos exceptivos que al respecto se hacen valer se quiebran ante la realidad del caso presente. No pudiendo afirmarse, como no se afirma, que Belisario Salamanca fuera relevado de toda responsabilidad — en acuerdo con el espíritu que informa al artículo 42 en concordancia con el 43 de la Ley 42 de 1923 — procede la dicha ejecución. En efecto, tanto la ley como la sentencia del Consejo de Estado hablan de una 'responsabilidad en primer término', mas de ello no se puede concluír que en cuanto a la 'ejecución' — forma más que todo procedimental en el caso de autos — no se pueda proceder coetáneamente en guarda de los intereses del Fisco, a quien se pretende defraudar, máxime cuando se desconoce el paradero del obligado en primer término y ha sido necesario nombrársele un curador ad-litem, situación ésta de suyo insegura y cuyo riesgo es dable neutralizar por medio de la acción eficaz contra el otro responsable, 'obligado en segundo término', cuya responsabilidad para con el Estado en cuanto al 'fiel desempeño de todos los deberes que le impongan las leyes' y en cuanto a 'responder de que dará fielmente cuenta de todos los fondos y bienes públicos, etc.' (deberes a que precisamente faltó el ejecutado Salamanca), está asegurada efectivamente por medio de la caución de que trata la ley citada en su artículo 43. Ante la defectuosa garantía del responsable en primer término—dadas las circunstancias—es del caso hacer efectiva la garantía específica y segura del otro responsable, cuya responsabilidad no se discute y cuya calidad de subsidiaria es del caso hacer valer".

Luégo, al evacuar el traslado para alegar, expuso lo que sigue:

"No tratándose, como no se trata, de una obligación solidaria, la sentencia del Consejo de Estado — que sirve de título ejecutivo — no podía declarar ni declaró tal solidaridad. Dicha sentencia, al conformarse con lo estatuído por las leyer pertinentes, declaró a cargo de Jorge T. Lozano una obligación simple de pagar una suma de pesos — 'obligado en primer término' — y, al mismo tiempo, hizo la declaración conexa de que, en caso de no poderse recabar de dicho individuo la presentación respectiva, ésta devenía automáticamente, y ha de entenderse que en su totalidad, obligación a cargo de Belisario Salamanca, pues no otro es el efecto que genera el fenómeno de la obligación subsidiaria.

"A falta de una definición técnica, ha de estarse a la acepción común del vocablo subsidiario. Veámoslo. Tal calidad se predica de lo que no es principal, lo que vale decir, de lo que es secundario. Subsidiario es lo que suple, lo que ocupa el lugar de lo principal cuando éste falta, y se ha de entender que lo suple integralmente cuando quiera que la falta asume igualmente el carácter de integral.

"No otro es el caso de autos. Y no se diga que se libró el mandamiento de pago a un mismo tiempo contra Lozano y contra Salamanca, como si se tratara de la socorrida obligación solidaria — solidaria pasiva — y hubiera en mientes la intención de ejercitar el 'derecho de elección del acreedor', sino que el mandamiento de pago, en esa forma, se expresa técnicamente de acuerdo con los términos de la sentencia que le sirve de título, mas, desde luego, respetando el fondo de éste.

"Dados el ordenamiento técnico de dicho mandamiento de pago y el hecho de que la finalidad jurídica del juicio ejecutivo es el pago inmediato o, a falta de éste, el embargo de bienes y su remate, al fallar el 'obligado en primer término' o de modo principal en el cumplimiento de

la obligación de pagar una suma cierta de dinero, unido al hecho de no encontrársele bienes que rematarle, procede darle curso progresivo a la acción ejecutiva hacia su natural finalidad, y esto se opera, en el caso de autos, enfilando dicha acción contra el obligado en subsidio — esto es, **en lugar y a falta del principal**—al pago de **esa misma suma de dinero** Esa obligación con el carácter de subsidiaria ha cobrado vida en virtud de una especie de acto accesorio de garantía, y un acto tal es natural y jurídico que se refiere— que garantice — a la totalidad de la obligación principal".

En relación con los reparos del apoderado de Salamanca, la Sala considera:

El postulado de que no se trata en el presente caso de una obligación solidaria, es evidente. Sobre ese particular no hay discrepancia entre los contendientes.

Pero del hecho de que la obligación que pesa sobre los ejecutados Lozano y Salamanca no sea solidaria ¿habrá de concluírse rectamente que es divisible? De ninguna manera. La obligación a que se alude, tal como fue declarada por el Consejo de Estado en la parte resolutiva del fallo exhibido como recaudo ejecutivo o, tiene el carácter de subsidiaria, en relación con el responsable Salamanca. En efecto, allí se dice: "En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, revoca las providencias números 448 del 24 de mayo de 1934; 328, del 7 de marzo de 1935, y 1761, del 23 de abril del año próximo pasado, dictadas por la Contraloría General de la República, y en su lugar fenece definitivamente la cuenta de la Administración de Hacienda Nacional de San Andrés y Providencia, correspondiente al mes de mayo de 1929, con un alcance de $ 3,460.00, suma a cuyo reintegro están obligados los señores Jorge Tadeo Lozano y Belisario Salamanca, **siendo aquél obligado en primer término** (subraya la Sala) como ordenador del pago ilegal, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 42 de la Ley 42 de 1923".

Por virtud de lo que declara este fallo, sobre cuya legalidad nada puede decir la Sala por razones obvias, nítidamente expuestas por el representante del Ministerio Público, la condición jurídica del responsable Salamanca, es, no la de un simple deudor no solidario, sino la de un obligado en segundo término o subsidiariamente, vale decir, la de un fiador que no tiene el carácter de deudor solidario. Cuando se trata de una obligación simple, consistente en la deuda de una suma de dinero que pesa sobre dos o más individuos, bien sea como codeudores o como cofiadores, tal obligación se divide, lo que significa que a cada obligado del respectivo grupo no se puede exigir sino la parte correspondiente de la deuda. Mas cuando una obligación, como la que es materia de este juicio, pesa sobre dos personas y se dice que sobre la una en primer término, la otra forzosamente ha de ser obligada en segundo término o subsidiariamente, por el total de la deuda, se entiende, ya que por el hecho de ser subsidiaria, la obligación no se divide, si en la línea o grupo correspondiente a la fianza no solidaria, sólo hay una obligado. En otros términos: el fiador, aunque no se haya obligado solidariamente con el deudor principal, cuando es único, responde del total de la deuda. La división no cabe sino entre obligados de una misma línea: la compuesta por los fiadores simples o la formada por los deudores principales no solidarios. No podría pretenderse, por ejemplo, que existiendo ambas, con pluralidad de sujetos cada una, se dividiera la obligación entre deudores principales y obligados subsidiarios. Imagínese una deuda de $ 100.00 que pesa sobre dos deudores principales no solidarios y sobre dos fiadores simples. Si el acreedor dirige su acción contra un fiador, éste no podría pretender la división de la deuda en cuatro partes, puesto que ese derecho no procede sino entre los componentes de cada grupo de obligados. Habría pues de re-

signarse a que se le ejecutara por $ 50.00. De la misma manera, o por idéntica razón, uno de los deudores contemplados en el ejemplo, no podría pretender que la deuda se dividiera en forma de corresponderle a él únicamente el pago de la cuarta parte, o sea $ 25.00.

Si bien no cabía, en el caso **sub judice** la división de la obligación, el obligado en segundo término o subsidiariamente sí ha podido oponer cuando fue requerido de pago, el beneficio de excusión, en virtud del cual pudo exigir que antes de proceder contra él se persiguiese la deuda en los bienes del deudor principal. Pero ni usó de su derecho en la oportunidad indicada, ni cumplió con otra obligación, indispensable para gozar de aquel beneficio: la de señalar al acreedor los bienes del deudor principal.

La demanda, tal como fue presentada, es inobjetable, a pesar de no tratarse de obligación solidaria. Al ser demandado conjuntamente con el deudor principal, el obligado subsidiariamente pudo en la oportunidad que indica la ley, ejercitar el medio de defensa que ofrece el artículo 2383 del Código Civil en relación con el 2384. Si no lo hizo así, suya es la culpa.

Hay otra consideración para concluír que se sigue bien el juicio contra Salamanca.

El pricipal obligado, Jorge T. Lozano, denunció para el pago un crédito por valor de $ 4,000.00 a cargo de Alfonso Soto Martínez. Requerido el deudor Lozano para que hiciese entrega del título de ese crédito, no cumplió la orden judicial. Por haberse ausentado e ignorarse su paradero hubo de nombrársele curador, el que tampoco ha presentado aquel título ni ha denunciado otros bienes. En estas condiciones nada más justo que hacer efectiva la obligación en los bienes del obligado en segundo término.

De todo lo expuesto, en relación con la excepción en examen, se concluye que no está probado este otro medio de defensa.

La tercera excepción, carencia de causa para cobrar, se sustenta como sigue:

"Fundo esta excepción en que, conforme lo reconoce el Consejo de Estado en su sentencia, la suma a que se refiere la ejecución fue gastada 'en menesteres oficiales, es decir, que ni Lozano ni Salamanca se apropiaron de ella. Y por consiguiente ellos no tienen por qué deber una suma que no han gastado en provecho propio".

El personero de Salamanca ante la Corte divide la excepción que se estudia en dos que denomina carencia de causa y compensación. La primera la hace consistir en que el artículo 43 de la Ley 64 de 1931 y el artículo 27 del decreto 911 de 1932 redimen de responsabilidad y de toda obligación a Salamanca. Preténdese con esta alegación, que la Sala entre a reconsiderar los motivos que tuvo el Consejo de Estado para pronunciar su fallo, cosa inaceptable, puesto que si tal hiciera la Corte, invadería jurisdicción que no le corresponde. Bien o mal dictado, ese fallo hay que acatarlo.

La compensación la resume el apoderado de Salamanca diciendo que "la Nación sí recibió efectivamente la suma que cobra, en materiales". Para sustentar esta tesis, entra su autor en consideraciones que implicarían, al ser tenidas en cuenta, reconsideración del fallo del Consejo de Estado.

Obsérvase, por otra parte, en relación con las alegaciones del personero ya nombrado, que ellas en su mayor parte constituyen hechos nuevos que no fueron propuestos en la demanda exceptiva, razón por la cual resultan ahora impertinentes. Lo mismo puede observarse respecto del beneficio de división, que tampoco fue presentado como medio de defensa en la demanda exceptiva.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al referirse a la excepción de carencia de causa para cobrar, dice lo siguiente, ajustado a la verdad procesal:

"Punto es éste que, según la tesis sostenida por la Procuraduría de manera básica a través de este escrito, no compete a la Corte entrar a resolver. Se refiere él a la sustancia propia del juicio admi-

nistrativo de cuentas y no a la sustancia del juicio ejecutivo, que comienza con la intimación del mandamiento ejecutivo con base en una sentencia que es título suficiente para incoar la acción respectiva.

"Por otra parte, no es cierto que en dicha sentencia el Consejo de Estado reconozca que la suma a que se refiere la ejecución fuera gastada 'en menesteres oficiales', como lo afirma el recurrente, sino que declara en contrario al expresar (a folio 26 del cuaderno principal) que 'la afirmación de que la Nación no ha sufrido pérdida, porque el contratista reintegró la suma recibida, en elementos que está aprovechando la intendencia, no aparece comprobada. En autos, y a este respecto, sólo se hace alusión en (sic) las declaraciones, en las cuales se afirma que se vieron elementos que se decía estaban destinados para la planta eléctrica de San Andrés, pero dichas declaraciones no pueden estimarse, por las razones atrás indicadas. Además, a solicitud del responsable, y en auto para mejor proveer, se decretaron y practicaron algunas pruebas, de las cuales se deduce que la suma elevada a alcance no ha sido reintegrada' ".

Luégo, en su alegato, expresa lo que sigue que la Sala acoge por ser estrictamente legal:

"Por otra parte, el señor apoderado en su alegato, en la parte dedicada a la excepción comprendida bajo el mote de 'Carencia de Causa para Cobrar', hace una breve disquisición sobre la aplicación que es procedente, en el caso de autos, de los artículos 43 de la Ley 64 de 1931 y 27 del Decreto 911 de 1932, y sobre la inaplicabilidad del art. 42 de la Ley 42 de 1923, todo ello sazonado con algunas consideraciones sobre retroactividad e irretroactividad de la ley. Todo ello en el sentido de hacer prevalecer la tesis de que erró el Honorable Consejo de Estado en su sentencia que sirve de título a esta ejecución y que, en consecuencia, la Honorable Corte debe proceder a enmendarle la plana a aquel alto tribunal administrativo, revisando su actuación.

"Tal revisión implicaría una manifiesta violación del artículo 93 de la Ley orgánica de lo contencioso-administrativo (Ley 130 de 1913), ya que los hechos exceptivos que se hacen valer hoy ante la jurisdicción ordinaria fueron ya considerados por la jurisdicción administrativa y sobre ellos se pronunció una sentencia definitiva. Para que puedan prosperar las excepciones cuya alegación es viable ante la jurisdicción ordinaria, en juicios de la naturaleza del presente, es necesario que no se hubiera hecho el previo uso de la acción pertinente ante la jurisdicción administrativa, o que, en el evento de haberse acudido a tal recurso administrativo, se presentaran después de la decisión de éste, en el transcurso de la ejecución, hechos o motivos distintos de los que fueran considerados y fallados por los tribunales administrativos, hechos o motivos distintos capaces de fundamentar una defensa.

"Tal el espíritu de una acertadísima doctrina de la Honorable Corte, Sala de Negocios Generales, según sentencia de 9 de diciembre de 1937 (G. J., XLV, número 1930, pág. 912)."

Se concluye, por lo que viene dicho, que tampoco está probada la excepción que se acaba de analizar.

La cuarta y última excepción, prescripción y caducidad, la fundamenta el excepcionante, así: "Fundo esta excepción en que han transcurrido los plazos legales para que esta ejecución prescriba, o a lo menos, caduque, como lo probaré oportunamente".

Improcedente, como las anteriores. Desde que quedó ejecutoriado el fallo que sirve de recaudo ejecutivo, fecha en que nació para el Estado el derecho a ejecutar a los demandados (el diez y seis de marzo de mil novecientos treinta y seis se surtió la notificación del dicho fallo), por ser exigible la obligación hasta la fecha de la notificación del mandamiento de pago al

excepcionante (veinte de agosto de mil novecientos treinta y seis), no había transcurrido el lapso de tiempo necesario para que se opere la prescripción. Para convencerse de que está muy lejos el cumplimiento de la prescripción basta considerar que el fallo de que se viene hablando tiene fecha veinte de febrero de mil novecientos treinta y seis.

En consideración a las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, declara no probadas las excepciones propuestas en el presente juicio por el demandado Belisario Salamanca. Por tanto, se dispone llevar adelante la ejecución de que se trata.

Con costas a cargo del ejecutado excepcionante.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

NULIDAD DE UN JUICIO POR HABERSE ADELANTADO SIN AUDIENCIA DEL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

El legislador concedió al Consejo Administrativo de los Ferrocarrles Nacionales, de un lado la facultad de presentarse ante los tribunales y autoridades de cualquier orden, y al otorgarle, de otro, derechos y prerrogativas de persona jurídica autónoma, le concedió la ley atribución de presentarse en juicio como demandante y el deber de comparecer como demandado. Siendo persona jurídica autónoma queda, por el mismo hecho, sujeto a la obligación, que las personas de esa clase tienen de responder en juicio por los actos que realizan en ejercicio de sus derechos y facultades. El Consejo Administrativo obra como administrador de los ferrocarriles nacionales y como persona jurídica autónoma. Debe, por tanto, comparecer en juicio con la plenitud de su personería activa y pasiva. Si el juicio se sigue sin su audiencia queda viciada la actuación de nulidad. Esta doctrina de la Corte no admite salvedades por razón de la época en que haya ocurrido el hecho fundamental de la acción instaurada. De admitirlas, se perdería de vista que lo que se controvierte es única y exclusivamente cuál es el *órgano* por conducto del cual debe comparecer la Nación en juicios en que se ventilen cuestiones atinentes a la administración de los ferrocarriles del Estado. De consiguiente, es un factor secundario el que la creación de ese órgano sea anterior o posterior a la época en que se sucedieron los hechos fundamentales del respectivo libelo. Basta con que el juicio se promueva como consecuencia de actos ejecutados dentro de la administración de ferrocarriles cuya propiedad corresponde al Estado en el momento de introducirse la demanda.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, en auto de fecha 26 de noviembre del año próximo pasado proferido en el presente juicio ordinario de Santos Camelo contra la nación, ordenó poner en conocimiento del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, por medio de notificación personal a su Administrador General, el motivo de nulidad consistente en haberse adelantado este juicio sin audiencia del referido Consejo. Estima el tribunal que cuando quiera que se instaure una acción de la naturaleza de la presente, tiene que estar dirigida contra la nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, el cual a su turno debe comparecer por medio del administrador general de los mismos, de acuerdo con lo preceptuado por la ley 29 de 1931.

El 5 de diciembre siguiente se verificó la notificación personal al Administrador General del citado Consejo, quien al tiempo de firmar la respectiva diligencia manifestó que "apela y que no allana la nulidad en el caso de que el auto sea confirmado por el superior".

El tribunal concedió la apelación interpuesta. Por este motivo el expediente llegó a la Corte, en donde agotada como está la tramitación de rigor, es llegado el momento de resolver en definitiva.

El señor procurador delegado en lo civil conceptúa que el tribunal "puede y debe declarar, en cualquier estado del proceso. la existencia de la nulidad proveniente de haberse seguido el juicio sin citación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, cuando quiera que se trate de un hecho ocurrido dentro de la esfera de su administración.

"Pero en el caso de autos — agrega dicho funcionario — obra la circunstancia especialísima de que el hecho que dio lugar al ejercicio de la acción no ocurrió durante la adminitración del Ferrocarril Central del Norte por el Consejo, sino mucho antes, según puede verse en el expediente. Y en presencia de ese hecho parece injurídico que se proclame la necesidad de citar a dicho Consejo, anulando lo actuado por falta de tal citación".

Se considera:

En recientes decisiones de esta sala, relativas al mismo punto jurídico que ahora se controvierte, ha sido acogida por la Corte la siguiente tesis fundamental del tribunal de Bogotá en lo atinente al órgano por conducto del cual la nación comparece en juicios relacionados con la administración de los ferrocarriles del Estado, tesis que el tribunal reitera en la providencia recurrida:

"La finalidad que buscó el Estado con la creación del Consejo de Ferrocarriles Nacionales, es su administración más eficiente. En términos claros dijo: que debía considerarse como una persona jurídica autónoma; esta persona, es obvio, no puede considerarse con derechos subjetivos enfrentados a los del Estado; por tanto, el Estado al crear esta entidad, creó uno de sus órganos para la administración de los ferrocarriles y organizó un servicio que al mismo tiempo tenía que acudir ante los Tribunales en defensa del patrimonio cuya administración el Estado le había confiado.

"Al crear el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, lo que creó la ley fue un órgano al cual le dio la competencia especial, le dio privilegios y medios de acción más extensos; pero al mismo tiempo es menos libre que una persona jurídica privada, ya que pertenece al derecho público, es decir, al dominio del Estado que lo supervigila.

"Los funcionarios que desempeñan empleos en este servicio son funcionarios públicos y, como tales, sus funciones no pueden ir más allá de las atribuciones y finalidades que dio la ley al Consejo Administrativo.

"Pero debe mantenerse el principio de que todos los actos del Estado deben considerarse como los da una persona única, que tiene órganos distintos y manifestaciones diversas.

"Si bien es indudable que el Consejo Administrativo compromete la responsabilidad del Estado en sus actos de administración, no puede, en realidad, constituír una persona jurídica distinta de la Nación, ya que para ello se necesitaría que tuviera un grupo de intereses colectivos y permanentes distintos del Estado mismo.

"De lo anterior se infiere que el Consejo Administrativo es competente para comparecer ante la justicia, es el órgano del Estado cuando se trata de cualquier acto administrativo de su incumbencia y, por tanto. la sentencia que recaiga en un juicio en que el Consejo ha sido parte, tiene la fuerza de la cosa juzgada para el Estado, el cual no podrá alegar haber sido **res inter alios acta**; otro tanto acontece con los contratos.

"....

"Así como la ley ha dado atribuciones al Ministerio Público para defender los intereses de la Nación, le dio al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales atribuciones para comparecer en juicio en su propio nombre cuando se trata de cuestiones relacionadas con su administración, personalidad ésta **sui generis** que no por serlo lo constituye en persona jurídica distinta del Estado mismo.

"Ahora bien: el Estado puede tener

por razón de la complejidad de sus servicios, diferentes funcionarios para representarlo ante la justicia y sin embargo no puede sostenerse que cada uno de esos funcionarios represente una persona distinta. Debe tenerse en cuenta que representación ante la justicia y personalidad son dos cosas muy distintas. La administración de los Ferrocarriles Nacionales no puede ser otra cosa que el Estado mismo, porque sus utilidades y sus pérdidas son necesariamente pérdidas y utilidades del Estado. Pero sin duda, la Administración de los Ferrocarriles Nacionales, tiene desde la ley 29 de 1931, ante los Tribunales, su representante propio: 'disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General'. De acuerdo con este texto, la personalidad del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales no puede ser desconocida, porque ella resulta expresamente de la ley, y 'podrá presentarse ante los tribunales y autoridades de cualquier orden y ejercitar cualquier acción o excepción'. Al emplear el legislador la forma verbal "podrá" no quiso darle una facultad potestativa de comparecer cuando a bien lo tuviera. sino que quiso determinar especificando que esta función constituye una de las atribuciones del Consejo. Por ello, cuando se demanda a la Nación con fundamento en un contrato de trabajo celebrado entre el Consejo y uno de sus empleados u obreros es aquél quien debe comparecer en juicio porque es el representante propio de ella. No podrían comparecer. por ejemplo, el Procurador General, el Fiscal del Tribunal o el Fiscal del Consejo de Estado y, sin embargo, todos ellos son representantes de la Nación.

"Según lo expuesto, resulta que en negocios relacionados con los ferrocarriles nacionales, el Consejo Administrativo de éstos obra como órgano del Estado, y en tal calidad, como único apto para el ejercicio de la correspondiente función; por lo cual, y en tratándose de una controversia judicial como a la que alude este pleito, la Nación no comparece ni puede comparecer debidamente, sino por conducto de ese órgano, creado por la ley con mira exclusiva en tal finalidad, so pena de incurrir en una causal de nulidad por ilegitimidad adjetiva de la personería, no del representante de la parte, porque ya se ha dicho, el Consejo no representa a la Nación, sino por indebida comparecencia al juicio de la parte misma, según así lo enuncia en primer término el ordinal 2º del artículo 448 del C. J.

".....

"Pero como precisamente aparece en este pleito que el Consejo de Ferrocarriles como único órgano del Estado apto para gestionar sus intereses no ha sido llamado al juicio, se ha incurrido en él en la referida causal de nulidad, que por lo mismo debe llevarse a su conocimiento, conforme a lo establecido por el artículo 455 de la obra citada".

Por su parte la Corte ha sentado sobre el particular la siguiente doctrina:

"La Corte encuentra fundado el auto recurrido. En efecto, el legislador concedió al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, de un lado, la facultad de presentarse ante los tribunales y autoridades de cualquier orden, y al otorgarle, de otro derechos y prerrogativas de persona jurídica autónoma, le concedió la ley atribución de presentarse en juicio como demandante y el deber de comparecer como demandado. Siendo persona jurídica autónoma queda, por el mismo hecho, sujeto a la obligación, que las personas de esa clase tienen, de responder en juicio por los actos que realizan en ejercicio de sus derechos y facultades. El Consejo Administrativo obra como administrador de los ferrocarriles nacionales y persona jurídica autónoma. Debe, por tanto, comparecer en juicio con la plenitud de su personería, activa y pasiva". (Auto de fecha 15 de mayo del año en curso, proferido en el juicio ordinario de Eduardo Martínez Pino contra la nación).

La doctrina de la Corte anteriormente transcrita es perfectamente aplicable al

caso de autos, como quiera que el demandante persigue el resarcimiento de los daños y perjuicios que dice haber sufrido estando al servicio de la empresa del Ferrocarril Central del Norte, de propiedad de la nación. En tales circunstancias la confirmación del auto apelado se impone como consecuencia necesaria.

Por lo que hace a la salvedad formulada por el señor procurador delegado en lo civil, consistente en que en este juicio parace injurídico que se proclame la necesidad de citar al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, por cuanto el hecho que dio lugar al ejercicio de la acción no ocurrió durante la administración del Ferrocarril Central del Norte por dicho Consejo, la sala observa lo siguiente:

La doctrina de la Corte no admite salvedades por razón de la época en que haya ocurrido el hecho fundamental de la acción instaurada. De admitirlas, se perdería de vista que lo que se controvierte es única y exclusivamente cuál es el órgano por conducto del cual debe comparecer la nación en juicios en que se ventilen cuestiones atinentes a la administración de los ferrocarriles del Estado.

De consiguiente, es un factor secundario el que la creación de ese órgano sea anterior o posterior a la época en que se sucedieron los hechos fundamentales del respectivo libelo. Basta con que el juicio se promueva como consecuencia de actos ejecutados dentro de la administración de ferrocarriles cuya propiedad corresponde al Estado en el momento de introducirse la demanda. Esta es precisamente la situación procesal que ha tenido en cuenta el tribunal para pronunciarse sobre la causal de nulidad de que se trata.

Por lo relacionado, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto de fecha 26 de noviembre de 1940 dictado por el tribunal superior de Bogotá, que ha sido materia de esta apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

SE DECLARA LA NULIDAD DE LO ACTUADO POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION IMPRORROGABLE

De acuerdo con el artículo 2º de la ley 38 de 1918 todo lo relacionado con expropiaciones y daños en propiedad ajena en que sea parte la Nación es de la exclusiva competencia del Consejo de Estado. No puede, por tanto, el órgano judicial conocer y fallar en litigios de esta clase. La competencia de jurisdicción inhibe a la Corte para decidirlos. Por consiguiente, es nulo el juicio que se siga en este caso ante el Poder Judicial, por incompetencia de jurisdicción improrrogable.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Rafael Mora O., mediante apoderado, en libelo de fecha veintinueve de noviembre de 1937, demanda a la Nación, para que con citación del Fiscal y previo el trámite del juicio ordinario, se la condene "a pagar a Rafael Mora O. los daños y perjuicios causados por las dos obras nacionales del ferrocarril y la carretera mencionados; que previa tasación legal y liquidación pericial, dentro del mismo juicio ordinario, del valor de los daños y perjuicios, se condene a la Nación demandada al pago de la suma líquida que aparezca deberse".

Los hechos presentados como fundamento de la acción los resume así la Sala:

1. Por escritura número 35 de 18 de enero de 1929, otorgada en la notaría 2ª del circuito de Pamplona, el actor adquirió de Constantino Mora el predio rural denominado "Tres Esquinas", ubicado en jurisdicción del municipio de Bochalema. 2. Atravesando este predio, la Nación, por medio de la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, construyó desde 1928 el ferrocarril de Cúcuta a Pamplona, tomando sin previa indemnización, ni compraventa, ni arreglo alguno, una zona de dos kilómetros de larga por veinte metros de ancha. 3. Atravesando, en otra dirección, la finca citada, la Nación construyó la carretera de Bochalema, tomando en las mismas condiciones una zona de mil quinientos metros de larga por seis de ancha. 4. Para el servicio del ferrocarril tomó un área de dos mil cuatrocientos metros cuadrados en la cual edificó en idénticas condiciones a las anteriores. 5. Con motivo de la construcción del ferrocarril y para levantar un puente en el kilómetro 36, se le causaron graves daños al actor, entre otros la necesidad de construír un terraplén de más de nueve metros; y por tal construcción se le destruyeron 5,000 matas de café frutal, en producción, y dio origen a la construcción de obras como la toma para el servicio del trapiche indispensables para la explotación del fundo. 6. La obra de la carretera ocasionó la destrucción de 2,000 árboles de café frutal en producción y se ocasionaron derrumbes 7. Gran cantidad de piedra y madera se sacaron de la finca para las obras del ferrocarril y carretera, así como se establecieron en ella varias servidumbres, particularmente de tránsito, destruyéndose el plan de cercas, y no habiendo, por otra parte, la Nación cercado los costados del ferrocarril y de la carretera. 8. Desde 1927 en que se comenzó la obra del

ferrocarril, era poseedor titulado de la finca Constantino Mora, quien hizo cesión a Rafael de su derecho a reclamar a la Nación los perjuicios a que se ha hecho referencia. 9. Ni a cedente ni a cesionario pagó la Nación tales perjuicios. 10. En dicha cesión se declaran las obligaciones de la Nación a indemnizar y se pide notificación al Fiscal.

Tramitado el juicio en forma legal, el Tribunal, en fallo de fecha 30 de junio de 1939, resolvió: "1º Condenar a la Nación a pagarle al actor el justo valor de los daños causados al referido inmueble, por la construcción del ferrocarril Cúcuta a Pamplona, debiéndose hacer la fijación al cumplirse la sentencia como se ha dicho. 2º Absolver a la Nación por la indemnización reclamada por la construcción de la carretera a Bochalema en terrenos del actor".

Este fallo fue apelado por el actor y en virtud de él vino el proceso a la Corte, mas, habiéndose observado que a la sentencia le faltaba ser consultada, como lo dispone el artículo 508 del C. J., la Sala devolvió el expediente al Tribunal de origen a fin de que esta entidad dictara el auto de rigor ordenando la consulta.

Tramitada la consulta y el recurso de apelación se procede a decidir.

Se demanda a la Nación, por los perjuicios y daños que siguen: destrucción de 5,000 árboles de café frutal; extracción de piedra y madera; constitución de servidumbres; construcción de una bocatoma y de un terraplén de más de nueve metros; destrucción del plan de cercas, etc...., apropiación sin previa indemnización, compraventa y arreglo de ninguna clase, de una extensión de dos kilómetros de larga por veinte de ancha; apropiación sin previa indemnización, compraventa y otro arreglo, de una zona de 1,500 metros de larga por seis de ancha; apropiación de una extensión equivalente a 2,400 metros cuadrados.

A la Nación se le absolvió, por el Tribunal, de los daños y perjuicios que se enumeran, ocurridos en la construcción de la carretera a Bochalema: una zona de 1,500 metros de ancha por seis de ancha; destrucción de 2,000 árboles de café frutal, en producción; extracción de piedra y madera para la dicha carretera; algunos derrumbes; constitución de servidumbres y en parte, destrucción del plan de cercas. Por cuanto el actor no probó que la obra fuera nacional, o construída por orden y cuenta de la Nación.

De los otros daños y perjuicios que reclama el demandante, el señor Procurador Delegado en lo Civil, niega que deba responder la Nación, en virtud del contrato que celebró con una persona jurídica denominada Compañía del Ferrocarril de Cúcuta que se comprometió a atender las expropiaciones, quedando al Ministerio de Obras Públicas las gestiones que le correspondiesen por naturaleza. Agrega el Procurador: "Si la Compañía prescindió de aquel camino legal y ocupó de hecho la propiedad del demandante, comprometió con ello su responsabilidad particular, no la del Estado". Que por otra parte, entre las dos entidades existió la "relación de dependencia y subordinación que prescribe el artículo 2347 del C. C. para que una persona responda civilmente del hecho de otra".

Así planteado el asunto, esta superioridad encuentra que disposiciones vigentes de la ley 33 de 1918 le impiden conocer, por falta de jurisdicción.

En efecto. Las normas aludidas establecen:

"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 (hoy correspondiente al 30 de la codificación de 1936, y se refiere a las expropiaciones en caso de guerra), será responsable la Nación cuando haya redundado en provecho suyo.

Artículo 2º El Consejo de Estado conocerá de las reclamaciones que se inten-

ten contra la Nación por los hechos de que trata el artículo anterior".

Disponen los preceptos transcritos que todo lo relacionado con expropiaciones y daños en propiedad ajena en que sea parte la Nación (que es el motivo de este pleito) es de la competencia del Consejo de Estado. No puede, por tanto, el órgano judicial conocer y fallar en litigios de esta clase. La competencia de jurisdicción inhibe a la Corte para decidirlos.

Ya esta misma Sala de la Corte, en sentencia de 26 de septiembre de 1940, Gaceta Judicial número 1963, página 255, había dicho: Pero como lo observa el expositor Pareja, "hay otras que pudieran llamarse expropiaciones de hecho que son las que las autoridades administrativas llevan a cabo para fines de utilidad pública pero sin observar las formalidades legales; la ley 38 de 1918 — continúa este expositor — contempla el caso de esta última y regula el modo de indemnizar a los perjudicados, dando al Consejo de Estado competencia para conocer de esas reclamaciones, cuando se dirijan contra la Nación".

Debe, por tanto, declararse la nulidad de todo lo actuado en este juicio, según lo ordenado en los artículos 448, 449 y 445 del C. J., sin que sea necesario por tratarse de un caso de jurisdicción improrrogable, poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad que se observa.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara nulo lo actuado en este juicio desde su iniciación, por falta de competencia en el órgano judicial para conocer de él y decidirlo.

En obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 458 del C. J. y como la culpa de la equivocada tramitación del negocio corresponde por igual a los funcionarios que de él han conocido y a las partes, por tratarse de un motivo de nulidad igualmente notorio para todos (la no aplicación de la ley sobre competencia), se condena en las costas del proceso así: las de primera instancia las pagarán, la mitad, los señores Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona, que conocieron del negocio, doctores Nicolás Villamizar Pinto, Luis F. Urbina y Juan de J. Camargo, y la mitad las partes en el juicio; las costas en la segunda instancia se cubrirán, la mitad por el señor Magistrado sustanciador, doctor Aníbal Cardoso Gaitán y la mitad las partes en el juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V.—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. ppdad.

OBJECION POR ERROR GRAVE A UN DICTAMEN PERICIAL

Es preciso no confundir dos cosas jurídicamente distintas: el error grave en un dictamen pericial, y la deficiencia en la fundamentación del mismo. El error supone conceptos objetivamente equivocados y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo, por falta de los requisitos legales necesarios para ello.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios General — Bogotá, junio treinta de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

En el juicio ordinario de Julio S. Cuervo y Florentina Ruiz contra la Nación sobre indemnización de perjuicios, se decretó por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la prueba pericial para determinar el monto de la indemnización a que pueda dar lugar para los demandantes la muerte trágica del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz. (Fl. 84 del cuaderno número 6).

De común acuerdo, los peritos nombrados rindieron su dictamen pericial, y sobre la principal materia a ellos sometida, expresaron el siguiente concepto:

"Cuantía de la indemnización:

"De manera personal hemos indagado y tomado datos sobre los rendimientos que pueda dar la profesión de ingeniería tanto en empresas públicas como en particulares y negocios propios, y hemos encontrado que esos rendimientos fluctúan entre doscientos ($ 200.00) y cuatrocientos pesos ($ 400.00), en el mayor número de profesionales, pues hay ingenieros que obtienen rendimientos de quinientos ($ 500.00), seiscientos ($ 600.00), y setecientos pesos ($ 700.00) y aún más, pero esto ocurre en número menor de casos. En el expediente de este juicio figura el ingeniero director del nuevo acueducto de Bogotá con un sueldo mensual de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00).

"Para buscar el producido mensual que hubiera obtenido el ingeniero Marcos Cuervo Ruiz en su profesión, no optamos por señalar el extremo mayor del standard de producidos por los ingenieros, que sería de acuerdo con los datos que hemos acopiado, de cuatrocientos pesos ($ 400) por mes, ni tampoco el extremo menor, que en la mismas condiciones sería de doscientos pesos ($ 200.00). Buscamos el término medio entre estas dos cantidades y tenemos que Marcos Cuervo Ruiz hubiera producido fácilmente la cantidad de trescientos pesos ($ 300.00) por mes.

"Y como, naturalmente, de esa ganancia debía tomar lo necesario para sus gastos personales, fijamos el veinticinco por ciento (25 %) de esa suma para tales gastos mensuales, porque creemos que con tal porcentaje es suficiente para que viva un ingeniero de las condiciones de Cuervo Ruiz. Además este porcentaje ha sido el señalado para gastos personales en la mayoría de los casos análogos al presente.

'De manera que el producido líquido mensual de Marcos Cuervo Ruiz, descontando los gastos personales, sería la cantidad de doscientos veinticinco pesos

($ 225.00) y su producido líquido anual montaría la cantidad de dos mil setecientos pesos ($ 2,700.00)

"Según las tablas de vida probable que usan las compañías de seguros de vida, un individuo de la edad y demás condiciones personales de Cuervo Ruiz llega a la edad de sesenta y tres años y como el ingeniero de que nos ocupamos murió a los veintiséis años, le quedaban como vida probable treinta y siete años.

"En esa vida probable, con el producido líquido que le hemos asignado hubiera ganado Cuervo Ruiz la cantidad de noventa y nueve mil novecientos pesos ($ 99.900.00). Este sería el valor de los perjuicios causados con su muerte, si se optara por este sistema.

"Pero el procedimiento que hemos escogido consiste en considerar que la persona humana es un capital que produce una renta, y que esa renta está representada por las ganancias líquidas que obtenga o esté en capacidad de obtener determinada persona en sus actividades propias, ya sea mensual o anualmente.

Aí, pues, el ingeniero Marcos Cuervo Ruiz representa un capital que produce una renta líquida mensual de doscientos veinticinco pesos ($ 225.00), y una renta líquida anual de dos mil setecientos pesos ($ 2.700.00).

"Se tiene, que los perjuicios ocasionados con la muerte del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, durante cada año, están representados por la renta líquida que él hubiera producido si no hubiera muerto trágicamente, es decir, están representados por la cantidad de dos mil setecientos pesos ($ 2.700.00).

"Para compensar estos perjuicios basta entregar a los damnificados una suma de dinero tal que a la rata o interés legal, que es el interés que pagan los Bancos a los particulares en consignaciones o depósitos a largo plazo, el seis por ciento anual (6%), que también es el producido o renta que dan la mayor parte de las fincas ya sean rurales o urbanas, produzca la cantidad de dos mil setecientos pesos al año ($ 2.700.00).

"Haciendo las operaciones aritméticas correspondientes se tiene que el capital que colocado al seis por ciento (6%) de interés produce una renta anual de dos mil setecientos pesos ($ 2.700.00), es la cantidad de cuarenta y cinco mil pesos (45.000.00), suma esta con la cual estimamos quedan indemnizados los perjuicios ocasionados por la muerte trágica del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz.

"**Perjuicios morales:**

"En cuanto a perjuicios morales creemos que se debiera señalar alguna suma, porque ella recompensaría, en cierta forma, el dolor moral que los padres del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz sufrieron con motivo del fallecimiento trágico de su hijo, ya que el dinero puede ser y es, en efecto, un medio apropiado de proporcionar distracciones, con las cuales se disminuyen los sufrimientos y el dolor moral de las personas, pero como la Corte Suprema de Justicia también ha sentado la jurisprudencia de que cuando se pagan perjuicios materiales no hay lugar a pagar los perjuicios morales, nos atenemos a esta jurisprudencia y no señalamos cantidad de dinero por perjuicios morales.

"El suscrito, como perito de la Nación, observa que aun cuando la realidad que encuentra en el momento del suceso es la de que el señor Cuervo Ruiz solamente ganaba noventa pesos ($ 90.00) catalogado como Ingeniero estudiante, ha entrado a apreciar las perspectivas futuras del occiso, en virtud de las pruebas que sobre personalidad de Cuervo Ruiz se han allegado al expediente de acuerdo con lo ordenado por ese Honorable Tribunal, sentando como base en este peritazgo la tesis de considerar todo el conjunto de la vida humana como un capital apreciable por sus rendimientos reales y posibles.

"Avaluamos, pues, en **cuarenta y cinco mil pesos** ($ 45.000.00) el monto de los perjuicios sufridos por la muerte del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, demanda-

dos por sus legítimos padres en este juicio". (Fl. 157 vto., cuaderno Nº 6).

El señor Fiscal del Tribunal mencionado objetó por error grave dentro del término legal, el referido dictamen pericial y funda su objeción en estas consideraciones:

"La prueba pericial en referencia fue decretada por auto de 2 de marzo de 1939, en los siguientes términos:

'Decrétase el avalúo por medio de peritos que nombrarán las partes en forma legal dentro de la ejecutoria de este auto, del monto de los perjuicios demandados para cuyo avalúo tendrán en cuenta principalmente los elementos a que se refiere el punto XVI mencionado del memorial de pruebas'.

"De conformidad con esta referencia los peritos deben fijar el monto o cuantía de los perjuicios o indemnización, teniendo en cuenta lo siguiente:

'a) Todos los elementos y pruebas que figuran en autos; b) La edad, condiciones y capacidad, profesión, posición social y demás circunstancias personales del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz; c) La carrera o profesión de ingeniero civil a que se hubiera dedicado el ingeniero Marcos Cuervo Ruiz con sus resultados pecuniarios en atención a sus capacidades, preparación, actividad, don de gentes, simpatía, cumplimiento y demás condiciones que poseía el ingeniero Marcos Cuervo Ruiz; d) El modo como generalmente se calcula dichos perjuicios e indemnizaciones, así como también los producidos o rendimientos que puede tener un ingeniero de primera categoría, como lo hubiera sido Marcos Cuervo Ruiz en el ejercicio de su profesión, según las muestras que de ello había dado y estaba dando y el hecho cierto de ser uno de los mejores estudiantes de la Facultad Nacional de Matemáticas e Ingeniería, su vocación por la profesión a que se había dedicado, que ya había terminado estudios profesionales de ingeniería civil y todos los demás elementos procedentes de la pericia y conocimientos de los expertos; e) Todos los elementos o medios de establecer el monto de los perjuicios o indemnizaciones que aporten al juicio los peritos, lo mismo que lo que sea adoptado en la práctica en casos semejantes'.

"Como se ve, los puntos a) y b) se concretan a la realidad procesal, porque los elementos y pruebas a que se refieren suministran o pueden suministrar una pauta más o menos segura para la determinación de la cuantía de los perjuicios o de la indemnización.

"No sucede lo mismo con los pormenores de los puntos c) y d), puesto que esos particulares no contienen hechos ciertos, sino hechos contingentes, sometidos a un futuro más o menos remoto y aleatorio, que no se compadece con la realidad que se trata de apreciar.

"Indemnizar es resarcir un daño o perjuicio compensándolo en dinero y dice relación a una situación cierta y real, que debe estimarse en el momento mismo en que sobreviene el perjuicio o daño. Las circunstancias futuras quedan entonces descartadas de toda apreciación, porque son contingentes y variables y no pueden estar sometidas a los sentidos para que los peritos puedan exponer sobre ellas según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda. Dentro de este orden de ideas el artículo 721 del Código Judicial cuando trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica implica el conocimiento y apreciación de una realidad sometida a los sentidos, para formar una inferencia que va de lo conocido a lo desconocido.

"La interpretación anterior induce a la crítica del dictamen pericial que parte de supuestos que no pueden comprobarse, ni encuentran asidero en las pruebas del proceso, como ha acontecido con la fijación de la suma de $ 45.000 como monto de la indemnización por la muerte trágica del señor Marcos Cuervo Ruiz, asignando a éste un producido líquido mensual de $ 225.00 y un producido líquido

anual de $ 2.700.00, cuando los emolumentos que percibía en la empresa apenas alcanzaban a un jornal diario de $ 3.00 moneda corriente. Ha habido, pues, una involucración, un error grave, al desechar los datos ciertos y precisos del expediente, para acoger otros que se basan en hechos contingentes y variables, que no encuentran respaldo en la realidad.

"Pero se dirá que el auto del Tribunal decretó la prueba en la forma solicitada por la parte demandante, teniendo en cuenta los elementos del memorial de pruebas; objeción que se desvanece al considerar el objeto mismo de la demanda, la naturaleza de la acción intentada, que no es otro que la reparación de un perjuicio cierto, que sólo puede determinarse en el momento mismo de la muerte del señor Cuervo Ruiz, según lo impone la lógica de la litis.

"La misma solicitud de la parte demandante al enunciar la práctica del peritazgo, da lugar a esta interpretación. Decir 'que por medio de peritos, nombrados en forma legal, se avaluó el monto de los perjuicios, o la indemnización a que haya lugar, causados por la muerte trágica del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz', es limitar la misión de los expertos a los hechos que puedan constatar personalmente, basados en los datos y elementos allegados al expediente y en el tiempo coetáneo a la muerte trágica del señor Cuervo Ruiz. Y si los referidos expertos traspasan los límites de dicha prueba hasta llegar a hacer una apreciación de los perjuicios que hubieran podido causarse, o desdeñan la realidad actual (en momento de la muerte), tomando como premisas hechos desconocidos o suposiciones de hechos futuros, tal extralimitación envuelve error grave que vicia el dictamen y puede ser reclamado dentro del término del artículo 720 del Código Judicial.

"Finalmente, cabe observar que si los peritos se creyeron autorizados para dictaminar sobre los puntos c) y d) del memorial decretado por auto de 2 de marzo de 1939, debieron hacerlo separadamente y sin involucrarlo con la apreciación de los perjuicios reales a que se refieren los puntos a) y b) del mismo memorial, puesto que estos últimos mencionan los documentos y pruebas que figuran en los autos y las condiciones, capacidades, etc., y demás circunstancias personales del señor Marcos Cuervo Ruiz en el momento de su muerte". (Fl. 1 del cuaderno número 5-bis).

El Tribunal de la causa resolvió la articulación respectiva declarando infundadas las objeciones propuestas, y por apelación de esta providencia, ha subido el negocio a esta Superioridad. Tramitada la alzada en la forma de rigor, se procede a resolver lo que sea de justicia.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al evacuar el respectivo traslado, dictaminó así:

"Las objeciones fueron formuladas sobre la base de haberse incurrido en error grave en el dictamen, error que se hace consistir en lo siguiente:

".....

"A este propósito cabe hacer valer la observación hecha por la Procuraduría en un caso análogo al que se discute, observación que es de este tenor:

'Es preciso no confundir dos cosas jurídicamente distintas: el error grave en un dictamen pericial, y la deficiencia en la fundamentación del mismo.... El error supone conceptos objetivamente equivocados y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo, por falta de los requisitos legales necesarios para ello'.

"Pues bien: los defectos atribuídos al dictamen de que se trata, por una parte, consistentes en que no están debidamente probados los hechos futuros e incier-

tos de que derivan los perjuicios de esas mismas características, no envuelven error por cuanto unos y otros son fruto de procesos dialécticos basados en conocimientos científicos especiales que responden a su propia realidad. Bien puede haber sí una deficiencia en su fundamentación, ya que si no está demostrada la existencia de los hechos de donde parten los peritos, tampoco puede asegurarse a priori que tales hechos sean contrarios a la verdad. Y esta deficiencia en la fundamentación del dictamen puede llegar a hacerse patente cuando — en momento procesal que aún está por llegar— en su estudio y análisis de fondo, el criterio simplemente tecnológico con que se le concibió— criterio éste que compete a los peritos en su carácter de funcionarios auxiliares— sea supeditado por el criterio estrictamente jurídico que ordena en definitiva las decisiones del juzgador.

"En cuanto al otro aspecto de las objeciones, en opinión del suscrito tal separación en el dictamen no es operante por cuanto los peritos se ajustaron, en relación a la parte formal de su experticio, a lo ordenado por el Juez en el auto respectivo. Obraron así ellos dentro de lo que podríamos llamar el 'ajuste formal' de la prueba, el cual no puede ser desatendido, una vez en firme procesalmente, sin peligro de debilitar o anular la eficacia legal de la probanza".

"A la transcrita opinión del Agente del Ministerio Público, que la Corte acoge, en tesis general, por considerarla ajustada a derecho, se añade, la carencia de pruebas del error imputado, ya que, como lo observa el Tribunal a quo, sobre el objetante pesa la obligación procesal de establecer ese error mediante elementos probatorios tangibles y adecuados.

Ya en este mismo asunto, en un incidente sobre ampliación del dictamen pericial, se dijo lo siguiente:

"Basta leer el dictamen pericial para formar el convencimiento de que en su exposición los expertos se concretaron a los puntos cuyo examen les fue sometido, según el auto admisorio de la prueba, auto que por tener ya el sello de la ejecutoria, no podría ser modificado. Si el señor Fiscal estimaba que no se podía decretar la prueba en la forma en que se hizo, expedito le quedaba el recurso de reposición.

"Por haber dejado ejecutoriar, sin reclamación alguna, aquel auto, se ha creado una situación inmodificable en lo que respecta a la prueba de que se trata. Fijados los puntos sobre los cuales ha de recaer la peritación, el juez examina si los peritos se han atenido o no a las enunciaciones hechas por él, y sólo en caso negativo deberá acceder a la ampliación del dictamen pericial, o decretarla de oficio. En el caso sub-judice no ve el juzgador la necesidad de la ampliación solicitada por no advertirse ni oscuridad ni deficiencia en la exposición, la que, no importa repetirlo, se concretó a los puntos señalados por el Tribunal y consentidos por la contraparte. Como lo observa el Tribunal, la solicitud del señor Fiscal entraña una modificación de la prueba, lo cual no es admisible".

Si no se encontró fundamento para la ampliación del dictamen, menos podría hallarse para declararlo afectado de error grave. ¿Cuál es el hecho evidentemente erróneo que sirvió de base al dictamen y sin el cual los peritos habrían llegado a una conclusión diferente de la que adoptaron? El excepcionante no lo ha señalado. Las alegaciones del objetante estarían bien en el alegato de bien probado, cuando se vaya a fallar en definitiva, pues es en la sentencia de esta índole en donde, en último análisis, se hace la apreciación del dictamen pericial.

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 materia de la alzada, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha de 18 de octubre de mil novecientos cuarenta.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

TRAGEDIA DEL CAMPO DE SANTA ANA — PERJUICIOS — RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR LOS ACTOS DE SUS AGENTES AUTORIZADOS EN DETRIMENTO DE LOS DERECHOS CIVILES DE TERCEROS — ANTE EL CAMPO DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO — DAÑO MORAL Y SU REPARACION

1. En la jurisprudencia colombiana se ha aceptado la doctrina de que las entidades de derecho público, es decir, la Nación, los Departamentos y los Municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros. (Artículos 2341 y 2347, C. C.) La norma fundamental de dicha responsabilidad la dan principalmente los artículos 2347 y 2349 del Código Civil que están encaminados a regular las consecuencias del hecho dañoso de personas que están bajo la dependencia de otras. Los artículos 2341 y 2345 contienen los principios normativos de la responsabilidad delictual y cuasidelictual originados en el hecho personal; y son los artículos 2346 y siguientes hasta el 2349 y luégo el 2352, los que sancionan la responsabilidad indirecta proveniente del hecho de otro. Situando la responsabilidad del Estado en el Código Civil se explica únicamente por aplicación, conforme se dijo, de los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinándolos con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a tercero con motivo del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado, regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en falta de vigilancia y mala elección de su representante, mandatario o dependiente; presunción que se destruye probando la ausencia de culpa, o sea, que así en la elección del empleado, como en el desarrollo del hecho, causante del perjuicio, el dueño usó de los recursos que un hombre avisado y diligente emplearía en situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente, como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de éste, en forma tal que el comitente no tuvo medio de prever o impedir el daño. El Estado, en una palabra, está obligado a tomar aconsejadas medidas de prudencia para no causar perjuicio a terceros por obra de sus agentes. Así, pues, en el hecho del teniente Abadía que ocasionó la tragedia de Santa Ana, con la responsabilidad personal de éste corrió parejas la indirecta del Estado, derivada del hecho de que el primero causó el daño con ocasión del servicio que estaba prestando, de volar y hacer ante la multitud que presenciaba las maniobras militares en el campo de Santa Ana, ejercicios acrobáticos. Que el aviador en un momento dado de sus evoluciones aéreas quebrantara determinada orden superior, no es circunstancia que lo coloque fuera de la misión que se le confió, hasta el punto de desvincular al Estado del daño causado; esa cir-

cunstancia apenas significa que el servicio se prestó mal, y esa falta es precisamente la base en que descansa la responsabilidad del Estado. — 2. En el campo del derecho administrativo cabe también la responsabilidad derivada de aquellos daños que la administración ocasione a los particulares con motivo de la gestión de los servicios públicos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio treinta de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En la tragedia aérea del campo militar de Santa Ana, Usaquén, acaecida el día 24 de julio de 1938, murió el joven Luis Alberto Jiménez Martínez, de diez y nueve años de edad, a consecuencia de habérsele fracturado el cráneo por el choque del avión militar allí estrellado ese día sobre la multitud que presenciaba las maniobras. El avión que se estrelló y causó, entre otras muchas, la pérdida de esa vida era de propiedad de la nación e iba conducido por el piloto teniente César Abadía, de la aviación militar, quien, como es bien sabido, también pereció en el mismo accidente.

La madre del occiso, señora Paulina Martínez viuda de Jiménez, demandó a la nación, representada por el señor agente del ministerio público, para que mediante los trámites del juicio civil ordinario, se la condene a pagarle los perjuicios provenientes de la muerte del joven Martínez, quien era el único sostén de su madre y hermanos menores, y devengaba un sueldo mensual de $ 50, como empleado de la oficina médica del doctor Gustavo Esguerra Serrano. Privada la demandante del apoyo que le prestaba su hijo, se encuentra sumida, dice, en la mayor miseria.

La demanda se basa en el concepto de que la nación es responsable de los daños causados por el accidente, bien por la imprudencia del piloto, o el mal estado del aparato, o en todo caso porque implica el mal funcionamiento de un servicio público, cuyas consecuencias en contra de terceros corren a cargo del Estado.

El señor agente del ministerio público al contestar la demanda, negó la causa o razón en que ella se funda, alegando que la nación no es responsable civilmente de la muerte del joven Jiménez.

Finalizada la primera instancia, el tribunal superior de Bogotá, en sentencia del 27 de marzo, de 1939, absolvió a la entidad demandada, en razón de ausencia total de pruebas de los hechos propuestos.

La demandante apeló de tal fallo. Venido a la Corte el asunto, abrióse nuevamente a pruebas, término aprovechado por el demandante para allegar las que creyó suficientes. A la luz de ellas, y después de haber recogido los alegatos de las partes, la Sala entra a resolver.

CAPITULO I

Las causas de la tragedia

Entre los documentos de origen oficial traídos en copia al proceso son de trascendental importancia el informe que el capitán Jesús M. García B., jefe de operaciones de la dirección general de aviación, rindió ante una de las comisiones encargadas por el ministerio de guerra de la investigación de las causas del siniestro; y el memorandum del general Luis Acevedo y mayor Ernesto Buenaventura relativo a las investigaciones hechas por las comisiones técnicas con motivo del mismo.

El primero declaró:

"Se había dispuesto que desde el 18 se iniciara en Palanquero el entrenamiento de los pilotos para participar en la revista, pero por falta de gasolina no fue posible iniciar este entrenamiento desde la fecha indicada, ni en el lugar propuesto que fue Palanquero. Sólo vino a iniciarse este entrenamiento en Madrid desde el

miércoles 20 de julio. Se ordenó que los pilotos de la escuadrilla de caza, compuesta de máquinas Hawk tuviera entrenamiento en dichas máquinas por la mañana y por la tarde en los días miércoles, jueves, viernes y sábado, entrenamiento que se llevaría a cabo, bajo el control del teniente Abadía, comandante de dicha escuadrilla, quien informó el sábado que hasta por la mañana se hará entrenamiento por ser suficiente para los números en que iba a participar la aviación. Se dispuso que tomaran parte en la revista 3 trimotores JU, 6 Falcon, 9 Hawk, 12 máquinas de escuela P. T., quedando de reserva un avión de cada tipo monomotor. Desde el 18 de julio se dieron las órdenes sobre la formación en que desfilaría la aviación y los ejercicios que efectuarían las máquinas de caza. Se dispuso que la aviación cumpliera el siguiente programa:

El escuadrón desfilaría en "V" de elementos en el siguiente orden: Aviones P. T.: 150 metros de altura; aviones Falcon: 250 metros; aviones Hawk: 350 metros; aviones JU: 450. Terminada esta pasada en formación, las máquinas JU procederían a aterrizar; los P. T. harían el círculo de lufberry a una altura de 300 metros. Terminada esta maniobra por las escuadrillas de P. T. y Falcon, procederían a aterrizar en el campo de Techo, en el orden P. T. y Falcon. Despejando el campo entrarían los Hawk en número de cinco a hacer la acrobacia en formación, consistente en un looping y una flor de lis. Terminado este ejercicio, continuarían con la carrera del ratón, con todas las nueve máquinas Hawk. Desde el 19 de julio tuvieron conocimiento todos los comandantes de escuadrilla de la altura a que debían volar, advirtiéndose al comandante de la escuadrilla de caza que la mínima altura para sus maniobras sería de 500 metros, aunque después, en reunión con el señor Director, se dispuso que la mínima altura de vuelo para estas máquinas sería de 150 metros, de acuerdo, dicha orden, con lo hablado por el mayor Méndez Calvo en reunión que tuvo con el señor Inspector General del ejército.

La orden sobre maniobras, a que me he referido, se comunicó a los comandantes de base, por medio de copias, y el teniente Abadía personalmente recibió una copia de la misma orden. Al teniente Abadía se le comunicó desde el viernes 22 por la tarde el lugar donde se debían efectuar las maniobras que le correspondían a las escuadrillas de caza. El punto sobre el cual debía efectuar esas maniobras era el tanque de la estación de Usaquén.

La dirección de aviación me nombró como comandante del escuadrón que debía participar en el desfile aéreo el día 24 y mis funciones las ejercía en el campo de Techo, motivo éste por el cual no pude hallarme en el campo de Santa Ana, el día de la revista. Como comandante del escuadrón y de acuerdo con las instrucciones del señor Director de Aviación daría a los pilotos la orden para subir a las máquinas diez minutos antes del decolaje de los aviones. Estas órdenes las recibí del señor mayor Méndez Calvo, director de aviación, por radio, comunicadas desde Santa Ana. Igualmente recibí la orden de repetir como al efecto lo hice, antes de la salida de los aviones, la orden de que la maniobra debería ejecutarse a una altura no menor de 150 metros".

Del memorandum es el siguiente capítulo:

"Causas probables del accidente.—Según las declaraciones de una y otra comisión y de los testigos que apaercen citados, la maniobra del "rollo lento" se inició a una altura inferior a la de 150 metros, señalada como mínima por órdenes superiores citadas atrás. De las mismas declaraciones se deduce que la tantas veces citada maniobra del "rollo lento" se inició sobre el campo mismo de la revista y no en la zona indicada para los ejercicios acrobáticos. Según los dos informes y algunas declaraciones, la maniobra del "rollo lento" se llevó a cabo normalmente, lo que indica que hasta la terminación de ella, los comandos obedecían

con regularidad y que el piloto estaba consciente de lo que hacían. Pero se presentó un deslizamiento o patinada (circunstancia admitida por los dos informes y por algunas declaraciones) que hizo perder altura al avión y que se considera por la primera comisión como "normal en esta clase de maniobra, especialmente si se toma en cuenta la altitud", y por la segunda comisión como motivado por una de dos causas: a) falta de habilidad del piloto, b) traba en los comandos. La segunda comisión se inclina a considerar como causa determinante del accidente, la segunda, como quiera que el teniente César Abadía, era uno de los mejores pilotos de caza y había ejecutado, sin contratiempo, numerosas veces, la misma maniobra. La primera comisión atribuye el accidente "al hecho de iniciar una maniobra acrobática a unos 30 metros de altura, sobre el suelo de la sabana de Bogotá, con una presión atmosférica de sólo 560 mm. y sobre un campo recalentado por el sol y colmado de multitud, donde podía preveerse la presencia de zonas atmosféricas enrarecidas por efectos térmicos, constituye un error técnico por parte de cualquier piloto experto en acrobacias". El mantenerse en vuelo invertido, aunque fuera por pocos instantes dentro de las circunstancias anotadas, y especialmente a la altura en que se encontraba sobre el campo, constituye una nueva temeridad que también debe considerarse como error en un plioto experimentado". Una y otra conclusión son hipótesis aceptables, porque hay que admitir que la maniobra conocida con el nombre de "rollo lento", que consiste en hacer girar lentamente el avión 360º sobre su eje longitudinal, es una de las más difíciles de ejecutar con perfección y que la altura sobre el nivel del mar influye poderosamente a complicar su ejecución. No se puede descartar tampoco la hipótesis de que el accidente fuera motivado por una y otra causa, porque si la desviación del timón de dirección hubiera ocurrido a una altura superior, de acuerdo con el dictamen de los peritos que integraban la segunda comisión, quizá el piloto hubiera podido evitar el accidente o al menos disminuír sus proporciones. — Bogotá, 3 de septiembre de 1938.—(Fdo.) LUIS ACEVEDO. — (Fdo.) ERNESTO BUENAVENTURA, Mayor. — Al señor Ministro de Guerra. — E. S. D."

Los artículos 3º, 4º, 5º y 6º del reglamento general de tránsito y vuelos relativos a acrobacias que adoptó el gobierno y rige en Colombia, dispone lo siguiente, según el certificado expedido por el ministerio de guerra (fl. 17 v. del cuaderno número 3):

"Artículo 3º Restricción general: No debe efectuarse ninguna maniobra acrobática con aviones equipados con tanques que puedan ser sueltos en vuelo.

Artículo 4º Altura mínima: Toda maniobra acrobática debe terminarse a una altura no menor de 500 metros.

Artículo 5º Prohibición: No podrá volar un avión acrobáticamente sobre: a) Ciudades, poblaciones, etc. b) Aeródromos, parques, estadios, etc. c) Agrupaciones de personas al aire libre.

Artículo 6º Cerca a ciudades, aeródromos, etc.: Cuando se efectúen maniobras acrobáticas cerca a aeródromos, ciudades, etc.: la distancia horizontal mínima calculada desde los límites de éstos no debe ser menor de mil (1,000) metros.

La violación de este reglamento en lo tocante a la altura mínima de 500 metros para los vuelos acrobáticos fue expresamente autorizada por los altos funcionarios del ramo de aviación del ministerio de guerra, según se desprende del texto de la declaración preinserta del capitán García, y queda confirmada con la copia del siguiente radiograma puesto desde el mismo campo de Santa Ana al capitán García antes de empezar la revista militar:

"URGENTE. — Santa Ana, julio 24 de

de 1938. — Capitán García Bonilla. — Techo. — Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén, altura no menor 150 metros. Informarásele permanentemente estado revista.—Mayor MENDEZ, Dirgenav."

Como era lo natural, la Dirección General de Aviación contaba con el dato de la calificación de servicios del teniente Abadía hecha por el anterior Director en el año de 1937; en ella estaba considerado aquél "como de los mejores pilotos de caza que tiene la aviación militar; es el piloto de caza por excelencia", por lo cual en concepto del mismo director "merece el ascenso a capitán por su consagración a su arma y a su profesión". Pero al lado de esta calificación figura esta otra: "Aptitudes para el mando: le falta seriedad para comandar..... Es un verdadero militar en campaña; en paz es muy "juguetón".

Y que el teniente Abadía violó a su turno la orden irreglamentaria que le dieran sus superiores de no volar a una altura menor de 150 metros lo comprueba la siguiente atestación del Ministerio de Guerra: "El Ministerio de Guerra ha considerado siempre como plenamente demostrado que el teniente Abadía inició su última maniobra, rollo descendente, a una altura inferior a ciento cincuenta (150) metros" (fl. 24 v. del mismo cuaderno.

Todos los documentos citados son de origen oficial, relativos a las investigaciones técnicas que el gobierno adelantó con el concurso de expertos para descubrir las causas del siniestro de Santa Ana; constituyen así elementos de insospechable imparcialidad, que por provenir de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones forman plena prueba al tenor de la ley: en ellos es por lo tanto lo natural e indicado asentar el juicio y la convicción del juzgador en orden a determinar cuál es la responsabilidad civil del Estado, frente a la lamentable tragedia de la revista militar aérea del 24 de julio de 1938, que tántas y tan preciosas vidas segó, fuera también de otro gran cortejo de cuerpos que quedaron mutilados o con lesiones graves o leves de carácter temporal.

Sin ningún esfuerzo fluyen fácilmente a la mente las causas inmediatas y mediatas de la tragedia: emergen las primeras de la temeraria osadía del aviador que contrariando la orden superior hace sus peligrosas y arriesgadas acrobacias a alturas prohibidas menores de 150 metros sobre el propio campo en donde se agrupaba una densa multitud que desprevenida y confiada asistía a las maniobras; y provienen las segundas, de la despreocupada actitud con que los directores del arma aérea observaron los reglamentos de vuelo, que ellos debían saber se habían dado para mantener la disciplina del servicio y la mayor seguridad en las maniobras de los pilotos, autorizando que las acrobacias que se iban a efectuar en el campo de Santa Ana se efectuaran a alturas irreglamentarias menores de 500 metros; irregularidad que unida a la no menos grave de otorgar el comando de la escuadrilla a un piloto considerado oficialmente como indisciplinado y "falto de seriedad para comandar", prepararon el camino para que el desastre se consumara.

En uno de los ensayos preliminares de la revista el teniente Abadía violó órdenes relativas al reglamento de vuelos por causa de lo cual hubo de ser sancionado, según lo certifica el Ministerio de Guerra (fl. 17 del c. citado, punto D.) No obstante este nuevo antecedente acerca de la conducta del referido oficial, originado precisamente en vísperas de la realización de las maniobras aéreas y con oca-

sión de sus preparativos, acontecimiento que ha debido acentuar la desconfianza hacia la corrección y cuidado con que el mismo oficial cumpliera en la revista las órdenes superiores dado su comprobado modo de ser, revelado también en el detalle de que da cuenta el memorandum del general Acevedo y mayor Buenaventura, de haber dejado de concurrir el teniente Abadía a la reunión de los oficiales designados para actuar en la revista, reunión verificada el sábado 23 de julio en la oficina del Director General de Aviación y en la cual los pilotos iban a recibir en corporación las respectivas instrucciones militares sobre la altura del vuelo y el sector en donde los ejercicios debían desarrollarse, por lo cual el teniente Abadía no recibió ese día las instrucciones sino después y ya individualmente; sin embargo de todos esos sugestivos detalles y llamativas irregularidades diósele el mando de la escuadrilla. La suma imprudencia de esa designación se hace más notoria, habida consideración de la serie de arriesgadas acrobacias que irían a desarrollarse ante inmenso público; siendo una de ellas la conocida con el nombre de "Carrera del Ratón", que consiste en lo siguiente, según la explicación que dio el Director de Navegación Aérea: el avión que vuela adelante de todos elige la dirección de vuelo y los ejercicios acrobáticos que quiera dentro de los fijados con anterioridad, ejercicios que deben ser repetidos por los otros aviones que deben seguir al primero, conservando su formación.

La grave responsabilidad que surge de los hechos anteriores está lejos de aminorarse con la orden que los aviadores recibieron, según el radiograma del 24 de julio atrás inserto, de efectuar las maniobras al norte del campo donde iba a desarrollarse la revista, sobre el tanque de la estación del ferrocarril en Usaquén, orden que no cumplió el teniente Abadía y otro de los aviadores que componían su escuadrilla, y cuyo quebrantamiento fue el factor directamente determinante del siniestro con la gravedad que él asumió. La transgresión voluntaria de ese mandato envuelve sin duda una falta del piloto, en el cumplimiento de sus funciones, mas esta falta no le quita al infractor el carácter de funcionario en misión especial con que estaba obrando, porque equivale al mal e irregular desempeño de la función, y esto es precisamente lo que origina la responsabilidad civil, según la doctrina jurídica.

En realidad el teniente Abadía, por su temeridad e indisciplina, causó directamente la tragedia, de la cual él fue la primera víctima. Pero al lado de esta falta personal del piloto, que como luégo va a verse, no exonera a la nación de soportar las consecuencias civiles del accidente, existe bien definida y acentuada la responsabilidad de los directores de la aviación colombiana que organizaron la revista aérea, por la imprevisión con que dirigiéronla, desconociendo los artículos del reglamento de vuelos tendientes precisamente a evitar la caída de naves en sitios de aglomeración de personas, y poniendo de jefe de la escuadrilla de acrobacias a un piloto que no podía darles seguridad de la seriedad y de la eficacia del comando. Son dos responsabilidades de gran relieve y paralelas, tan notoria y grave la primera como la segunda y que combinadas generan la responsabilidad de la Nación.

CAPITULO II

La responsabilidad del Estado

Sea ante las disposiciones del Código Civil que reglamentan la culpa aquiliana, y a cuya luz la jurisprudencia colombiana ha venido examinando y juzgando los actos culposos de los agentes del Estado que en tal calidad infieren daño a terceros; o sea ante la teoría que el derecho administrativo suministra para establecer la responsabilidad del Estado ante el daño a terceros por los actos de sus agentes y llamada "de las faltas del ser-

vicio"; con cualquiera de esos dos criterios que se emplee, aun el del subjetivo del Código Civil, resulta gravemente comprometida la responsabilidad civil del Estado colombiano, y por ende fundada la acción de reparación de daños que contra él ha dirigido la demandante, en su calidad de madre de Luis Alberto Martínez, una de las víctimas que perecieron en el accidente.

1º Ante el criterio del Código Civil.

En la jurisprudencia colombiana se ha aceptado la doctrina de que las entidades de derecho público, es decir, la nación, los departamentos y los municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros. A esta doctrina se le ha dado apoyo en los artículos 2341 y 2347 del Código Civil.

La Corte en sentencia de 20 de octubre de 1898 sentó la siguiente doctrina reiterada después en numerosos fallos:

"En materia de delitos y culpas, la jurisprudencia se halla perfectamente de acuerdo en hacer recaer sobre los comitentes la responsabilidad de los agentes, aun por la mala elección que de ellos se haga. Un empresario de transportes, por ejemplo, que tiene a su servicio empleados que por su negligencia, malicia o descuido causan daños a las personas o a las cosas, se hace responsable de las faltas de sus dependientes, por no haber puesto el debido cuidado en su elección y haber empleado a personas que no tienen las condiciones requeridas para el buen desempeño de su cargo. El rigor de estos principios es mayor, si cabe, cuando se trata de los hechos de empleados públicos en relación con la entidad que los nombra".

Y más recientemente, en sentencia del 17 de junio de 1938, que condenó a la nación a pagar una indemnización a los herederos de las víctimas de un accidente ferroviario, la Corte sustentó la misma teoría:

"Tratándose, como se trata, de una entidad de derecho público, el acto de sus agentes o representantes compromete a dicha entidad.

"La responsabilidad civil para reparar el daño resulta en esas condiciones de los actos de quienes, como agentes del Estado, obran en el ejercicio regular de sus funciones. Por lo demás, aunque no se tratara de un agente o representante del Estado, cuando los tratadistas basamentan la responsabilidad por hechos de terceros en una sanción por falta en la elección o la vigilancia, están preconizando fórmulas justificativas doctrinarias para hacer recaer la responsabilidad en quien no hizo directamente el daño.

"Toda persona es responsable por los daños que cause, bien haya ejecutado el hecho o incurrido en omisiones personalmente o por medio de las personas que de ella dependen, conforme aparece de los artículos 2341, 2347 y 2356 del C. C.

"El 2347 establece el principio de la responsabilidad por hechos ajenos, y entre los ejemplos que trae cabe perfectamente el caso de los funcionarios públicos, ya que la enumeración que allí se hace es meramente ilustrativa". (Gaceta Judicial, tomo 46, pág. 886, col. 2ª).

Acorde con estas doctrinas el señor procurador delegado en lo civil, defensor de la nación en este pleito, dice que "No está en el derecho administrativo, como sostiene el señor apoderado de la parte demandante, sino en el derecho civil positivo, vale decir en el Código Civil, la causa generadora de la obligación del Estado de reparar el daño que por medio de sus órganos se cause a las personas.

"El Estado obra por medio de sus órganos a la manera de una persona física por medio de los suyos. Y si en su actividad causa perjuicio a las personas, queda sometido a las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual, extensiva a toda clase de personas. No debe perderse de vista que el Estado es, según nuestro estatuto civil, una persona

jurídica, es decir, una entidad que puede adquirir derechos y contraer obligaciones civiles.

"La fuente legal directa de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, se halla en los artículos 2341 y 2347 del Código Civil. En manera alguna puede encontrarse en un precepto de la Constitución nacional, norma suprema de la organización del Estado; ley de leyes; pero en la cual no puede buscarse la fuente inmediata y directa de una obligación civil".

Si de acuerdo con las doctrinas anteriores y la tesis del señor procurador la fuente de responsabilidad del Estado por el daño causado a terceros por razón del hecho de sus empleados, radica exclusivamente en el Código Civil, la norma fundamental de dicha responsabilidad la dan principalmente los artículos 2347 y 2349 de tal obra, que están encaminados a regular las consecuencias del hecho dañoso de personas que están bajo la dependencia de otras. Los artículos 2341 a 2345 contienen los principios normativos de la responsabilidad delictual y cuasidelictual originada en el hecho personal; y son los artículos 2346 y siguientes hasta el 2349 y luego el 2352, los que sancionan la responsabilidad indirecta proveniente del hecho de otro.

La Corte en sentencia de casación del 12 de mayo de 1939, publicada en la Gaceta Judicial número 1937, tomo XLVIII, página 27, dijo lo siguiente después de haber indicado que las disposiciones del título 34 del Código Civil hállanse clasificadas en tres grupos distintos, según sea el carácter del hecho dañoso de que se trate:

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

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

Situando la responsabilidad del Estado en el Código Civil se explica únicamente por aplicación, conforme ya está dicho, de los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinándolos con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a tercero con ocasión del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado, regulada por el artculo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en falta de vigilancia y mala elección de su representante, mandatario o dependiente; presunción de culpa consistente en falta de vigilancia y mala elección de su repre-

sentante, mandatario o dependiente; presunción que se destruye probando la ausencia de culpa, o sea que así en la elección del empleado (préposés, llaman los franceses), como en el desarrollo del hecho, causante del perjuicio, el dueño usó de los recursos que un hombre avisado y diligente emplearía en situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente, como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de éste, en forma tal que el comitente no tuvo medio de prever o impedir el daño.

Sentados estos principios, que son los que a la luz del Código Civil sirven para aplicar la responsabilidad del Estado por la acción de sus agentes, y vistas las causas debidamente demostradas en este juicio que originaron la tragedia de Santa Ana, resulta fundada la acción de indemnización instaurada por la madre de Luis Alberto Jiménez, muerto por el avión militar que piloteaba el teniente Abadía.

Antes que haberse desvirtuado la presunción de culpa en contra del Estado por falta de vigilancia y mala elección, los documentos oficiales en que la actora se apoya, dejan establecido no ya una presunción, sino la plena prueba de que al desarrollo de aquella tragedia contribuyó la circunstancia de no haberse tomado por parte de los superiores del teniente Abadía aconsejadas medidas de previsión. De manera que con la responsabilidad personal del teniente Abadía corre parejas la indirecta del Estado, derivada del hecho de que el primero causó el daño con ocasión del servicio que estaba prestando, de volar y hacer ante la multitud que presenciaba las maniobras militares en el campo de Santa Ana, ejercicios acrobáticos. Que el aviador en un momento dado de sus evoluciones aéreas, quebrantara determinada orden superior, no es circunstancia que lo coloque fuera de la misión que se le confió, hasta el punto de desvincular al Estado del daño causado; esa circunstancia apenas significa que el servicio se prestó mal, y esa falta es precisamente la base en que descansa la responsabilidad del Estado.

2º **Ante el criterio del derecho administrativo.**

El criterio del derecho civil ha prestado en Colombia invaluables servicios a la jurisprudencia para hacer efectiva la responsabilidad de la administración por el daño causado a terceros por las faltas de los funcionarios en la prestación de los servicios públicos. Nuestra doctrina, sin hacer la distinción formulada en otras partes, entre el daño individual según provenga de actos de gestión privada del Estado sobre su patrimonio y actos de gestión sobre los servicios públicos, ha admitido de manera general la responsabilidad del Estado, trátese de gestión pública o de gestión privada, con el auxilio del criterio del derecho civil. Con lo cual entre nosotros, todo daño concreto causado por la administración, excepto cuando obra como poder público soberano, ha podido ser indemnizado, mediante acciones civiles de reparación y sin necesidad de recurrir a la doctrina administrativa.

La teoría de derecho administrativo de la responsabilidad del Estado por las llamadas faltas de servicio se originó de que entre antiguos doctrinantes se sostuvo el llamado sistema regaliano, según el cual sólo los actos de gestión privada del Estado son susceptibles de comprometer su responsabilidad, por aplicación de los principios del derecho civil como a otra persona moral cualquiera. Pero decíase que el Estado soberano precisamente por serlo, no podía ser demandado para responder de los perjuicios ocasionados por la gestión administrativa de los servicios públicos.

Contra esta escuela reaccionaron muchos y prestigiosos tratadistas que consideran que el Estado, supremo definidor del derecho, está sometido a la ley moral, en cuya virtud, independientemente de la responsabilidad que en el campo de la actividad de la administración, a modo de persona moral privada, que contrata y

gestiona como éstas, puede derivarse de las normas del derecho civil, cabe también la responsabilidad derivada de aquellos daños que la administración ocasione a los particulares con motivo de la gestión de los servicios públicos.

'Se dice que la generalización del criterio del derecho civil para juzgar todos los casos de responsabilidad del Estado por faltas de los funcionarios es deficiente; porque la existencia del empleado es un hecho ineludible para la administración; y dado el modo en que conforme a los reglamentos legales se hace su nominación, es imposible acusar al Estado de falta de diligencia y cuidado en la designación de sus funcionarios. El empleado no es un mandatario de la administración al modo del subalterno de una persona natural o moral de derecho privado. De consiguiente, para muchos resulta un tanto ficticio e irreal deducir la responsabilidad del Estado por vía indirecta, asimilándolo a la persona que tuvo libertad para elegir al subalterno, por lo cual se exige de ella la debida previsión y cuidado en el nombramiento y luego estricta vigilancia sobre la manera como el dependiente cumple sus funciones. Tíldase así de inexacta la presunción de culpa a cargo de la administración por **falta de vigilancia o mala elección,** fundada en las normas pertinentes del Código Civil.

Hauriou explica que los agentes de la administración en el funcionamiento de los servicios públicos no son mandatarios de la nación. Niega que en tal evento pueda aplicarse la doctrina del mandato y la responsabilidad del mandante por actos del mandatario. Trátase de órganos, y éstos obligan directamente a la persona administrativa, aun en los cuasi delitos, si obran en los límites de sus funciones.

Los hermanos Henry y León Mazeaud aceptan con entusiasmo estas ideas de Hauriou, y agregan que en verdad "L'aggent n'est pas le préposé de l'administration. Il est l'organe de la personne morale publique".

El mismo Hauriou establece la distinción entre el hecho personal del funcionario caracterizado por la voluntad clara de no obrar conforme al servicio, y la **falta del servicio,** o sea aquellas faltas consistentes en errores, negligencias u omisiones que están en las costumbres del servicio e imputables más a las autoridades que lo dirigen que a los agentes subalternos que han cometido materialmente el hecho.

Para que el Estado sea responsable por faltas del servicio se requiere que el acto sea administrativo y que el hecho ilícito se realice en función directa con la prestación del servicio. Si por el contrario el empleado ha utilizado sus facultades con fin distinto del servicio, fuera por tanto, de lo que puede considerarse como verdadero órgano administrativo, deja de existir la responsabilidad de la administración.

La doctrina de derecho público de la responsabilidad de la administración por la realización de los servicios públicos, no parte como el Código Civil de la necesaria existencia de un hecho delictuoso o cuasi delictuoso, generado en la culpa probada o presunta del responsable, sino que tiene en cuenta únicamente la existencia de perjuicios individuales por actos administrativos, distintos naturalmente de los que a los particulares puede causar el ejercicio normal, regular y con efectos generales del Poder público.

Paul Duez define el carácter principal de las faltas del servicio público que comprometen la responsabilidad del Estado: "La falta del servicio público no está necesariamente ligada a la idea de falta de un agente determinado e identificado. Para que aparezca la falta de un servicio público no es preciso que determinados funcionarios señalados por sus nombres hayan cometido culpa. Es suficiente al respecto patentizar un mal comportamiento general y anónimo del servicio al que pueda imputarse el daño causado; establecer que el servicio es defectuoso, sea en su organización, sea en su funcionamiento y que el daño proviene de ese de-

fecto. Como lo escribió M. Bonnard, se ha de juzgar el servicio y no el agente". (La responsabilité de la Puissance Publique en dehors du contrat. Edición de 1938).

Muchos autores respaldan la citada doctrina en motivos de justicia y equidad y en el principio de la igualdad de las cargas públicas que determina la necesidad de indemnizar a quien soporte una carga injusta y desigual, principio que le sirve a Mayer y a otros escritores alemanes de argumento en defensa del sistema. Tales nociones de justicia a falta de leyes normativas expresas, considéranse suficientes para justificar las demandas de indemnización contra el Estado por las faltas del servicio.

El funcionamiento irregular y defectuoso del servicio puede deberse también a una falta personal del agente encargado de obrar. En tal caso sobre la administración recae igualmente la obligación de reparar. Pero es necesario que la culpa del agente haya sido cometida, con intención o sin ella, al desarrollar y poner en práctica sus atribuciones. Es el caso de la función ejecutada con torpeza por malicia o simple negligencia. Surge en estas circunstancias, como acontece con el criterio de derecho civil, una acción doble en pro del damnificado; contra la administración por la mala prestación del servicio; y contra el empleado por la culpa personal en que incurrió. Mas estas acciones tienen un carácter alternativo, de modo que las indemnizaciones no admiten acumulación. "Como el agente responde también de sus faltas personales la víctima se encuentra en presencia de una acumulación de responsabilidades, la cual se produce con ocasión del mismo acto, el acto del agente, que es al mismo tiempo falta del agente y falta de la persona moral pública". (Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, por Henri y León Mazeaud, tomo 3º, número 2008-5).

Esta conclusión no ha sido aceptada por Hauriou. Para él el Estado es el único responsable. Empero los mismos hermanos Mazeaud están en desacuerdo con Hauriou y dicen, entre otras cosas: "Acumulación de responsabilidades no significa acumulación de reparaciones. Cada uno de los responsables, la administración o el agente, es obligado por el todo. Se está en presencia de deudores in solidum. La víctima puede libremente elegir el codeudor contra quien va a reclamar el pago. Empero no puede obtener de cada uno de ellos la reparación del perjuicio que ha sufrido. Una vez que uno de los responsables ha reparado, sea el agente o sea la administración, la víctima carece de acción para continuar persiguiendo una indemnización que ya se le concedió".

Este principio de la acumulación de responsabilidades es el que se ha abierto campo en la doctrina, siendo aceptado por la mayoría de los tratadistas.

Sentadas las ideas anteriores, a la luz de ellas mucho menos habría base para libertar al Estado de responsabilidad por la tragedia de Santa Ana.

En efecto. Tal como el acontecimiento tuvo desarrollo, según está acreditado, no cabe abrigar la menor duda de que debióse a notorias faltas del servicio de aviación militar. Probadas irregularidades en la preparación de la revista y luego en el momento de ejecutarse. Indisciplina y violación de reglamentos primordiales por superiores e inferiores. Que el piloto cometió una falta personal. Esa falta siempre fue cometida al ejecutar la función que le correspondía y con ocasión de su desarrollo. No desvincula por consiguiente la responsabilidad del Estado, ni con el criterio civilista ni con la concepción administrativa.

CAPITULO III

Interés jurídico de la actora para demandar perjuicios.

Sostiene el señor procurador delegado

en lo civil que como la demanda se funda en que el joven Luis Alberto era hijo legítimo de la señora demandante, no bastaba traer la partida de nacimiento, sino que para comprobar ese estado civil especial, que constituye el primer hecho de la demanda, se necesita acompañar también la partida de matrimonio de los padres, y esta partida no se trajo al expediente.

Esta argumentación carece de eficacia. Como sostiénelo el abogado de la demandante este pleito no está encaminado principalmente a discutir el estado civil de hijo legítimo, sino a reclamar perjuicios por razón de los vínculos filiales entre la actora y la víctima.

No se acreditó que el joven Luis Alberto fuera hijo legítimo de la actora. Empero, se acreditó que es hijo de ella, y en la hipótesis menos favorable sería hijo natural. Pero como madre legítima o natural el interés de ella en la acción es perfecto y no se le puede desconocer. A título de madre demanda perjuicios la actora, y ese título está plenamente acreditado con la partida de nacimiento del hijo, partida en la cual se añade que es legítimo.

Por otra parte el señor procurador no niega que Luis Alberto tenga la calidad de hijo legítimo que le asigna la demanda. El lo único que sostiene es que no se trajo la prueba del hecho. Por consiguiente esta negación se sitúa en un plano meramente adjetivo, y en esas circunstancias se declara inadmisible para desvirtuar un hecho que durante todo el proceso de la primera y de la segunda instancia no fue discutido por los representantes de la nación; fue sólo en las audiencias ante la Corte cuando el señor procurador suscitó el problema, y después de que dicho funcionario admitió en el alegato de la segunda instancia que la actora era viuda de Aníbal Jiménez el supuesto padre legítimo, ya fallecido.

De consiguiente, el carácter de madre legítima de la actora con respecto al menor Luis Alberto es para el juzgador una verdad incontrovertida en el juicio, la que por lo mismo debe ser base de la sentencia.

CAPITULO IV

Perjuicios

En la demanda se piden en general perjuicios civiles, con lo que hay que entender reclamados los materiales y los morales que la muerte del hijo infirió a la señora Paulina Martínez viuda de Jiménez.

— A —

Con respecto a los perjuicios materiales los hechos 3º y 4º de la demanda dicen:

"El joven Jiménez Martínez era el principal y único sostén en esa época de su madre y sus hermanos menores, y devengaba un sueldo mensual de $ 50 como empleado de la oficina del médico doctor Gustavo Esguerra Serrano".

"La señora Martínez de Jiménez es viuda del señor Aníbal Jiménez, fallecido en 1921, y se halla en estado de miseria actualmente".

En orden a comprobar estos hechos al expediente se trajo en el término de prueba de la segunda instancia el testimonio del doctor Esguerra Serrano, quien en la fecha en que lo rindió tenía el carácter oficial de director de educación pública del departamento de Cundinamarca; dice así:

"**Primero.** Me consta personalmente que el joven Luis Alberto Jiménez Martínez, aproximadamente de 16 años de edad, murió el día 24 de julio de 1938 a consecuencia del choque contra él y demás víctimas del avión estrellado aquel día en el campo de la revista militar de Santa Ana, por haberlo reconocido yo en el anfiteatro de esta ciudad y haber yo mismo sacado su cadáver de dicho anfiteatro.

"Segundo. Es cierto que al morir dicho joven era mi empleado desde cuatro años atrás.

"Tercero. Es cierto que dicho joven al morir devengaba como empleado mío las siguiente sumas: veinte pesos ($ 20) mensuales que yo le entregaba personalmente en efectivo; diez pesos ($ 10.00) mensuales que pagaba por cuenta de su sueldo como subvención de las clases que él recibía y como completo del sueldo la alimentación con almuerzo, desayuno, onces y comida que avaluaba en treinta pesos ($ 30.00) mensuales.

"Cuarto. Que durante el tiempo que le conocí el señor Jiménez observó una conducta intachable.

"Quinto: Me consta que el señor Jiménez daba mensualmente a su madre la suma mensual de veinte ($ 20.00), pesos por haberlo visto. Esta suma que daba a la madre la tomaba él de su sueldo".

Dice el señor procurador que el daño patrimonial no se conoce en este proceso. "No se produjo la plena prueba de que el joven Jiménez Martínez devengara un sueldo de cincuenta pesos mensuales como empleado de la oficina del médico doctor Gustavo Esguerra Serrano, ni de que fuera el principal y único sostén de su madre y sus hermanos. La declaración única del doctor Esguerra Serrano a este respecto, si bien muy apreciable en el campo moral, carece de valor legal de plena prueba".

No obstante la fuerza aparente de la observación del señor procurador, la sala estima que sí está acreditado el sueldo que devengaba el menor Jiménez al momento de su muerte y que él con parte de ese sueldo atendía la sustentación de su madre.

En primer lugar la declaración del doctor Esguerra Serrano, única que se trajo al proceso, no versa sobre hechos comunes de la prueba testimonial, susceptibles de acreditar con pluralidad de testigos. Se trata principalmente de hechos relativos a un contrato sobre prestación de servicios entre el doctor Esguerra y el menor Jiménez, que pudo haberse celebrado verbalmente, según su cuantía, del que por fuente insospechable, dado que el declarante es completamente ajeno al pleito, se conoce el salario y la época desde la cual el contrato se había celebrado y venía funcionando.

Es obvio que quien mejor podía dar cuenta de sus relaciones jurídicas de trabajo con el menor Jiménez era su patrón. Por consiguiente la declaración en el juicio del patrón vale tanto como la prueba preconstituída de la celebración del contrato entre dos interesados.

Esta circunstancia unida a la elevada autoridad moral de quien da cuenta del hecho, conducen a la sala a encontrar en el testimonio del doctor Esguerra Serrano una vehemente presunción de la verdad de los hechos sobre que declara, equivalente por su fuerza de convicción a plena prueba, según los artículos 664 y 696 del código judicial.

En consecuencia la lesión patrimonial que sufriera la demandante, consistente en la pérdida del apoyo efectivo que con su pequeño sueldo el hijo le prestaba, está demostrada.

Lo que falta es avaluar la cuantía del daño, pero eso debe ser materia del incidente posterior previsto en la ley procedimental para tales casos, teniendo en cuenta las bases que se fijarán en la parte resolutiva de este fallo.

— B —

En cuanto al perjuicio estrictamente moral, en el presente caso consiste en el dolor que a la demandante le produjo la muerte trágica de su hijo. Se trata de consiguiente de una lesión al patrimonio moral de índole subjetiva.

Estrictamente ese quebranto espiritual no se puede avaluar en dinero. Pero como es siempre un perjuicio y en calidad de tal no debe quedar sin alguna compensación, debe repararse en la medida y con los medios que están al alcance de la regulación del juzgador.

Esta misma sala en tres sentencias simultáneas fechadas el 23 de abril último sentó doctrina respecto a la reparación del daño moral de índole puramente subjetivo. La sala de casación civil en reciente sentencia de fecha 20 del corriente mes proferida en el juicio de Joaquín Cifuentes contra el municipio de Medellín acogió integralmente la misma doctrina. De uno de aquellos tres fallos se toma lo más pertinente:

"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 la 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 nuestra jurisprudencia y también la doctrina foránea, según también puede ser comprobado.

"Dándose a 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 siempre 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 avaluar 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 constituír 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 avaluación solamente porque la norma está dentro del articulado de la ley penal".

En consecuencia, haciendo uso del libre arbitrio judicial, la Corte concede a la demandante la cantidad de mil pesos ($ 1,000.00) a título de satisfacción por el daño moral subjetivo que sufrió a consecuencia de la pérdida de su hijo.

CAPITULO V

La sentencia

A mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, sala de negocios generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y obrando en desacuerdo con la opinión del señor procurador delegado en lo civil,

Resuelve:

1º REVOCAR la sentencia absolutoria de primera instancia pronunciada en este negocio por el tribunal superior de Bogotá con fecha 27 de marzo de 1939;

2º La Nación colombiana es responsable civilmente de los perjuicios materiales y morales que la demandante señora PAULINA MARTINEZ viuda de JIMENEZ recibió como consecuencia del fallecimiento de su hijo Luis Alberto Jiménez Martínez, muerto trágicamente el 24 de julio de 1938, en el campo militar de Santa Ana, cuando el avión militar que piloteaba el teniente de la aviación César Abadía se estrelló sobre la multitud;

3º En tal virtud condénase a la Nación a pagarle a la mencionada señora la cantidad de MIL PESOS ($ 1,000.00) moneda corriente, a título de reparación del daño moral meramente subjetivo;

4º Condénase igualmente a la Nación a pagarle a la demandante, señora Martínez viuda de Jiménez, los perjuicios materiales que ésta recibió por la muerte de su hijo, que se liquidarán por el procedimiento que indica el artículo 553 del código judicial, y teniendo en cuenta lo demostrado en relación con el sueldo que Luis Alberto Jiménez devengaba al morir, en calidad de empleado, la ayuda que le prestaba a su madre y el tiempo probable que ella pueda sobrevivir al hijo.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al inferior.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

TRAGEDIA DE AVIACION DEL CAMPO DE SANTA ANA — RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS DE SUS AGENTES AUTORIZADOS EN DETRIMENTO DE LOS DERECHOS CIVILES DE TERCEROS — ANTE EL CAMPO DEL DERECHO Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO — DOCTRINA SOBRE EL DAÑO MORAL Y SU REPARACION

1. En la jurisprudencia colombiana se ha aceptado la doctrina de que las entidades de derecho público, es decir, la Nación, los Departamentos y los Municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros. (Artículos 2341 y 2347 del C. C.) La norma fundamental de dicha responsabilidad la dan principalmente los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que están encaminados a regular las consecuencias del hecho dañoso de personas que están bajo la dependencia de otras. Los artículos 2341 a 2345 contienen los principios normativos de la responsabilidad delictual y cuasidelictual originados en el hecho personal; y son los artículos 2346 y siguientes hasta el 2349, y luégo el 2352, los que sancionan la responsabilidad indirecta proveniente del hecho de otro. Situando la responsabilidad del Estado en el Código Civil se explica únicamente por aplicación, conforme se dijo, de los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinándolos con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a tercero con motivo del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado, regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en falta de vigilancia y mala elección de su representante, mandatario o dependiente; presunción que se destruye probando la ausencia de culpa, o sea, que así en la elección del empleado, como en el desarrollo del hecho causante del perjuicio, el dueño usó de los recursos que un hombre avisado y diligente emplearía en situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente, como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de éste, en forma tal que el comitente no tuvo medio de prever o impedir el daño. El Estado, en una palabra, está obligado a tomar aconsejadas medidas de prudencia para no causar perjuicio a terceros por obra de sus agentes. — 2. En el campo del derecho administrativo cabe también la responsabilidad derivada de aquellos daños que la administración ocasione a los particulares con motivo de la gestión de los servicios públicos. — 3. El principio general aceptado de que todo daño, ya sea material o moral, debe repararse, ofrece, en cuanto al daño moral, serias dificultades en su aplicación. Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquél en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse per-

juicios morales objetivados, y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles o abstractos, perjuicios morales o susceptibles de objetivación. 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 mismo 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 se objetive y concrete, y por esa vía se llega a la reparación debida. *Perjuicios morales propiamente dichos* son aquellos 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 *perjuicios de afección* 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. 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 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 de depresión psíquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuencialmente afectan al patrimonio material, son daño moral objetivado, manifestaciones o efectos materiales de aquél, porque derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral. El perjuicio considerado en toda esa gama consecuencial del daño moral es perjuicio moral, aunque se presente en forma objetivada. Cuando se contempla el daño moral no objetivado hay 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. El 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 y social la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni 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 lo llaman Josserand y con él otros

expositores. Tal criterio de la satisfacción por el daño moral es el que se halla consagrado o previsto en el artículo 95 del Código Penal colombiano, el cual debe aplicarse para determinar el *quantum* de la indemnización. Con la disposición de ese artículo se 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.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio diez de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Aurelio Cruz T., obrando como apoderado de la sociedad conyugal ilíquida formada por Manuel Rodríguez y Ricarda Avila, en libelo de fecha 27 de octubre de 1938, demanda a la Nación, para que, previa la secuela de un juicio ordinario, se declare lo siguiente:

"Primero. Que la Nación colombiana es responsable civilmente de toda clase de daños materiales y morales ocasionados a la sociedad conyugal Rodríguez-Avila, por la muerte de Domingo de Guzmán Rodríguez, hecho ocurrido el día 24 de julio de este año, a eso de las doce p. m. en el campo de Marte o de Santa Ana, ubicado en el municipio de Usaquén al producirse la catástrofe aérea del avión marca Hawk, piloteado por el teniente César Abadía.

"Segundo. Que como consecuencia de la anterior declaración, la Nación colombiana debe pagar a la sociedad conyugal Rodríguez-Avila, la cantidad de cincuenta y siete mil pesos moneda corriente, como valor de los perjuicios materiales ocasionados a tal sociedad por la muerte de Domingo de Guzmán Rodríguez.

"Tercero. Que la Nación colombiana debe pagar a la sociedad Rodríguez-Avila, la cantidad de veinte mil pesos moneda corriente, valor de los perjuicios ocasionados a la sociedad conyugal Rodríguez-Avila, por la pérdida de las facultades mentales de Ricarda Avila, la que tuvo como causa la noticia inesperada e infortunada de la muerte de su hijo.

"Cuarta. Que la Nación colombiana debe pagar a la sociedad conyugal Rodríguez-Avila la cantidad de quince mil pesos moneda corriente, por valor de los perjuicios morales, ocasionados a dicha sociedad por la muerte de Domingo de Guzmán Rodríguez y la enfermedad de Ricarda Avila.

Los hechos origen de la acción los resume la Corte así:

Manuel Rodríguez y Ricarda Avila contrajeron matrimonio en Susa el 18 de agosto de 1915. De dicho matrimonio nacieron Domingo de Guzmán y seis personas más, la última de las cuales apenas cuenta tres meses de edad. Domingo de Guzmán se radicó en Bogotá, en donde trabajaba como albañil y ganaba cuatro pesos diarios, de los cuales remitía buena parte a sus padres para el sustento de la familia.

El veinticuatro de julio de 1938 se llevó a cabo en el campo de Santa Ana una revista militar organizada por el Ministerio de Guerra en la que participaron las fuerzas aéreas. A eso de las 12 m. el avión de caza marca Hawk, piloteado por el teniente César Abadía, al efectuar una de las maniobras, se estrelló, causando la muerte de varias personas, entre ellas Domingo de Guzmán, quien fue cogido por una de las alas del aparato, lo que ocasionó su muerte.

Al recibir esta noticia, Ricarda Avila sufrió tan fuerte impresión, que se alteró el uso de sus facultades mentales, siendo preciso recluírla en el asilo de locas de Bogotá.

El teniente Abadía no estaba en el campo de Techo en los momentos anteriores a la iniciación del vuelo, lo que hizo que sus jefes no pudieran darse cuenta de su

estado. Además, los aviones militares no se hallaban en buenas condiciones de servicio antes del 24 de julio de 1938. La falta de atención y cuidado de los jefes militares a quienes correspondió la dirección de la revista, y la mala escogencia del personal de aviadores, hace responsable a la Nación de los daños que por tal motivo se ocasionaron.

En derecho alegó los artículos 8º de la ley 57 de 1887, en relación con el 2341, 2343, 2347 y 2356 del C. C. y 63 de la ley 89 de 1938.

El Tribunal de Bogotá, previa la tramitación propia de la instancia decidió el litigio en fallo de fecha 28 de mayo de 1940, absolviendo a la Nación de los cargos de la demanda. El actor interpuso apelación, y el recurso se concedió para ante esta Sala de la Corte, en donde agotada la ritualidad propia de la segunda instancia, se procede a fallar.

Pruebas acreditas en los autos

El procurador de los actores acompañó a la demanda junto con las pruebas del estado civil el certificado de defunción de Domingo de Guzmán Rodríguez sentado en el libro correspondiente del registro civil, el 31 de julio de 1938, según el cual este hijo de Manuel Rodríguez y Ricarda Avila, de diez y seis años de edad, natural de Susa, murió el 24 del mismo mes en Usaquén, de quemaduras y fracturas. No armoniza esta partida, en cuanto a la edad que le asigna a Domingo, con el dato que suministra la de bautismo, expedida por el Cura Párroco de Susa, en la que se lee: "En Susa, a veintitrés de abril de mil novecientos diez y seis yo el infrascrito Cura bauticé solemnemente a un niño de dos días a quien llamé Domingo de Guzmán hijo de Manuel Rodríguez y Ricarda Avila". El niño bautizado en Susa en 1916 cumplía en julio de 1938 veintidós años; el certificado de defunción alude a una persona que al morir tenía diez y seis años. Pero observa la Sala que esa desarmonía no es suficiente a quitar su fuerza al certificado de defunción, porque las demás calidades y circunstancias coinciden plenamente: el mismo nombre bautismal, idénticos los nombres de su padre y de su madre, Susa el lugar de su nacimiento. No hay duda alguna sobre que se trata de la misma persona, bautizada en 1916 y fallecida en julio de 1938.

Estimó el Tribunal que la defunción de la víctima del siniestro no aparecía en los autos legalmente acreditada y por ello la demanda no podía prosperar, en atención a lo cual absolvió al demandado. Juzgó el fallador de primera instancia que la certificación de defunción presentada con la demanda, expedida por la oficina correspondiente de la Alcaldía de Bogotá, Secretaría de la Dirección Municipal de Higiene, no podía admitirse como medio de prueba porque la legislación exigía para esa fecha la intervención privativa de los Curas Párrocos. Se expresa así el Tribunal:

"Pero es el caso de examinar si la prueba dicha es la que legalmente correspondía allegarse. La ley 92 de 1938 instituyó que el registro del estado civil de las personas para todos los efectos legales quedaba a cargo o competencia de los Notarios en los municipios donde los haya, y donde no, los de los alcaldes (artículo 1º)

Esa ley fue expedida por el soberano el 26 de mayo de 1938, pero por su artículo 20 se dispuso que entraría a regir a partir de su promulgación. Fue sancionada el 11 de junio siguiente por el órgano ejecutivo. Su publicación se hizo en el número del Diario Oficial 23,803 del 15 del mismo junio. Luego aplicando los artículos 52 y 62 del C. P. y M. o ley 4ª de 1913 no entró a regir sino del 16 de agosto de 1938, en adelante.

El siniestro aéreo ocurrió el 24 de julio de 1938, es decir, cuando en materia de reglamentación sobre pruebas del estado civil regía todavía lo que disponía el Código Civil en sus artículos 348, 351, 357, 363, 22, Ley 57 de 1887.

Luego correspondía acreditarse la defunción de la víctima del daño con la correspondiente partida de defunción de origen eclesiástico la cual no se presentó, ni se probó que no existía a fin de que fuera admisible otra prueba".

En la segunda instancia se trajo por el demandante la comprobación que echó de menos el Tribunal, que permite darle entrada a la prueba de origen civil y que como tal admite la Sala. En legal forma el cura párroco de San Pedro de Bogotá certifica que habiendo buscado la partida de defunción de Domingo de Guzmán Rodríguez, en el año de 1938, no la halló; y el secretario del Arzobispado de Bogotá certifica así mismo que "a un numeroso grupo de víctimas de la tan lamentada tragedia de Santa Ana ocurrida el 24 de julio de 1938 se les hicieron exequias en la plaza de Bolívar por el Excelentísimo señor Arzobispo Primado y que probablemente a causa de las dolorosas circunstancias no tuvieron los deudos el cuidado de inscribir las correspondientes partidas de defunción en los libros de la parroquia de San Pedro como hubiera debido hacerse".

En relación con los demás hechos que se presentan como fundamento de la acción y que son los mismos que se adujeron en la demanda de Paulina Martínez v. de Jiménez contra la Nación, que la Sala decidió en sentencia de 30 de junio último, se reproducen en seguida las consideraciones presentadas por la Corte al fallar aquel asunto, por ser de cabal aplicación al presente pleito, en razón de la identidad de las aducidas en ambos negocios:

"**Las causas de la tragedia.** — Entre los documentos de origen oficial traídos en copia al proceso son de trascendental importancia el informe que el capitán Jesús M. García B., jefe de operaciones de la dirección general de aviación, rindió ante una de las comisiones encargadas por el ministerio de guerra de la investigación de las causas del siniestro; y el **memorandum** del general Luis Acevedo y mayor Ernesto Buenaventura relativo a las investigaciones hechas por las comisiones técnicas con motivo del mismo.

El primero declaró:

"Se había dispuesto que desde el 18 se iniciara en Palanquero el entrenamiento de los pilotos para practicar en la revista, pero por falta de gasolina no fue posible iniciar este entrenamiento desde la fecha indicada, ni en el lugar propuesto que fue Palanquero. Sólo vino a iniciarse este entrenamiento en Madrid desde el miércoles 30 de julio. Se ordenó que los pilotos de la escuadrilla de caza, compuesta de máquinas Hawk tuvieran entrenamiento en dichas máquinas por la mañana y por la tarde en los días miércoles, jueves, viernes y sábado, entrenamiento que se llevaría a cabo, bajo el control del teniente Abadía, comandante de dicha escuadrilla, quien informó el sábado que hasta por la mañana se haría entrenamiento por ser suficiente para los números en que iba a participar la aviación. Se dispuso que tomaran parte en la revista tres trimotores Ju, 6 Falcon, 9 Hawks, 12 máquinas de escuela P. T., quedando de reserva un avión de cada tipo monomotor. Desde el 18 de julio se dieron las órdenes sobre la formación en que desfilaría la aviación y los ejercicios que efectuarían las máquinas de caza. Se dispuso que la aviación cumpliera el siguiente programa: el escuadrón desfilaría en "V" de elementos en el siguiente orden: Aviones P. T.: 150 metros de altura; aviones Falcon: 250 metros; aviones Kawk: 350 metros; aviones JU: 450. Terminada esta pasada en formación, las máquinas JU procederían a aterrizar; los P. T. harían el círculo de lufberry a una altura de trescientos metros. Terminada esta maniobra por las escuadrillas de P. T. y Falcon, procederían a aterrizar en el campo de Techo, en el orden P. T. y Falcon. Despejado el campo entrarían los Hawk

en número de cinco a hacer la acrobacia en formación, consistente en un looping y una flor de lis. Terminado este ejercicio, continuarían con la carrera del ratón, con todas las nueve máquinas Hawk. Desde el 19 de julio tuvieron conocimiento todos los comandantes de escuadrilla de la altura a que debían volar, advirtiéndose al comandante de la escuadrilla de caza que la mínima altura para sus maniobras sería de quinientos metros, aunque después, en reunión con el señor Director, se dispuso que la mínima altura de vuelo para estas máquinas sería de 150 metros, de acuerdo, dicha orden, con lo hablado con el mayor Méndez Calvo en reunión que tuvo con el señor Inspector General del Ejército.

La orden sobre maniobras, a que me he referido se comunicó a los comandantes de base, por medio de copias, y el teniente Abadía personalmente recibió una copia de la misma orden. Al teniente Abadía se le comunicó desde el viernes 22 por la tarde el lugar donde se debían efectuar las maniobras que le correspondían a la escuadrilla de caza. El punto sobre el cual debía efectuar esas maniobras era el tanque de la estación de Usaquén.

La Dirección de Aviación me nombró como comandante del escuadrón que debía participar en el desfile aéreo el día 24 y mis funciones las ejercía en el campo de Techo, motivo éste por el cual no pude hallarme en el campo de Santa Ana, el día de la revista. Como comandante del escuadrón y de acuerdo con las instrucciones del señor Director de Aviación daría a los pilotos la orden para subir a las máquinas diez minutos antes del decolaje de los aviones. Estas órdenes las recibí del señor mayor Méndez Calvo, Director de Aviación, por radio, comunicadas desde Santa Ana. Igualmente recibí la orden de repetir como al efecto lo hice, antes de la salida de los aviones, la orden de que la maniobra debería efectuarse a una altura no menor de 150 metros".

Del memorandum es el siguiente capítulo:

Causas probables del accidente.—Según las declaraciones de una y otra comisión y de los testigos que aparecen citados la maniobra del "rollo lento" se inició a una altura inferior a la de 150 metros, señalada como mínima por órdenes superiores citadas atrás. De las mismas declaraciones se deduce que la tántas veces citada maniobra del "rollo lento" se inició sobre el campo mismo de la revista y no en la zona indicada para los ejercicios acrobáticos. Según los dos informes y algunas declaraciones, la maniobra del "rollo lento" se llevó a cabo normalmente, lo que indica que hasta la terminación de ella, los comandos obedecían con regularidad y que el piloto estaba consciente de lo que hacía. Pero se presentó un deslisamiento o patinada (circunstancia admitida por los dos informes y por algunas declaraciones) que hizo perder altura al avión y que se considera por la primera comisión como "normal en esta clase de maniobra, especialmente si se toma en cuenta la altitud", y por la segunda comisión como motivado por una de dos causas:

a) Falta de habilidad en el piloto;
b) Traba en los comandos.

La segunda comisión se inclina a considerar como causa determinante del accidente la segunda, como quiera que el teniente César Abadía, era uno de los mejores pilotos de caza y había ejecutado, sin contratiempos, numerosas veces, la misma maniobra.

La primera comisión atribuye el accidente "al hecho de iniciar una maniobra acrobática a unos treinta metros de altura, sobre el suelo de la sabana de Bogotá, con una presión atmosférica de sólo 560 mm. y sobre un campo recalentado por el sol y colmado de multitud, de donde podía preverse la presencia de zonas atmosféricas enrarecidas por efectos térmicos, constituye un error técnico por

parte de cualquier piloto experto en acrobacias".

"El mantenerse en vuelo invertido, aunque fuera por pocos instantes dentro de las circunstancias anotadas, y especialmente a la altura en que se encontraba sobre el campo, constituye una nueva temeridad que también debe considerarse como error en un piloto experimentado".

Una y otra conclusión son hipótesis aceptables, porque hay que admitir que la maniobra conocida con el nombre de "rollo lento" que consiste en hacer girar lentamente el avión 360º sobre su eje longitudinal, es una de las más difíciles de ejecutar con perfección y que la altura sobre el nivel de mar influye poderosamente a complicar su ejecución.

No se puede descartar tampoco la hipótesis de que el accidente fuera motivado por una y otra causa, porque si la desviación del timón de dirección hubiera ocurrido a una altura superior, de acuerdo con el dictamen de los peritos que integraban la segunda comisión, quizá el piloto hubiera podido evitar el accidente o al menos disminuír sus proporciones.

Bogotá, 3 de septiembre de 1938.

(Fdo.) LUIS ACEVEDO.—(Fdo.) ERNESTO BUENAVENTURA, Mayor.

Al señor Ministro de Guerra.

E. S. D."

Los artículos 3º, 4º, 5º y 6º de reglamento general de tránsito y vuelos relativos a acrobacias, que adoptó el gobierno y rige en Colombia, dispone lo siguiente, según el certificado expedido por el ministerio de guerra (fl. 17 v. del cuaderno número 3):

"Artículo 3º Restricción general: no debe efectuarse ninguna maniobra acrobática con aviones equipados con tanques que puedan ser sueltos en vuelo.

Artículo 4º Altura mínima: toda maniobra acrobática debe terminar a una altura no menor de 500 metros.

Artículo 5º Prohibición: no podrá volar un avión acrobáticamente sobre:

a) Ciudades, poblaciones, etc.

b) Aeródromos, parques, estadios, etc.

c) Agrupaciones de personas al aire libre.

Artículo 6º Cerca de ciudades, aeródromos, etc.: cuando se efectúen maniobras acrobáticas, cerca de aeródromos, ciudades, etc., la distancia horizontal mínima calculada desde los límites de éstos no debe ser menor de mil metros".

La violación de este reglamento en lo tocante a la altura mínima de 500 metros para los vuelos acrobáticos fue expresamente autorizada por los altos funcionarios del ramo de aviación del ministerio de guerra, según se desprende del texto de la declaración preinserta del capitán García, y queda confirmada con la copia del siguiente radiograma puesto desde el mismo campo de Santa Ana al capitán García antes de empezar la revista militar:

"URGENTE. — Santa Ana, julio 24 de 1938. — Capitán García Bonilla.—Techo. — Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén, altura no menor 150 metros. Informarásele permanentemente estado revista.—Mayor MENDEZ, Dirgenav".

Como era lo natural, la Dirección General de Aviación contaba con el dato de la calificación de servicios del teniente Abadía hecha por el anterior director en el año de 1937; en ella estaba considerado aquél "como de los mejores pilotos de caza que tiene la aviación militar; es el piloto de caza por excelencia", por lo cual

en concepto del mismo director "merece el ascenso a Capitán, por su consagración a su arma y a su profesión". Pero al lado de esta calificación figura esta otra: "Aptitudes para el mando: le falta seriedad para comandar ..... Es un verdadero militar en campaña; en paz, es muy juguetón"."

Y que el teniente Abadía violó a su turno la orden irreglamentaria que le dieran sus superiores de no volar a una altura menor de 150 metros lo comprueba la siguiente atestación del Ministerio de Guerra:

"El Ministerio de Guerra, ha considerado siempre como plenamente demostrado que el teniente Abadía inició su última maniobra, de rollo descendente, a una altura inferior a ciento cincuenta (150) metros". (Fl. 24 v. del mismo cuaderno).

Todos los documentos citados son de origen oficial, relativos a las investigaciones técnicas que el gobierno adelantó con el concurso de expertos para descubrir las causas del siniestro de Santa Ana; constituyen así elementos de insospechable imparcialidad, que por venir de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones forman plena prueba al tenor de la ley; en ellos es por lo tanto lo natural e indicado asentar el juicio y la convicción del juzgador en orden a determinar cuál es la responsabilidad civil del Estado frente a la lamentable tragedia de la revista militar aérea del 24 de julio de 1938, que tántas y tan preciosas vidas segó, fuera también de otro gran cortejo de cuerpos que quedaron mutilados o con lesiones graves o leves de carácter temporal.

Sin ningún esfuerzo fluyen fácilmente a la mente las causas inmediatas y mediatas de la tragedia: emergen las primeras de la temeraria osadía del aviador que contrariando la orden superior hace sus peligrosas y arriesgadas acrobacias a alturas prohibidas menores de 150 metros, sobre el propio campo en donde se agrupaba una densa multitud que desprevenida y confiada asistía a las maniobras; y provienen de las segundas, de la despreocupada actitud con que los directores del arma aérea observaron los reglamentos del vuelo que ellos debían saber se habían dado para mantener la disciplina del servicio y la mayor seguridad en las maniobras de los pilotos, autorizando que las acrobacias que se iban a efectuar a alturas irreglamentarias menores de quinientos metros; irregularidad que unida a la no menos grave de otorgar el comando de la escuadrilla a un piloto considerado oficialmente como indisciplinado y "falto de seriedad para comandar", prepararon el camino para que el desastre se consumara.

En uno de los ensayos preliminares de la revista el teniente Abadía violó órdenes relativas al reglamento de vuelos por causa de lo cual hubo de ser sancionado, según lo certifica el ministerio de guerra (fl. 17 del c. citado, punto D.) No obstante este nuevo antecedente acerca de la conducta del referido oficial, originado precisamente en vísperas de la realización de las maniobras aéreas y con ocasión de sus preparativos, acontecimiento que ha debido acentuar la desconfianza hacia la corrección y cuidado con que el mismo oficial cumpliera en la revista las órdenes superiores dado su comprobado modo de ser revelado también en el detalle de que da cuenta el memorandum del general Acevedo y mayor Buenaventura, de haber dejado de concurrir el teniente Abadía a la reunión de los oficiales designados para actuar en la revista, reunión verificada el sábado veintitrés de julio en la oficina del Director General de Aviación y en la cual los pilotos iban a recibir en corporación las respectivas instrucciones militares sobre la al-

tura del vuelo y el sector en donde los ejercicios debían desarrollarse, por lo cual el teniente Abadía no recibió ese día las instrucciones sino después y ya individualmente. Sin embargo de todos esos sugestivos detalles y llamativas irregularidades diósele el mando de la escuadrilla. La suma imprudencia de esa designación se hace más notoria habida consideración de la serie de arriesgadas acrobacias que irían a desarrollarse ante inmenso público; siendo una de ellas la conocida con el nombre de "Carrera del ratón", que consiste en lo siguiente, según la explicación que dio el director de navegación aérea: el avión que vuela adelante de todos elige la dirección de vuelo y los ejercicios acrobáticos que quiera dentro de los fijados con anterioridad, ejercicios que deben ser repetidos por los otros aviones que deben seguir al primero, conservando su formación.

La grave responsabilidad que surge de los hechos anteriores está lejos de aminorarse con la orden que los aviadores recibieron, según el radiograma del 24 de julio atrás inserto, de efectuar las maniobras al norte del campo donde iba a desarrollarse la revista, sobre el tanque de la estación del ferrocarril de Usaquén, orden que no cumplió el teniente Abadía y otros de los aviadores que componían la escuadrilla, y cuyo quebrantamiento fue el factor directamente determinante del siniestro con la gravedad que él asumió. La transgresión voluntaria de ese mandato envuelve sin duda una falta del piloto, en el cumplimiento de sus funciones, mas esta falta no le quita al infractor el carácter de funcionario en misión especial con que estaba obrando, porque equivale al mal e irregular desempeño de la función, y esto es precisamente lo que origina la responsabilidad civil, según la doctrina jurídica.

En realidad el teniente Abadía, por su temeridad e indisciplina, causó directamente la tragedia de la cual él fue la primera víctima. Pero al lado de esta falta personal del piloto, que, como luégo va a verse, no exonera a la Nación de soportar las consecuencias civiles del accidente, existe bien definida y acentuada la responsabilidad de los directores de la aviación colombiana que organizaron la revista aérea, por la imprevisión con que dirigiéronla desconociendo los artículos del reglamento de vuelos tendientes precisamente a evitar la caída de naves en sitios de aglomeración de personas, y poniendo de jefe de la escuadrilla de acrobacias a un piloto que no podía darles seguridad de la seriedad y de la eficacia del comando. Son dos responsabilidades de gran relieve y paralelas, tan notoria y grave la primera como la segunda y que combinadas generan la responsabilidad de la Nación.

Responsabilidad civil de la Nación por los daños causados en el siniestro aéreo de Santa Ana

También aquí la Sala reproduce el fallo mencionado en la parte del mismo en que se estudia la responsabilidad civil de la Nación en el accidente del 24 de julio de 1938, por su aplicabilidad a este pleito:

"**Responsabilidad del Estado.** — Sea ante las disposiciones del código civil que reglamentan la culpa aquiliana, y a cuya luz la jurisprudencia colombiana ha venido examinando y juzgando los actos culposos de los agentes del Estado que en tal calidad infieren daño a terceros; o sea ante la teoría que el derecho administrativo suministra para establecer la responsabilidad del Estado ante el daño a terceros por los actos de sus agentes y llamada "de faltas del servicio"; con cualquiera de esos dos criterios que se emplee, aun el subjetivo del código civil, resulta gravemente comprometida la responsabilidad civil del Estado colombiano, y por ende fundada la acción de reparación de daños que contra él ha dirigido la demandante, en su calidad de madre de Luis Alberto Martínez, una de las víctimas que perecieron en el accidente.

1º Ante el criterio del código civil.

"En la jurisprudencia colombiana se ha aceptado la doctrina de que las entidades de derecho público, es decir, la nación, los departamentos y los municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros. A esta doctrina se le ha dado apoyo en los artículos 2341 y 2347 del código civil.

"La Corte en sentencia de 20 de octubre de 1898 sentó la siguiente doctrina reiterada después en numerosos fallos:

"En materia de delitos y culpas, la jurisprudencia se halla perfectamente de acuerdo en hacer recaer sobre los comitentes la responsabilidad de los agentes, aun por la mala elección que de ellos se haga. Un empresario de transportes, por ejemplo, que tiene a su servicio empleados que por su negligencia, malicia o descuido causan daños a las personas o a las cosas, se hace responsable de las faltas de sus dependientes, por no haber puesto el debido cuidado en su elección, y haber empleado a personas que no tienen las condiciones requeridas para el buen desempeño de su cargo. El rigor de estos principios es mayor, si cabe, cuando se trata de los hechos de empleados públicos en relación con la entidad que los nombra".

"Y más recientemente en sentencia del 17 de junio de 1938, que condenó a la nación a pagar una indemnización a los herederos de las víctimas de un accidente ferroviario, la Corte sustentó la misma teoría:

"Tratándose, como se trata, de una entidad de derecho público, el acto de sus agentes o representantes, compromete a dicha entidad.

"La responsabilidad civil para reparar el daño resulta en esas condiciones de los actos de quienes, como agentes del Estado, obran en el ejercicio regular de sus funciones. Por lo demás, aunque no se trate de un agente o representante del Estado, cuando los tratadistas basamentan la responsabilidad por hechos de terceros en una sanción por falta en la elección o la vigilancia, están preconizando fórmulas justificativas doctrinarias para hacer recaer la responsabilidad en quien no hizo directamente el daño.

"Toda persona es responsable por los daños que cause bien haya ejecutado el hecho o incurrido en omisiones personalmente o por medio de las personas que de ella dependen, conforme aparece de los artículos 2341, 2347 y 2356 del C. C.

"El 2347 establece el principio de la responsabilidad por hechos ajenos, y entre los ejemplos que trae cabe perfectamente el caso de los funcionarios públicos, ya que la enumeración que allí se hace es meramente ilustrativa". (Gaceta Judicial, tomo 46, pág. 686, col. 2).

"Acorde con estas doctrinas el señor procurador delegado en lo civil, defensor de la nación en este pleito, dice que "no está en el derecho administrativo, como sostiene el señor apoderado de la parte demandante, sino en el derecho civil positivo, vale decir en el código civil, la causa genedora de la obligación del Estado de reparar el daño que por medio de sus órganos se cause a las personas.

"El Estado obra por medio de sus órganos a la manera de una persona física por medio de los suyos. Y si en su actividad causa perjuicio a las personas, queda sometido a las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual, extensivas a toda clase de personas. No debe perderse de vista que el Estado es, según nuestro estatuto civil, una persona jurídica, es decir, una entidad que puede adquirir derechos y contraer obligaciones civiles.

"La fuente legal directa de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, se halla en los artículos 2341 y 2347 del Código Civil. En manera alguna puede encontrarse en un precepto de la Constitución Nacional, norma suprema de la organización del Estado; ley de leyes; pe-

ro en la cual no puede buscarse la fuente inmediata y directa de una obligación civil".

"Si de acuerdo con las doctrinas anteriores y la tesis del señor Procurador la fuente de la responsabilidad del Estado por el daño causado a terceros por razón del hecho de sus empleados, radica exclusivamente en el código civil, la norma fundamental de dicha responsabilidad la dan principalmente los artículos 2347 y 2349 de tal obra, que están encaminados a regular las consecuencias del hecho dañoso de personas que están bajo la dependencia de otras. Los artículos 2341 a 2345 contienen los principios normativos de la responsabilidad delictual y cuasi delictual originada en el hecho personal; y son los artículos 2346 y siguientes hasta el 2349 y luégo el 2352 los que sancionan la responsabilidad indirecta proveniente del hecho de otro.

"La Corte en sentencia de casación del 12 de mayo de 1939, publicada en la **Gaceta Judicial** número 1947, tomo XLVIII, página 27, dijo lo siguiente, después de haber indicado que las disposiciones del artículo 34 del Código Civil hállanse clasificadas en tres grupos distintos, según sea el carácter del hecho dañoso de que se trate:

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

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

"Situando la responsabilidad del Estado en el Código Civil se explica únicamente por aplicación, conforme ya está dicho, de los artículos 2347, primer inciso, y 2349. En cuanto del contenido de dichos preceptos, examinándolos con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a tercero con ocasión del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en falta de vigilancia y mala elección de su representante, mandatario o dependiente; presunción que se destruye probando la ausencia de culpa, o sea que así en la elección del empleado (préposés, llaman los franceses), como en el desarrollo del hecho, causante del perjuicio, el dueño usó de los recursos que un hombre avisado y diligente emplearía en situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente, como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de éste, en forma tal que el comitente no tuvo medio de preveer o impedir el daño.

"Sentados estos principios, que son los que a la luz del código civil sirven para explicar la responsabilidad del Estado por la acción de sus agentes y vistas las causas debidamente demostradas en este juicio que originaron la tragedia de Santa Ana, resulta fundada la acción de indemnización instaurada por la madre de Luis Alberto Jiménez, muerto por el avión militar que piloteaba el teniente Abadía.

"Antes que haberse desvirtuado la presunción de culpa en contra del Estado por falta de vigilancia y mala elección, los documentos oficiales en que la actora se apoya, dejan establecido no ya una presunción, sino la plena prueba de que al desarrollo de aquella tragedia contribuyó la circunstancia de no haberse tomado por parte de los superiores del teniente Abadía aconsejadas medidas de previsión. De manera que con la responsabilidad personal del teniente Abadía corre parejas la indirecta del Estado, derivada del hecho de que el primero causó el daño con ocasión del servicio que estaba prestando, de volar y hacer ante la multitud que presenciaba las maniobras militares en el campo de Santa Ana, ejercicios acrobáticos. Que el aviador en un momento dado de sus evoluciones aéreas, quebrantara determinada orden superior, no es circunstancia que lo coloque fuera de la misión que se le confió, hasta el punto de desvincular al Estado del daño causado; esa circunstancia apenas significa que el servicio se prestó mal, y esa falta es precisamente la base en que descansa la responsabilidad del Estado.

2º **Ante el criterio del derecho administrativo.**

"El criterio del derecho civil ha prestado en Colombia invaluables servicios a la jurisprudencia para hacer efectiva la responsabilidad de la administración por el daño causado a terceros por las faltas de los funcionarios en la prestación de los servicios públicos. Nuestra doctrina sin hacer la distinción formulada en otras partes, entre el daño individual según provenga de actos de gestión privada del Estado sobre su patrimonio y actos de gestión sobre los servicios públicos, ha admitido en manera general la responsabilidad del Estado, trátase de gestión pública o de gestión privada, con el auxilio del criterio del derecho civil. Con lo cual entre nosotros, todo daño concreto causado por la administración, excepto cuando obra como poder público soberano, ha podido ser indemnizado, mediante acciones civiles de reparación y sin necesidad de recurrir a la doctrina administrativa.

"La teoría de derecho administrativo de la responsabilidad del Estado por las llamadas faltas de servicio se originó de que entre antiguos doctrinantes se sostuvo el llamado sistema regaliano, según el cual sólo los actos de gestión privada del Estado son susceptibles de comprometer la responsabilidad, por aplicación de los principios del derecho civil como a otra persona moral cualquiera. Pero decíase que el Estado soberano precisamente por serlo, no podía ser demandado para responder de los perjuicios ocasionados por la gestión administrativa de los servicios públicos.

"Contra esta escuela reaccionaron muchos y prestigiosos tratadistas que consideran que el Estado, supremo definidor del derecho, está sometido a la ley moral, en cuya virtud, independientemente de la responsabilidad que en el campo de la actividad de la administración, a modo de persona moral privada, que contrata y gestiona como éstas, puede derivarse de las normas del derecho civil, cabe también la responsabilidad derivada de aquellos daños que la administración ocasione a los particulares con motivo de la gestión de los servicios públicos.

"Se dice que la generalización del criterio del derecho civil para juzgar todos los casos de responsabilidad del Estado por faltas de los funcionarios es deficiente: porque la existencia del empleado es un hecho ineludible para la administración; y dado el modo en que conforme a los reglamentos legales se hace su nominación, es imposible acusar al Es-

tado de falta de diligencia y cuidado en la designación de sus funcionarios. El empleado no es un mandatario de la administración al modo del subalterno de una persona natural o moral de derecho privado. De consiguiente para muchos resulta un tanto ficticio e irreal decidir la responsabilidad del Estado por vía indirecta, asimilándolo a la persona que tuvo libertad para elegir al subalterno, por lo cual se exige de ella la debida previsión y cuidado en el nombramiento y luégo estricta vigilancia sobre la manera como el dependiente cumple sus funciones. Tíldase así de inexacta la presunción de culpa a cargo de la administración por **falta de vigilancia o mala elección**, fundada en las normas pertinentes del código civil.

"Hauriou explica que los agentes de la administración en el funcionamiento de los servicios públicos no son mandatarios de la Nación. Niega que en tal evento pueda aplicarse la doctrina del mandato y la responsabilidad del mandante por actos del mandatario. Trátase de órganos, y éstos obligan directamente a la persona administrativa, aun en los cuasi delitos, si obran en los límites de sus funciones.

"Los hermanos Henry y León Nazeaud aceptan con entusiasmo estas ideas de Hauriou, y agregan que en verdad "L'agent n'est pas le preposé de l'administratión. Il est l'organe de la personne morale publique".

"El mismo Hauriou establece la distinción entre el hecho personal del funcionario caracterizado por la voluntad clara de no obrar conforme al servicio, y la **falta de servicio**, o sea aquellas faltas consistentes en errores, negligencias u omisiones que están en las costumbres del servicio e imputables más a las autoridades que lo dirigen que a los agentes subalternos que han cometido materialmente el hecho.

"Para que el Estado sea responsable por faltas del servicio se requiere que el acto sea administrativo y que el hecho ilícito se realice en función directa con la prestación de servicio. Si por el contrario el empleado ha utilizado sus facultades con fin distinto del servicio, fuera por tanto de lo que puede considerarse como verdadero órgano administrativo, deja de existir la responsabilidad de la administración.

"La doctrina de derecho público de la responsabilidad de la administración por la realización de los servicios públicos, no parte como el código civil de la necesaria existencia de un hecho delictuoso o cuasi delictuoso, generado en la culpa probada o presunta del responsable, sino que tiene en cuenta únicamente la existencia de perjuicios individuales por actos administrativos, distintos naturalmente de los que a los particulares puede causar el ejercicio normal, regular y con efectos generales del Poder público.

"Paul Duez define el carácter principal de las faltas del servicio público que comprometen la responsabilidad del Estado: "La falta del servicio público no está necesariamente ligada a la idea de falta de un agente determinado e identificado. Para que aparezca la falta de un servicio público no es preciso que determinados funcionarios señalados por sus nombres hayan cometido culpa. Es suficiente al respecto patentizar un mal comportamiento general y anónimo del servicio al que pueda imputarse el daño acusado; establecer que el servicio es defectuoso, sea en su organización, sea en su funcionamiento y que el daño proviene de ese defecto. Como lo escribió M. Bonnard se ha de juzgar el servicio y no el agente". (La responsabilité de la Puissance Publique — en dehors du contrat. Edición de 1938).

"Muchos autores respaldan la citada doctrina en motivos de justicia y equidad y en el principio de la igualdad de las cargas públicas que determina la necesidad de indemnizar a quien soporte una carga injusta y desigual, principio que le sirve a Mayer y otros autores alemanes de argumento en defensa del sistema. Tales no-

ciones de justicia a falta de leyes normativas expresas, considéranse suficientes para justificar las demandas de indemnización contra el Estado por las faltas del servicio.

"El funcionamiento irregular y defectuoso del servicio puede deberse también a una falta personal del agente encargado de obrar. En tal caso sobre la administración recae igualmente la obligación de reparar. Pero es necesario que la culpa del agente haya sido cometida, con intención o sin ella, al desarrollar y poner en práctica sus atribuciones. Es el caso de la función ejecutada con torpeza por malicia o simple negligencia. Surge en estas circunstancias como acontece con el criterio del derecho civil una acción doble en pro del damnificado: contra la administración por la mala prestación del servicio; y contra el empleado por la culpa personal en que incurrió. Mas estas acciones tienen un carácter alternativo, de modo que las indemnizaciones no admiten acumulación. "Como el agente responde también de sus faltas personales, la víctima se encuentra en presencia de una acumulación de responsabilidades, la cual se produce con ocasión del mismo acto, el acto del agente, que es al mismo tiempo falta del agente y falta de la persona moral pública". (Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual por Henry y Leon Mazeaud, tomo 3º, número 2,008-5).

"Esta conclusión no ha sido aceptada por Hauriou. Para él el Estado es el único responsable. Empero los mismos hermanos Mazeaud están en desacuerdo con Hauriou y dicen, entre otras cosas: "Acumulación de responsabilidades no significa acumulación de reparaciones. Cada uno de los responsables, la administración o el agente, es obligado por el todo. Se está en presencia de deudores in solidum. La víctima puede libremente elegir el codeudor contra quien va a reclamar el pago. Empero no puede obtener de cada uno de ellos la reparación del perjuicio que ha sufrido. Una vez que uno de los responsables ha reparado, sea el agente o sea la administración, la víctima carece de acción para continuar persiguiendo una indemnización que ya se le concedió".

"Este principio de la acumulación de responsabilidades es el que se ha abierto campo en la doctrina, siendo aceptado por la mayoría de los tratadistas.

"Sentadas las ideas anteriores, a la luz de ellas mucho menos habría base para libertar al Estado de responsabilidad por la tragedia de Santa Ana.

"En efecto. Tal como el acontecimiento tuvo desarrollo, según está acreditado, no cabe abrigar la menor duda de que debióse a notorias faltas del servicio de aviación militar. Probadas irregularidades en la preparación de la revista y luégo en el momento de ejecutarse. En disciplina y violación de reglamentos primordiales por superiores e inferiores. Que el piloto cometió una falta personal. Esa falta siempre fue cometida al ejecutar la función que le correspondía y con ocasión de su desarrollo. No desvincula por consiguiente la responsabilidad del Estado, ni con el criterio civilista ni con la concepción administrativa".

En el muy interesante alegato presentado a la Corte en este asunto por el señor Procurador Delegado en lo Civil se lee lo siguiente:

"El Estado, entidad jurídica y administrativa a la vez, obra en sus diferentes actividades por medio del respectivo órgano. Compartimos a este respecto la tesis moderna de que cuando el agente del Estado obra como tal es el Estado mismo el que desarrolla su actividad por ese medio. El hecho oficial del agente es, por tanto, hecho del Estado, capaz de comprometer la responsabilidad de éste por el daño que llegue a producir.

Pero según se dijo atrás, tal doctrina no puede ser aceptada sin limitaciones. Es cosa muy grave dejar el patrimonio público del Estado a merced de las acti-

vidades, aparentemente oficiales, de cuanto empleado de cualquier categoría quiera desarrollarlas en perjuicio ajeno.

La manifestación de la actividad del Estado, para los fines de que se trata, debe mirarse en los órganos directivos, que son los que imprimen la dirección de aquella actividad, no de cualquier empleado de inferior escala que por personal impulso quebrante una norma directiva superior. Ese empleado, al obrar así, traspasa los límites del campo oficial para entrar en el terreno de su particular actividad, comprometiendo desde allí tan sólo su responsabilidad personal.

El empleado que so pretexto de ejercer sus funciones oficiales lesiona por impulso propio un derecho, no es en esa actividad ilícita gestor oficial del Estado. La pretendida calidad oficial no es entonces sino un ropaje bajo el cual quiere ocultarse la violación personal del derecho. La responsabilidad civil emana entonces, no de un acto oficial, sino del impulso particular y propio del empleado. El acto no es oficial sino en apariencia, en realidad es particular y obliga tan sólo a la persona del agente.

Cobra especial fuerza esta tesis en tratándose de empleados del orden militar que desobedecen órdenes superiores. Si un jefe da una orden y ésta es desobedecida, se comete por el militar desobediente un hecho ilícito y punible. Y de las consecuencias civiles de ese hecho ilícito y punible no es responsable el Estado.

Y el teniente César Abadía ejecutó un hecho ilícito al desobedecer de manera flagrante una orden de sus jefes militares: que no ejecutara maniobras sobre el campo de la revista, sino al norte, sobre el tanque de la estación de Usaquén. Luego, según la doctrina citada, no pudo obligar al Estado en cuanto a las consecuencias de un hecho ilícito".

La tesis sustentada por el señor Procurador Delegado la halla acertada la Corte, pero encuentra que no es aplicable al caso de autos. La actividad desarrollada por el piloto César Abadía no fue de aquellas no oficiales o aparentemente oficiales, al ejecutar maniobras acrobáticas sobre el campo de Santa Ana. Las acrobacias fueron ordenadas por la dirección de la revista aérea y para que se realizaran se formó una escuadrilla de aviones a cuyo comando se colocó al teniente Abadía. Al volar éste sobre el campo de Marte el 24 de julio de 1938 y realizar maniobras acrobáticas cumplía una misión dada a él especialmente por la dirección de la revista. Si al realizar esas maniobras el comandante de la escuadrilla se salió del radio señalado para que se ejecutaran, contrariando una orden superior, ejecutó mal el mandato pero obró en cumplimiento y desarrollo de su encargo oficial; como lo habría hecho también si en vez de hacer la maniobra previamente autorizada del rollo lento hubiera desarrollado otra u otras de mayor peligrosidad que aquélla.

Esta consideración es de consecuencias importantes en orden a fijar la culpabilidad del Estado en el accidente. Porque sin desconocer que Abadía contrarió la orden de sus superiores, de volar únicamente al norte del campo de la revista, sobre los tanques de Usaquén, no puede menos de admitirse que al hacerlo se encontraba ejecutando las maniobras ordenadas por la dirección de aviación.

No hubiera estado el teniente Abadía haciendo las acrobacias ordenadas por sus superiores cuando el accidente se produjo, y entonces sí cabría decir que su acto era personal y extraño a las funciones del cargo que desempeñaba.

La desobediencia militar de Abadía fue sin duda ilícita y punible. Mas esas circunstancias, propias del radio de sus obligaciones estrictamente militares y tocantes con sus deberes de oficial del ejército en sus relaciones de dependencia jerárquica, no alcanzan a modificar las reglas dadas por la doctrina y sentadas en el derecho conforme a las cuales el acto imperfectamente cumplido por un dependiente no libra de responsabilidad civil a la persona o entidad de quien es subordi-

nado ya que, se repite, el hecho de Abadía, contrario a la orden, apenas implicaba una indebida e imperfecta ejecución del encargo que se le había dado de ejecutar acrobacias en la revista.

Acoge la Corte el fallo de primera instancia, en la parte en que se interpreta la demanda como propuesta por los esposos Manuel Rodríguez y Ricarda Avila, aunque en su texto se expresa que ella se intenta a favor de la sociedad conyugal Rodríguez-Avila, y en cuanto considera que Ricarda Avila se halla en el goce de sus facultades mentales. Las razones que allí se aducen son suficientes y jurídicas en el sentir de la Sala y llevan a la no aceptación del concepto que con base en una interpretación más ceñida a la literalidad del libelo hace el señor Procurador al pedirle a la Corte, en la hipótesis de la prosperidad de la demanda, que no se condene a la Nación al pago de perjuicios morales porque el daño moral afectivo puede sufrirlo una persona física pero no una persona moral como es la sociedad conyugal. Dijo el Tribunal en el punto de que se trata:

"Aunque las súplicas se hacen a nombre de la sociedad conyugal de los esposos Manuel Rodríguez y Ricarda Avila y para que las declaraciones se hagan a su favor, y aunque el primero fue el que inició la acción reparatoria de perjuicios por la muerte del hijo procreado por los cónyuges, el joven Domingo de Guzmán Rodríguez en el siniestro aéreo relatado en la demanda, interpretando ésta por lo expuesto en los hechos fundamentales se comprende que los esposos Rodríguez-Avila demandan para sí, en la condición que tienen de herederos y sucesores en esta condición de la víctima, ya que la sociedad conyugal no es una persona jurídica, y que su doble acepción que tiene, es para significar, ora la sociedad de personas que se forma por el matrimonio, ora la masa común de patrimonios o reunión de éstos que origina el mismo estado, para subvenir a las necesidades matrimoniales.

Conviene advertir que Manuel Rodríguez demandó solo en un principio haciendo extensiva la reclamación a los perjuicios morales especiales por haberle sobrevenido a su mujer demencia por la pena grande que le determinó la noticia de la muerte del hijo, pero aparte de no haber demostrado la enfermedad síquica pues sólo se limitó a aparejar como prueba la certificación de haber sido asilada en el manicomio, esto es, sólo probó el ingreso a esta institución, pero no la enajenación con la prueba médica del caso, más tarde, aparece, que el siete de febrero de 1939, Ricarda Avila personal y directamente compareció al Tribunal, por escrito visible al folio 19, cuaderno 1, otorgando poder por su parte al mismo doctor Aurelio Cruz T. y coadyuvando en todas sus partes la demanda promovida por su marido.

De este hecho y de no aparecer que ha sido puesta en interdicción judicial se colige presuntivamente que Ricarda Avila está en el goce de sus facultades mentales, como también que la demanda quedó incoada por ambos esposos".

Lo expuesto hasta ahora pone de manifiesto que la primera de las peticiones del libelo prospera y que debe declararse en consecuencia la responsabilidad de la Nación por los daños materiales y morales causados a los esposos Manuel Rodríguez y Ricarda Avila por la muerte de su hijo Domingo de Güzmán Rodríguez.

En cuanto a la segunda y tercera, referentes al pago de determinadas cantidades de dinero en razón de perjuicios materiales y morales objetivados, no puede hacerla la Corte porque en el proceso no se estableció el monto de los perjuicios reclamados. La condenación se hará pues in genere, a efecto de que si los interesados promueven la acción correspondiente, se haga la condenación a cifras determinadas, con aplicación del procedimiento

señalado para estos casos por el C. J., artículo 553.

En el punto cuarto de las peticiones de la demanda se comprenden dos indemnizaciones: el daño moral no objetivado causado en las personas de los demandantes por la alteración transitoria de las facultades mentales de Ricarda Avila; y el daño material consitente en los gastos necesarios a la atención de su enfermedad. Estos últimos no se probaron en el juicio, pues no se adujo elemento alguno para establecerlos.. En tales circunstancias ha de estimarse que no se ocasionaron, y debe absolverse al demandado por este concepto, como así lo hace la Sala en la parte correspondiente del fallo.

Respecto al daño moral no objetivado, nótase, en primer lugar, que él consiste en el dolor producido a los padres de Domingo de Guzmán Rodríguez por la muerte de éste, la pena psíquica que ellos experimentaron. La determinación del **quantum** de este daño debe hacerse por la Sala con aplicación a la tesis sustentada por ella en tres decisiones simultáneas fechadas el 23 de abril último, en las cuales sentó doctrina sobre la reparación del daño moral de índole subjetiva. La Sala de Casación Civil en reciente sentencia, del 20 de junio último, proferida en el juicio de Joaquín Cifuentes contra el municipio de Medellín, acogió integralmente, la misma doctrina. Dijo entonces aquella Sala:

"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 avaluación 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 inobjetables, 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 avaluación, que por este motivo 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". Reproduce en seguida la Sala de Casación varios pasajes de una de las citadas sentencias de la Sala de Negocios Generales, a la cual pertenece lo que en seguida se transcribe:

"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 moral, como las lesiones de 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, siquiera sea somero, del presente tema, en orden a decidir con acierto sobre la peti-

ción 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 régle 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".

Josserand, en el número 442 de su obra "Cours de deroit 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 o abstractos, perjuicios morales o 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 de 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 una 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 consecuencialmente 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 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 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.

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 moral 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 15 de marzo último, juicio de José Joaquín Landazabal contra el municipio de Bogotá— "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, 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 da-

ño 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 de depresión psíquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuencialmente afectan el patrimonio material, son daño moral objetivado, manifestaciones o afectos materiales de aquél, porque se derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral. El perjuicio considerado en toda esa gama consecuencial 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 el 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 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 **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 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 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

reconocer una indemnización completa del perjuicio, que no le 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 del 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 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, a 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".

Aplicando lo expuesto a los perjuicios morales no adjetivados, la Sala estima que ellos se causaron, en el caso de este pleito, por las relaciones de parentesco y de afección comprobadas en el juicio, entre el causante y sus padres; y haciendo uso de la facultad de arbitrio que le concede la ley, fija esta indemnización en una suma igual a la mitad del máximo en ella previsto.

Los perjuicios morales objetivados se determinarán con aplicación del procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J.

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 asunto

por el Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar decide:

1º La Nación es responsable civilmente de los daños materiales y morales causados a los esposos Manuel Rodríguez y Ricarda Avila por la muerte de su hijo Domingo de Guzmán Rodríguez, producida en el accidente de aviación ocurrido el día 24 de julio de 1938 en el campo militar de Santa Ana, cuando vino a tierra y se estrelló en ella un avión en que hacía maniobras acrobáticas el teniente César Abadía, del Ejército Nacional.

2º Condénase a la Nación a pagar, después de la ejecutoria de esta sentencia, a Manuel Rodríguez y Ricarda Avila, los perjuicios materiales y los morales objetivados a que se refieren los puntos segundo y tercero de las peticiones del libelo. El monto de aquellos se fijará por el procedimiento previsto en el artículo 553 del C. J.

3º Condénase a la Nación a pagar a Manuel Rodríguez y Ricarda Avila, en razón de perjuicios morales no objetivados, la cantidad de un mil pesos ($ 1,000.00) moneda legal.

Publíquese, cópiese, notifíquese.

Arturo Tapias Plionieta — Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

INDICE

Págs.

EDITORIAL. COMENTARIOS A LA LEY 28 DE 1932 (continuación), por Luis Felipe Latorre I

SALA DE CASACION CIVIL

CESION DE CREDITOS. — CONDICION JURIDICA DEL DEUDOR CEDIDO EN EL CONTRATO DE CESION.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal de Popayán en el juicio ordinario promovido por Fabio Grueso contra Manuel José Maya sobre revisión de una sentencia de excepciones en juicio ejecutivo. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 1

SALVAMENTO DE VOTO a la anterior sentencia, del Magistrado doctor José Miguel Arango 11

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS POR HONORARIOS PROFESIONALES. — Se casa la sentencia del Tribunal de Barranquilla dictada en el juicio promovido por Isaías Daza Portela contra Miguel A. Blanco para el pago de una suma de pesos por honorarios profesionales. Magistrado ponente, Dr. Isaías Cepeda... 13

ACCION DE IN REM VERSO.—INCONGRUENCIA. — PROMESA DE CONTRATO DE ARRAS. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Cecilia Salgar de Pardo contra José del Carmen Barrera, por pesos. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 19

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y OTRAS. — RELACIONES DE VECINDAD. — MEDIANERIA. — No se casa la sentencia del Tribunal de Tunja en el juicio ordinario promovido por Juan Salamanca Vargas y su esposa contra Rito Ramón y José del Carmen Calixto, sobre resolución de un contrato de compraventa y otras acciones. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 27

RECURSO DE HECHO. — Se admite el promovido por el doctor Daniel Gil Lemus, apoderado de Evangelista Quintana en el juicio promovido por aquél con ese carácter contra Manuel Quintana R. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 34

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — PERJUICIOS.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá en el juicio promovido por el doctor Rodrigo Noguera contra la Richmond Petroleum Company of Colombia, para el pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 36

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario sobre objeciones a la partición en el juicio de sucesión de Sara Mendoza. Magistrado ponente, Dr. José Miguel Arango. 47

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal de Popayán en el juicio ordinario promovido por el doctor Miguel A. Orozco contra el doctor Liborio Chaux F., por pesos. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 51

RECURSO DE HECHO. — CARACTER JURIDICO DEL JUICIO DE DESLINDE. — Se considera bien denegado el recurso de hecho promovido en el juicio de deslinde promovido por el doctor Enrique Cardoso contra el doctor Raúl Castilla, especialmente en el ordinario sobre oposición a la diligencia de apeo. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 54

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.—MANDATO — DIFERENCIAS ENTRE LOS DOS CONTRATOS.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Manuel Vicente Bautista contra Fabriciano Bautista, por servicios. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 56

SIMULACION. — No se casa la sentencia del Tribunal de Medellín proferida en el juicio de Elvira Baena E. en su condición de heredera de Francisco María Baena y para la sucesión de éste, contra Clara Rosa Velásquez y Lucila Baena de Hurtado, sobre simulación de unos contratos. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda..... 65

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PENSIONES DE JUBILACION. — Se revoca el auto ejecutivo apelado proferido por el Tribunal de Barranquilla en el juicio ejecutivo iniciado por Virginia Hernández de Ripoll contra el Departamento del Atlántico, por pesos. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 73

NULIDADES SUSTANTIVAS Y ADJETIVAS. — Se confirma el auto apelado proferido por el Administrador de Hacienda de Popayán en el ejecutivo

Págs.

que sigue la Nación contra Alirio Lemos, por pesos. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 76

PENSIONES DECRETADAS POR ORDENANZAS DEPARTAMENTALES.— Se revoca el auto apelado proferido por el Tribunal de Tunja en el juicio ejecutivo promovido por la señora Ester Gómez v. de Abella contra el Departamento de Boyacá, por pesos. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 78

PENSIONES. — Se revoca el auto proferido por el Tribunal de Tunja en el juicio ejecutivo promovido por Pedro Luis Espinosa contra el Departamento de Boyacá, por pesos. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado..... 81

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES. — Se confirma el auto proferido por el Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario que sobre indemnización de perjuicios promovieron contra la Nación Martín Afanador y Rosa Rubio. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 83

EXCEPCIONES. — DEUDORES PRINCIPALES Y DEUDORES NO SOLIDARIOS. — BENEFICIO DE EXCUSION. — Se declaran no probadas las excepciones propuestas en el juicio que la Nación propuso ante el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá contra Jorge Tadeo Lozano y Belisario Salamanca. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado..... 88

NULIDAD DE UN JUICIO POR HABERSE ADELANTADO SIN AUDIENCIA DEL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES. — Se confirma el auto del Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario de Santos Camelo contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 95

SE DECLARA LA NULIDAD DE LO ACTUADO POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION IMPRORROGABLE. — Se declara nulo lo actuado en el juicio promovido por Rafael Mora O. por medio de apoderado, contra la Nación, por perjuicios. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán. 99

OBJECION POR ERROR GRAVE A UN DICTAMEN PERICIAL. — Se confirma el auto proferido por el Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario de Julio S. Cuervo y Florentina Ruiz contra la Nación, sobre indemnización de perjuicios. — Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado..... 102

TRAGEDIA DEL CAMPO DE SANTA ANA. — PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS DE SUS AGENTES AUTORIZADOS EN DETRIMENTO DE LOS DERECHOS CIVILES DE TERCEROS. ANTE EL CAMPO DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. — DAÑO MORAL Y SU REPARACION. — Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario promovido por la señora Paulina Martínez viuda de Jiménez contra la Nación, por perjuicios. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 109

TRAGEDIA DE AVIACION DEL CAMPO DE SANTA ANA. — RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS DE SUS AGENTES AUTORIZADOS EN DETRIMENTO DE LOS DERECHOS CIVILES DE TERCEROS. ANTE EL CAMPO DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. — DOCTRINA SOBRE EL DAÑO MORAL Y SU REPARACION. Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario promovido por el doctor Aurelio Cruz como apoderado de la sociedad conyugal ilíquida formada por Manuel Rodríguez y Ricarda Avila contra la Nación, por perjuicios materiales y morales. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 125

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"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 Institutionum D. Justiniani).

TOMO LII | Bogotá, enero de 1942. | NUMERO 1978

COMENTARIOS A LA LEY 28 DE 1932

ARTICULO 7°

"Respecto de las sociedades conyugales existentes, los cónyuges tendrán capacidad para definir extrajudicialmente, y sin perjuicio de terceros, las cuestiones relativas a la distribución de los bienes que deban corresponder a cada uno de ellos, conforme a esta Ley, y si se distribuyeren gananciales, se imputarán a buena cuenta de lo que hubiere de corresponderles en la liquidación definitiva. De los perjuicios que se causen a terceros, en virtud de estos arreglos, que deberán formalizarse por escritura pública, responderán solidariamente los cónyuges, sin perjuicio de que puedan hacerse efectivos sobre los bienes sociales que se distribuyan".

Ya vimos que de acuerdo con los artículos 20 *y* 23 *de la Ley* 153 *de* 1887, *la nueva Ley sobre régimen patrimonial en el matrimonio se aplica a los existentes aunque no se hubiera introducido la regla del artículo comentado. Por este aspecto era innesario el artículo* 7° *de la Ley* 28, *que no figuraba en el proyecto primitivo ni siquiera en el pliego de modificaciones que elaboró la Comisión de la honorable Cámara de Representantes y que nos dieron a conocer previamente para dejar senta-*

do que ese pliego no introducía cambio alguno de fondo en el sistema propuesto.

El artículo en cuestión, que fue propuesto durante el debate por el honorable Representante Tulio Rubiano, no hizo sino introducir algunas modalidades en la aplicación de la Ley. De un lado, la regla de que se trata es de cumplimiento simplemente facultativo por parte de los cónyuges (1). *Se les autorizó para que extrajudicialmente definan lo relativo a distribución inmediata de bienes, inclusive gananciales obtenidos. En consecuencia, o los cónyuges no hacen uso de la facultad que el artículo les otorga, o hacen uso de ella.*

La situación que en el primer caso se presente será la de separación práctica que la Ley establece, pero sin liquidación provisional e inmediata de gananciales. Ese será el caso frecuentísimo porque los matrimonios bien avenidos, que son los más, no tendrán empeño en entrar ahora en partición de gananciales, ni hay marido ni mujer que puedan estar empeñados, por el simple deseo de liquidar de una vez la sociedad, en exponer los bienes propios de la mujer, que de todas maneras hacen parte del patrimonio familiar, a la persecución de los acreedores del marido en virtud de la solidaridad que para ese caso estableció la parte final del artículo.

Si los cónyuges no llevan a la práctica la liquidación en referencia, la Ley operará automáticamente, como si el artículo 7° no existiera: cada cónyuge tendrá la plena capacidad civil para contratar, comparecer en juicio, adquirir, administrar los bienes que le pertenecían "al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere *aportado a él" y también "los demás que por cualquier causa* hubiere adquirido *o adquiera"* (*artículo* 1°), *pero sin hacer formal distribución de gananciales habidos antes. Ejemplo: un matrimonio en que el marido poseía un terreno de* $ 5.000 *cuando se casó, habiendo adquirido después un almacén de mercancías que hoy vale* $ 10.000, *pero debe* $ 7.000; *y la mujer, propietaria de una quinta al tiempo de casarse, por valor de* $ 5.000, *habiendo comprado posteriormente un lote por* $ 800 *y cédulas hipotecarias por* $ 500.

Si no proceden a la liquidación autorizada por el artículo 7° de la Ley, en virtud del régimen establecido por ésta, el marido continuará con la libre administración y disposición de su terreno y del almacén, es decir, de un haber de $ 15.000, *de los cuales los* $ 10.000 *del almacén corresponden a la sociedad que ha de liquidarse al fin; la mujer tendrá la libre administración y disposición de su quinta, del lote y de las cédulas, o sea un caudal de* $ 6.300, *de los cuales* $ 1.300 (*lote y cédulas*) *irán a integrar el activo social si esos bienes existen al tiempo de la li-*

---

(1) La Corte Suprema, en el fallo de 20 de octubre de 1937, declaró que la liquidación autorizada en el artículo 7º no era simplemente facultativa sino que daba lugar a acción judicial para llevarla a cabo, a falta de acuerdo.

quidación final (1). *Igualmente cada cónyuge manejará lo que en adelante adquiera y no responderá por deudas posteriores sino de las que personalmente contraiga, pero los acreedores sociales por las deudas de* $ 7.000 *que había al momento de entrar en vigencia la Ley* 28, *pueden perseguir el terreno del marido, el almacén, el lote y las cédulas,* pero no la quinta de la mujer.

Si los cónyuges de que se trata aplican el artículo 7º, y en uso de la facultad que esa regla les confiere hacen la liquidación provisional y se distribuyen los gananciales, la situación será la siguiente: el marido retira su terreno y la mujer su quinta; sumados los bienes sociales almacén, lote y cédulas, se tiene un acervo de $ 11.300; *partido por mitad, el marido se lleva* $ 5.650 *y la mujer* $ 5.650. *En adelante cada cónyuge responderá de sus propias deudas, pero los acreedores de los* $ 7.000 *que se debían cuando entró a regir la Ley, por virtud de la solidaridad que establece el artículo 7º si los cónyuges proceden a liquidar la sociedad y distribuírse los gananciales, pueden demandar por toda la deuda a la mujer y perseguirle no solamente los* $ 5.650 *que recibió como participación social, sino también su quinta, porque la parte final del artículo comentado no deja duda al respecto.*

Todo lo cual indica que si hay deudas pendientes, a la mujer no le conviene hacer uso de la facultad que establece el artículo 7º; sin que la prescindencia de la liquidación allí permitida la prive de la autonomía y capacidad civil que consagra la Ley, como de manera concreta se ve en la primera hipótesis del ejemplo propuesto.

Para la mejor interpretación de este artículo, y especialmente para esclarecer la situación de los matrimonios existentes, nos remitimos de nuevo al comentario hecho al artículo 1º

MERITO Y EFECTO DE LA LIQUIDACION

La circunstancia de haber aludido el artículo 7º a la "liquidación definitiva", que ha de sobrevenir a la distribución anticipada de gananciales habidos antes del 1º *de enero de* 1933, *ha hecho creer a algunos que esa distribución, autorizada por el artículo 7º, es provisional, en el sentido de que al hacer la liquidación definitiva, cuando se produzca la disolución de la sociedad conyugal, hay que volver a adjudicar los bienes distribuídos antes. Esto no es así: lo que sucede es que, como se habían dado a cada uno de los cónyuges "a buena cuenta", al hacer la liquidación definitiva se debe simplemente* computar *su valor para efectos de saber cuánto se le debe descontar a cada cónyuge del monto completo de sus ganaciales.*

(1) En cuanto a los bienes sociales adquiridos antes de la Ley, la Corte sentó una doctrina contraria en el fallo de 20 de octubre de 1937. Sobre este particular véase nuestro comentario al artículo 1º en la parte sobre "Alcance de la libre administración y disposición..."

Por ejemplo: supongamos que el haber social anterior a la vigencia de la Ley 28 valga $ 10.000; que los cónyuges hubieran convenido en 1935 en hacer una distribución parcial de acuerdo con el artículo 7°, y que en ella se le hubiera adjudicado a la mujer un terreno por valor de $ 4.000 y al marido otro por valor de $ 3.000, quedando sin distribuír una casa de $ 3.000. Al sobrevenir luégo en 1940 la disolución de la sociedad, por muerte, divorcio, etc., resultara que se habían adquirido en los cinco años anteriores otros $ 10.000. Aplicando el artículo 7° en esta liquidación definitiva, tendríamos que el haber social considerado globalmente valía $ 20.000; como a la mujer ya se le había adjudicado anteriormente un terreno por $ 4.000, se le debe hacer hijuela por $ 6.000 para completarle sus $ 10.000 de gananciales; y como al marido se le había dado ya un terreno de $ 3.000, se le debe hacer hijuela por $ 7.000, para completarle también sus $ 10.000.

Pero en el caso del ejemplo, como en los demás casos análogos, los bienes adjudicados en la primitiva distribución, lo fueron de una manera firme, definitiva, inmodificable; al extremo de que si alguno de los cónyuges hubiera querido enajenar los bienes recibidos, habría podido hacerlo, sin que los terceros compradores corrieran el riesgo de que el título del vendedor viniera luégo a ser desconocido, invalidado o modificado en la liquidación definitiva.

La Corte Suprema, en fallo de 18 de abril de 1939 sostiene esta tesis y la desarrolla con razonamientos incontrovertibles.

Por las mismas razones de ser definitiva la distribución que se haga de bienes sociales anteriores a 1933 (sin perjuicio de tener en cuenta su valor para los cómputos en la liquidación definitiva), ese valor será el que le dieron los cónyuges al hacer aquella distribución, si se hizo contractualmente y de común acuerdo, o la que le hubieren dado peritos avaluadores si a la distribución se procedió en virtud de acción judicial; y no el valor que los bienes distribuídos primitivamente pudieran tener a la hora de la liquidación definitiva.

Así, en el caso del ejemplo propuesto, pudiera suceder que en 1940 el terreno dado a la mujer no valiera sino $ 2.500 o a la inversa, que se hubiera valorizado, y en lugar de $ 4.000 en que se estimó en 1935, valiera $ 6.000. De todas maneras en la liquidación definitiva ese bien no podía computarse por menos ni por más de los $ 4.000 en que se estimó cuando fue adjudicado en la distribución de que se trata.

Si esto no fuera así, se presentarían las situaciones más complicadas y de notoria injusticia. Por ejemplo: si en la adjudicación de un lote de terreno en 1935 se le hubiera dado a ese bien un valor de $ 4.000, y días después el cónyuge adjudicatario lo hubiera vendido por la misma suma, hoy ese terreno podría valer diez veces más, si estuviera ubicado en Bogotá, sobre la Avenida Caracas, abierta recientemente. En estas condiciones resultaría notoriamente injusto que en la liquidación definitiva de la sociedad conyugal

se le computara al cónyuge adjudicatario de aquel terreno un abono anterior por $ 40.000 *en lugar de los* $ 4.000 *de la apreciación primitiva.*

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ART. 7° EN RELACION CON EL 1°

Contra el propósito que teníamos de no extendernos demasiado en estos comentarios, no podemos eludir la ampliación de ellos en algunos puntos, aún a riesgo de incurrir en repeticiones, impuestas por la necesidad de explicar, hasta donde sea posible, ciertos aspectos de la Ley, que han suscitado interpretaciones anárquicas, propias para dificultar y hasta desacreditar el nuevo estatuto jurídico.

Así, en la materia de las sociedades existentes, varios abogados, sin poner en duda la aplicación de la Ley 28 *a ellas, y reconociendo que esa Ley no acabó con la institución de la sociedad, consideran que si los cónyuges no dan aplicación amigable o judicial al artículo 7° de la Ley, el marido no podrá seguir manejando los bienes sociales, ni mucho menos disponer de ellos. Esto es así en cuanto a los bienes no adquiridos por él, pero no es exacto el concepto en cuanto a los que sí había adquirido.*

Obsérvese que conforme al artículo 1° *cada cónyuge tendrá la libre administración y disposición de los bienes que "por cualquier causa* hubiere adquirido *o adquiera"; y si la Ley se aplica tanto a los matrimonios posteriores a ella como a los anteriores, si en ambos subsiste el concepto de sociedad, no hay por qué hacer distinción entre unos y otros. Si en los que se celebren del* 1° *de enero de* 1933 *en adelante el hombre maneja con autonomía sus bienes propios y los que adquiera a cualquier título, y la mujer maneja con autonomía sus propios bienes y los que adquiera, sabiendo que los adquiridos en las condiciones del artículo* 1781 *del Código Civil y que subsistan cuando llegue el caso de finalizar la sociedad, se considerarán bienes sociales para repartir por mitad, sin que durante el matrimonio pueda decirse que hay una comunidad en que los dos comuneros deben obrar conjuntamente; la misma regla puede y debe aplicarse a los matrimonios o sociedades anteriores, porque el régimen es el mismo para todos.*

Quisiéramos, para no pecar de difusos, poder concretar en un concepto corto y expresivo la índole del nuevo sistema, y creemos conseguir tal cosa diciendo que tanto para los matrimonios posteriores como para los anteriores la Ley no ha establecido una administración conjunta sino una administración dual.

No se puede sostener, como han sostenido algunos, con respecto a los matrimonios anteriores, "que hipotecas, prendas agrarias y compraventas deben ser firmadas por ambos cónyuges; si no se hace así, un solo comunero disponería de la totalidad del bien que pertenece a dos, cuando tal comunero no tiene la administración legal del bien común..." Esto es insostenible, porque no es exacto que se trate de una comunidad. *Aquí no hay tal bien* común; *se*

trata de un bien social *cuya administración y disposición corresponde al cónyuge que lo adquirió. Bajo el régimen del Código el bien era so-*cial y podía disponer de él el mari*do. Ahora sigue siendo* social y *puede disponer de él el hombre si éste lo adquirió, o la mujer si ella lo había adquirido. Pasa lo mismo que ha de ocurrir en el matrimonio nuevo: el bien será manejado por el cónyuge que lo adquiera, pudiendo disponer de él, como dispondría el marido si la Ley no se hubiera expedido, pero a sabiendas, como antes, de que las adquisiciones a título oneroso que subsistan "a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal" entrarán, tales adquisiciones, a integrar la masa de gananciales partibles.*

Alguien dice que "antes de la vigencia de la Ley el marido adquiría para la sociedad, *por ministerio del Código Civil, de manera que esas adquisiciones anteriores no pueden considerarse como las que haga en lo sucesivo el mismo marido de acuerdo con el artículo* 1° *de la Ley* 28. *El* hubiere adquirido *es futuro, no pretérito, y aunque fuera pretérito* solo funcionaría *dentro de la vigencia de la Ley nueva..."*

Aquí hay también otro error. Con la nueva Ley el marido sigue como antes adquiriendo para la sociedad, lo que no le impide, como nada le impedía anteriormente, administrar y disponer con entera libertad. La única diferencia consiste en que ahora la mujer, aunque hubiera adquirido para la sociedad, y continúe adquiriendo para la misma sociedad, tiene, respecto de esas adquisiciones, el mismo poder que antes tenía el marido respecto de todas.

Se dirá que esto puede ocasionar una irregularidad o anomalía rayana en injusticia: que la mujer hubiera hecho una compra con dinero del marido y ahora pueda disponer de un bien moralmente ajeno. Pero ¿qué ocurría antes cuando el marido compraba una cosa con dinero de la mujer y luégo la vendía y gastaba el precio como a bien tuviera? Lo que sucede de hoy en adelante es que, como en el conocido cuento, "la cuerda se tira para todos" y no para uno solo.

Con la frase "hubiere adquirido" que fue introducida por la Comisión de la Cámara de acuerdo con nosotros al redactar la modificación en nuestra propia oficina, se quiso explícitamente comprender las adquisiciones hechas antes de la expedición de la Ley, con apoyo en el principio jurídico consignado en el artículo 20 *de la Ley* 153 *de* 1887.

Una de las objeciones que se han hecho a la tesis de la aplicación automática de la Ley 28 *a los matrimonios existentes, sin previa liquidación de la sociedad, es la de que ¿cómo entra la mujer a manejar bienes suyos o adquiridos por ella y de los cuales se dispuso ya, estando los valores que hoy los representan física y jurídicamente confundidos con los haberes del marido? La objeción puede replicarse así: si los cónyuges hacen uso del derecho que les otorga el artículo* 7° *para hacer una liquidación provisional, no hay problema, porque en esa liquidación se efectúan las prestaciones a que haya lugar por*

precios de bienes enajenados, etc., y cada cónyuge toma lo que se le adjudique. Si no se hace la liquidación, cada cónyuge puede entrar en el libre manejo y disposición de los bienes exclusivamente propios existentes, y de las especies sociales también existentes, identificables, cuya adquisición hubiera hecho ese cónyuge. Lo demás, los valores de bienes pertenecientes a los cónyuges o aportados por ellos al matrimonio y de los cuales se dispuso, serán pagados o compensados cuando la sociedad se disuelva, es decir, "a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal", como dice el artículo 1° de la Ley, regla aplicable tanto a los matrimonios nuevos como a los anteriores. De suerte que no hay para qué anticipar esa liquidación.

Esta tesis se conforma con el criterio general de la Ley. Si en los matrimonios nuevos la sociedad no se liquida sino en uno de los eventos aludidos, ¿por qué y para qué ha de liquidarse ineludiblemente en los anteriores?

Si un marido, a falta de la Ley 28, quisiera darle cierta libertad a la mujer, y al efecto le otorgara un mandato (hipotéticamente irrevocable) que dijera: "Confiero amplio poder y autorización suficiente a mi mujer N. N. para que con entera libertad contrate, comparezca en juicio, y para que administre y disponga del mismo modo tanto de sus bienes propios como de los que aportó al matrimonio, de los que hasta hoy ha adquirido para la sociedad y de los que en lo sucesivo adquiera a cualquier título", se impondría la liquidación de la sociedad? Nó. Sería claro que tal poder en lo tocante a bienes habidos ya, se referiría a los existentes y no se pretendería que tal poder era impracticable mientras no se liquidara la sociedad, se hicieran las compensaciones debidas y se efectuaran las prestaciones por precios de bienes vendidos, etc. Así se complicaría y oscurecería voluntariamente y sin objeto una situación clara.

Las cosas sencillas se complican cuando se busca la manera de complicarlas.

Es de advertir que el comentario contenido en los párrafos que preceden inmediatamente fue formulado a raíz de la expedición de la Ley, y que la Corte Suprema, en fallo de 20 de octubre de 1937 sentó una doctrina contraria, pero únicamente *en cuanto al punto concreto de la posibilidad jurídica de que, aún sin realizar la liquidación prevista en el artículo 7°, cualquiera de los cónyuges pueda, sin concurrencia del otro, disponer de bienes sociales adquiridos por él con anterioridad al 1° de enero de 1933. A este respecto véase nuestro comentario al artículo 1°, en la parte que trata de "Alcance de la libre administración y disposición del haber social".*

Por otra parte, no están por demás dejar sentado, como es manifiesto, que tratándose de matrimonios anteriores a a Ley y aunque no haya mediado la liquidación permitida en el artículo 7°, cualquiera de los cónyuges puede enajenar o gravar libremente, sin concurrencia del otro, bienes adquiridos por él a cualquier tí-

tulo, inclusive el oneroso, con posterioridad al 1° de enero de 1933. En tratándose de tales bienes, los cónyuges de matrimonios anteriores ocupan exactamente, sin salvedad alguna, la misma situación, y con las mismas facultades, de los cónyuges de matrimonios nuevos. Las doctrinas de la Corte están conformes con ésto. (Fallo de septiembre 20 de 1940).

En resumen, la única dificultad o discusión ha sido no propiamente con todos los bienes sociales de matrimonios anteriores, sino con los bienes sociales adquiridos antes de la Ley 28, cuando no se ha hecho la distribución a que se refiere el artículo 7°.

A los bienes de la exclusiva propiedad de los cónyuges, adquiridos antes o después de la Ley, y a todos los sociales adquiridos después, aún por matrimonios anteriores, se les aplica sin salvedad ni distinción el nuevo régimen.

En fin, falta por definir en forma explícita, aunque esto se deduce fácil y claramente de todo lo expuesto, de los términos de la Ley y de la jurisprudencia sentada, lo siguiente: hasta cuándo y por cuántas veces podrá acudirse a la distribución de gananciales permitida por el artículo 7°, y qué bienes podrá comprender?

En cuanto a la oportunidad, la Ley no establece límite. Basta con que se trate de matrimonios existentes con anterioridad al nuevo régimen, y que no haya sobrevenido la disolución de la sociedad por muerte, divorcio, sentencia de separación etc., para que sea posible la distribución total o parcial de gananciales también anteriores. De manera que uno de esos matrimonios ha podido en todos estos años de vigencia de la Ley, puede ahora o dentro de cinco, veinte o más años, si entonces subsiste, hacer una o más veces distribución de gananciales; porque, vale repetir, la Ley no fijó término, ni tampoco estableció que esa distribución fuera total y de una sola vez. Así, suponiendo que una sociedad conyugal contara al entrar a regir la Ley 28 con un haber de $ 100.000 en diversas clases de bienes, se han podido distribuír en 1934 $ 30.000, por partes iguales o nó, entre los cónyuges, y ahora repartirse $ 50.000 y en un acto posterior los $ 20.000 restantes. No vemos qué pudiera impedir semejante proceder.

Ahora bien, en cuanto a bienes materia de la distribución en referencia, es incuestionable que tienen que ser de los integrantes del haber social anterior a la Ley, pero no de los adquiridos posteriormente, porque si fuera posible incluír de estos últimos y hacer a cada momento y arbitrariamente distribución de gananciales, se establecería un régimen patrimonial de anarquía y caos tan grandes que los terceros no sabrían jamás a qué atenerse en sus relaciones con personas casadas. La Ley ha creado un régimen de estabilidad y claridad y no ha autorizado el procedimiento de liquidaciones intempestivas y caprichosas, como no ha permitido el código no permite la ley hacer capitulaciones matrimoniales a posteriori. El sistema

consagrado en el artículo 7º es de carácter transitorio, *referente tan sólo a matrimonios anteriores a la Ley y respecto de bienes sociales también anteriores, exclusivamente. Los bienes adquiridos después del 1º de enero de* 1933, *están sometidos al régimen común, permanente y estable de la Ley sin aplicación del artículo 7º, ya se trate de matrimonios nuevos o viejos.*

Para concluír, repetimos en otros términos el concepto concreto ya expresado:

La Ley 28 de 1932 consagró una separación patrimonial práctica tanto en los matrimonios anteriores como en los futuros, sin destruír la institución de la sociedad, que, cuando llegue el caso, debe liquidarse conforme a las normas generales del Código; y estableció igualmente en unos y otros matrimonios una administración dual autónoma y no una administración conjunta y de consuno.

ARTICULO 8º

"Las cuestiones que se susciten entre los cónyuges o sus sucesores con motivo de la aplicación de esta Ley, serán desatadas mediante el procedimiento breve y sumario de que trata el artículo 1.203 del Código Judicial.

"Si la cuestión se suscitare durante la liquidación de la sociedad, será Juez competente el mismo que conozca o haya de conocer de dicha liquidación.

"Las sentencias que se dicten en estos casos, pueden ser revisables en juicio ordinario, sin perjuicio de que se ejecuten mientras no se verifique la revisión por sentencia ejecutoriada".

El citado artículo del Código Judicial dice:

"1.213. *En los asuntos judiciales en que el Juez, para resolver, ha de hacerlo con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, se entiende que no debe acceder a lo que se le pide sino cuando estén probados los hechos en que se funde la solicitud, y se hayan cumplido además los requisitos que exige la Ley, como oír a los parientes, o al Ministerio Público.*

"Cuando la cuestión no sea de jurisdicción exclusivamente voluntaria, el Juez determina, a su prudente juicio, el modo de oír a las partes".

Se escogió este procedimiento, que corresponde a los juicios breves y sumarios, para evitar que las diferencias entre cónyuges se traduzcan en dilatados debates ordinarios cuyo costo y demora impediría a los cónyuges recurrir a la justicia para que les dilucide o decida las cuestiones, que pueden ser numerosas, ocasionadas por el tránsito de un régimen a otro.

Ahora bien, como las dificultades o cuestiones pueden ser sencillas unas y complejas otras, conviene que el Juez tenga toda la amplitud de movimiento que el artículo 1.203 *le da para señalar términos, etc., a fin de que en la actuación no se emplee más ni menos tiempo del que se necesite para cada caso.*

El inciso final del artículo 8º de la Ley 28 *ofrece dos ventajas: reparar con pleno conocimiento de causa los agravios que en el procedimiento especial pudiera haberse inferido a alguna de las partes; y dar oportunidad a la Corte Suprema para*

que, mediante el recurso de casación, pueda uniformar la jurisprudencia en estos asuntos.

Lo dispuesto en dicho artículo 8º que se comenta no se opone a que los interesados, si lo prefieren, hagan uso del procedimiento verbal rápido y sin mayor costo, establecido por los artículos 1.208 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, el cual puede emplearse en las cabeceras de Distrito Judicial para toda clase de controversias susceptibles de transacción, cualquiera que sea la cuantía.

Es entendido que el procedimiento del artículo 1.203 del Código Judicial se aplica a las cuestiones que se susciten con motivo de la aplicación de la Ley 28, inclusive la controversia a que haya lugar por demanda de uno de los cónyuges para obtener la liquidación de que trata el artículo 7º, por virtud de la acción que la Corte Suprema consideró que podía ejercitarse con apoyo en dicho artículo. Pero una vez obtenida la sentencia que ordene tal liquidación, para proceder a ésta ya no sirve el citado artículo 1.203, sino que deben aplicarse las reglas comunes pertinentes para la liquidación de la sociedad conyugal; es decir, las mismas que se emplean para la liquidación de una sucesión, como lo anotamos en la parte final del comentario al artículo primero, conforme a los artículos 1.821 y 1.832 del C. C., 935 y 939 del C. J. Ahora bien, si la liquidación ha de hacerse de común acuerdo, puede llevarse a cabo extrajudicialmente por escritura pública.

ARTICULO 9º

"Quedan derogadas las disposiciones contrarias a la presente Ley".

Deliberadamente nos abstuvimos de relacionar en el proyecto primitivo y de empeñarnos en que la Ley relacionara las disposiciones que han venido a quedar derogadas y reformados por dos motivos: primero, porque como en realidad son muchas las disposiciones afectadas: en el Código Civil, en el Judicial, en el Mercantil, en leyes especiales, etc., se corría el riesgo de que se quedaran sin mencionar algunas, y que los Jueces llegaran a considerarlas vigentes por falta de tal mención; y segundo, porque precisamente por ser apreciable el número, su cotejo o verificación pormenorizada en los debates habría provocado discusiones dilatadísimas y por lo mismo peligrosas para la expedición de la Ley.

Ahora, al emprender en algunos comentarios al nuevo régimen, no es posible eludir la contemplación de las principales disposiciones abrogadas o reformadas; pero por la primera de las razones expuestas, debemos hacer la advertencia categórica de que la relación que en seguida presentamos es simplemente enunciativa y no taxativa; es decir, que fuera de ella pueden encontrarse otras disposiciones afectadas por la Ley 28, y que por no poder revisar en tan poco tiempo todos los textos de nuestro caótico y frondoso derecho positivo,no podía sernos posible tampoco dar cuenta exacta, o mejor dicho, completa, de todos los artículos decorados en todos los Códigos y centenares de leyes que pue-

den contener reglas referentes a la mujer casada y al patrimonio, obligaciones y capacidad jurídica de los cónyuges.

Con la salvedad que acabamos de hacer, a continuación y siguiendo el orden numérico en los Códigos y cronológico en las leyes reformatorias, ofrecemos un cuadro de las principales disposiciones derogadas o modificadas por la nueva ley.

ARTICULO 10

"Esta Ley entrará a regir el 1º de enero de 1933.

La Ley 28 fue expedida por el Congreso el 12 de noviembre de 1932 y sancionada ese mismo día por el Gobierno presidido por el doctor Enrique Olaya Herrera, cuya autorizada iniciativa y valiosa cooperación por medio de repetidos mensajes a las Cámaras fueron decisivas en el éxito del proyecto de reforma.

Fue promulgada con su publicación en el "Diario Oficial" número 22.139 del 17 del citado mes de noviembre, y hubiera entrado a regir el 17 de enero siguiente, según el artículo 52 del Código Político y Municipal, si el mismo legislador no hubiera señalado otra fecha (1º de enero de 1933), como lo permite el artículo 53 del mismo Código.

Ya vimos atrás como, en virtud de principios jurídicos consagrados en nuestra legislación, la Ley 28 vino a favorecer a las mujeres que contrajeran matrimonio después, sino a las que se hubieran casado antes.

CONCLUSION

No obstante lo reducido del texto de la Ley, su contenido jurídico es tan profundo, interesante y complejo, que nos habría dado materia para comentarios de mayor prolijidad y extensión, pero en estos momentos basta con lo dicho, porque las dudas que sobre algunos puntos pudieran subsistir, se despejan completamente con las exposiciones doctrinarias contenidas en los cinco fallos de la Corte Suprema y los del Tribunal Administrativo de Bogotá y del Consejo de Estado que insertamos más adelante y cuya atenta lectura encarecemos.

Luis F. LATORRE M.

SALA PLENA

ARTICULO 2º DEL DECRETO Nº 1270 DE 1939, SOBRE REGLAMENTACION DEL COBRO DE CREDITOS POR SERVICIOS PRES TADOS AL GOBIERNO, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

La disposición acusada es de carácter reglamentario y entraña, sin lugar a duda, una aplicación del artículo 2543 del código civil, a determinada categoría de créditos contra el Estado. Dentro de las facultades constitucionales del gobierno no está la de consagrar esa clase de reglamentos. Esta clase de normas sólo puede darlas el congreso, a quien exclusivamente compete la facultad legislativa. Un mandato semejante constituiría un fallo general, anticipado y unilateral dictado por el gobierno en relación con determinada categoría de obligaciones contra el Estado, juzgadas prescritas, sin previa decisión de los jueces competentes, para el efecto de negar de plano su reconocimiento administrativo, forzando de esta manera al acreedor que estime vigente su derecho a recurrir necesariamente a la justicia ordinaria. Tal situación, por una parte, entraña un verdadero privilegio en favor del Estado, cuya creación es materia ajena al objeto de la potestad reglamentaria del ejecutivo dirigida primordialmente a asegurar la *cumplida ejecución* de las leyes, por lo cual el reglamento no debe tocar materias extrañas a la respectiva ley; no puede crear nuevos derechos ni afectar los existentes, menos si son éstos de índole patrimonial; y por otro aspecto, establece una dualidad incompatible con la noción de ley —y el reglamento es también una ley— que según la definición corriente "es regla general de conducta", por lo tanto obligatoria para gobernantes y gobernados en sus respectivos casos. Lo que significa que tratándose, por ejemplo, del mismo crédito a cargo del Estado la norma de la prescripción debe ser idéntica cualquiera que sea la autoridad, administrativa o judicial, que conozca de la consiguiente reclamación de pago, pues no se concibe que en materia que reclama como ninguna unidad jurídica, la pauta del gobierno sea distinta de la que pueda adoptar la justicia ordinaria. Como se quiso, además, interpretar el artículo 2543 del C. C., debe agregarse que la interpretación de las leyes, por mandato del artículo 25 del mismo código, ya sea en relación con gobernantes o gobernados, sólo corresponde al legislador y no al gobierno. Por consiguiente, el artículo acusado viola, entre otros, los artículos 54, 69, ordinal 1º, y 115 ordinal 3º de la nueva codificación constitucional.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos curenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Alvaro Fonnegra Arango, ejercitando la acción pública consagrada en el artículo 149 de la Constitución Nacional,

solicita que la Corte en pleno declare inexequible, por inconstitucional, el artículo 2º del Decreto ejecutivo número 1270 de 1939.

Este Decreto dictado el 15 de junio del año citado con la firma del presidente de la república y todos sus ministros, por el cual "se reglamenta el cobro de créditos por servicios prestados al gobierno", dispone en el artículo acusado, aludiendo a las reclamaciones que se hacen ante los diferentes ministerios para el cobro de sueldos, sobresueldos y otros créditos análogos:

"Artículo 2º A las peticiones de la naturaleza mencionada que en lo sucesivo se presenten, se aplicarán las disposiciones sobre prescripción de corto tiempo contenidas en el Código Civil".

Encuentra el demandante que esta disposición pugna, entre otras, contra el artículo 52 de la Carta, que establece que los tres órganos del Poder Público, son limitados y ejercen funciones separadas, aun cuando colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado.

Agrega que el mencionado artículo 2º representa un conato de reglamentación del Código Civil en su título 41, relativo a la **prescripción**, capítulo que trata de "ciertas acciones que prescriben en corto tiempo". En ese sentido el artículo excede de la ley reglamentada, pues intenta fundar una norma acerca del tiempo en el cual prescriben las acciones en los créditos derivados de servicios prestados al gobierno. El Código Civil determina todos los casos de prescripción, y entonces surge este dilema: o allí están comprendidos los sueldos, sobresueldos, viáticos y demás remuneraciones oficiales, o no lo están. Si lo primero la disposición acusada no por estimarse superflua puede quedar en pie, ya que ella envuelve una tendencia a dejar solucionadas por vía general situaciones que sólo deben dirimirse concretamente en cada oportunidad. Si lo segundo, es al legislador y no al gobierno a quien incumbe dar la regla sobre aquella especie de prescripción.

La opinión del señor procurador

El señor procurador general de la Nación, a quien se le corrió el traslado de regla, se pronuncia en favor de la constitucionalidad del precepto acusado, a cuyo fin propone dos razones:

Primera—El decreto es una ordenación puramente administrativa, con efectos estrictamente circunscritos al radio de atribuciones de los ministerios, cuyo artículo 2º no implica una nueva categoría de obligaciones incorporada dentro de la figura jurídica de la prescripción. No se trata allí de una reforma del Código Civil.

Segunda—Por más amplia interpretación que se conceda al artículo acusado, él no hace otra cosa que ceñirse a las disposiciones sobre prescripción de corto tiempo contenidas en el Código Civil; es decir que no crea esas disposiciones, sino que se remite a ellas y las presenta como razón para no autorizar un pago. Es la manifestación del motivo por el cual no se aceptó el crédito, como puede hacerlo cualquier particular, sin que esto prive al presunto acreedor de las acciones que tenga a bien ejercitar ante el órgano judicial.

El demandante está en un error cuando pretende que las prescripciones de corto tiempo, establecidas en el Código Civil, no cobijan a la Nación, pues de dicho estatuto hace parte el artículo 2517, según el cual "las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra de la Nación". Por manera que las regulaciones del Código Civil sobre prescripción son aplicables a la Nación en sus correspondientes casos, salvo lo que expresamente y en contrario establece la legislación fiscal.

"Suponiendo, empero, —termina su vista el señor procurador— que las prescripciones de corto tiempo que regula el Código Civil no son aplicables a los créditos señalados en el Decreto número 1270 de 1939, ello habrá de resolverlo en cada caso concreto el Organo Judicial, siendo

así que la reglamentación ejecutiva no ha implicado, ni podrá implicar, derogación ni modificación de la norma positiva civil, cuya integridad persiste para ser aplicada con poder jurisdiccional por el órgano estatal competente: el Judicial".

Examen de la disposición acusada

La Corte para resolver considera:

La disposición acusada es de carácter reglamentario y entraña, sin lugar a dudas, una aplicación del artículo 2543 del Código Civil, a determinada categoría de créditos contra el Estado. Dentro de las facultades constitucionales del gobierno no está la de consagrar esa clase de reglamentos.

La institución de la prescripción adquisitiva de los derechos y extintiva de las acciones concierne directamente al patrimonio económico y material de las personas, incluyendo las jurídicas, así de derecho privado como las entidades públicas. La prescripción está erigida en modo de adquirir el dominio de las cosas y en fenómeno que liberta de obligaciones traducibles en gravámenes contra aquel patrimonio, sin que de su régimen general consagrado en el Código Civil escapen, por disposición expresa, las entidades de derecho público, como la nación, los departamentos y los municipios, salvo aquellos bienes de éstas puestos al abrigo de toda prescripción, en consideración a su naturaleza peculiar.

En consecuencia, el régimen de la prescripción pertenece por entero al dominio del derecho privado, como uno de los elementos integrantes de la regulación de la propiedad particular y de la privada o puramente fiscal de las personas morales públicas.

Cuando el Estado determina con carácter de ordenamiento general especial que cierta clase de obligaciones a su cargo se extinguen por el fenómeno de la prescripción de largo o de corto tiempo, regula una materia propia del derecho civil, porque señala un medio de extinción de tales obligaciones, las cuales por su naturaleza y contenido serán siempre de orden patrimonial. De consiguiente esta clase de normas sólo puede darlas el congreso a quien exclusivamente compete la facultad legislativa.

Y aun cuando se trate de órdenes limitadas al obedecimiento de las autoridades administrativas, como lo sostiene el señor procurador, no por eso se sustraen a la jurisdicción legislativa. Mandato de tal alcance constituiría un fallo general, anticipado y unilateral dictado por el gobierno en relación con determinada categoría de obligaciones contra el Estado, juzgadas prescritas, sin previa decisión de los jueces competentes, para el efecto de negar de plano su reconocimiento administrativo, forzando de esta manera al acreedor que estime vigente su derecho a recurrir necesariamente a la justicia ordinaria. Tal situación, por una parte, entraña un verdadero privilegio en favor del Estado, cuya creación es materia ajena al objeto de la potestad reglamentaria del ejecutivo dirigida primordialmente a asegurar la cumplida ejecución de las leyes, por lo cual el reglamento no debe tocar materias extrañas a la respectiva ley; no puede crear nuevos derechos ni afectar los existentes, menos si son éstos de índole patrimonial; y por otro aspecto, establece una dualidad incompatible con la noción de la ley —y el reglamento también es una ley— que según la definición corriente es "regla general de conducta", por lo tanto obligatoria para gobernantes y gobernados en sus respectivos casos. Lo que significa que tratándose por ejemplo del mismo crédito a cargo del Estado la norma de la prescripción debe ser idéntica cualquiera que sea la autoridad, administrativa o judicial, que conozca de la consiguiente reclamación de pago, pues no se concibe que en materia que reclama como ninguna unidad jurídica, la pauta del gobierno sea distinta de la que pueda adoptar la justicia ordinaria.

Por último, según se desprende de uno de los considerandos del Decreto, el gobierno promulga el artículo acusado en atención a que "el honorable Consejo de Estado, en dictámenes aprobados por unanimidad, ha conceptuado que las prescripciones de corto tiempo establecidas en el Código Civil son aplicables a las deudas contraídas por el Estado".

Quísose, pues, hacer una interpretación del artículo 2543 del Código Civil en lo tocante a los créditos contra el Estado provenientes de ciertos servicios. Mas la interpretación de las leyes con autoridad, y en relación así con gobernados como gobernantes corresponde al legislador (artículo 25 del Código Civil). No está el gobierno facultado en ningún caso para formular una interpretación obligatoria aún limitada a la órbita administrativa del artículo 2543 del Código Civil, por abundantes y unánimes que aparezcan las decisiones de la jurisprudencia nacional en apoyo de la hermenéutica que se quiere consagrar por simple vía administrativa. Semejante procedimiento invade la esfera de funciones del legislador.

Lo anterior no quiere decir como es obvio que el gobierno en cada negocio particular quede privado de libertad para aplicar e interpretar la ley que en su concepto debe regirlo.

En consecuencia, por cualquier aspecto que el acto acusado se contemple resulta quebrantando entre otras las siguientes disposiciones de la Carta: artículos 54, 69, ordinal 1º y 115, ordinal 3º de la nueva codificación constitucional.

Por virtud de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en sala plena, y en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional, declara que es inexequible el artículo 2º del Decreto legislativo número 1270 de fecha 15 de junio del año de 1939 "por el cual se reglamenta el cobro de créditos por servicios prestados al gobierno".

Publíquese, cópiese, notifíquese y comuníquese a todos los señores ministros del despacho ejecutivo.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ARTICULO 28 DE LA LEY 81 DE 1931 Y DECRETO LEGISLATIVO Nº 2197 DE 1932, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES

De acuerdo con las disposiciones de la Ley 78 de 1930 salta a la vista que la Nación al hacer cesión a los Departamentos del impuesto sobre consumo de cervezas, se reservó la facultad de fijar en lo futuro la tasa de dicho impuesto y prohibió a las Asambleas modificarlas. De manera que la cesión quedó desde su origen sujeta a la condición de ser el legislador nacional quien debía regular en adelante la cuantía de ese nuevo gravamen. Se explica y justifica esta previsión del legislador nacional porque esa renta habría de influír en la vida y desarrollo de una de las industrias más prósperas e importantes del país y no era prudente ni científico dejarlo a la libre iniciativa y a la natural imprevisión de catorce órganos administrativos seccionales, que no podían tener una visión nacional y de conjunto del problema. Era aceptable que en estos casos el poder público del Estado, que tiene naturalmente la misión de dictar normas obligatorias de carácter nacional, se reservara el papel de agente regulador de estas actividades impositivas que tienen su fuente y su origen en la ley, porque van a afectar un sector importante de la economía patria. Y si la cesión fue hecha bajo las condiciones anotadas, así pasó a manos de los Departamentos, en forma tal que las Asambleas seccionales tuvieron que aceptarla en esa situación condicionada y convenir en que no les es dable intervenir, en lo futuro, en la fijación de las tasas de dicho impuesto. Ahora bien: si el legislador prohibió a las Asambleas modificar las tarifas de este gravamen, es indudable que se reservó para sí esa atribución, pues repugna a los principios fundamentales de hacienda pública y de la ciencia fiscal que una vez creado un impuesto éste haya de permanecer estático, intocable e inmodificable a través de los tiempos, sin tomar en consideración el desarrollo de la riqueza privada, los progresos de la economía en todos sus ramos, la situación general del país y las necesidades del Estado en orden al cumplimiento de sus fines y deberes sociales. En una palabra, cuando se promulgaron la Ley 81 de 1931 y el Decreto Legislativo Nº 2197 de 1932, dictado en virtud de las facultades extraordinarias conferidas al Organo Ejecutivo por la Ley 23 de 1932, —que son los instrumentos acusados y que rebajan ambos las tasas de este impuesto— actuaba el legislador con plena y expresa atribución para hacerlo, porque se había reservado esa facultad.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

I

En ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 149 de la Codificación Constitucional el doctor Pedro Alejo Rodríguez solicita a esta Corte que se declare la inexequibilidad del artículo 28 de la Ley 81 de 1931 y del Decreto Legislativo Nº 2197 de 1932, relativos a la regulación de la tasa para el impuesto de cervezas de producción nacional.

Considera el demandante que esos pre-

ceptos legales son violatorios de las siguientes disposiciones constitucionales: artículos 48 y 50 del Acto Legislativo número 3 de 1910, correspondientes al 180 y 182 de la Codificación Constitucional; 31 de la Constitución de 1886, hoy 26 de la Codificación; y antiguo 190 de la Carta mencionada, luégo 56 del Acto de 1910, y hoy 189 de la Codificación.

LA DEMANDA

Dice el demandante que la Ley 78 de 1930 declaró departamental el impuesto sobre consumo de cervezas, que hasta entonces había pertenecido a la Nación. El traspaso se verificó en estos términos:

"Atrículo 3º—El impuesto sobre cervezas de producción nacional se recaudará conforme a las siguientes tasas:

"a) Cervezas en envases pequeños, cuatro centavos por cada cuatrocientos gramos de líquido o fracción.

"b) Cervezas en barriles, canecas, pipas u otros envases semejantes, ocho centavos por cada litro de líquido o fracción.

"Parágrafo 1º Declárase departamental la renta sobre consumo de cervezas, de acuerdo con la tarifa anterior, a partir del 1º de enero de 1931 en adelante.

"Durante el año de 1931 esta renta continuará administrada por la Nación, la cual entregará a los Departamentos durante dicho año un sesenta por ciento del producto, en la forma en que se ha venido cobrando y distribuyendo, reservándose el cuarenta por ciento restante como entrada nacional. Las Asambleas quedan facultadas para reglamentar la percepción de este impuesto, sin modificar la tarifa. Los reglamentos que dicten sólo regirán del 1º de enero de 1932 en adelante y desde esa fecha el producto de la renta será totalmente departamental".

Continúa el demandante que, no obstante este traspaso efectuado hecho a los Departamentos del mencionado gravamen, como si aquel arbitrio no hubiese sálido del patrimonio nacional y sin tomar en cuenta el desequilibrio que ello implicaría en los presupuestos departamentales, el artículo 28 de la Ley 81 de 1931, que es el primero de los acusados, redujo las tarifas según este tenor:

"a) Cervezas en envases pequeños, un centavo y medio por cada doscientos gramos de líquido o fracción.

"b) Cervezas en barriles, canecas, pipas u otros envases semejantes, cinco centavos por cada litro de líquido o fracción.

"En estos términos quedan reformados el artículo 3º de la Ley 78 de 1930 y el 10 (sic) de la Ley 45 de 1931".

Sostiene el demandante que no es igual ceder una renta y conservar una parte, como ocurrió con la de consumo de cervezas, que conservar una renta y cederla en parte. Si la Nación quería favorecer en 1931 las cervecerías ha podido rebajarles de su cuarenta por ciento lo que hubiera creído conveniente, pero del sesenta por ciento de los departamentos, sólo a sus organismos administrativos les era dado disponer.

Sigue argumentando que si la Ley 81 de 1931 quebrantó en el artículo 28 el principio fundamental de la descentralización administrativa, que informa nuestro régimen constitucional en materia de bienes y rentas públicas, el Decreto-ley número 2197 de 1932 es todavía más atentatorio del orden jurídico, ya que en su parte dispositiva ordena:

"Artículo 1º A partir del 1º de enero de 1933 el impuesto de consumo sobre cervezas de producción nacional se recaudará conforme a las siguientes tasas:

"a) Cervezas en envases pequeños, tres cuartos de centavo por cada doscientos gramos de líquido o fracción.

"b) Cervezas en barriles, canecas, pipas u otros envases semejantes, dos centavos y medio por cada litro de líquido o fracción.

"Artículo 2º Quedan suspendidas las disposiciones contrarias al presente Decreto".

Agrega el demandante que el artículo

28 de la Ley 81 de 1931, acusado de inexequible, viola de manera manifiesta el principio de la descentralización administrativa consagrado en el artículo 180 de la Codificación Constitucional (antes 46 del Acto Legislativo número 3 de 1910), ya que tal norma estatal otorga a los Departamentos independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Carta. Por idénticas razones estima que viola el 182 de la misma Codificación (antes 50 del Acto de 1910), que concede a las entidades de derecho público las mismas facultades y garantías que a los particulares para el gobierno y disposición de sus bienes y rentas. Y también constituye, a su juicio, transgresión del 189 del nuevo Estatuto (56 del Acto del año 10), que asigna a las Asambleas seccionales la facultad de establecer contribuciones, con las condiciones y dentro de los límites que fija la ley.

Por las mismas razones considera que el Decreto número 2197 viola los preceptos de la Carta antes citados. Pero comoquiera que tal Decreto-ley se funda en el artículo 1º, ordinal b), de la Ley 23 de 1932, por lo cual se reviste al Presidente de la República de ciertas facultades extraordinarias, entre otras la de "suprimir o disminuír los impuestos indirectos establecidos o aumentados de 1930 en adelante", estima que ese precepto quebranta la norma constitucional sobre limitación de funciones en los órganos del poder público, consagrada en el artículo 52 de la nueva Codificación, antiguo 57 de la Carta de 1886.

II

CONCEPTO DEL PROCURADOR

En una extensa y erudita vista combate y rechaza el señor Procurador General de la Nación las tesis propugnadas por el demandante, llegando a conclusiones precisas que sirven para sustentar la exequibilidad de los textos legales acusados.

Sostiene el supremo jefe del Ministerio Público que en la expresión "los bienes y rentas de los Departamentos", que consigna el artículo 182 de la Carta, se comprenden únicamente los derechos patrimoniales que se consagran y garantizan con sujeción a las normas del derecho privado, tales como los de dominio sobre edificios, granjas, acueductos, ferrocarriles, tranvías y en general empresas de transporte, de luz y energía, teléfonos, etc. A eso queda limitado el alcance del precepto constitucional que se comenta y en ese sentido no ofrece conflicto alguno. Pero si se admite, —sigue el Procurador—, que en el término rentas están incluídos los impuestos o contribuciones que por autorización de mandato público establezcan las Asambleas departamentales y los Concejos municipales, entonces el problema se complica e impone necesarias distinciones, para darle una solución que armonice varios mandatos de la Carta Fundamental y que sea congruente con la naturaleza misma que entraña la actividad impositiva o régimen de impuestos.

Concreta su tesis sosteniendo que es el artículo 189 de la Constitución vigente, y no el 182, el que regula lo relacionado con las contribuciones que pueden establecer los Departamentos y ese mandato otorga tal facultad "con las condiciones y dentro de los límites que fija la ley", sin que sea razonable restringir su alcance en el sentido de que sólo en un acto y de manera definitiva e irrevocable pueda el Organo Legislativo proveer a las condiciones y límites dentro de los cuales sea dable a las Asambleas imponer contribuciones a los asociados.

III

La Corte considera:

Ante todo, conviene no perder de vista que el Estado colombiano se ha dado una organización política unitaria, y que

es en la Nación donde reside esencialmente la soberanía. A las secciones —Departamento y Municipio— se les ha reconocido una relativa autonomía administrativa, pero deben ejercerla dentro de la órbita de acción que los preceptos constitucionales y legales le han señalado. Quiere esto decir que su vida y acción administrativa están restringidas por las susodichas normas, las que han sido promulgadas obedeciendo a un concepto de unidad de facultad, de determinación y de responsabilidad.

En lo relativo a la autonomía e iniciativas que en materia fiscal pueden gozar los Departamentos, según nuestro sistema constitucional, los artículos 180 y 189 de la Carta consagran los dos principios básicos de que "los Departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución" y que "las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de administración que les correspondan, podrán establecer contribuciones con las **condiciones y dentro de los límites** que fije la ley".

Con vista de las anteriores consideraciones se pregunta: ¿siendo ahora departamental el impuesto sobre consumo de cervezas de producción nacional, puede el Organo Legislativo nacional o el Gobierno, en ejercicio de facultades extraordinarias modificar las tasas señaladas previamente en la ley que había hecho la cesión?

La Ley 78 de 1930, "sobre arbitrios fiscales", fue la primera que hizo cesión a los Departamentos del impuesto sobre consumo de cervezas y tuvo como origen la necesidad de crear imposiciones de emergencia, como lo enuncia su artículo 1º, estableciendo nuevas contribuciones y aumentando otras. En su artículo 3º, ya transcrito, se fijó la tasa del impuesto sobre el consumo de cervezas de producción nacional y se declaró departamental dicho tributo, a partir del 1º de enero de 1931, pero de acuerdo con la tarifa señalada y reservándose la Nación, durante ese año, tanto la administración de esa renta como el cuarenta por ciento de lo que en ese lapso se recaudara.

En ese mismo parágrafo faculta a las Asambleas seccionales para reglamentar la percepción de tal impuesto, de 1932 en adelante, fecha desde la cual dicha renta será totalmente departamental pero con esta expresa condición limitativa: sin modificar la tarifa.

Salta a la vista que la Nación al hacer cesión a los Departamentos del impuesto sobre consumo de cervezas, se reservó la facultad de fijar en lo futuro la tasa de dicho impuesto y prohibió a las Asambleas modificarlas. De manera que la cesión quedó desde su origen sujeta a la condición de ser el legislador nacional quien debía regular en adelante la cuantía de ese nuevo gravamen. Se explica y justifica esta previsión del legislador nacional porque esa renta habría de influír en la vida y desarrollo de una de las industrias más prósperas e importantes del país y no era prudente ni científico dejarlo a la libre iniciativa y a la natural imprevisión de catorce órganos administrativos seccionales, que no podían tener una visión nacional y de conjunto del problema. Era aceptable que en estos casos el poder público del Estado, que tiene naturalmente la misión de dictar normas obligatorias de carácter nacional, se reservara el papel de agente regulador de estas actividades impositivas que tienen su fuente y su origen en la ley, porque van a afectar un sector importante de la economía patria. Y si la cesión fue hecha bajo las condiciones anotadas, así pasó a manos de los Departamentos, en forma tal que las Asambleas seccionales tuvieron que aceptarla en esa situación condicionada y convenir en que no les es dable intervenir, en lo futuro, en la fijación de las tasas de dicho impuesto.

Ahora bien: si el legislador prohibió

a las Asambleas modificar las tarifas de este gravamen, es indudable que se reservó para sí esa atribución, pues repugna a los principios fundamentales de hacienda pública y de la ciencia fiscal que una vez creado un impuesto éste haya de permanecer estático, intocable e inmodificable a través de los tiempos, sin tomar en consideración el desarrollo de la riqueza privada, los progresos de la economía en todos sus ramos, la situación general del país y las necesidades del Estado en orden al cumplimiento de sus fines y deberes sociales.

Este es precisamente el caso que se dilucida, en que el legislador nacional creó el impuesto de consumo de cervezas nacionales y tuvo a bien cederlo a los Departamentos, en parte, tal vez para compensarles la reducción que a la contribución sobre licores había de traer la lucha antialcohólica que se iniciaba; pero, se repite, hizo tal cesión condicionándola con la prohibición para las entidades seccionales de modificar las tarifas y reservándose, por ende, esa facultad.

Al proceder así, lo hacía dentro de la órbita de sus atribuciones legislativas, porque siendo tal contribución de origen legal, bien podía reservarse la facultad de regular su tasación.

Por lo demás, si efectivamente la cesión en referencia pudo tener las miras compensatorias que se sugiere en el considerando 1º del Decreto Legislativo número 2197, y si las sucesivas modificaciones legales en el arancel pueden o nó dar lúgar a repercusiones perjudiciales en los fiscos departamentales, tal aspecto no puede ser materia de lo que constituye exclusivamente la finalidad de una demanda de casación constitucional como la que se estudia.

Estima la Corte, para terminar, que tal interpretación es la pertinente para fijar el alcance de esas leyes que regulan cesiones condicionadas y para evitar la situación inaceptable del estatismo irremediable de una tasa impositiva. De no ser así, habría que concluír que el Organo Legislativo del Estado jamás podría condicionar o limitar la facultad impositiva de los Departamentos, quedando sin eficacia alguna el principio constitucional que le otorga esa prerrogativa, por medio del artículo 189. Y mutatis mutandi, las entidades seccionales gozarían entonces de una absoluta autonomía e independencia en la materia impositiva, incompatible con nuestra organización unitaria y que rebasaría los límites normales de la descentralización administrativa..

Se deduce de lo expuesto que cuando se promulgaron la Ley 81 de 1931 y el Decreto Legislativo número 2197 de 1932, dictado en virtud de las facultades extraordinarias conferidas al Organo Ejecutivo por la Ley 23 de 1932, —que son los instrumentos acusados y que rebajan ambos las tasas de este impuesto— actuaba el legislador con plena y expresa atribución para hacerlo, porque se había reservado esa facultad.

FALLO

En mérito de lo anteriormente expuesto la Corte Suprema de Justicia, constituída en Sala Plena, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara exequibles el artículo 28 de la Ley 81 de 1931 y el Decreto Legislativo número 2197 de 1932.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la "Gaceta Judicial" y remítase copia al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Aníbal Cardoso Gaitán — Campo Elías Aguirre—José Miguel Arango—José María Blanco Núñez—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, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. — VENTA DE BIENES RAICES.—CONFESION

1. Vendida por una persona una finca raíz, si después vende esa misma finca a persona distinta del primer comprador que registró su escritura, la segunda venta debe considerarse de cosa ajena al tenor del artículo 1871 del Código Civil. En este caso no hay lugar a aplicar el artículo 1873 del mismo Código.—2. Resulta cuando menos inusitado sostener que la declaración que hace el vendedor en una escritura posterior a otra en que vendió una finca raíz, de que el primer contrato fue simulado pueda recibirse como plena demostración de tal fenómeno. La confesión es la manifestación que hace una parte de ser cierto el hecho que la perjudica, afirmado por la otra, según la define el artículo 604 del C. J., que sigue en sus líneas generales lo que sobre este medio de prueba exponen los doctrinantes. Se dice que una parte confiesa cuando da testimonio contra sí de la verdad de un hecho jurídico que la otra parte alega como fundamento de su demanda o de su excepción. Eso es así porque la confesión es una prueba de carácter especial, ya que hay en ella una renunciación que emana del ánimo del confesante. Si la confesión es, pues, un acto personal que va en perjuicio de quien la hace, no sería explicable que ella fuera a perjudicar a un tercero, sin el consentimiento de éste.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1º Por medio de la escritura pública número 481, de 14 de marzo de 1931, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá, Sandalio Monzón vendió a sus hijas Carmen Rosa Monzón y Elisa Monzón de Baquero, unos lotes de terreno situados en la vereda de Guacapate, del Municipio de Quetame, por el precio estipulado, que fue de dos mil pesos para cada una de las compradoras.

2º Cinco años después, por medio de escritura púbica número 625, de 20 de julio de 1936, corrida ante el Notario de Cáqueza, el nombrado vendedor Sandalio Monzón se declaró dueño de los terrenos que había vendido a Cormen Rosa, pues en tal instrumento dice que si bien es cierto que "aparecen tales lotes vendidos a la señora Carmen Rosa Monzón de Perdomo..... tal venta no era real ni verdadera, ya que no hubo ni precio ni intención de las partes en celebrar tal contrato y por consiguiente dicha escritura, en la que consta como precio de venta una cantidad muy inferior a la mitad del verdadero valor, y, además, fue hecha a una hija de familia, es pura y simplemente una escritura de confianza..." Luego agrega "que siendo por consiguien-

te el actual poseedor así como desde hace muchos años y dueño legítimo de tales terrenos, los da en venta real y enajenación formal en la siguiente manera: a los señores Aurelio Monzón C. y Elisa Monzón v. de Baquero, por iguales partes, el terreno llamado "El Carmelo", y a Jorge T. Lozano los otros dos lotes de terreno que junto con el que se acaba de mencionar, había vendido a Carmen Rosa Monzón de Perdomo.

3º En la cláusula tercera de la referida escritura número 625 de 1936 al fijarse el precio de la venta hecha a Lozano se dice que es "la suma de quinientos pesos moneda corriente, que el vendedor adeudaba y recibe como dación de pago por concepto de honorarios que por trabajo de abogado se haya hecho y deba hacer el doctor Lozano en el pleito o juicio y demás gestiones que se adelantan contra quien haya lugar, para obtener la declaratoria de nulidad o invalidez de la escritura número 481, de 14 de marzo de 1931....."

Juicio ordinario

Demanda principal. Con vista de tales antecedentes Jorge T. Lozano, en su propio nombre y como apoderado de Aurelio Monzón y Elisa Monzón de Baquero, los compradores en la segunda escritura 625, promovió ante el Juez 1º del Circuito de Cáqueza juicio ordinario contra Sandalio Monzón y Carmen Rosa Monzón de Perdomo, vendedor y comprador, respectivamente, de la primera compraventa de que da cuenta la escritura 481 de 1931, solicitando estas declaraciones:

1ª Que es nula, de nulidad absoluta, la escritura pública número 481 de 1931, por carecer de varios de los requisitos esenciales, y el contrato de venta que dicha escritura contiene; 2ª Que como consecuencia de esa nulidad el vendedor Sandalio Monzón es dueño legítimo de los terrenos mencionados; 3ª Que como consecuencia, la venta hecha a los actores Aurelio Monzón, Elisa de Baquero y Jorge T. Lozano es perfecta y formal, lo mismo que la posesión de que gozan; 4ª Que los actores Monzón, señora de Baquero y Jorge T. Lozano son dueños legítimos de los indicados terrenos, mediante la tradición y la posesión legales; y 5ª Que como a la demandada Carmen Rosa se le hizo escritura ficticia de venta y nunca se le entregó la posesión material, los actores son dueños y poseedores de mejor derecho de las fincas litigiosas.

El opositor Sandalio Monzón convino en las declaraciones pedidas. El apoderado de la demandada Carmen Rosa se opuso a éstas y presentó la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería de los demandantes. En cuanto al hecho de no haber estado en posesión de los inmuebles después de haberlos adquirido por la escritura 481, dijo que "los terrenos en cuestión quedaron en poder de su padre señor Sandalio Monzón, quien los ha tenido en nombre de aquélla".

Demanda de reconvención. A su vez, la demandada Carmen Rosa Monzón de Perdomo demanda en reconvención a los actores Aurelio Monzón, Elisa de Baquero y Jorge T. Lozano, para que por la misma tramitación del juicio ordinario se hicieran estas declaraciones:

1ª Que la contrademandante Carmen Rosa es dueña de los tres lotes de terreno ubicados en "Guacapete" denominados "El Caramelo"; 2ª Que se condene a los contrademandados a entregarlos, con exclusión del lotecito que la contrademandante vendió a Sandalio Monzón por escritura número 1.201 de 1932, junto con los frutos naturales y civiles de la citada finca.

El juez a quo falló la primera instancia en sentencia de fecha primero de marzo de 1938, en la cual declaró no probada la excepción de falta de personería sustantiva de los actores y niega los demás pedimentos del libelo principal, por no haberse demostrado los hechos respectivos.

En lo atañedero al libelo de reconvención, declaró que la contrademandante Carmen Rosa es dueña de los terrenos en disputa; condena a los contrademandados Aurelio Monzón, Elisa de Baquero y Jor-

ge T. Lozano a entregarlos, junto con sus frutos naturales y civiles percibidos desde que recibieron el traslado de la demanda de reconvención, y al pago de las costas de instancia.

La sentencia acusada

Habiendo apelado ambas partes, vino el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien puso fin a la segunda instancia en sentencia fechada el 10 de octubre de 1940, en la cual se confirmó en su totalidad el fallo recurrido.

Sostiene el Tribunal que no está demostrado en forma alguna ni la nulidad absoluta, ni la simulación de la primera compraventa hecha por Sandalio Monzón a sus hijas Carmen Rosa y Elisa, que consta en la escritura número 481 de 1931. No existe la nulidad, porque el instrumento está rodeado de sus formalidades esenciales y el contrato no adolece de vicio alguno; tampoco puede decretarse la simulación porque no se ha presentado prueba plena y suficiente que la evidencie.

En lo relativo a la acción reivindicatoria incoada en la demanda de reconvención, el Tribunal la reconoce porque aparecen comprobados los requisitos legales necesarios para su prosperidad, ya que Carmen Rosa está investida del dominio de los terrenos y es poseedora inscrita, se trata de cosa singular y los demandados confiesan que son actuales poseedores y así viene demostrado con la inspección ocular y copiosa prueba testifical. Al estudiarse el recurso de casación se apreciarán con mayor detenimiento algunas consideraciones fundamentales de la sentencia acusada.

El recurso

Interpone el recurso de casación el apoderado del actor principal y contrademandado Aurelio Monzón. En una demanda redactada en términos confusos acusa el fallo por los motivos 1º y 2º de los consagrados en el artículo 520 del C. J., vale decir, por violación de ley sustativa y no estar lo resuelto en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Así concreta sus cargos el recurrente:

Capítulo primero:

Primer cargo.—La sentencia es violatoria de ley sustantiva por aplicación indebida y por errónea interpretación. Sostiene que el sentenciador aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 1871 del C. C., sobre venta de cosa ajena, siendo así que no se trata aquí de tal caso, sino del contemplado en el artículo 1873, disposición que ha debido ser aplicada. Ambos artículos fueron mal interpretados, el primero porque no se trata de la contraposición de dos títulos, para que prime el uno sobre el otro, sino de la prevalencia jurídica de un solo acto, de un solo contrato. El Tribunal interpretó mal el artículo 1873, al estimar que él se refiere a la posesión de bienes muebles únicamente, siendo así que se debe aplicar a la posesión material de toda clase de bienes y no a la posesión inscrita que se obtiene por medio del registro.

Segundo cargo.—Se violaron los artículos 756 y 759 del C. C., por aplicación indebida. Se confunde la tradición legal, que se opera mediante el registro del título, con la posesión real o entrega material, al afirmar en el fallo lo siguiente: "Desde luego que los dos títulos de propiedad de las partes contendientes, arrancan de un mismo origen, de un mismo comprador, las ventas que les efectuó el mismo Sandalio Monzón, y de la circunstancia de que entre escritura y escritura medió un lapso de más de cinco años; y siendo así que aunque ambas escrituras se registraron, lo fue primero en el tiempo la de Carmen Rosa Monzón de Perdomo, y siendo así que la tradición del dominio se efectúa por la inscripción del título en el registro (arts. 756 y 759 del C. C. citado), la dueña, la verdadera dueña de los objetos litigiosos lo es la señora Carmen Rosa Monzón de Perdomo, por haberse vinculado a ella primeramente el derecho de dominio". Sobre

esto concluye el Tribunal que no es aplicable el artículo 1873, ya que en autos se trata de inmuebles, y esa interpretación es equivocada.

Tercer cargo.—Violó también el Tribunal las normas referentes a la nulidad de los contratos, por falta de los requisitos esenciales para su validez y por causa de simulación. No comprendió que con los indicios evidenciados en los autos se llega a la demostración de la simulación y violó de manera directa el artículo 1502 del C. C., pues si hubiera aunado estos indicios vehementes, conexos entre sí, con facilidad se llega a concluír que existe la simulación denunciada, declarando en consecuencia nulo aquel contrato.

Para rechazar los cargos discriminados y extractados en este capítulo la Corte considera:

a) Sea lo primero poner de resalto, como ya lo hizo también el juez de instancia, la original y típica situación procesal en que aparece colocado Sandalio Monzón en este proceso, pues a la vez que se le cita al juicio como demandado, los actores suplican "que se declare que Sandalio Monzón es dueño legítimo de los terrenos materia de la demanda". Se contempla la postura procesal evidentemente paradójica de que a una persona se la demanda para obtener una declaración judicial de dominio a su favor, contrariando de esa manera reglas elementales de técnica en los procedimientos judiciales.

b) La acción básica aquí intentada es la de nulidad absoluta de la escritura número 481 de 1931 y del contrato de compraventa que ella contiene. Entre los hechos fundamentales se enuncia el de que a dicho contrato hace falta el precio y la causa, la intención y el consentimiento, y de que fue simulado.

Pues bien, ninguna de tales circunstancias ha evidenciado plenamente la parte actora. No ha intentado siquiera demostrar que el referido instrumento es falso o que esté repelado; ni menos ha comprobado suficientemente que carezca de causa y objeto lícitos, de consentimiento, o de precio, en este caso especial de la compraventa. Lejos de eso, conserva su debido valor probatorio la declaración que en esa escritura hace el vendedor Sandalio, de "que el precio de las fincas relacionadas anteriormente es la cantidad de dos mil pesos que en moneda legal declara tener recibidos a su satisfacción de manos de la compradora". Y esta manifestación del vendedor constituye una presunción a favor del pago, ya que si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o la falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores. (Artículo 1934 del C. C.).

De manera que si la compraventa contenida en la escritura número 481 de 1931 no adolece de ningún vicio en su forma ni en su fondo; si en ella aparece debidamente estipulado y pagado el precio, y si fue oportunamente registrada en la oficina respectiva, debe producir la plenitud de sus efectos entre los contratantes y respecto de terceros. Razón tuvo, pues, el Tribunal, por este aspecto, en considerar que la venta se había perfeccionado, y que cuando cinco años después el vendedor Sandalio Monzón quiso vender nuevamente los mismos bienes raíces a Aurelio Monzón, Elisa de Baquero y Jorge Tadeo Lozano, por medio de la escritura número 625 de 1936, se estaba en presencia de una venta de cosa ajena, que reglamenta el artículo 1871 del C. C. Tal precepto estuvo bien citado y aplicado en el fallo acusado, sin que tengan ninguna repercusión en la decisión adoptada las glosas que hace el recurrente al Tribunal, de que para aplicarse dicha norma no es menester la contraposición de dos títulos, para que prime el uno sobre el otro. Es evidente que tal razonamiento del Tribunal no era necesario ni pertinente para llegar a la conclusión de que se estaba en presencia de una venta de cosa ajena. Pero la providencia acusada no pierde ninguno de sus auténticos soportes al dejar sin

operancia esa manifestación del sentenciador.

c) En el fallo recurrido no se confunde la posesión legal o inscrita con la posesión real o material. Lo que ocurre es que la compradora demandada Carmen Rosa de Perdomo obtuvo oportunamente ambas posesiones. La inscrita, según consta en la copia de la escritura Nº 481, agregada a los autos, donde se dejó constancia del registro de la compraventa, verificada en la oficina respectiva. La material, según lo expresa la cláusula séptima del mencionado instrumento escriturario, según la cual "hace entrega real y material a los compradores de las fincas que cada cual adquiere por medio de esta escritura...." Y esta manifestación solemne constituye otra presunción de la entrega, mientras no se pruebe lo contrario.

De manera que conforme a la doctrina del art. 673 del C. C., el dominio lo adquirió la demandada por la tradición jurídica, realizada mediante la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos (arts. 756 y 759 del C. C.). Resulta de lo expuesto que, como lo dijo el Tribunal, no era el caso de darle aplicación en este proceso al art. 1.873 del C. C., para decidir quién tiene la debida prevalencia.

d) No ha violado el Tribunal las normas referentes a la nulidad, por falta de los requisitos esenciales para su validez o por causa de simulación. Ya viene dicho que la escritura no adolece de defecto alguno, ni se ha discutido que sea falsa o que esté adulterada. Tampoco se ha evidenciado que carezca el contrato de alguno de los requisitos esenciales para su validez. No ha podido comprobar la parte actora que sea simulado, pues los hechos indiciarios que señala el recurrente en su demanda de casación, a juicio del sentenciador no aparecen comprobados por quien los alega; ninguno reviste el carácter de necesario, grave o vehemente, ni hay entre ellos la debida conexión o vinculación capaz de producir la convicción judicial de la simulación. Si lo dicho no fuera suficiente, conviene advertir que, según doctrina reiterada de la Corte, gozaba el Tribunal de libertad de criterio para apreciarlos según las reglas de la sana crítica y de la tarifa legal probatoria, sin que sea dable rectificar este concepto sino en caso de error de hecho manifiesto o de error de derecho en la estimación de los elementos probatorios que sirven de fundamento a dicha evaluación.

No aparece que se hizo indebida aplicación del art. 1.871 del C. C.; no se hizo aplicación indebida de los arts. 756 y 759; ni tampoco hubo violación directa del 1.502, por no haberse demostrado ser simulado el pacto, ni faltarle algún requisito esencial. Se rechazan los cargos contenidos en el capítulo primero.

Capítulo segundo:

Acusa la sentencia por violación de ley sustantiva proveniente de errores de hecho y de derecho en la apreciación de varios elementos de prueba y por falta de apreciación de otros. Se infringió el art. 603 del C. J., que reconoce a la confesión de los interesados, hecha en instrumento público, el carácter de plena prueba. Esta violación proviene de no haber tomado en cuenta el Tribunal la confesión hecha por el dual vendedor Sandalio Monzón en la escritura 625, en donde manifiesta que la venta que dijo hacerle a su hija Carmen Rosa no era real, sino simulada, y en no haber recibido de ella el precio estipulado.

Fue violado el art. 697 del C. J., por error de hecho y de derecho en la apreciación de las múltiples declaraciones que demuestran el hecho de la entrega real efectuada por el vendedor Sandalio a los segundos compradores Aurelio y Elisa y de la posesión real y material de parte de éstos. Cometió también error de derecho en la apreciación del acta de inspección ocular, violando en consecuencia el art. 1.871 del C. C., por indebida aplicación, y el 1.873, por errónea interpretación y

por no haberlo aplicado siendo el caso.

La Corte considera:

Sea lo primero hacer presente que el art. 603 del C. J., citado como violado, sólo se limita a sentar la regla general de que "las declaraciones de los interesados en instrumentos públicos, documentos privados y otras pruebas preconstituídas, tienen el valor probatorio reconocido por las leyes". En forma tal que en ningún caso sería tal precepto el directamente infringido, ya que se limita a consagrar un principio teórico, sino aquellos otros que señalan la fuerza probatoria de la prueba documental, en sus diversas formas y calidades.

Pero fuera de tal razón, de suyo poderosa para desestimar esta acusación, existen las que pasan a enumerarse:

a) Dispone el art. 1.759 del C. C. que el instrumento público sólo hace plena fe "en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace fe sino contra los contratantes.

En esas condiciones resulta cuando menos inusitado sostener que la declaración que hace el vendedor de que el contrato es simulado pueda recibirse como plena demostración de tal fenómeno. La confesión es la manifestación que hace una parte de ser cierto el hecho que la perjudica, afirmado por la otra, según la define el art. 604 del C. J., que sigue en sus líneas generales lo que sobre este medio de prueba exponen los doctrinantes. Se dice que una parte confiesa cuando da testimonio contra sí de la verdad de un hecho jurídico que la otra parte alega como fundamento de su demanda o de su excepción. Eso es así porque la confesión es una prueba de carácter especial, ya que hay en ella una renunciación que emana del ánimo del confesante. Si la confesión es, pues, un acto personal que va en perjuicio de quien lo hace, no sería explicable que ella fuera a perjudicar a un tercero, sin el asentimiento de éste.

Y esto es precisamente a lo que aspira el recurrente, queriendo darle valor demostrativo a la manifestación que hace Sandalio en la escritura 625, a favor de sus intereses y contra la anterior compradora Carmen Rosa, que no intervino para nada en el instrumento 625, en que hace la declaración de simulación. Por este motivo no pueden hacer fe contra ella las referidas declaraciones, las que se hicieron justamente con la intención de perjudicarla.

Pero hay algo más: la declaración de que no hubo venta real la hace el vendedor Sandalio en la segunda compraventa, con el exclusivo fin de considerarse dueño de los inmuebles vendidos y proceder a venderlos nuevamente en el instrumento 625. En este pleito se pide que se le declare dueño de los bienes y se presenta como prueba su propio dicho. De aceptarse la tesis peregrina del recurrente, en vez de perjudicarle sería para él fuente indebida de proventos y elemento probatorio básico de la declaración de dominio que a su favor se suplica. Y vendrían a ser sus causahabientes, como compradores los que recibirían el beneficio.

b) El Tribunal sí tomó en consideración y les otorgó su valor probatorio tanto a la prueba de inspección ocular como a los numerosos testimonios aportados al proceso por la parte actora. Tanto es así que de tales factores probatorios dedujo que los contrademandados en reconvención estaban en posesión actual de los bienes reivindicados y consideró de esta manera demostrado este requisito esencial para la prosperidad de dicha acción. Lo que en realidad ocurre es que el recurrente pretende que con tales elementos aparezca demostrado en los autos que Carmen Rosa nunca obtuvo la posesión real y material de esos mismos bienes, y de esto aspira a hacer deducciones sobre su carencia de dominio y sobre la aplicación que debe hacerse del art. 1.873 del C. C. Sin necesidad de entrar a estudiar lo relativo a la posesión material y a la

inscrita, por no ser el caso, ya viene dicho que Carmen Rosa obtuvo la tradición legal de los bienes vendidos, en virtud de la inscripción del título, y también tiene a su favor la presunción de que obtuvo la posesión material, porque así lo expresó el vendedor Sandalio en el instrumento de venta que le hizo. Es de rigor, por lo tanto y en vista de tales elementos probatorios, deducir que Carmen Rosa obtuvo la tradición del dominio en debida forma, pero dejó los bienes en poder de su padre para que los administrara, como lo dice en la contestación de la demanda; y que por este motivo su padre, al venderlos nuevamente, celebró venta de cosa ajena y puso en posesión de tales inmuebles a los segundos compradores, privando de esa manera a su legítima dueña de la posesión material de éstos.

No aparecen violados los arts. 603 y 697 del C. J., ni tampoco por este nuevo concepto se infringieron los arts. 1.871 y 1873 del C. C. Se rechazan los cargos contenidos en este capítulo.

Capítulo tercero:

Acusa la sentencia recurrida por el motivo segundo del art. 520 del C. J., esto es, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Funda su cargo el recurrente en que el Tribunal sostiene en su fallo que como la acción de simulación no prospera, siendo las demás peticiones de la demanda (2ª y 4ª) consecuencia de aquélla, éstas tampoco pueden prosperar. No le parece acertado al recurrente este concepto del Tribunal, si se toma en cuenta la forma de reducción y alcance independiente que envuelve cada una de las peticiones segunda a cuarto del libelo.

No es fundado tampoco este cargo porque es indudable que tales súplicas vienen á ser en su esencia deducciones o consecuencias de la principal, la de nulidad del contrato. Si no aparece comprobada la acción principal, es claro que las demás súplicas carecen de vida propia, de autonomía jurídica, ya que negada aquélla, mal puede declararse que Sandalio es dueño de los terrenos, que la segunda venta que hizo es perfecta y que los segundos compradores son los dueños legítimos de tales bienes y su posesión la válida. Hay una concatenación tan rigurosa entre tales peticiones, que no es posible darle viabilidad a éstas sin la fundamental que sirve de base al proceso.

Por lo demás, bien sabido es que sólo procede este segundo motivo de casación cuando se resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o se deja resolver sobre algunos de los que habían sido objeto del litigio, o porque se condena a más de lo pedido o se dejare de fallar sobre algunas de las cuestiones o excepciones perentorias alegadas, cuando era el caso de hacerlo.

Se rechaza este cargo.

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 diez de octubre de 1940, 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.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

DEMANDA Y DEMANDADO.—INTERVENC ION DEL MINISTERIO PUBLICO EN JUICIOS SOBRE FILIACION NATURAL

La comparecencia en juicio es un derecho personal y directo cuyo ejercicio corresponde a las personas según puedan o no comparecer de acuerdo con la ley, pero no con la voluntad arbitraria de los funcionarios judiciales. En la relación jurídica-procesal, constitutiva de la base inmodificable de la litis, figuran como sujetos imprescindibles el actor y el demandado, fuera del funcionario que actúe como órgano de la jurisdicción correspondiente. La determinación de estas personas y su posición procesal es uno de los elementos esenciales de la demanda según los artículos 205 y 227 del C. J., contentivo el último de las definiciones de las partes litigantes, la demandante como la que reclama ante el órgano judicial la eficacia de un derecho, y la demandada, la persona contra quien se dirige la acción Es del exclusivo arbitrio del actor el señalamiento de la persona a quien aspira a vencer en juicio para obtener una sentencia de Juez, y éste no puede a voluntad y discreción variar la señalada en la demanda ni forzar a nadie a que responda como demandado en un pleito en que no ha sido citado. El funcionario judicial ante quien se presente una demanda sin demandado o con mal demandado no puede oficiosamente enmendarla y corregirla cambiando, o inventando uno de los sujetos de la relación judicial. La libertad del Juez que preside y dirige los debates judiciales está limitada por la voluntad e iniciativa de las partes litigantes en todo lo relacionado con la determinación de las bases fundamentales del litigio, que forman asímismo la pauta obligatoria de la sentencia. Es necesario que el contenido de la demanda se regule con observancia de las exigencias legales para determinar en cada caso la obligación concreta que corresponde al Estado en su condición de sujeto, tanto del poder como del deber de administrar justicia, y en la ley de procedimiento civil están enumeradas las condiciones y requisitos que debe reunir una demanda para que sea base admisible de litigio. Si la que se presenta para dar principio al juicio no contiene las designaciones y requisitos que debe contener o adolece de oscuridad en sus pedimentos, el Juez se abstiene de darle curso mientras no sea corregida o aclarada, expresando los defectos de que adolece, pero no puede hacerlo por su propia personal iniciativa.—2. El artículo 12 de la Ley 45 de 1936 limita el número y calidad de las personas que legalmente tienen el derecho de demandar la declaración judicial de filiación, señalándolas taxativamente durante la vida del hijo. Entre estos sujetos activos de la acción, dentro del orden y oportunidad que exige la ley, figura el Ministerio Público, comprensivo de sus diversas categorías. Es indiscutible que en último término asiste al Ministerio Público derecho de intervención como actor o la facultad para instaurar acciones sobre investigación y declaración de filiación natural. El Ministerio Público interviene en estos casos como el órgano del interés público para vigilar la actuación de la ley, en consideración al trascendente interés social que conlleva el ejercicio de estas acciones familiares para prevenir e impedir el engaño y el fraude en las declaraciones judiciales de la calidad civil de hijos naturales. Pero lo que no puede entenderse autorizado por la ley ni por la doctrina en materia de intervención del Ministerio Público es el darle la calidad de legítimo contradictor a uno de sus agentes o funciona-

rios para obtener con su exclusiva audiencia la declaración judicial de filiación.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

En libelo fechado el 23 de febrero de 1937, repartido al Juzgado 2º del Circuito de Medellín, el doctor José Luis Molina, como apoderado judicial de Luis Eduardo, Gabriela Antonia, Carmen Julia y Florentina Tamayo, y afirmando que sus poderdantes fueron procreados durante las relaciones sexuales estables que mantuvieron Cipriano García y Purificación Tamayo por más de veinticinco años; que el padre les dio la posesión notoria de hijos naturales por más de diez años continuos, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; que Cipriano García murió soltero en 1936 y que no habiendo ascendiente legítimo de grado más próximo que la madre del finado, Eloísa Casas de García, sus poderdantes deben concurrir con ella, por quintas partes, en la sucesión de su padre, pide, con apoyo en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y mediante el procedimiento verbal que señala el artículo 78 de la Ley 153 de 1887, "que sin perjuicio de terceros, que tendrán oportunidad de impugnar el estado civil en el juicio de partición o en forma indirecta, se declare por ese Juzgado, previa audiencia del Ministerio Público", que sus nombrados poderdantes son hijos naturales de Cipriano García, y que, como tales, tienen derecho a intervenir como herederos en la sucesión de su finado padre.

"Habiendo muerto el padre natural, —dice la demanda— el legítimo contradictor en este juicio es el Ministerio Público".

El Personero Municipal de Medellín, a quien el Juez ordenó oír "antes de resolver las peticiones contenidas en la anterior demanda", conceptuó, al contestar el traslado, que debía accederse a lo pedido en ella porque el demandante había acompañado las pruebas de los hechos fundamentales de su acción y de ellas aparecía acreditado la posesión notoria del estado civil de los peticionarios como hijos naturales del difunto Cipriano García.

En este estado la actuación, oficiosamente, sin que mediara petición ninguna, el Juzgado decidió correrle traslado de la "solicitud" del doctor Molina a Eloísa Casas de García, por el término de cinco días, quien la contestó manifestando que no aceptaba la demanda por ser mentirosos los hechos de su fundamentación y oponiendo la excepción que hizo consistir en el hecho de que habiendo fallecido el legítimo contradictor la acción era improcedente. En esta forma resultó trabada la litis con la madre del supuesto padre natural, con la cual y el Agente del Ministerio Público que se redujo a recibir notificaciones, se ha seguido la actuación de este juicio que finalizó en su primer grado con la sentencia del Juzgado del Circuito de Medellín del 2 de diciembre de 1937, en que se negaron las peticiones del libelo original por haberse hallado probadas las excepciones de petición de un modo indebido o ilegitimidad de la personería sustantiva de la señora Casas de García y la de ineptitud sustantiva de la demanda, con fundamento en que el juicio se adelantó contra una persona que no fue demandada y en que en realidad en este pleito no se ha demandado a persona alguna. "No se alegue —dice el fallo del Juzgado— que la señora Casas v. de García ha venido figurando como demandada, porque fuera de que expresamente no lo pidió así el señor apoderado de los Tamayos, si aquélla ha venido desempeñando ese papel, fue porque el Juzgado, de oficio, por lo que puede decirse que ilegalmente, lo dispuso así en la necesidad de ver en toda acción judicial contenciosa un sujeto de la obligación; y como la señora Casas fue mencionada en el hecho 4º de la demanda, aquella necesidad

indujo al Juzgado a ver en dicha señora al sujeto de la obligación, como representante del causante; pero, se repite, no por petición expresa del actor..."

El fallo acusado

Recurrida en apelación esta sentencia por la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, después de tramitar completamente la segunda instancia del juicio, la revocó y en su lugar desechó las excepciones propuestas y declaró que los peticionarios Tamayos son hijos naturales de Cipriano García y que por tanto tienen derecho de intervenir en su juicio sucesoral.

En la motivación de este fallo revocatorio considera en primer término el Tribunal la irregularidad esencial de procedimiento en que se apoyó el proveído apelado, consistente en haberse adelantado el pleito con audiencia de una persona que no fue demandada, y aceptando la realidad procesal del hecho, concluye, sin embargo de distinta manera que el Juzgado de Circuito porque considera que "el Juez es llamado a dirigir el debate, como órgano del Estado. El proceso no es de derecho privado, sino que participa en gran medida del derecho público. No es dado al Juez tramitar un juicio de jurisdicción contenciosa sin contraparte. Sería un juicio inocuo y tal inocuidad pugna a las funciones del Juez". Con aplicación de estos principios cree el Tribunal que la referida irregularidad quedó saneada definitiva y legalmente por haber sido iniciativa judicial el apersonamiento en juicio de la señora de García pues "si el presupuesto procesal quedó integrado por auto ejecutoriado del Juez, el carácter preclusivo de los juicios impide, precluye, restaurar esa cuestión". Y añade: "El sujeto pasivo de la relación debe señalarse en la demanda, en el libelo introductivo mismo, pero no obsta para que el demandante en el curso del juicio corrija su demanda (caso de transformación objetiva de la relación procesal), o para que igualmente cambien las partes (caso de transformación subjetiva). Esos cambios pueden operarse o por voluntad del demandante cuando corrige su demanda (artículo 208), o por voluntad del Juez a instancia de parte (artículo 333), o de oficio (738)". El único caso, "por concepto de una intervención adhesiva litis-consorcial".

Habilitada de esta manera la señora Eloísa Casas de García como demandada en el pleito, y representante, además, de la sucesión ilíquida de su hijo Cipriano García, como su heredera, el resto de la sentencia lo dedica el Tribunal al estudio y análisis de las pruebas aducidas para fundar la declaración judicial impetrada sobre paternidad natural. Apenas se hace mención de esta parte de la sentencia, sin detallarla ni discriminar las conclusiones sobre mérito probatorio, porque ella no necesita ser tenida en cuenta por la Corte para la decisión del recurso de casación.

El recurso

Ha traído este negocio al conocimiento de la Corte el recurso de casación, que hoy se decide, interpuesto oportunamente por el apoderado de quien ha venido desempeñando el papel de parte demandada. Se apoya la acusación contra la sentencia del Tribunal en los dos primeros motivos de los que enumera el artículo 520 del C. J. Aunque la demanda de casación, al fundar la causal por violación de ley sustantiva, plantea en la mayor parte de los cargos que formula la cuestión referente a quien puede ser sujeto de la acción y legítimo contradictor después de muerto el pretenso padre, en cuya solución no ha coincidido el concepto de todos los Magistrados de la Sala, la circunstancia de poderse aislar un cargo, suficiente por sí solo para quebrar la sentencia, permite considerar el caso de autos por un aspecto que aunque vinculado a la personería sustantiva de la parte demandada no toca la tesis, acogida por la Corte, de que la muerte del padre

extingue la acción sobre declaración judicial de paternidad natural, en torno de la cual el Magistrado ponente ha expuesto su opinión en disidencia en dos salvamentos de voto.

El cargo que se acoge entre los que se formulan en la demanda para apoyar en él exclusivamente la decisión del recurso, sin considerar los restantes, de acuerdo con el artículo 538 del C. J., se hace consistir en que el Tribunal quebrantó de manera directa los artículos 403 del C. C. y 7º de la Ley 45 de 1936 al considerar que este juicio se ha seguido con audiencia de legítimo contradictor, que al tenor inequívoco de la demanda es el Agente del Ministerio Público, que legalmente no puede serlo, y no la señora Eloísa Casas de García que no lo ha sido, aunque el Juez oficiosamente le haya dado el carácter de demandada en el pleito.

La Sala considera

La lectura del libelo que originó este proceso, cuyos términos y expresiones no dejan lugar a equivocación ni duda, pone en evidencia una intervención excesiva y legalmente extralimitada de las funciones que corresponden a los jueces en la secuela de los litigios civiles, y que se manifiesta desde la escogencia de trámites contra la expresa voluntad del demandante que señaló el verbal del artículo 78 de la Ley 153 de 1887, error que sólo autorizaba para cerrar la entrada a la demanda pero no para encaminarla por vía diferente, hasta la suplantación oficiosa del demandado como lo reconoció el Juez en el pasaje atrás inserto de su sentencia y como aparece en este que se copia en seguida: "No obstante la tramitación insinuada por el señor apoderado, el juzgado, tímidamente, por tratarse de la aplicación de una ley nueva, le dio a la acción toda la de un juicio ordinario, sin que hasta la fecha haya expuesto los motivos para esta tramitación, los que en seguida manifiesta: el artículo 78 de la Ley 153 citada dispone un procedimiento verbal, por la especialidad que entonces tenía el reconocimiento de un hijo natural, cuyo fin no era otro que el de suministrarle alimentos; pero como el fin que buscó la Ley 45 es de mayores alcances que los de aquella época, ya que la declaratoria judicial de una paternidad natural incorpora a los presuntos hijos en la familia del presunto padre, lo delicado de esta materia exige la tramitación ordinaria... Además, se dispuso en auto del cinco de abril del año en curso, que de la petición del doctor Molina se le diera traslado a la señora Casas v. de García, madre del finado, aun cuando la demanda no pide que ésta sea citada al juicio, porque estimó este despacho que el legítimo contradictor a que alude el artículo 7º de la Ley 45 en relación con el 404 del C. C., es un contradictor como demandante, dados los términos del artículo 12 de la misma Ley; y sin citar a la señora Casas, aparecía este juicio sin parte demandada, calidad esta última que no se la da aquella Ley al Agente del Ministerio Público a quien le da la acción, sin que porque ésta no la establezca, deje ser obligatoria su intervención en el pleito".

Las razones con que en la sentencia de segunda instancia se pretendió legitimar esta evidente anormalidad de haberse tramitado un juicio civil con una persona no señalada por el actor como su demandada sino habilitada como tal por iniciativa arbitraria del Juez, son inválidas, en concepto de la Sala, para legalizar una situación fundamentalmente equivocada y que en manera alguna puede vincular obligatoriamente para la decisión definitiva del negocio. La comparecencia en juicio es un derecho personal y directo cuyo ejercicio corresponde a las personas según puedan o no comparecer de acuerdo con la ley, pero no con la voluntad arbitraria de los funcionarios judiciales. En la relación jurídica-procesal, constitutiva de la base inmodificable de la litis, figuran como sujetos imprescindibles el ac-

tor y el demandado, fuera del funcionario que actúe como órgano jurisdiccional correspondiente. La determinación de estas personas y su posición procesal es uno de los elementos esenciales de la demanda según los artículos 205 y 227 del C. J., contentivo el último de las definiciones de las partes litigantes, la demandante como la que reclama ante el órgano judicial la eficacia de un derecho, y la demandada, la persona contra quien se dirige la acción. Es del exclusivo arbitrio del actor el señalamiento de la persona a quien aspira a vencer en juicio para obtener una sentencia de Juez, y éste no puede a voluntad y discreción variar la señalada en la demanda ni forzar a nadie a que responda como demandado en un pleito en que no ha sido citado. Es verdad, como lo dice el Tribunal, que el Juez es el llamado a dirigir el debate y que no se concibe un pleito sin contraparte, pero de esta trivialidad de derecho procesal deduce la consecuencia inexplicablemente equivocada de que al funcionario judicial ante quien se presente una demanda sin demandado o con mal demandado, puede oficiosamente enmendarla y corregirla cambiando, o inventando como en este caso, uno de los sujetos de la relación procesal. Apenas hay que advertir que esta tesis de la sentencia que pretendió apoyarse en preceptos mal leídos del Código Judicial, pugna abiertamente con el sistema dispositivo que informa nuestro régimen procesal, de acuerdo con el cual la libertad del Juez que preside y dirige los debates judiciales civiles está limitada por la voluntad e iniciativa de las partes litigantes en todo lo relacionado con la determinación de las bases fundamentales del litigio, que forman así mismo la pauta obligatoria de la sentencia. Es necesario que el contenido de la demanda se regule con observancia de las exigencias legales para poder determinar en cada caso la obligación concreta que corresponde al Estado en su condición de sujeto tanto del poder como del deber de administrar justicia, y en la ley de procedimiento civil están enumeradas las condiciones y requisitos que debe reunir una demanda para que sea base admisible de litigio. Si la que se presenta para dar principio al juicio no contiene las designaciones y requisitos que debe contener o adolece de oscuridad en sus pedimentos, el Juez se abstiene de darle curso mientras no sea corregida o aclarada, expresando los defectos de que ella adolece, pero no puede hacerlo por su propia personal iniciativa.

En el caso de estudio, como se vio claro al hacer la historia de la actuación, la presencia de la señora Eloísa Casas de García como demandada se debe exclusivamente a la iniciativa del Juez que la encontró como la persona más adecuada para citar a un pleito que en su concepto no podía adelantarse con la legítima contradicción del Ministerio Público como lo quería el demandante. Aquí no ha habido reforma ni aclaración de la demanda, ni nada que lo parezca, debido a la voluntad e iniciativa del demandante, que fue inequívocamente claro en su libelo cuando enderezó su acción contra el Agente del Ministerio Público por creer que muerto el presunto padre natural era este funcionario representante de los intereses sociales el legítimo contradictor o demandado para la prosecución de esta clase de acciones de filiación natural. Y tampoco puede legitimarse la presencia de la pretendida demandada Casas de García por concepto de una intervención adhesiva litisconsorcial, como lo pretende el Tribunal en la última de las equivocaciones con que se esforzó por defender el error que en su sentencia reconoció y trató de enmendar el Juez 2º del Circuito de Medellín, pues no es posible actualizar aquí la figura procedimental denominada por los expositores intervención voluntaria adhesiva, reconocida en nuestro procedimiento civil por el artículo 233 del C. J., citado en la sentencia acusada y que establece que todo aquel a quien con-

forme a la ley pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa. Falta aquí la esencial iniciativa voluntaria, fuera de que es absurdo suponer, dentro de la figura invocada por el Tribunal, a la señora de García ayudando al Agente del Ministerio Público demandado en una actitud procesal que contraría su propio interés.

Las consideraciones que van expuestas sirven ya para concluír que en el juicio sobre declaración de paternidad natural que está al conocimiento de la Corte, el demandado como legítimo contradictor ha sido el Agente del Ministerio Público, y sobre este pie la legalidad y justicia del cargo en casación contra el fallo del Tribunal se hace visible, porque este funcionario en ningún caso puede asumir por sí solo esa calidad personal indispensable.

La disposición del artículo 12 de la Ley 45 de 1936 limita el número y calidad de las personas que legalmente tienen el derecho de demandar la declaratoria judicial de filiación, señalándolas taxativamente, durante la vida del hijo. Entre estos sujetos activos de la acción, dentro del orden y oportunidad que exige la ley, figura el Ministerio Público, comprensivo de sus diversas categorías. La citada disposición dice que el Ministerio Público es parte en los juicios sobre filiación, y que las acciones encaminadas a obtener su declaratoria judicial se surten precisamente por medio de abogado titulado, salvo cuando las siga un agente de ese Ministerio, de tal manera que es indiscutible que en último término asiste al Ministerio Público derecho de intervención como actor o la facultad para instaurar acciones sobre investigación y declaración de filiación natural. No es pertinente estudiar aquí el carácter de esta intervención ni los casos en que es legalmente posible el ejercicio de esta personería activa. Fuera de estas ocurrencias en que legítimamente puede asumir la calidad de demandante, el Ministerio Público puede intervenir e interviene como lo manda la ley, ya no estrictamente como parte, sino más bien como el órgano del interés público para vigilar la actuación de la ley, en consideración al trascendente interés social que conlleva el ejercicio de estas acciones familiares, para prevenir e impedir el engaño o el fraude en las declaratorias judiciales de la calidad civil de hijos naturales. Pero lo que no puede entenderse autorizado por la ley ni por la doctrina en materia de intervención del Ministerio Público es lo que en este pleito se ha querido hacer, esto es, darle la calidad legal de legítimo contradictor a uno de sus agentes o funcionarios para obtener con su exclusiva audiencia la declaratoria judicial de filiación.

Las consideraciones que han servido para fundar la casación por quebranto de ley sustantiva, motivan así mismo la resolución que ha de proferir la Corte en reemplazo de la del Tribunal que ha de infirmarse.

Con apoyo en lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 10 de noviembre de 1939, y en su lugar, pero por los motivos expresados en la parte motiva de este fallo, confirma la sentencia dictada por el Juzgado 2º del Circuito de Medellín el 7 de diciembre de 1937.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — El Conjuez, **Arturo Salazar Grillo—Pedro León Rincón**, Secretario en propiedad.

OPOSICION A UN DESLINDE

La violación del artículo 601 del C. J. no da lugar a la casación si no se acusa igualmente la disposición o disposiciones que le atribuyen determinado valor a cada una de las pruebas reconocidas por la ley judicial.

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

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Antecedentes

El Banco Agrícola Hipotecario de Cali instauró juicio ejecutivo contra los señores Néstor A. y Trinidad Rengifo. En este juicio se embargaron algunos bienes, que fueron vendidos en pública subasta, y que remataron el mismo Banco Agrícola Hipotecario y el señor Saulo Patiño.

El lote adjudicado a Patiño está demarcado con la letra B, con una extensión aproximadamente de veinte fanegadas y alinderado así: "Norte, con arrozales cultivados por el señor Francisco Soto; Sur, con terreno de la Empresa del Acueducto Público; Oriente, el lote E de la misma propiedad; y Occidente, con propiedades de los señores Saulo Patiño, Ernesto Salcedo y área urbana de la ciudad".

Como el gerente del Banco Agrícola Hipotecario de Cali considerara que era necesario trazar la línea divisoria entre los lotes C y E, rematados por aquella entidad, por el lado Occidental y por el Oriental del lote B, rematado por el señor Patiño, estableció el correspondiente juicio de deslinde.

El Juez del conocimiento falló el litigio señalando la línea así:

"Partiendo del límite Sur del lote C en relación con lotes de propiedad de la Empresa del Acueducto Público, siguiendo una cerca vieja que hay al Occidente de la casa vieja de "El Molino", en dirección Norte, en una extensión de 164 metros hasta encontrar un mojón marcado con la letra A y que se colocó durante la diligencia por orden del juzgado; de este mojón y en dirección Oriente, una línea recta de ciento diez metros de longitud hasta encontrar el mojón B, cuya determinación queda hecha arriba en la exposición pericial; del mojón B una línea recta en dirección Norte hasta encontrar el mojón C clavado al pie de un chimenango situado en la orilla izquierda de una acequia; por este mojón y bordeando la loma en dirección Norte hasta encontrar el mojón terminal de la línea Norte del lote B, y que de ahora en adelante se llamará mojón D, situado a la margen derecha de la acequia".

No se conformó Patiño con esta línea de demarcación y por ello demandó en juicio ordinario al Banco Agrícola Hipotecario para que fuera rectificada en el sentido expresado en la demanda.

El Juez 2º del Circuito de Buga, en proveído de 25 de julio de 1936, absolvió al Banco Agrícola Hipotecario de la demanda sobre oposición al deslinde y declaró en firme la diligencia de 15 de octubre de 1935 que fijó los límites de los predios del Banco y del señor Patiño.

Apelada esta sentencia, el Tribunal Superior de Buga la confirmó por fallo de 17 de septiembre de 1940.

Recurso de casación

Patiño interpuso recurso de casación contra esta decisión, que le fue admitido y que está hoy al estudio de la Sala por haberse agotado la correspondiente tramitación.

El recurso lo interpuso ante el Tribunal de Buga, personalmente el señor Patiño, luégo dirigió a la Corte otro memorial sustentando el indicado recurso, que fue presentado dentro del término legal, y ante esta superioridad el apoderado especial de Patiño fundó el recurso resumiendo en él los cargos que Patiño había hecho al fallo en los dos memoriales citados.

Estudio de los Motivos de Casación

Por diversos aspectos se acusa el fallo y se señalan varios motivos de casación, que la Corte estudiará en el orden en que fueron expuestos:

El primer reparo consiste en la violación del artículo 593 del Código Judicial y lo fundamenta así el recurrente: "En este pleito, no obstante existir una prueba (un peritazgo legalmente pedido y practicado durante una diligencia de inspección ocular), y según el cual la diligencia de apeo no consulta la realidad de las cosas ni la equidad, (palabras textuales de los peritos), por razones clarísimas que ellos expusieron con absoluta certidumbre, y después de un examen practicado sobre el terreno, el Tribunal, en su sentencia ni siquiera mencionó el hecho capital demostrado, a saber: Que el deslinde no correspondía a la verdadera alinderación de los predios cuya demarcación se había pedido y era la materia del juicio".

La cita del artículo 593, que el recurrente considera violado, por no haberse tenido en cuenta la diligencia pericial, carece en absoluto de razón. Si el Tribunal no apreció la prueba de inspección ocular otra muy distinta sería la disposición que se hubiera violado con esta decisión, mas no el artículo 593 que es una disposición genérica que regula cómo debe fundarse cualquier decisión judicial, teniendo en cuenta los hechos conducentes demostrados en el juicio y las pruebas traídas para comprobar esos hechos. Si el Tribunal no apreció determinadas pruebas, o las apreció erróneamente, habría qué acusar los artículos pertinentes que le atribuyen determinado valor a la prueba mal apreciada o a la prueba omitida.

Cosa semejante puede decirse respecto de la acusación por violación del artículo 601 del Código Judicial. Esta disposición da una regla interpretativa respecto de la apreciación de las pruebas, apreciación que ha de someterse a la estimación legal que de ellas hacen las leyes, y a falta de ésta, estimarse de acuerdo con los principios generales de equidad. Bien se ve que esta regla de conducta, aun cuando se quebrante por el Tribunal, no da lugar a la casación, si no se acusa igualmente la disposición o disposiciones que le atribuyen determinado valor a cada una de las pruebas reconocidas por la ley judicial.

Razones similares a las anteriores sirven para rechazar el cargo formulado por la violación del artículo 723 del Código Judicial. El constituye igualmente una regla de conducta que debe seguir el Juez al apreciar el dictamen pericial, cuando no es el caso de darle valor de acuerdo con los artículos 721 y 722. La infracción de esa disposición no comporta casación.

En lo que se refiere a la violación de los artículos 722 y 730 del Código Judicial la Corte observa:

Al practicarse la diligencia de deslinde y amojonamiento ni el señor Juez, ni los peritos dieron la razón ni explicaron por qué señalaron la línea que se fijó en dicha diligencia. Allí se dijo: "En atención a lo expuesto por los peritos, a lo consignado en los títulos presentados por las partes y a lo constatado por el Juez al recorrer los terrenos limítrofes en sus líneas respectivas, el Juzgado señaló la línea de que atrás se hizo mención, pero basta pasar los ojos por esa diligencia

para llegar al convencimiento de que el Juez ni los peritos fundaron y explicaron las razones por las cuales señalaban la línea divisoria entre los predios materia del deslinde".

Es cierto que en el acta de remate se le dio al lote D rematado por el señor Patiño una extensión aproximada de veinte fanegadas, el cual se alinderó así:

"Norte con arrozales cultivados por el señor Francisco Soto; sur, con terrenos de la empresa del Acueducto Público; oriente, el lote E de la misma propiedad; y occidente, propiedad de los señores Saulo Patiño, Ernesto Salcedo y área urbana de la ciudad", y que no se fijó el límite con el lote C, pero esta diligencia de remate no puede interpretarse en el sentido de que el lote D de propiedad de Patiño no linde con el lote C rematado por el Banco Agrícola Hipotecario, porque desaparecería por completo el lote C que le fue adjudicado en remate al Banco Agrícola Hipotecario.

Al respecto se expresa así el Juez del conocimiento: "Efectivamente, si es cierto que en la alinderación puesta al referido lote D figura por el lado oriental el lote E, o sea el que comprende la parte montañosa de "El Molino", en extensión de 970 fanegadas, no es lo menos que la que le correspondió al lote C sí se dijo expresamente que ésta limitaba al occidente con el lote D de la misma propiedad. Luego, no siendo posible negar la existencia del lote C, porque ello sería un absurdo, y debiendo apreciarse el acta de remate como un todo armónico y sujeto al loteamiento fijado por los peritos que practicaron el avalúo hay que deducir, en fuerza de la lógica, que el lote C sí limita por su parte oriental con el lote D".

La interpretación del acta de remate hecha por el Juzgado está bien hecha a juicio de esta Sala, porque si se admitiera la tesis del opositor del deslinde, desaparecería el lote C, que como cuerpo cierto se le adjudicó al Banco.

En lo que dice relación con la inspección ocular y la exposición de los peritos Uladislao Escobar y Cipriano Correa, que dice el recurrente no fueron apreciadas por el Tribunal se observa:

Los peritos afirman categóricamente que el lote C existe en realidad y que colinda con el lote D, puesto que de él fue segregado. El hecho de que al alinderar el lote D en la diligencia de remate se hubiera omitido citar el lote C como colindante, es un error involuntario en la alinderación, dicen los expertos.

Esta aseveración de los peritos es fundada, pues como atrás se vio, si el lote D no lindara con este lote sino con el lote E, el C desaparecería, lo que implicaría un error clarísimo en la interpretación de la diligencia de remate, puesto que por ella se vendieron tres lotes y no dos.

En la inspección ocular practicada el día doce de febrero de 1937 el señor Magistrado no hizo ningún hecho que hubiera apreciado por propias y directas percepciones y por consiguiente ella en esa parte no hace plena prueba (artículo 730 del C. J.). En cuanto a los puntos materia del dictamen pericial, la Sala observa que los peritos Escobar y Correa dejaron de lado su misión de expertos y se convirtieron en amigables componedores, porque en lugar de estudiar y considerar, en su calidad de expertos, si la línea divisoria fijada por el Juez en la correspondiente diligencia de deslinde, se ajustaba a las constancias del proceso, resolvieron proponerle al señor Juez dos fórmulas, para localizar los lotes materia del apeo, como si se tratara de una división de bienes comunes.

Al efecto dijeron: "Fórmula primera. Hacer de los lotes D y C un solo lote y luégo localizar el lote C con dos fanegadas de superficie incluyendo en esta superficie la casa de habitación, enramadas, pesebreras y magnífica pila de baño y corral; hecho esto, determinar las veinte fanegadas supuestas al lote D en el segundo loteamiento de avalúo. Si quedare

un excedente de terreno plano, este excedente se distribuirá en partes directamente proporcionales a los números 2 y 20, adjudicando al lote C la parte proporcional al número 2 y al lote D la parte proporcional al número 20".

"Segunda Fórmula. Hacer de los lotes D y C un solo lote y luégo localizar el lote C de tal manera que incluyendo la casa y demás dependencias hasta donde sea posible, encierre una superficie de dos fanegadas que colinde con el lote E de lomas. Hecho esto determinar las 20 fanegadas supuestas en el segundo loteamiento y avalúo al lote D. Si quedare un excedente de terreno plano este excedente se distribuirá en partes directamente proporcionales a los números 2 y 20 correspondiéndole al lote C la parte proporcional al número 2 y al lote D la parte proporcional al número 20".

El recurrente no ha señalado otras pruebas distintas del actà de remate y de la inspección ocular tendientes a demostrar que la raya fijada por el Juez en la diligencia de deslinde debe ser otra distinta.

El último cargo se refiere a la violación de los artículos 630 del Código Judicial, 1759 y 1889 del Código Civil y consiste en que el Tribunal no apreció el acta de remate que es un documento público.

Al respecto la Sala observa: El artículo 630 del Código Judicial es disposición en un todo extraña al litigio. El se refiere a las escrituras públicas y al modo de presentarse para que puedan ser estimadas como prueba. El acta de remate puede ser un documento público pero no es una escritura.

En lo que dice relación al artículo 1759, y considerando que el acta de remate reúne los requisitos indispensables para que pueda considerarse como un instrumento público, él no podría aplicarse al caso del pleito, porque en ella los rematadores, en el caso de autos, no hicieron declaración alguna relativa al lindero para que pueda decirse que esa declaración hace plena fe contra los declarantes.

La disposición del artículo 1889 del Código Civil, que también se cita como violada, es igualmente exótica en el presente recurso de casación. Ella se refiere a las obligaciones del vendedor y primeramente a la de entregar, en el contrato de venta y en este litgio ni se trata de venta, ni se trata de la entrega del cuerpo cierto, vendido por linderos determinados, sino meramente de la oposición a un deslinde.

En vista de las consideraciones anteriores 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 de Buga de fecha diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta.

2º—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. Conjueces: Antonio Rocha—Eduardo Rodríguez Piñeres—Manuel J. Ramírez Beltrán—Juan Francisco Mújica — Pedro León Rincón, Secretario.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 351 DEL CODIGO JUDICIAL

De acuerdo con el artículo 351 del C. J. es preciso hacer saber a la parte que no ha suministrado el papel correspondiente para la actuación, que está en el deber de hacerlo, lo cual constituye un requerimiento. Esto, además de que constituye la interpretación recta de tal artículo, de acuerdo con los principios generales de procedimiento civil, evita actuaciones sorpresivas que muchas veces pueden desconocer el derecho que asiste a una de las partes. Pero si lo anterior es exacto, también lo es que la parte requerida para revalidar el papel debe hacerlo dentro del plazo que la ley le concede para interponer el recurso o hacer uso de él, en todo caso, antes que se haya resuelto su petición. Si el recurso se interpuso a tiempo y si antes de decidirse si se concede o se niega ya está revalidado el papel, no hay óbice para oír al peticionario.

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda).

El doctor Rafael Leiva Charry, obrando como apoderado general de Liborio, Luis Carlos, Juan de Jesús, Amalia y Rafael Cuenca y Ana Elisa Cuenca de Perdomo, demandó en juicio ordinario, ante el Juzgado del Circuito Civil del Espinal, a la sucesión intestada e ilíquida de León Tamayo, representada por los herederos de dicho señor. El fallo de primera instancia fue adverso a las pretensiones de los demandantes. Subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, esa entidad lo confirmó por sentencia del seis de marzo del año en curso.

Notificada legalmente esa sentencia, tanto el doctor Rafael Leiva Charry como el señor Rafael Cuenca L. interpusieron contra ella recurso de casación, por memoriales recibidos en la Secretaría del Tribunal el diez y seis de abril del citado año.

El veintitrés de abril el Tribunal dictó un auto que en lo pertinente dice:

"La parte recurrente no puede ser oída porque tiene una hoja de papel común al folio 48 de este cuaderno, sin revalidar".

En la misma fecha del auto se presentó una tercera persona, diciéndose recomendada de los demandantes, a revalidar la hoja de papel común.

El Tribunal, por auto del catorce de mayo siguiente, negó el recurso de casación interpuesto contra la indicada sentencia de fecha seis de marzo, basándose en que el artículo 351 del C. J. se debe interpretar en el sentido de que los recursos de casación se entienden interpuestos el día en que se revalida el papel, por lo cual si esto se hace ya vencido el término para interponerlo, debe considerarse como presentada la solicitud extemporáneamente. Dicho auto trae, además, una transcripción incompleta o mutilada de una sentencia de la Corte, en forma que no expresa la verdadera doctrina sentada por ella. El veinte de mayo el apoderado de los demandantes pidió reposición del referido auto, la que le fue negada en providencia del once de junio, en la cual se ordenó, en cambio, expedir las copias para recurrir de hecho.

Como el recurso está presentado en la forma debida y en su interposición y preparación se cumplieron los requisitos de

los artículos 513 y siguientes del C. J., es procedente decidirlo y a ello se pasa.

El interesado alega, en síntesis, que por su parte no hubo renuencia en el suministro de las estampillas para revalidar la hoja de papel común, como quiera que lo hizo el mismo día en que se le advirtió que estaba sin revalidar.

La Corte, en sentencia de treinta de mayo de mil novecientos cuarenta, dijo:

"El artículo 351 del C. Judicial, en su inciso 2º, no es de aplicación mecánica sino que es preciso hacer saber a la parte que no ha suministrado el papel correspondiente para la actuación, que está en el deber de hacerlo, lo cual constituye un requerimiento. Esto, además de que constituye la interpretación recta de tal artículo, de acuerdo con los principios generales de procedimiento civil, evita actuaciones sorpresivas que muchas veces pueden desconocer el derecho que asiste a una de las partes".

"Pero si lo anterior es exacto, también lo es que la parte requerida para revalidar el papel debe hacerlo dentro del plazo que la ley le concede para interponer el recurso o hacer uso de él, y, en todo caso, antes de que se haya resuelto su petición. Si el recurso se interpuso a tiempo y si antes de decidirse si se concede o se niega ya está revalidado el papel, no hay óbice para oír al peticionario".

La jurisprudencia transcrita resuelve en forma clara y terminante el caso que se estudia, ya que aparece de manifiesto que el peticionario no demostró renuencia alguna en suministrar las estampillas correspondientes a la revalidación del papel común, pues lo revalidó en oportunidad.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

Primero: Estímase mal denegado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el recurso de casación interpuesto por los señores doctor Rafael Leiva Charry y Rafael Cuenca L., contra la sentencia dictada en este juicio por dicha entidad el seis de marzo del presente año, por no ser legales las razones en que se fundó la negativa. En consecuencia, se admite el recurso de hecho de que se ha venido tratando.

Segundo: El Tribunal deberá, por tanto, estudiar y resolver si el recurso de casación interpuesto es procedente, al tenor de las disposiciones legales respectivas, teniendo en cuenta que las solicitudes para que se conceda fueron presentadas en tiempo. Con tal objeto, envíese copia de esta providencia al mencionado Tribunal.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango— Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro eLón Rincón, Srio. en propiedad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CENTRO SUPREMA DE JUSTICIA

PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — TEORIA DEL RIESGO. — PRESCRIPCION.—INTERPRET ACION DEL ARTICULO 2358 DEL CODIGO CIVIL

1.—La teoría del riesgo, llamada también de la responsabilidad objetiva, está fundada, según Ripert, en que todo perjuicio causado debe ser atribuído a su autor y reparado por él, porque todo problema de responsabilidad civil se reduce a otro de causalidad; por eso cualquier hecho del hombre que cause perjuicio, causa reparación a favor de la víctima. Según esta teoría desaparece el concepto o la idea de culpa para dar cabida de una manera exclusiva a la idea de causalidad, la cual fundamenta exclusivamente la responsabilidad. Según esta teoría no puede examinarse si en el perjuicio inferido a la víctima ha mediado la culpa, ni si ésta se presume, pero ni siquiera alegar la fuerza mayor o el caso fortuito. El concepto de exculpabilidad no existe a la luz de esta teoría, porque según ella basta que el hecho se produzca, basta la reclamación de causalidad para que nazca la responsabilidad. Aunque Ripert se inclina a esta teoría, la combaten Planiol, Colin y Capitant y otros expositores. La jurisprudencia francesa no la acepta y códigos como el suizo han atemperado el principio que la informa para evitar que produzca todas sus consecuencias y de ahí las disposiciones del artículo 54 de ese código y el artículo 289 del civil alemán. Nuestra Corte tampoco ha aceptado, ni podría aceptar la teoría del riesgo porque no hay texto legal que la consagre ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella desde luego, que la interpretación del artículo 2356 del Código Civil se opondría a ello. Cuando la Corte ha hablado del riesgo no lo ha entendido 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.—2. La acción civil para la reparación del daño procedente del delito o culpa de carácter penal, de que deben responder los que son juzgables criminalmente por tales hechos, prescribe en el mismo plazo que la penal, según la regla especial contenida en el inciso 1º del artículo 2358 del C. C. Se explica tal identificación de los términos de prescripción por considerarse en tal evento la acción civil como accesoria de la penal y aconsejar superiores motivos de orden público y de organización social que se evite la anomalía de que una vez transcurrido el término de la prescripción penal, pueda todavía ejercitarse una acción civil contra el autor del hecho.—3. La acción civil para la reparación del daño procedente de una culpa o hecho simplemente dañoso, por acción o por omisión, no reprimible por la ley penal, prescribe según las reglas generales del derecho civil, por no estar incluída de manera taxativa en la norma especial contenida en el artículo 2358 del C. C. Tiene también plena justificación esta fórmula amplia y general de la prescripción extintiva porque cuando se trata de actos no punibles, originarios casi siempre de imprevisiones, descuidos o negligencias, no hay interés de orden social que aconseje asimilar la acción civil a ninguna otra de carácter penal, que para estos casos no existe.—4. La acción civil para la reparación del daño proveniente no del hecho o culpa propios, sino del de terceros puestos bajo cuidado o de quienes se deba responder, prescribe según la regla especial que de manera clara consagra el inciso 2º del artículo 2358.—Entre las varias interpretacio-

nes del artículo 2358 no puede dejar de mencionarse aquella según la cual, por hablar su inciso 1º de "los que sean punibles" y por datar los tres años de la parte final de su inciso 2º "desde la perpetración del acto", palabra ésta (perpetración) que lleva a suponer que se trate de delito penal, ese lapso corto se refiere tan sólo a los actos de esta clase. Inaceptable esa interpretación limitativa que excluiría, cabalmente, los restantes, es decir, los en que no se llega a delito de carácter penal. Basta pensar cuán absurdo resultaría tratar con benignidad los casos más graves, o sea, los de posible acción criminal, y dejar la prescripción de largo tiempo para los en que no hay lugar a esa acción, sino sólo a la civil. Por otra parte, ese inciso 2º se refiere en forma genérica a la acción sobre reparación del daño ejercitable contra terceros responsables, para asignarle una prescripción de corto tiempo, lo que es de justicia, entre otras razones, por la dificultad en que el tercero se halla para precisar con las pruebas necesarias las circunstancias que pueden evitar o aliviar la indemnización, dificultad que crece con el transcurso del tiempo y también con la posibilidad de que ese tercero autor por quien responde ya no esté bajo su patria potestad o su guarda, o en su colegio o empresa, o a su servicio. (Artículos 2347 a 2349 C. C.).

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1º El día 9 de julio de 1934, entre las doce y la una de la tarde, viajaba en dirección norte-sur el carro del tranvía municipal cerrado, distinguido con el número 60, manejado por el conductor Guillermo Suárez, en la carrera séptima de esta ciudad, en el trayecto comprendido entre las calles catorce y trece. Al llegar aproximadamente a la mitad de la cuadra, enfrente del almacén de los señores Pombo Hermanos, atropelló sobre el mismo andén de la vía al señor Ignacio Guillén R. arrojándolo violentamente sobre la acera, donde fue recogido por varios transeúntes. El conductor explica el accidente porque, según dice, Guillén iba también en dirección norte-sur y se hizo a la orilla del andén para saludar a una señora.

2º Los daños sufridos por el damnificado a consecuencia del atropello aparecen de los dictámenes rendidos por los médicos que lo atendieron en la Clínica de Marly, donde fue conducido, doctores Gonzalo Esguerra Gómez y Rafael Manotas, quienes dicen que "después de llegado el doctor Guillén le fue tomada radiografía que reveló una fractura completa de la parte superior del fémur izquierdo cuyo tratamiento requirió la hospitalización del doctor Guillén en Marly desde el 9 de julio de 1934 hasta el 15 de septiembre del mismo año. Es cierto que al examen presentaba el doctor Guillén una equimosis en la parte superior del hombro izquierdo producida por el choque, equimosis que fue objeto de tratamiento especial. Es cierto que desde el 9 de julio hasta el 14 de septiembre permaneció el doctor Guillén en la cama, en absoluta inmovilidad por requerirlo así el aparato ortopédico aplicado para reducción y consolidación de la fractura. Es cierto que el doctor Guillén permaneció en cama después de retirado de la clínica hasta completar ciento veinte días fecha en que se autorizó para dar paseos con el auxilio de muletas, y hasta junio del treinta y cinco caminaba todavía aunque guiado por un bastón".

Juicio ordinario

En demanda reformada el 18 de octubre de 1937 Ignacio Guillén demandó por la vía ordinaria al Municipio de Bogotá, como dueño del tranvía municipal de la ciudad, para que se le condene a pagarle

la suma de veinte mil pesos o la que fijen peritos en el término de prueba del juicio, en que estima los perjuicios que le fueron ocasionados por el accidente que tuvo lugar el 9 de julio de 1934.

Surtido el trámite de la primera instancia, el Juez 7º del Circuito en lo civil de Bogotá la falló en sentencia de 27 de julio de 1939, en la cual declaró probada la excepción de prescripción interpuesta por el Personero del Municipio, y por lo tanto extinguida la acción.

Sirven de fundamento a esta providencia de primer grado los que para mayor claridad pasan a transcribirse:

"El Municipio demandado propuso en la contestación de la demanda la excepción de prescripción, que fundó en el hecho de que el demandado afirma que el accidente tuvo lugar el día 9 de julio de 1934 y la demanda fue legalmente notificada después de cumplidos tres años, y la apoya en derecho en el artículo 2358 del C. C."

"La demanda con que se inició este juicio fue presentada el 25 de febrero de 1935, y el hecho causa del perjuicio o daño sufrido por el demandante tuvo lugar, según el dicho del mismo demandante y de los testigos Gómez, Páramo y Suárez, el día 9 de julio de 1934. La primitiva demanda fue notificada el 15 de marzo de 1935 pero esta notificación no interrumpió la prescripción porque el artículo 2539 del C. C. dispone que la prescripción que extingue las acciones ajenas se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2524, y el caso primero de éste es si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal, en la cual se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda; y como según se dijo al principio de esta providencia el juzgado, en auto de 12 de agosto de 1937, declaró nulo todo lo actuado en este juicio desde su iniciación, esta nulidad cobijó la notificación que de la demanda se hizo a quien se designó como Personero municipal y por tanto tal notificación no produjo efecto alguno y no interrumpió, en consecuencia, la prescripción; y como la nueva demanda sólo vino a presentarse el 18 de octubre de 1937, fecha en la cual ya habían transcurrido tres años a contar desde el día en que tuvo lugar el hecho causa del perjuicio, es indudable que ocurrió la prescripción y se extinguió la acción, y así debe declararse". Hasta aquí el Juzgado.

La sentencia acusada

Apeló de la anterior providencia el doctor Guillén y conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien en su falló de segundo grado fechado el quince de noviembre de 1940 revocó la anterior y en su lugar declaró que el Municipio de Bogotá es responsable civilmente de los perjuicios causados a Ignacio Guillén R. por consecuencia del atropello que sufrió por el carro del tranvía municipal número 60. Dispuso que se procediera a la liquidación de tales perjuicios en la forma indicada por el artículo 553 del C. J., con observancia de lo indicado en la parte motiva de dicha sentencia.

Para decretar tal revocatoria y desestimar la excepción de prescripción propuesta por el demandado y reconocida por el juez de instancia, se funda el Tribunal en estas consideraciones textuales:

"En síntesis, el juez a quo estima que es de aplicación al caso de autos el inciso 2º del artículo 2358 y que, por lo tanto, como la demanda fue presentada después de pasados tres años y tres meses a partir del accidente ya se hallaba consumada la prescripción de la acción.

"Erró el juez de la causa al aplicar el artículo arriba citado al caso de autos por las consideraciones que a continuación se van a hacer.

"La doctrina y las jurisprudencias nacionales y extranjeras, están de acuerdo en estimar que la prescripción del artículo 2358 del código civil sólo se refiere al caso en el cual el acto productor del daño constituye delito o culpa penalmente reprimible. Se puede hacer el análisis exegético de la norma expresada y se llega a la conclusión indicada. De modo que cuando se

trata de hecho penalmente reprimible su actor y las personas que de él responden se hallan mejor tratados que cuando el acto no da nacimiento más que a la acción civil, anomalía que tiene por causa que un interés de orden público se opone a que, una vez transcurrido el término de la prescripción penal, puede hacerse renacer por una acción civil de la víctima.

"La intención culpable, dice René Savatier, o por lo menos, la libertad del agente son elementos necesarios de toda infracción criminal. Si faltan, una responsabilidad civil puede subsistir, que no se prescribe sino por treinta años. Una Corte de apelación ha llegado hasta a afirmar que la ausencia de discernimiento, en el sentido penal, en un menor, excluía la infracción y, por consiguiente, la aplicación de las prescripciones de índole penal: solución atrevida, si se tiene en cuenta el deseo del artículo 2 de evitar la reanudación, delante del tribunal civil, de los debates que han llegado a ser imposibles e indeseables delante de los tribunales respectivos". (Responsabilité Civil, número 650, p. 237, T. II").

"Por tanto la disposición aplicable al caso de autos es la del artículo 2536 y no la del inciso 2º del artículo 2358, ya que, como atrás se dijo, ni siquiera es de aplicación al caso de autos la situación de culpa civil sino la de riesgo creado que origina una responsabilidad única y exclusivamente civil.

"De modo que es improcedente la excepción de prescripción propuesta por el demandado".

El recurso

Se alza en casación contra el anterior fallo del Tribunal el apoderado del Municipio de Bogotá y lo sustenta ante esta Sala el Procurador Delegado en lo civil, quien acusa la sentencia por ser violatoria de la ley sustantiva, tanto por infracción directa como a través de errores de hecho y de derecho en la estimación de varias pruebas del proceso. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 538 del C. J. se pasa a estudiar exclusivamente el primer cargo, que se refiere al rechazo que hizo el Tribunal de la excepción de prescripción propuesta por el Municipio demandado, por estimar la Corte que esta acusación debe prosperar en casación. Así la propone el recurrente:

La interpretación que contiene la sentencia es equivocada y como tal no corresponde ni a la letra del artículo 2538 del C. C., ni al espíritu que informó el criterio de los redactores de este precepto legal. Gracias a su meridiana claridad, el artículo 2358 no permite ser interpretado en el sentido de establecer una distinción entre los actos que son penalmente reprimibles y aquellos que sólo dan nacimiento a una acción civil. La distinción que hace el artículo es diferente, más acertada y más de acuerdo con la doctrina de los expositores.

En concepto del recurrente el artículo citado sólo hace una distinción: la responsabilidad civil fundada en el hecho propio y que es consecuencia del delito o culpa; y la responsabilidad civil fundada en el hecho ajeno, que es consecuencia del vínculo entre el autor del hecho y la persona de quien depende. El primer inciso del art. 2358 habla de las "acciones para la reparación del daño proveniente del delito o culpa que puedan ejercitarse **contra los que sean punibles por el delito o culpa**". De manera que este primer inciso sólo se refiere a las personas responsables del hecho propio y como consecuencia de la acción penal. Para esta clase de acciones establece una prescripción igual a la de la pena, según el Código Penal.

En contraposición a lo dispuesto en el primer inciso, sigue diciendo el recurrente, en el segundo se establece que "las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse **contra terceros responsables**, conforme a las disposiciones de este Capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto". Para el recurrente al hablar la ley de ter-

ceros responsables se refiere a las personas que responden del hecho ajeno como los amos, padres, maestros y también las personas jurídicas, que nunca pueden tener responsabilidad penal.

Termina sosteniendo que la tesis consagrada por el Tribunal es inadmisible, pues no toma en cuenta para nada el texto del inciso 2º del artículo 2358 citado.

Para decidir sobre este cargo la Corte considera:

— I —

Cuestión doctrinaria previa

Como quiera que el Tribunal, en la sentencia que se revisa acepta que esta Sala ha consagrado en su jurisprudencia la teoría del riesgo creado en el ejercicio de la acción sobre responsabilidad civil extracontractual, conviene por vía de doctrina rectificar lo que de equivocado tiene ese concepto, a efecto de sistematizar con toda claridad el pensamiento de la Corte sobre esta 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 esta teoría, es el caso de hacer a este respecto la aclaración correspondiente, como también reiterar su concepto sobre los elementos que dan base y fundamento a la doctrina que ha sentado, en los fallos ya mencionados, y en algunos otros respecto el artículo 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 atribuído a su autor y reparado por él, porque todo problema de responsabilidad civil se reduce a otro de causalidad; por eso cualquier hecho del hombre que cause perjuicio, causa reparación a favor de la víctima. Según esta teoría desaparece el concepto o la idea de culpa para dar cabida de una manera exclusiva a la idea de causalidad, la cual fundamenta exclusivamente la responsabilidad. De modo que según la teoría que se analiza no puede examinarse si en el perjuicio inferido a la víctima ha mediado la culpa, ni si ésta se presume, pero ni siquiera alegar la fuerza mayor o el caso fortuito. El concepto de exculpabilidad no existe a la luz de esta teoría, porque según ella basta que el hecho se produzca, basta la relación de causalidad para que nazca la responsabilidad".

"Aunque Ripert se inclina a esta teoría, es lo cierto que Planiol, Colin y Capitant no la admiten y algunos expositores franceses que en principio parecieron admitirla rectificaron después su concepto y últimamente los tratadistas que se han especializado en el estudio de la culpa como los hermanos Mazzeaud y Henri Lalou la han combatido. La jurisprudencia francesa no ha aceptado tal teoría, y en los países donde el legislador ha consagrado el principio que la informa, lo ha atemperado de una manera muy notoria para evitar que produzca todas sus consecuencias y de ahí las disposiciones del artículo 54 del Código Suizo de las Obligaciones y del 289 del Código Civil Alemán".

"Esta Corte tampoco ha aceptado, ni podría aceptar la teoría del riesgo porque no hay texto legal que la consagre ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella desde luego que la interpretación del artículo 2356 del Código Civil se opondría a ello. Cuando la Corte ha hablado del riesgo en los fallos ya mencionados no lo ha entendido en el concepto que este vocablo tiene en el sentido de la responsabilidad objetiva, lo cual es claro y ob-

vio 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". (G. J. número 1965 y 1966, To. L. página 439).

II

Prescripción de la acción

A.—Como viene ya expresado en el fallo de primer grado, la demanda con que se inició este juicio fue presentada el 25 de febrero de 1935 y notificada el 15 de marzo siguiente. Por auto de 12 de agosto de 1937 se declaró nulo todo lo actuado en este proceso desde su iniciación y es indudable que tal declaratoria de nulidad cobijó y dejó sin valor alguno la notificación de la demanda, puesto que no hizo ni podía hacer excepción alguna en la referida declaratoria.

Tal notificación de la demanda, al quedar sin valor ni efecto alguno en virtud de la declaratoria de nulidad del proceso, no pudo producir el importante efecto jurídico de interrumpir la prescripción de la acción incoada, porque el artículo 2359 del C. C. dispone que la prescripción que extingue las acciones ajenas se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2524. Y precisamente el caso primero de excepción taxativamente señalado en dicho artículo 2524 consiste en que la notificación de la demanda no haya sido hecha en forma legal.

Como en este juicio tal notificación, evacuada el 15 de marzo de 1935, no fue hecha en forma legal y fue por último declarada nula, hay que concluír forzosamente que no pudo producir el efecto importante de interrumpir la prescripción de la acción incoada en este proceso.

Ahora bien, la nueva demanda reformada vino a presentarse el 18 de octubre de 1937, es decir, cuando ya habían transcurrido algo más de tres años y tres meses desde la fecha en que ocurrió el accidente al actor Guillén R., que fue el 9 de julio de 1934.

B.—Sostiene el Juez a quo que por tratarse de la responsabilidad meramente cicil de que debe responder el Municipio por el hecho de terceros, tal acción está prescrita, al tenor del inciso 2º del artículo 2538 del C. C., que es el aplicable al negocio sub-judice. Se aparta de esa decisión el Tribunal y la revoca, porque, a su juicio, no es aplicable el precepto mencionado, sino que la prescripción, en ese caso, se rige por las reglas generales.

Comparte la Corte en un todo la tesis del Juzgado de instancia y estima, en consecuencia, que debe prosperar el cargo hecho sobre esta materia, por las razones que someramente pasan a enunciarse:

"El Título 34 del Libro IV del C. C. reglamenta la "Responsabilidad común por los delitos y las culpas".

Si se fija la atención sobre las disposiciones que integran este Título, se concluye que la materia de que él trata está dominada por cuatro cuestiones fundamentales: a) la existencia de un delito o cuasi-delito reprimible conforme a la ley penal y ejecutada por persona penalmente responsable (responsabilidad directa delictual o cuasidelictual); b) la existencia de una culpa o hecho dañoso no reprimible por la ley penal y ejecutado por persona no responsable penalmente, pero que origina responsabilidad civil (responsabilidad directa culpable y dañosa); c) la existencia de un vínculo permanente o accidental entre el autor del hecho y la persona de quien él dependa en el momento de su ejecución (responsabilidad indirecta, o sea del hecho ilícito no propio); y d) la existencia de un daño ocasionado por los animales o cosas inanimadas, del cual responden civilmente las personas a cuya guarda y cuidada estén. Cada una de estas formas o especies de responsabilidad civil tiene su reglamentación típica en el Título 34, Libro IV del C. C.

C.—Por el aspecto de la prescripción de las acciones que se consagran para hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual, se tiene lo siguiente:

1º—La acción civil para la reparación del daño procedente del delito o culpa de carácter penal, de que deben responder los que son juzgables criminalmente por tales hechos, prescriben en el mismo plazo que la acción penal, según la regla especial contenida en el inciso 1º del artículo 2358 del C. C. que dice: "Las acciones para la reparación del daño provenientes del delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal". Se explica tal identificación de los términos de prescripción por considerarse en tal evento la acción civil como accesoria de la penal y aconsejar superiores motivos al orden público y de organización social que se evite la anomalía de que una vez transcurrido el término de la prescripción penal, pueda todavía ejercitarse una acción civil contra el autor del hecho.

2º—La acción civil para la reparación del daño procedente de una culpa o hecho simplemente dañoso, por acción o por omisión, no reprimible por la ley penal, prescribe según las reglas generales del derecho civil, por no estar incluída de manera taxativa en la norma especial contenida en el artículo 2358 del C. C. Tiene también plena justificación esta fórmula amplia y general de prescripción extintiva, porque cuando se trata de actos no punibles, originarios casi siempre de imprevisiones, descuidos o negligencias, no hay interés de orden social que aconseje asimilar la acción civil a ninguna otra de carácter penal, que para estos casos no existe.

3º—La acción civil para la reparación del daño proveniente no del hecho o culpa propios, sino del de terceros puestos bajo cuidado o de quienes se deba responder, prescribe según la regla especial que de manera clara consagra el inciso 2º del artículo 2358, que dice: "Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto".

De esta manera queda rectificado el error de interpretación en que incurrió el Tribunal al estudiar el artículo 2358 del C. C., cuyo alcance y aplicación quiso limitar exclusivamente a los casos de responsabilidad civil por la comisión de delitos o cuasidelitos penalmente reprimibles, sin fijar la atención, como debió hacerlo, que el inciso de tal precepto fija los términos especiales de prescripción para los casos de responsabilidad meramente civil, por el hecho dañoso de terceros responsables. Y era lógico que con esa equivocada interpretación considerara que no estaba prescrita la acción civil contra el Municipio, aplicando a este caso los términos generales de prescripción que señala nuestra ley civil.

Esta misma doctrina ha sido acogida por la Corte en su sentencia de 14 de mayo de 1917, que dice:

"La acción civil contra los empresarios de vías férreas por daños o perjuicios causados a las personas o a las propiedades por razón del servicio de las mismas vías, de que trata el artículo 5º de la Ley 62 de 1887, prescribe según las leyes generales del Código Civil, porque tal artículo consagra la responsabilidad personal de los empresarios de vías férreas en razón de negligencia o descuido imputable a los mismos, o por violación de los reglamentos de policía. Pero la acción por hechos de sus agentes o mandatarios, lesivos de derechos e imputables a los empresarios como terceros, prescribe en tres años, según la regla del inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil". (G. J. Tomo XXVI, pág. 62).

Entre las varias interpretaciones del art. 2358 no puede dejar de mencionarse

aquella según la cual, por hablar su inciso 1º de "los que sean punibles" y por datar los tres años de la parte final de su inciso 2º "desde la perpetración del acto", palabra ésta (perpetración) que lleva a suponer que se trate de delito penal, ese lapso corto se refiere tan sólo a los casos de actos de esta clase. Inaceptable esa interpretación limitativa que excluiría, cabalmente, los actos restantes, es decir, los en que no se llega a delito de carácter penal. Basta pensar cuán absurdo resultara tratar con benignidad los casos más graves, o sea los de posible acción criminal, y dejar la prescripción de largo tiempo para los en que no hay lugar a esa acción, sino sólo a la civil.

Por otra parte, ese inciso 2º se refiere en forma genérica a la acción sobre reparación del daño ejercitable contra terceros responsables, para asignarle una prescripción de corto tiempo, lo que es de justicia, entre otras razones, por la dificultad en que el tercero se halla para precisar con las pruebas necesarias las circunstancias que pueden evitar o aliviar la indemnización, dificultad que crece con el transcurso del tiempo y también con la posibilidad de que ese tercero autor por quien responde ya no esté bajo su patria potestad o su guarda, o en su colegio o empresa, o a su servicio. (Arts. 2347 a 2349 del C. C.).

III

Es indudable que el accidente de que fue víctima Guillén R. puede comprometer la responsabilidad civil del Municipio de Bogotá, como propietario del tranvía municipal. Ya dijo la Corte en caso parecido que "en la jurisprudencia colombiana se ha aceptado la doctrina de que las entidades de derecho público, es decir, la Nación, los Departamentos y los Municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros. Esta doctrina tiene su apoyo en los artículos 2341 y 2347 del C. C." (G. J. Tomo XLV, pág. 926).

Como el hecho dañoso fue perpetrado por el conductor del carro número 60, en ejercicio de sus funciones de empleado del tranvía y en momentos en que manejaba el vehículo, aparece claro y evidente que al perpetrar el daño compromete la responsabilidad del Municipio. Pero tal responsabilidad no es ni puede ser en este caso de la calidad primera de las anteriormente mencionadas, es decir, directa.

Si esto es así, como lo sostiene la Corte, la acción que tiene Guilén R. contra el Municipio de Bogotá prescribe en tres años, según el texto expresado y claro del inciso 2º del art. 2358 del C. C. Y como aparece evidenciado en los autos que la acción incoada para la reparación del daño contra terceros responsables, se ejercitó tres años y más de tres meses después de ocurrido el accidente, la conclusión a que llegó el Juez de primer grado es fundada y legal, al decretar la prescripción de esta acción.

De manera que debe prosperar el primer cargo formulado contra la sentencia por el Procurador Delegado en lo Civil y que se hace consistir en violación directa del precepto legal antes citado. Se hace necesario quebrar el fallo acusado y al asumir la Corte las funciones de Tribunal de instancia, son suficientes las razones apuntadas en esta motivación para declarar probada la excepción de prescripción extintiva de la acción y confirma, en consecuencia, la providencia de primera instancia.

FALLO

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por auto-

ridad de la Ley, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 15 de noviembre de 1940, y en su lugar confirma la de primera instancia proferida por el Juzgado 7º del Circuito de Bogotá el 27 de julio de 1939.

Sin costas en el recurso, ni en las instancias.

Cópiese, notifíquese, publíquese, 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, Secretario en propiedad.

OPOSICION A LA POSESION DE UNAS MINAS. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 26 DEL CODIGO DE MINAS

1.—Conforme al artículo 341 del C. de M. no sólo se reputan minas abandonadas o desiertas aquellas por las cuales no se paga el impuesto respectivo, y que hayan sido tituladas antes de la vigencia del Código, sino aquellas respecto de las cuales se haya dado el aviso de que hablan los artículos 8, 79, 346 y 367, siempre que se haya perdido el derecho, con arreglo a lo dispuesto en el mismo Código, es decir, que de la mina abandonada puede haberse dado posesión al primitivo descubridor, o no, según la clase de abandono de que se trate. Sentado esto, aunque pudiera decirse que el Código de Minas no tiene una disposición expresa que diga de manera directa y terminante que el restaurador puede o no hacer uso del derecho consagrado por el artículo 26, es indudable que subrogándose en los derechos del primitivo descubridor de la mina, de acuerdo con los artículos 30 y 348, únicamente adquiere los derechos que éste tenía y perdió, de modo que si al primitivo descubridor se le había dado posesión de la mina, el restaurador no puede ejercitar el derecho concedido por el artículo 26, porque aquél hizo ya uso de ese derecho, o dejó pasar la oportunidad legal de hacerlo. En cambio, si la mina no alcanzó a ser entregada al primitivo descubridor, o si no fuere posible conocer la extensión entregada, el restaurador puede ejercitar el derecho del artículo 26. A esta conclusión es preciso llegar, no sólo por la interpretación lógica y racional de las correspondientes disposiciones del Código de Minas, sino porque así lo establecen, de manera clara y perentoria, los artículos 33 y 34 del Decreto Ejecutivo número 761 de 1887. Estos artículos pertenecen a un Decreto reglamentario de la ley de minas, que desarrolla y sirve para llevar a la práctica el pensamiento del legislador. Tales artículos están vigentes por no haber sido declarados constitucionales ni ilegales por la autoridad competente.—2. Es preciso interpretar el artículo 26 del C. de Minas en el sentido de que las minas denunciadas que manda respetar en el acto de la posesión son aquellas cuyo descubrimiento es anterior al de la mina cuya posesión va a darse, pues al no entenderse así tal artículo sería fácil arrebatarle el derecho al primer descubridor, con sólo avisar una mina en el mismo paraje en que se halla la primitivamente descubierta, y anticiparse a dar el denuncio. Esta interpretación del artículo 26 es acertada y jurídica porque así se respetan los derechos preferenciales concedidos por los artículos 6, 8 y 11 al primer avisante de una mina.

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda).

El 8 de octubre de 1935 Ricardo Jaramillo P. avisó ante el Alcalde de Andes una mina de oro y plata, de veta, de antiguo descubrimiento y abandonada, conocida con el nombre de LA MARIA, y el 16 de noviembre siguiente la denunció ante la Gobernación de Antioquia.

Adelantadas las diligencias correspondientes, la Gobernación comisionó al Alcalde mencionado para dar posesión de la mina a Jaramillo P., y al verificarse la diligencia respectiva, el 31 de marzo de 1937, se opuso Noé Hurtado, en su propio

nombre y en el de otros, y el 19 de abril del mismo año formalizó su oposición ante el Juez 2º del Circuito de Andes, quedando con el carácter de demandante.

En su libelo pidió Hurtado que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que los denunciantes y poseedores de la mina LA LORENA, conforme al aviso de primero de noviembre de mil novecientos treinta y seis, bajo el número sesenta y uno del libro correspondiente de la Alcaldía de este distrito, tenemos mejor derecho que el señor Ricardo Jaramillo P. a que se nos adjudique en posesión y propiedad, de acuerdo con las disposiciones del Código de Minas, los minerales a que me refiero en el punto primero de la parte motiva de este libelo, y bajo las bases de mensura que constan en el escrito de denuncia presentado ante el señor Gobernador del Departamento.

"b) Que el señor Ricardo Jaramillo P. no tiene derecho a que se le adjudique porción alguna de los minerales a que alude el punto primero de este libelo de demanda.

"c) Que el señor Ricardo Jaramillo P., en su condición de restaurador de la mina LA MARIA, sólo tiene derecho a que se le adjudique la misma extensión de minerales de que se había dado posesión primitivamente conforme a la diligencia de posesión que obra en el expediente número 10539, que reposa en la Gobernación de este Departamento, o sea conforme a la diligencia que reza así, en su parte pertinente: '...Habiendo tomado por base una excavación en la banda derecha de la quebrada Santa Rita puntos demarcados en el escrito de denuncio, se midieron de dicha excavación y sobre el filón en dirección Suroeste, con diferencia de veinte grados entre el Sur y el Suroeste, seiscientos metros que terminaron al pie de un árbol llamado Lulumoco; de aquí y en dirección Sureste, con veinte grados de diferencia entre el Sureste y el Este, se midieron a escuadra para formar la base de la mina ciento cuarenta metros que terminaron al pie de un árbol de Yarumo, en donde se clavó un mojón de piedra, y luégo del Lulumoco hacia el Noroeste, en los mismos veinte grados de diferencia, se midieron cien metros que terminaron en el centro de tres árboles llamados Surrumbo, Guacamayo y Yarumo, los que fueron careados y en cuyo centro se clavó un mojón de piedra, quedando así con estos dos mojones demarcada la línea o base de la mina. De la excavación punto de partida y sobre el filón se midieron mil doscientos metros que terminaron en un banqueo al pie de una barranca, dirección Nordeste, con la misma diferencia de la línea longitudinal anterior, en donde se clavó un mojón de piedra; de allí y a escuadra se midieron ciento cuarenta metros, en dirección Sureste, los que terminaron al pie de un árbol llamado Medio Camino, el que fue careado en forma de cruz y a cuyo pie se colocó un mojón de piedra; luégo de la barranca, y en dirección Noroeste, con la misma diferencia anterior de grados, se midieron cien metros que terminaron al pie de un arbolito de Toronjo en el patio de la casa de Francisco Castañeda, quedando con este último y cuarto mojón demarcadas las líneas que indican el rectángulo de mil ochocientos metros de longitud por doscientos cuarenta de latitud, para las tres pertenencias que deben entregarse'.

"d) Que el señor Ricardo Jaramillo P., en su calidad de restaurador de la mina abandonada La María, no tiene derecho a hacer las variaciones que permite el artículo 26 del Código de Minas, por tratarse de una mina de la cual ya se había dado posesión legal y cuya extensión es perfectamente conocida.

"e) Que se condene en costas al demandado si se enfrentare a la litis, por ser manifiestamente temeraria su oposición".

A su vez Ricardo Escobar R. avisó ante el Alcalde de Andes, el 1º de noviembre de 1936, para sí y para Noé Hurtado, Efrén Hurtado, Manuel Gómez, Emilio Posada y Alejandro Restrepo, como aban-

donada, una mina de oro y plata, de veta, de antiguo descubrimiento, denominada La Lorena, y el 2 de noviembre del propio año la denunció ante la Gobernación de Antioquia.

Llegada la oportunidad legal, la Gobernación comisionó también al Alcalde de Andes para dar la posesión, y al ir a darla, el 19 de octubre de 1937, se opuso Ricardo Jaramillo P., quien formalizó su oposición, como demandante, el 27 del citado mes de octubre, ante el Juez 1º del Circuito de Andes.

Jaramillo P. solicitó en su demanda que se declarara:

"a) Que el avisante y denunciante de la mina La María, conforme al aviso número noventa y uno, de ocho de octubre de mil novecientos treinta y cinco, y del denuncio que se llevará en copia a su tiempo, avisante que es el suscrito Ricardo Jaramillo P., tiene mejor derecho que los demandados Ricardo Escobar, Noé y Efrén Hurtado, Manuel Gómez, Emilio Posada C. y Alejandro Restrepo, a que se me adjudique en posesión y propiedad regular, de conformidad con las disposiciones del C. de M., los minerales a que me refiero en el punto primero de este libelo, por los puntos fijados definitivamente en el acto de la diligencia de posesión de treinta y uno de marzo de este año, bajo las bases de mensura señaladas en el escrito de denuncia de La María, con las variaciones a que tengo derecho en el acto de la posesión.

"b) Que los señores demandados: Ricardo Escobar C., Efrén y Noé Hurtado, Manuel Gómez, Emilio Posada C. y Alejandro Restrepo, no tienen derecho a que se les adjudique, ni dé posesión siquiera, de los minerales a que alude el punto a) de la parte petitoria de esta demanda.

"c) Que los demandados nombrados en los puntos a) y b) de este libelo, en su condición de descubridores posteriores, carecen de derecho para pretender la adjudicación de una mina en el paraje en que se les iba a dar posesión, y con la base de mensura que fijaron en la denuncia correspondiente a la mina Lorena, porque con ello se afecta la porción rectangular de la mina La María, primitivamente descubierta, avisada y denunciada.

"d) Que se condene en costas a los demandados si afrontaren el litigio, por ser temeraria la oposición".

Hallándose ambos juicios en la tramitación de regla, a solicitud de parte se decretó la acumulación de ellos, por auto del 14 de marzo de 1938, dictado por el Juzgado 2º del Circuito de Andes, donde se continuó la actuación, bajo una misma cuerda, hasta finalizar por sentencia del veintidós de octubre de mil novecientos treinta y ocho, cuya parte resolutiva dice:

"a) Los denunciantes y poseedores de la mina La Lorena, conforme al aviso de primero de noviembre de mil novecientos treinta y seis, bajo el número 61 del libro correspondiente de la Alcaldía de este Distrito, tienen mejor derecho que el señor Ricardo Jaramillo P. a que se les adjudique en posesión y propiedad, de acuerdo con las disposiciones del Código de Minas, los minerales a que se refiere el punto primero de la parte motiva del libelo fechado el diez y nueve de abril de mil novecientos treinta y siete, y bajo las bases de mensura que constan en el escrito de denuncia presentado ante el señor Gobernador del Departamento.

"b) El señor Ricardo Jaramillo P. no tiene derecho a que se le adjudique porción alguna de los minerales a que alude el punto primero de la demanda citada.

"c) El señor Ricardo Jaramillo P., en su condición de restaurador de la mina La María, sólo tiene derecho a que se le adjudique la misma extensión de minerales de que se había dado posesión primitivamente conforme a la diligencia de posesión que obra en el expediente número 10539 que reposa en la Gobernación de este Departamento....."

"d) El señor Ricardo Jaramillo P., en su calidad de restaurador de la mina aban-

donada La María, no tiene derecho a hacer las variaciones que permite el artículo 26 del Código de Minas, por tratarse de una mina de la cual ya se había dado posesión legal y cuya extensión es perfectamente conocida.

"e) No hay lugar a hacer especial condenación en costas.

"f) Las anteriores declaraciones se hacen ya que las excepciones propuestas por el apoderado del señor Jaramillo P. se declaran no probadas.

"g) Como con las declaratorias anteriores queda definida la situación jurídica tanto del señor Jaramillo P. como la de los poderdantes del doctor Julián Uribe Cadavid, implícitamente quedan negadas las prestaciones solicitadas en el libelo datado el veintisiete de octubre de mil novecientos treinta y siete, y por ende no se hacen las solicitadas en el libelo últimamente mencionado bajo las letras a), b), c) y d)".

Para esta resolución de la primera instancia se fundó el Juzgador, principalmente, en que el restaurador de una mina abandonada, de que ya se había dado posesión anteriormente, no puede ejercitar el derecho que concede el artículo 26 del C. de M., porque conforme a los artículos 30, 123, 346, 347 y 348 del mismo Código, y 33 del Decreto número 761 de 1887, el restaurador se subroga en los derechos del primitivo descubridor, por lo cual viene a quedar colocado en su lugar y sólo adquiere los derechos que aquél tenía, "de suerte que como el restaurador adquiere lo que pierde el descubridor, es claro que el restaurador no puede adquirir un derecho que no tenía el descubridor, y como el derecho de éste se encuentra vinculado a determinada mina, el derecho del restaurador tiene qué estar vinculado a la misma mina".

Agrega, que "aún en el supuesto de que el restaurador pudiera hacer uso del derecho consagrado por el artículo 26, el señor Jaramillo P., como restaurador de la mina La María, no podía ejercitar tal derecho, porque en los autos hay constancia de que en el momento de darse posesión de la mencionada mina ya existía una mina contigua denunciada por el señor Escobar, cuyos derechos no se pueden lesionar, en obedecimiento al precepto establecido en el artículo citado".

Del fallo de primera instancia apeló Jaramillo P., y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la oportunidad legal esa entidad lo revocó, por sentencia fechada el doce de julio de mil novecientos cuarenta, y en su lugar resolvió:

"a) El señor Ricardo Jaramillo tiene derecho preferente a que se le adjudique la mina La María, por los linderos expresados en la diligencia de posesión, linderos determinados así: .....".

"b) En consecuencia, la oposición del señor Noé Hurtado no es procedente. Con estas reservas dése posesión de las minas.

"Sin costas".

Dice el Tribunal que no acoge la tesis de los pretendientes de la mina La Lorena, según la cual el denunciante de una mina antigua debe sujetarse a los linderos conocidos de esa mina. Afirma que ciertamente los artículos 33 y 34 del Decreto número 761 de 1887 autorizan tal interpretación, pero considera que dichos artículos no consultan el contenido más racional de la ley.

Se extiende después la sentencia en consideraciones generales sobre interpretación de la ley; transcribe un estudio publicado por alguno de los Magistrados en una revista, relacionado con el problema que se contempla, y parte de un informe de la Sección de Minas de la Secretaría de Hacienda de Antioquia, aunque manifiesta que no está de acuerdo con ese informe, y luégo agrega que estima que el artículo 26 del C. de M. no distingue entre minas de antiguo descubrimiento y minas de nuevo descubrimiento, y que el artículo 348 habla de que el restaurador

adquiere los mismos derechos que el primitivo descubridor.

Dice que autorizado Jaramillo para hacer las variaciones de que trata el artículo 26, sólo estaría supeditado a un denuncio anterior a su ejercicio, pero que al dar posesión de La Lorena no se tuvieron en cuenta las bases dadas en el denuncio, sino que se procedió a la mensura en forma muy distinta. Que la finalidad del Código al distinguir entre minas de antiguo y de nuevo descubrimiento se dirige primordialmente a amparar los derechos del antiguo descubridor. Que no es conveniente exigir al restaurador que siga el mismo camino de fracaso que siguió el descubridor, y que deben dársele nuevas oportunidades, dejándolo en libertad para variar el rumbo y localizar la verdadera mina.

Luégo dice:

"Dentro de la vida ordinaria se denuncia una mina como abandonada sin conocimiento del título, de sus últimos poseedores ni de sus linderos. Se sabe de su anterior descubrimiento por un nombre distintivo o explotación localizada en algún lugar de la mina. Si fuese el sentido de la ley exigir que el restaurador se acogiera a los antiguos linderos, no sería necesario indicar la base de la mina y la posesión se reduciría a mera labor de identificación. Sería una medida que mataría la industria al establecer cuadros de adjudicación forzosa".

Por último, dice que según una jurisprudencia de la Corte ("Gaceta Judicial" número 1165), el artículo 26 "debe interpretarse en el sentido de que las minas denunciadas que manda respetar en el acto de la posesión, son aquellas cuyo descubrimiento es anterior al de la mina cuya posesión va a darse".

El recurso

Contra la indicada sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado de Noé Hurtado, el que se pasa a decidir, por estar legalmente preparado.

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia acusada, a saber:

a) "Acuso en este capítulo —dice— el fallo recurrido, como violatorio, por infracción directa, de los artículos 6, 8, 12, 24, 32, 44 y 177 del Código de Minas, y por no aplicación debida de ellos a reconocer el derecho de los recurrentes. Igualmente por la no aplicación debida, en lo pertinente, de los artículos 27, 28, 30 y 32 del Código Civil en relación con los artículos 4 y 5 de la Ley 153 de 1887; por errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 4º de la Ley 169 de 1896; todo dentro de la primera causal a que se refiere el artículo 520 del Código Judicial".

El recurrente sintetiza luégo ese capísición tendiente a demostrar qué Jaramillo P. no puede hacer las variaciones que autoriza el artículo 26 del C. de M., porque al tiempo de dársele la posesión de la mina La María, estaba ya denunciada la mina denominada La Lorena, contigua a aquélla, y que con tales variaciones se perjudicarían los derechos de Hurtado y compañeros, todo sobre la base —supuesta por él— de que se tratara de minas de nuevo descubrimiento.

El recurrente sistetiza luégo ese capítulo de su demanda así:

"El Tribunal interpretó y aplicó indebidamente el artículo 26 del C. de Minas, desatendiendo su tenor literal, como lo ordena el artículo 27 del C. C.; su sentido natural y obvio, como lo ordena el artículo 28; su contexto, en relación con los artículos 24, 51, 52 94 —ordinal 7º—, 117 y pertinentes de la misma misma ley de Minas, como lo ordena el artículo 30; los principios de derecho natural, de equidad y de razón, como lo ordenan el artículo 32 ibídem y los artículos 4 y 5 de la Ley 153 de 1887. También aplicó indebidamente el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, para tomar como doctrina legal más probable un solo fallo antiguo de la Corte,

y en una de sus partes, ya que tal fallo trata cuestiones que explican esa decisión. Todo ello lo llevó a no conceder a mis poderdantes los derechos que como avisantes y denunciantes les conceden los artículos 6, 8, 12, 32, 44 y 117 del Código de Minas, y, por tanto, debe infirmarse el fallo y confirmarse el del Juzgado".

b) "Acuso en este capítulo el fallo recurrido —dice el recurrente— por violación directa del artículo 348 del C. de Minas, por errónea interpretación y por violación directa del artículo 30 del mismo Código por la no aplicación debida, en relación con los demás textos legales que iré comentando, y especialmente de los artículos 33 y 34 del Decreto reglamentario del C. de Minas, número 761 de 1887".

En desarrollo de este cargo sostiene el recurrente, concretándose ya al problema en estudio, que no es aplicable el artículo 26 del C. de M., porque como se trata de restaurar minas de antiguo descubrimiento, el restaurador se subroga en los derechos del primitivo descubridor, según los artículos 30 y 348 de allí, y sólo adquiere los mismos derechos que éste tenía.

Sobre este aspecto diserta largamente y luégo dice:

"Observo, además, que conforme a los artículos 33 y 34 del Decreto reglamentario número 761 de 1887, Jaramillo tiene qué atenerse a las medidas de la antigua mina que restaura, porque ellas son precisas, fijas, determinadas, conocidas e identificables; el Decreto tiene en su favor la presunción de legalidad o validez, nadie lo ha impugnado, ni él pugna contra expreso o claro texto de la ley, está dentro de ella, la reglamenta, la hace viable y aplicable, la desarrolla dentro del espíritu de legislador, dentro del contexto de los artículos 30 y 348 del C. de Minas, y por eso son de extricta aplicación".

Estudio de los cargos

Los dos cargos formulados por el recurrente deben reducirse a uno solo, comprendido dentro del primero de los motivos de casación que señala el artículo 520 del C. J.: "Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea"; y el problema planteado a la Corte implica la solución de dos cuestiones fundamentales, relacionadas con la acertada interpretación del artículo 26 del C. de M., especialmente en lo atañedero a su aplicabilidad cuando se trata de restaurar minas abandonadas, a saber:

Primera.—El restaurador de una mina abandonada tiene derecho a hacer, en el acto de la posesión, las alteraciones de linderos que concede el citado artículo 26?

Segunda.—¿Cuáles son las minas inmediatas denunciadas que deben respetarse al ejercitar el derecho a hacer alteraciones, de que habla el mismo artículo?

Para el estudio de la primera cuestión, conviene observar que conforme al artículo 341 del Código de la materia, no sólo se reputan minas abandonadas o desiertas aquellas por las cuales no se paga el impuesto respectivo, y que hayan sido tituladas antes de la vigencia del Código, sino aquellas respecto de las cuales se haya dado el aviso de que hablan los artículos 8, 79, 346 y 367, siempre que se haya perdido el derecho, con arreglo a lo dispuesto en el mismo Código, es decir, que de la mina abandonada puede haberse dado posesión al primitivo descubridor, o no, según la clase de abandono de que se trate.

Sentado lo anterior, aunque pudiera decirse que el Código de Minas no tiene una disposición expresa que diga de manera directa y terminante que el restaurador puede, o no, hacer uso del derecho consagrado por el artículo 26, es indudable que subrogándose en los derechos del primitivo descubridor de la mina, de acuerdo con los artículos 30 y 348, únicamente adquiere los derechos que éste tenía y perdió, de modo que si al primitivo descubri-

dor se le había dado posesión de la mina, el restaurador no puede ejercitar el derecho concedido por el artículo 26, porque aquél hizo ya uso de ese derecho, o dejó pasar la oportunidad legal de hacerlo. En cambio, si la mina no alcanzó a ser entregada al primitivo descubridor, o si no fuere posible conocer la extensión entregada, el restaurador puede ejercitar el derecho del artículo 26.

A esta conclusión es preciso llegar, no sólo por la interpretación lógica y racional de las correspondientes disposiciones del Código de Minas, sino porque así lo establecen, de manera clara y perentoria, los artículos 33 y 34 del Decreto Ejecutivo número 761 de 1887, que dicen:

"Artículo 33.—Al restaurador de una mina se le entregará la misma extensión que se le entregó al denunciante primitivo de ella, menos el exceso que pueda resultar sobre lo que debió entregarse primitivamente.

"Por consiguiente, si el restaurador quisiere denunciar alguna porción adyacente a la mina primitiva, deberá denunciarla por separado".

"Artículo 34.—Si fuere imposible conocer la extensión entregada primitivamente, o si no hubiere llegado el caso de dar la posesión, se procederá como si el restaurador hubiera sido primitivo descubridor, y se le reconocerán los derechos que concede el artículo 26 del Código de la materia".

Estos artículos pertenecen a un decreto reglamentario de la ley de minas, que desarrolla y sirve para llevar a la práctica el pensamiento del legislador. En la sentencia recurrida se dice que sobre tales artículos deben primar las disposiciones del Código, conforme al artículo 12 de la Ley 153 de 1887. A esto observa la Corte que no hay constancia de que el mencionado Decreto haya sido declarado inconstitucional, ni ilegal, por la autoridad competente, ni siquiera impugnado por ser contrario a la constitución o la ley, por lo cual tiene en su favor la presunción de legalidad, tanto más cuanto a primera vista no hay razón para considerar que sea contrario a aquéllas. De consiguiente, no cabe duda de que los dos artículos transcritos deben ser aplicados al caso en estudio, ya que, como atrás se vio, ellos no son otra cosa que el desarrollo de la ley, para su aplicación en la práctica.

Queda así resuelta la primera cuestión antes planteada.

En lo tocante a la segunda, en sentencia de fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos trece, publicada en los números 1165 y 1166 de la "Gaceta Judicial", correspondientes al 21 de enero de 1915, página 158, dijo la Corte:

"La ley da al que descubre una mina el plazo de noventa días para que indique los datos que deben servir de base a la medición de las pertenencias, teniendo en cuenta que, si bien pueden hallarse indicios de una mina en determinado paraje, es preciso estudiar hacia qué lado del horizonte corren los filones, a fin de medir sobre ellos la longitud del rectángulo, y todavía amplía ese plazo hasta el acto de la posesión, permitiendo variar las indicaciones del denuncio, con la sola salvedad de que no se comprometa el terreno de las minas inmediatas, tituladas o denunciadas; y en el presente caso la mina de **El Guayabal**, que se dice perjudicada si se mide en dirección Sur la de **El Chaquiro**, no queda comprendida en la excepción, desde luégo que el aviso de aquélla es posterior, y la denuncia no está en mejor pie que la de **El Chaquiro**, pues, como se ha visto, en ambas apenas se indicaron los puntos que debían servir para la determinación de la base.....

"De otro lado, es preciso interpretar el artículo 26 de dicho Código en el sentido de que las minas denunciadas que manda respetar en el acto de la posesión, son aquellas cuyo descubrimiento es anterior al de la mina cuya posesión va a darse, pues al no entenderse así tal artículo sería fácil arrebatarle el derecho al primer

descubridor, con sólo avisar una mina en el mismo paraje en que se halla la primitivamente descubierta, y anticiparse a dar el denuncio".

Encuentra la Sala que esta interpretación del artículo 26 es acertada y jurídica, porque así se respetan los derechos preferenciales concedidos por los artículos 6, 8 y 117 al primer avisante de una mina, y por ello estima que la doctrina transcrita debe conservarse, porque no hay razones suficientemente convincentes en contra, que obliguen a variarla. Cabe sí advertir que en esta parte queda corregida la doctrina sentada al respecto por el fallador de la primera instancia.

Concretando ahora el estudio al caso de autos, se tiene que está plenamente demostrado que de la mina restaurada por el señor Ricardo Jaramillo P., denominada La María, se había dado antes posesión a su primitivo descubridor, por linderos fijos, conocidos e identificables; por tanto, al nombrado señor se le debe dar ahora posesión de la misma mina restaurada, sin que tenga derecho a hacer las alteraciones de que trata el artículo 26, en virtud de lo dispuesto en los artículos 33 y 34 del Decreto número 761 de 1887.

El señor apoderado de la parte opositora considera que al entrar la Corte en instancia debe declarar que la parte recurrente carece de personería sustantiva, porque no tiene la acción de mejor derecho que concede el artículo 66 del Código de Minas, toda vez que no es un descubridor anterior, sino posterior.

A esto observa la Corte que no se trata aquí propiamente de la acción directa de mejor derecho, por razón de un descubrimiento anterior, que consagra el artículo 66, sino de la oposición a la restauración de una mina, conforme al artículo 361, para que se declare que el restaurador no tiene el derecho a hacer las alteraciones que concede el artículo 26, por referirse la restauración a una mina perfectamente determinada y conocida, de la cual se había dado posesión al primitivo descubridor. Debe también advertirse que el mejor derecho que se alega no hace relación a una misma mina, sino a minas diferentes, avisadas y denunciadas sobre bases distintas, por lo cual no cabe la aplicación del principio de un descubrimiento anterior. De consiguiente, no puede sostenerse que la parte recurrente carezca de personería sustantiva para ejercitar la acción incoada.

Se concluye de lo dicho que la acusación de la sentencia del Tribunal debe prosperar, la cual habrá de infirmarse para confirmar la de primer grado, que se ajusta a lo expuesto en este fallo, con la salvedad en un punto de doctrina, hecha anteriormente.

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, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha doce de julio de mil novecientos cuarenta, y en su lugar confirma la de primer grado, dictada por el Juez 2º del Circuito de Andes el veintidós de octubre de mil novecientos treinta y ocho.

Sin costas en las instancias y en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

PERJUICIOS.—ACCION CIVIL Y ACCION PENAL.—DICTAMEN PERICIAL. PERJUICIOS MORALES

1.—La absolución por un delito de homicidio no interfiere ni obstruye la acción civil encaminada a obtener la reparación del daño causado por el hecho que se averiguó por la jurisdicción del crimen, como en otras ocasiones lo ha dicho la Corte, porque ella se funda en la existencia de tal hecho como simple causa de perjuicios, en su ilicitud simplemente culposa, y no en que es constitutivo de una infracción delictual en su estricto sentido.—2. La prueba pericial no obliga al Juez sino mediante la valuación jurídica que de ella haga, pero advirtiendo que "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 los 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 estas dos situaciones, cuando no adhiere al dictamen de uno de los dos principales: si las tres cifras del avalúo son distintas y la diferencia entre los dos extremos 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.—3. Ya la Corte ha expresado en varias sentencias los argumentos y razones de doctrina en que ha apoyado su solución jurisprudencial de que el perjuicio moral de afección, representado exclusivamente por un quebranto espiritual, no es susceptible por su propia naturaleza de una avaluación en dinero, de tal forma que en los procesos en que se persiga su reparación civil no es posible usar de los medios ordinarios que ofrece el derecho probatorio para establecer el daño emergente y el lucro cesante, factores integrantes del concepto de indemnización, como sucede en los demás casos en que se busca la efectividad de la responsabilidad civil. La prueba pericial, destinada por la ley para la comprobación de hechos que exijan conocimientos y prácticas especiales (artículo 705 C. J.), es medio probatorio inaceptable, prueba legalmente ineficaz, para demostrar o estable-

cer una cosa en realidad imposible de acreditar como es la equivalencia monetaria de un dolor de afección. Pero en consideración a que esta especie de detrimento moral se ha considerado como constitutiva de un perjuicio y como tal merecedor de una compensación, ha sido necesario dejar su medida y estimación al libre arbitrio judicial, como único medio de regulación al alcance de la justicia.—5. Una cosa es errar en la estimación del mérito legal del dictamen separándose arbitrariamente del avalúo al apreciar la prueba pericial, y otra muy distinta declarar inaceptable ese medio de prueba y entrar a fijar directamente la cantidad en que se aprecia la satisfacción debida, en uso del libre arbitrio judicial.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Cerca de las cuatro de la tarde del domingo veinte de febrero de 1938 regresaba del norte hacia el centro de la ciudad Enrique Gutiérrez Portocarrero conduciendo un automóvil distinguido con la placa número 2641 de Bogotá, de propiedad de Manuel J. Madero París, en compañía de éste, su esposa y otros miembros de familia, cuando en la carrera 13, cerca de la esquina de la calle 53, atropelló a Arturo Alviar Salazar, niño menor de diez años, quien pretendió cruzar la vía por sitio cercano al en que avanzaba el coche, para alcanzar a su hermano mayor Enrique y a su amigo Luis María Riveros, con quienes se encaminaba al Liceo de La Salle, de donde era alumno, a sistir a una función de cine. Este accidente de tránsito, que causó la muerte instantánea del niño, originó la investigación oficiosa de las autoridades del crimen para averiguar la responsabilidad penal del conductor del vehículo, diligencias sumarias que terminaron con sobreseimiento definitivo de fecha 13 de septiembre de 1939, y dio nacimiento asímismo al presente juicio civil en que se persigue la indemnización de los daños causados por el accidente.

Se inició con demanda fechada el 24 de marzo de 1938, repartida al Juzgado 1º civil de este Circuito, en que los padres de la víctima, Arturo Alviar R. y Luisa Salazar de Alviar, por medio de apoderado, demandaron a Enrique Gutiérrez Portocarrero y Manuel Madero París para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario sean condenados a pagarles "la cantidad de dinero en moneda corriente que en el juicio se fije, con la intervención de peritos por los daños y perjuicios de orden material y moral que han sufrido con ocasión del trágico accidente automoviliario que motivó la muerte de su menor hijo".

Contestaron los demandados oponiéndose a las pretensiones del actor y en cuanto a los hechos negaron algunos relacionados con modalidades circunstanciales del suceso y afirmaron que la muerte del infante se debió exclusivamente a su imprudencia y a la negligencia y descuido de sus padres. Agotados los trámites del primer grado, el Juzgado del Circuito absolvió a los demandados en sentencia del 29 de marzo de 1939 por no haberse demostrado ninguna culpa en el conductor del carro ni en su dueño.

Sentencia acusada

Recurrida en apelación la sentencia del Juzgado por el apoderado de los demandantes, se surtió la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior de Bogotá, que la finalizó con sentencia del 21 de octubre de 1940, en que revocó la apelada y en su lugar declaró civilmente responsables a los demandados de los perjuicios morales causados a los demandantes, y en consecuencia, los condenó a pagarles la cantidad de $ 4.500, en que los justipreció. Sin costas en las instancias.

Considera el Tribunal, en la motivación de su fallo revocatorio, que está legalmente acreditada la personería de las partes militantes en el juicio, y que es preciso reconocer la responsabilidad por culpa civil de los demandados, porque el expediente ofrece, debidamente probados, los elementos que la integran, como son el hecho culposo imputable al demandado y el daño sufrido por el demandante, vinculados por relación de causalidad. No hay posible duda sobre el elemento de la imputabilidad y en referencia a la realidad del perjuicio sufrido, que la sentencia reduce al daño moral de afección por el dolor de la muerte del hijo, ella surge del hecho de la consanguinidad, fehacientemente establecido con las correspondientes actas del estado civil. Recuerda el Tribunal la doctrina jurisprudencial de presunción de responsabilidad que ha adoptado la Corte sobre la interpretación del artículo 2356 del C. C., y después de mencionar y analizar las diversas pruebas testimoniales aducidas por las partes para reconstruír la realidad del accidente, concluye que en el caso de decisión no es posible tener por establecido ninguno de los factores o causas eximentes de la responsabilidad civil porque de las pruebas no resulta que tal siniestro hubiera sido producido por un caso fortuito, una fuerza mayor o por efecto de la intervención de un elemento extraño. En la sentencia están citadas y transcritas las exposiciones testimoniales de Efraín Barrios, Miguel A. Speers, Jorge Uribe Olarte, Jorge E. Helo, Enrique Reyes, Aníbal Giraldo Molina e Isaías Báez G. al estudiar las modalidades y circunstancias especiales que rodearon el accidente, lo mismo que la copia del sobreseimiento definitivo dictado a favor de Gutiérrez Portocarrero pieza ésta rechazada porque "no es prueba aceptable en este juicio civil según se tiene resuelto por la jurisprudencia".

Para fijar la cuantía de la indemnización tuvo en cuenta el Tribunal el dictamen de los peritos doctores Eduardo Zuleta Angel y Enrique Becerra, quienes de común acuerdo avaluaron el daño moral sufrido por los demandantes en la suma de $ 9.000. Dice a este respecto la sentencia: "Con justicia opinan los expertos que en el presente caso existen sólo daños morales y no los hay materiales pues dichos perjuicios no tienen categoría de **ciertos ni de actuales,** ya que el menor víctima del accidente no producía económicamente nada y sólo gastos reportaba a sus padres. El daño en el presente caso se reduce al dolor moral experimentado por sus progenitores por el trágico acontecimiento. Por esto la indemnización debe reducirse al **pretium doloris.** Los elementos que toman en consideración los peritos para apreciar el equivalente en dinero del dolor moral experimentado por los padres del menor Arturo Alviar son excesivamente vagos y no estimables para llegar al monto total asignado como avalúo, tales como el hecho de tener los padres otros hijos, cosa que, en opinión de esta Sala, lejos de aumentar el monto de la indemnización debe restringirlo. Además, como lo anotan la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como extranjeras, a medida que van prosperando y evolucionando en el sentido de una mayor rigidez en cuanto a los casos de presunciones de responsabilidad y de riesgo, los jueces deben ser más prudentes en la estimación de los avalúos y éstos ser más moderados.... En atención a lo dicho esta Sala estima que el avalúo debe tomarse en parte y en otras desecharse.... En consecuencia de lo dicho, estimamos que el avalúo expresado de nueve mil pesos, debe rebajarse en un cincuenta por ciento, y, por lo mismo hacerse la condena por cuatro mil quinientos pesos".

Queda así compendiada la sentencia definitiva de segunda instancia, acusada ante la Corte en el recurso de casación interpuesto por el apoderado de los demandados, que hoy se decide por estar legalmente preparado.

El recurso

Invoca el recurrente para fundar su recurso ser la sentencia violadora de ley sustantiva por errada interpretación y por efecto de errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria (numeral 1º del artículo 520 del C. J.), y concreta en tres cargos separados su acusación. La Sala ha considerado a espacio las razones en que se apoyan todos los ataques contra el fallo, y ha encontrado que solamente el formulado en tercer lugar tiene fundamento legal y que los otros son ineficaces para producir su infirmación; mas a pesar de esta circunstancia no se reduce en esta decisión al estudio del cargo que va a prosperar, porque refiriéndose éste apenas a un aspecto meramente accesorio de la sentencia, como es la determinación del **queantum debeatur**, y enderezándose los otros contra el fondo de la cuestión debatida, no se puede colocar el recurso en el caso previsto en el artículo 538 del C. J., sino que es procedente, para que el fallo no quede incompleto, someter a consideración la totalidad de los cargos que contiene la demanda de casación, para exponer siquiera sea brevemente las razones por las cuales no se les da acogida a los dos que proponen en primer término.

a) "El Tribunal violó —afirma el recurrente— los artículos 2341 y 2356 del C. C. porque al interpretarlos y aplicarlos para fallar sobre la acción civil no tuvo en cuenta la existencia de cosa juzgada originada en el sobreseimiento definitivo dictado a favor del demandado Gutiérrez Portocarrero en el proceso penal", e incurrió en error de derecho al negarle el valor de prueba que a la copia de esa providencia corresponde según el artículo 632 del C. J.

Se considera:

El sobreseimiento definitivo pronunciado a favor de Enrique Gutiérrez Portocarrero por el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 28 de julio de 1939, que puso fin a las diligencias sumarias en averiguación de su responsabilidad penal por la muerte del menor Alviar, confirmado por el Tribunal Superior en grado de consulta, y producido con anterioridad a la sentencia que decidió la segunda instancia de este pleito civil, fue pronunciado en relación con "el delito de homicidio de que fue sindicado en este sumario", como reza el proveído correspondiente, visible a folios 23 v. a 25 del cuaderno número 6.

El contenido de este fallo penal, circunscrito de manera concreta a la absolución por el delito de homicidio, no interfiere ni obstruye la acción civil encaminada a obtener la reparación del daño causado por el hecho que se averiguó por la jurisdicción del crimen, como en otras ocasiones lo ha dicho esta Sala, porque ella se funda en la existencia de tal hecho como simple causa de perjuicios, en su ilicitud simplemente culposa, y no en que es constitutivo de una infracción delictual en su estricto sentido, que fue la materia juzgada en el auto de sobreseimiento que se adujo. La resolución de la jurisdicción penal no se funda en la inexistencia del hecho, sino solamente en no ser él constitutivo del delito de homicidio, de tal manera que pudiendo ser tal acto fuente de responsabilidad civil como culpa, por su naturaleza diferencial del delito, es claro que a pesar del sobreseimiento definitivo ha quedado viva la posibilidad de demandar civilmente la reparación por el daño causado. De acuerdo con el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, la dilucidación de las cuestiones relacionadas con la influencia que en materia civil pueden tener las sentencias proferidas por la justicia penal ha salido del terreno puramente doctrinario al de la reglamentación legal, porque los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la acción civil de reparación están allí previstos y determinados. "La acción civil —dice el artículo— no podrá proponerse ante el Juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado por sentencia definitiva o por auto de sobreseimien-

to definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquella se funda no se ha realizado o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

El cargo carece, pues, de fundamento por las breves razones que se dejan expuestas, distintas de la de "no ser prueba aceptable" el sobreseimiento, como equivocadamente pero sin posible incidencia en el recurso, lo dice la sentencia.

b) Formula su segundo cargo el recurrente afirmando que el Tribunal violó los artículos 2356 y 2357 del C. C. como consecuencia de los errores en que incurrió al apreciar los testimonios de Efraín Barrios, Isaías Báez y Aníbal Giraldo Molina, y por haber dejado de tener en cuenta el de Arquimedes Quintero, porque de tales declaraciones resulta establecido que el accidente en que perdió la vida el niño Arturo Alviar fue un caso fortuito producido exclusivamente por su propia imprudencia, que, por lo tanto, no tiene por qué comprometer la responsabilidad civil de los demandados.

Se considera:

Como se dijo al resumir el fallo acusado, el Tribunal, luego de emplazar jurídicamente el caso de autos sobre la presunción de responsabilidad a que há dado base la interpretación del artículo 2356 del código civil, somete a estudio y análisis las pruebas traídas al proceso, especialmente la testimonial producida por las personas que presenciaron el suceso y que sirven para reconstruírlo en sus modalidades especiales. En la sentencia están transcritas y resumidas las exposiciones testificales de Efraín Barrios, agente de la policía secreta, Isaías Báez G. y de Aníbal Giraldo Molina, que fueron materia de análisis separado y en relación recíproca en busca de la verdalera y exacta manera como ocurrió el accidente originario de este juicio. Transcribe el Tribunal estas exposiciones testimoniales y dice: "El testigo (Báez) no oyó el pito del automóvil, como sí lo oyó Barrios y ambos estaban en el sitio del accidente; el niño, dice, se lanzó a la vía a unos doce metros de la esquina y el vehículo iba a una velocidad no mayor de treinta y cinco kilómetros por hora, sin poder asegurar que el chofer hubiera podido o no hacer otra maniobra distinta de aplicar los frenos. Pero conforme a la certificación de la Dirección General de Circulación y Tránsito del folio 6, cuaderno 6, pruebas del demandado: "Un automóvil que transite con sus frenos obrando correctamente en las cuatro ruedas, a una velocidad de treinta kilómetros, se detiene a una distancia de doce metros desde el momento que se apliquen los frenos; 35 kilómetros en 15 metros", y si el vehículo, como dice Barrios, estaba a la mitad de la cuadra cuando iba pitando y el niño intentó atravesar la vía a doce metros de la esquina, como dice Báez G., el conductor del automóvil sí pudo haberlo visto y frenado el automóvil con tiempo suficiente para evitar el accidente". "Además las declaraciones de Aníbal Giraldo Molina de que dan cuenta los folios 2 y 3 v. del cuaderno 5, pruebas del demandante, la extrajuicio y la ratificación, hacen alusión a la excesiva velocidad del automóvil, de tal manera que al terminar la ratificación expuso: "Agrega el testigo: si el automóvil lo desvían hacia la derecha se hubiera estrellado contra la verja de las quintas que existen sobre el camellón y si lo desvían hacia la izquierda se hubiera estrellado contra el tranvía, y si frena el automóvil se hubiera volcado por la excesiva velocidad en que iba. Seguramente estos tres puntos llenaron de confusión a quien manejaba el automóvil y por lo tanto siguió derecho atropellando al niño...".

De esta estimación probatoria concluye el Tribunal que no es posible deducir la existencia de ninguna de las causas legales exonerantes de la responsabilidad de los demandados porque la forma en que tuvo ocurrencia el hecho y las circunstancias que lo rodearon, claramente establecidas en el proceso, excluyen jurídicamente el caso fortuito, la fuerza mayor y

la intervención de elementos extraños como causas determinantes del acaecimiento. La Sala ha leído el relato que hacen los testigos en cuya apreciación considera el recurrente que se equivocó el sentenciador, y no encuentra base para la acusación, porque de la afirmación de hechos que contiene no es posible desprender una certidumbre perfecta y opuesta a la que dedujo el Tribunal, como sería indispensable para que pudiera existir el error de hecho que se supone cometido. Lo que la demanda de casación persigue a este respecto es que la Corte desprecie el estudio probatorio hecho en la sentencia y adopte una interpretación distinta de los testimonios para dar base de hecho a una diferente apreciación jurídica del caso juzgado, y esto es cosa bien diversa de alegar un error de hecho en la estimación de pruebas como base de casación, el cual excluye el análisis interpretativo puesto que ha de aparecer, según la exigencia legal, de modo manifiesto en los autos y expresando una evidencia contraria a la convicción judicial. Tampoco es fundado el cargo respecto de error de derecho porque nada revela que el Tribunal haya sobreestimado ni subestimado el valor legal de ninguna de las citadas pruebas, que fueron ameritadas dentro de las facultades normales que competen al Juez para la valoración de la prueba de testigos.

Respecto del cargo por omisión de pruebas, relacionado con la exposición testimonial de Arquimedes Quintero, la trascripción del pasaje pertinente de la demanda basta para hacer ver lo infundado de la acusación porque en realidad no plantea ningún antagonismo fundamental con el fallo. Dice el recurrente: "El Tribunal no apreció en forma alguna la declaración de Arquimedes Quintero, citado por el demandante. Como tal declaración, en vez de perjudicar a la parte que represento, confirma las afirmaciones de los testigos Barrios y Báez, ya que sólo tiene dos puntos en oposición, ambos de fácil demérito, acuso la sentencia también por error de derecho a consecuencia de no haber apreciado el juzgador el mencionado testimonio. Quintero dice que la velocidad era de 35 a 40 kilómetros por hora, es decir, moderada y permitida en ese sector. Que el automóvil venía conservando su derecha y pitando; que el cadáver quedó a unos veinte metros de la esquina de la calle 53 y a unos quince pasos del vehículo, el cual arrojó el niño hacia adelante al atropellarlo y luego pasó por encima. Los dos puntos del testimonio de Quintero, que no acepto y que están destruídos con las demás pruebas, consisten en la afirmación de que Gutiérrez estaba ebrio, sobre lo cual ya no hay para qué hacer comentario, y que el niño se atravesó cuarenta metros antes de llegar el automóvil, lo que constituye un absurdo aun dentro de los mismos hechos narrados por el testigo..."

Por lo visto, tampoco afecta, pues, este cargo la valía legal de la sentencia acusada.

c) El tercero y último cargo, relacionado solamente con el aspecto secundario de la cuantía de la indemnización decretada a favor de los actores, se hace consistir en que el Tribunal quebrantó los artículos 2356 del C. C. y 95 del C. P. como consecuencia del error de derecho en que incurrió al apreciar la prueba de avalúo pericial, aceptándolo en parte y en parte desechándolo, como se ve de la transcripción que se hizo al compendiar la motivación del fallo acusado, al principio de esta decisión.

Se considera.

Las razones por las cuales acepta la Sala que el Tribunal incurrió realmente en el error de derecho que le imputa el recurrente, fueron expuestas con ocasión de un caso análogo, en sentencia fechada el veinte de junio del año que corre, en la que se repitió que la prueba pericial no obliga al Juez sino mediante la avaluación jurídica que de ella haga, pero advirtiendo que "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 dictamente pericial como lo establecía el artículo 79 de la ley 105 de 1890 en el antiguo régimen probatorio. Ahora los casos 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 los 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 estas dos situaciones, cuando no adhiere al dictamen de uno de los dos 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 dos 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 por su propia estimación como lo hizo el Tribunal sentenciador, incurriendo así en innegable error de derecho con violación de preceptos probatorios sustantivos".

La apreciación indudablemente ilegal que el sentenciador hizo del dictamen pericial destinado a avaluar el perjuicio moral sufrido por los demandantes a causa de la muerte de su hijo, a ponerle precio a la "tortura moral", según la expresión de la demanda, da base a la casación parcial de la sentencia acusada en lo atinente a la cuantía de la reparación, y coloca a la Corte, como Tribunal de instancia, en la necesidad de definir esta cuestión del monto o cifra de la indemnización.

Aunque la demanda comprendió en su pedimento tanto el daño material como el moral, la circunstancia de no haber recurrido la parte actora de la sentencia de primer grado en que se negó la reparación por concepto de perjuicio patrimonial, reduce la cuestión indemnizatoria exclusivamente al daño de carácter moral, que en este caso, por referirse a quebranto estrictamente sentimental, es una lesión del patrimonio moral de naturaleza e índole subjetiva, o perjuicio moral afectivo, según la clasificación adoptada.

Espaciosamente ha expresado esta Sala en su precitada sentencia del 20 de junio retropróximo, lo mismo que la de Negocios Generales en tres fallos del mes de abril de este año, los argumentos y razones de doctrina en que ha apoyado su solución jurisprudencial de que el perjuicio moral de afección, representado exclusi-

vamente por un quebranto espiritual, no es susceptible por su propia naturaleza de una avaluación en dinero, de tal forma que en los procesos en que se persiga su reparación civil no es posible usar de los medios ordinarios que ofrece el derecho probatorio para establecer el daño emergente y el lucro cesante, factores integrantes del concepto de indemnización, como sucede en los demás casos en que se busca la efectividad de la responsabilidad civil. La prueba pericial, destinada por la ley para la comprobación de hechos que exijan conocimientos y prácticas especiales (artículo 705, C. J.) es medio probatorio inaceptable, prueba legalmente ineficaz, para demostrar o establecer una cosa en realidad imposible de acreditar como es la equivalencia monetaria de un dolor de afección. Pero en consideración a que esta especie de detrimento moral se ha considerado como constitutiva de un perjuicio y como tal merecedor de una compensación, ha sido necesario dejar su medida y estimación al libre arbitrio judicial, como único medio de regulación al alcance de la justicia.

Como síntesis de la motivación doctrinaria de esta tesis se copia en seguida lo pertinente de uno de los precitados fallos:

"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 merarente 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 sólo plantearlo a la conciencia del juez, merece alguna satisfacción, de índole pecuniaria aun cuando sea, y así lo reconoce nuestra jurisprudencia y también la doctrina foránea, según también puede ser compro. bado.

"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 siempre 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 gánancias 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 avaluar precuniariamente 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 constituír 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 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 avaluación solamente porque la norma está dentro del artículo de la ley penal".

Por último, no se considera impertinente, para hacer resaltar claramente la diferencia entre el fundamento de la casación y las razones del fallo de instancia, en torno de la determinación de la cuantía, que una cosa es errar en la estimación del mérito legal del dictamen separándose arbitrariamente del avalúo al apreciar la prueba pericial que fue lo que hizo el Tribunal, y otra muy distinta declarar inaceptable ese medio de prueba y entrar a fijar directamente la cantidad en que se aprecia la satisfacción debida, en uso del libre arbitrio judicial, que es lo que la Corte hace al proferir la resolución en reemplazo de la que infirma parcialmente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 21 de octubre de 1940, en el sentido de reducir a la suma de mil pesos ($ 1.000) la reparación del daño moral a que fueron condenados los demandados Enrique Gutiérrez Portocarrero y Manuel Madero París.

Queda vigente en lo demás.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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 propiedad.

OPOSICION A UNA ADJUDICACION DE BALDIOS.—CONTROVERSIAS ENTRE COLONOS

Los litigios entre colonos se regulan por las disposiciones del Código Fiscal, y las disputas entre colonos propietarios que hagan valer un título originario de dominio expedido por el Estado, y que no haya perdido su eficacia legal, o por títulos inscritos otorgados antes de la ley de tierras, en que consten tradiciones de dominio por un lapso de tiempo no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, se rigen por estatuto especial.

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

(Ponente: Dr. José Miguel Arango)

Origen del litigio

En 31 de agosto de 1896, el Gobierno Nacional adjudicó al señor Jorge Mejía Arellano, a título de cultivador, un globo de tierras baldías, con una cabida de 1988 hectáreas, ochocientos treinta y cuatro metros cuadrados, por los linderos consignados en la respectiva diligencia de adjudicación.

Dicha adjudicación conocida con el nombre de **El Orinoco**, fue evolucionando por sucesivas tradiciones de dominio, hasta parar en manos de los señores Roberto González y Ricardo Angel, de acuerdo con la escritura número 673 de 28 de septiembre de 1929.

En el año de 1934 el Ministerio de Industrias y Trabajo, por resolución número 146 de junio de ese mismo año, dispuso que por el ingeniero del Departamento de Baldíos se verificase el deslinde entre los terrenos adjudicados al señor Mejía Arellano y los nacionales reputados baldíos, en donde años atrás se había radicado un grupo considerable de colonos, con sementeras y casas de habitación.

Como los dueños de la hacienda de El Orinoco hicieran al Ministerio de Industrias y Trabajo algunas observaciones sobre la manera como se llevó a efecto el deslinde, el Ministerio, por resolución número 182 de 30 de agosto de 1934, ordenó a otro de los ingenieros del Ministerio que verificara los linderos orientales del globo general de El Orinoco. En esta nueva diligencia la línea siguió aproximadamente la misma dirección que antes había trazado el primer ingeniero.

En los terrenos deslindados que quedaron como baldíos pertenecientes a la Nación, los señores Roberto González y Ricardo Angel habían desmontado y cubierto de pastos artificiales, tres lotes conocidos con los nombres de **El Trillo**, **La María** y **La Cecilia**, con una superficie total aproximada de 170 hectáreas. Estos ocurrieron al señor Gobernador del Departamento de Caldas, en 26 de junio de 1934, solicitando la adjudicación de ese terreno en su calidad de cultivadores y tres tantos más de bosques, de acuerdo con el Código Fiscal y la Ley 85 de 1920.

Desde ahora se llama la atención, por ser de vital importancia para la decisión de este asunto, a la expresa manifestación que hicieron los denunciantes en la respectiva petición y que así reza: "Que como en los mencionados bosques se han establecido y se están estableciendo algunos colonos, que pasan de treinta, me comprometo (dice González), en nombre de mi socio y en el mío propio, a respetar las mejoras de ellos, y en consecuencia, el perito agrimensor que usted se

digne nombrar para el levantamiento topográfico de los terrenos que solicitamos, dejará a salvo dichas mejoras, para lo cual hará su mensura y amojonamiento, me sujeto a todas las disposiciones legales sobre baldíos".

Los colonos a que se refiere el memorialista sabedores de las pretensiones de éste y su consocio, se opusieron ante el señor Gobernador a la referida adjudicación, invocándo su título de colonos por haber plantado sementeras de cacao, plátano y café, y construído casas de habitación. En vista de esta oposición, el señor Gobernador remitió el expediente al Juez de Circuito de Armenia, y ante este funcionario formalizaron su oposición los señores Carlos Patiño, Ignacio Gil, Jesús Henao, Miguel Angel Arias, Bernardo Zapata, Gregorio Sánz, Prudencio Castañeda, Alfredo Arias, Pedro Pablo Cardona, Fernando Arias, Pastor Ríos, Ricardo Arias, Alfredo Acosta, Juan Esteban Arias, José Domingo Molano, José Rubén Ramírez, Marciano Londoño, Benigno Betancourt y Demetrio Valencia, con quienes definitivamente quedó trabada la litis, pues a otros demandantes no se les reconoció derecho a demandar, por auto que está ejecutoriado.

La demanda se funda en que esos terrenos han sido ocupados con cultivos de café, caña de azúcar, cacao, pastos artificiales y casas de habitación y apoya su derecho en los artículos 54, 56, 58, 60, 61 y 79 del Código Fiscal y en las leyes que lo adicionan y reforman.

Sentencias

Trabada la litis, el Juez de Tierras de Pereira, en proveído de 26 de septiembre de 1938, declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas por los demandados; negó a éstos el derecho que tuvieran para que se les adjudicaran los terrenos ocupados por los demandantes y les reconoció derecho a que se le adjudicaran los lotes de terreno que han explotado económicamente, conocidos con los nombre de **La Cecilia** y **La María** y parte de los potreros de **El Trillo** y **El Morgan** que quedan al lado occidental de la línea que divide la hacienda de El Orinoco de los terrenos nacionales

El apoderado de los demandados interpuso recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Pereira, el cual decidió en segundo grado el litigio, en providencia de 24 de agosto de 1940, en la que se confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia, con la reforma de no condenar en costas en la primera instancia.

Recurso

Los señores González y Angel interpusieron recurso de casación, que les fue concedido, y cumplidas en la Corte las ritualidades del caso, se pasa a decidirlo.

Estudio de los Motivos Alegados en Casación

Nueve son los cargos que el recurrente le formula al fallo, ya por errores de hecho evidente en la apreciación de las pruebas, como errores de derecho al valorar las mismas, y por violaciones directas de la ley sustantiva.

El artículo 538 del Código Judicial autoriza a la Corte para no considerar todas las causales alegadas, cuando encuentra fundada alguna de ellas, lo que acontece en el caso de autos, pues para la Sala es de toda evidencia que el sentenciador violó por indebida aplicación al caso del pleito, los artículos 1º, 3º y 4º de la Ley 200 de 1936.

En efecto, de manera clara y nítida, los señores González y Angel al solicitar del Gobernador del Departamento de Caldas la adjudicación de un globo de terreno baldío, hicieron valer, no su título de propietarios, sino el de colonos, por haberlo explotado económicamente sembrándolo de pastos artificiales para la cría y ceba de ganados. Los colonos al oponerse a la titulación solicitada por González y An-

gel, no consideraron a éstos como adjudicatarios ni dueños del terreno que pretendían se les adjudicara, de manera que la litis quedó circunscrita, sin lugar a duda, entre colonos, que se disputaban el dominio de esos terrenos en este carácter y trataban de saber, judicialmente, cuáles derechos prevalecían, por la ocupación con labranzas y casas de habitación, es decir, quiénes tenían mejor derecho a la adjudicación,si los demandantes o los demandados, ambos como colonos o cultivadores.

El Tribunal en su fallo, con acierto estableció de manera rotunda y concretó con nitidez el problema sometido a su decisión en los siguientes términos: "Pura y simplemente la cuestión planteada a lo largo de este debate, se circunscribe al mejor derecho que puedan tener demandantes o demandados para obtener la adjudicación sobre una extensión determinada de tierras baldías, pues el dominio del Estado y la misma razón del pleito en sus orígenes lo pone de manifiesto".

Más adelante dice el fallador de segundo grado: "La cuestión nítida y clara hemos de plantearla así: Es una porción de terrenos baldíos donde los demandantes tienen ocupaciones y mejoras, a tiempo que los demandados tienen así mismo ocupaciones y mejoras, y todo esto frente a la solicitud de González y Angel reclamando la adjudicación, mientras los demandantes se oponen, porque dicen tener mejor derecho que los primeros al título de colonos ante el poder administrativo".

A pesar de la admirable síntesis que el Tribunal hizo del problema sometido a su decisión, lo polarizó, para resolverlo, hacia el estatuto sobre régimen de tierras, decidiéndolo de acuerdo con esa ley, apartándose por consiguiente, de la vía legal para su solución.

Ya se ha visto por manifestación de los señores González y Angel, al solicitar de la Gobernación del Departamento la adjudicación de esos terrenos, que lo hacían en su calidad de colonos por haber sembrado allí pastos artificiales y llevado ganado para la cría y ceba, y los opositores a esa adjudicación reclamaron sus derechos como colonos, por haberse instalado en esas tierras y puesto en ellas sementeras de café, plátano, cacao, caña de azúcar y casas de habitación. Es, pues, la disputa entre colonos y no entre éstos y propietarios que alegaren dominio sobre esos terrenos, ya fuera por adjudicación directa o del Estado, o por tradiciones entre particulares. Los litigios entre colonos se regulan por las disposiciones del Código Fiscal, y las disputas entre colonos propietarios que hagan valer un título originario de dominio expedido por el Estado, y que no haya perdido su eficacia legal, o por títulos inscritos otorgados con anterioridad a la ley de tierras, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, se rigen por este estatuto especial.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, a quien se le corrió traslado de estos autos, aun cuando consideró que el Ministerio Público no era en el pleito ni parte recurrente ni parte opositora, formuló, sin embargo, reparos a la sentencia del Tribunal de Pereira, entre ellos el de haber decidido la litis con aplicación de la Ley 200 de 1936, no siendo el caso de hacerlo.

En lo pertinente así se expresa el señor Agente del Ministerio Público:

"... el Tribunal se desvía notoriamente del objetivo jurídico del proceso para colocarse en la variedad de situaciones que contempla la Ley 200 de 1936 en orden a la propiedad particular y privada de predios rústicos, frente al derecho del Estado sobre los baldíos.

"En este juicio no se ha enfrentado un pretendido propietario particular de la tierra a colonos o cultivadores en ella establecidos. Nó; la situación jurídico procesal es muy otra; se enfrentan dos grupos de pretendientes a la adjudicación de bal-

díos; y para resolver el conflicto son completamente extrañas las disposiciones de la ley de tierras con que el Tribunal sentenciador falló la litis, como si se tratara de resolver sobre dominio particular frente a la ocupación por colonos. Es un problema de adjudicación de baldíos, y nada más, lo que aquí se presenta. Cuál de los dos pretendientes a la adjudicación tiene derecho a ésta, tal es la cuestión a resolver".

Este concepto del Agente del Ministerio Público está respaldado por los antecedentes enantes enunciados, advirtiéndose que ni los demandantes en sus peticiones a la justicia sobre adjudicación de baldíos, hicieron valer disposición alguna de la ley de tierras, ni siquiera la mencionaron, y los demandados González y Angel, en su solicitud sobre adjudicación hecha ante el Gobernador del Departamento tampoco se refirieron, ni expresa ni tácitamente, al estatuto contenido en la Ley 200 ya mencionada.

Conclúyese de lo dicho que el Tribunal al aplicar los artículos 1º, 3º y 4º de la Ley 200 de 1936, para fallar el pleito sometido a su juicio, los infringió por indebida aplicación, porque el problema se regía por las disposiciones pertinentes del Código Fiscal y no por las aplicadas por el Tribunal.

Habrá que casar la sentencia, y la Corte como tribunal de instancia para fundamentar su fallo, hace las siguientes consideraciones:

Está confesado por los señores González y Angel, en su petición de adjudicación al señor Gobernador del Departamento de Caldas, que en los terrenos que pretenden en adjudicación, se hallan establecidos colonos con casas de habitación y sementeras permanentes; que esas mejoras están en terrenos baldíos de la Nación, como aparece del deslinde practicado por los ingenieros del Ministerio de Industrias y Trabajo y por la inspección ocular practicada por el Juez de Tierras, en la cual por propias y directas percepciones, ese funcionario dejó anotada la circunstancia de que en esos terrenos estaban radicadas, con anterioridad a la solicitud de adjudicación, los colonos que figuran como demandantes, durante un tracto de dos y cuatro años respectivamente, con anterioridad a la fecha del memorial de adjudicación de los señores González y Angel.

Los demandantes, para comprobar que se habían establecido en terrenos baldíos de la Nación, con anterioridad de dos y cuatro años a la fecha de la petición de adjudicación, de González y Angel, presentaron un grupo de diez testigos idóneos, pues no fueron tachados, que de común acuerdo depusieron que por conocer personalmente las mejoras a que se refiere la demanda de oposición, que se les leyó, aseveran que los lotes están cultivados con plátano, café, caña dulce, pastos artificiales, casa de habitación y que aquéllos ejercen sobre dichas mejoras actos a que sólo da derecho el dominio, por un tiempo de más de cuatro años para unos, y más de dos para otros.

A este grupo de testigos, los demandados opusieron las declaraciones de otro grupo constante de ocho testigos, también idóneos, que declaran de común acuerdo, por propias y directas percepciones, que los demandados han estado en quieta y pacífica posesión de los lotes cuya adjudicación solicitan, con anterioridad a la ocupación por parte de los colonos, afirmando que "hasta hace unos dos años poco más o menos, que se entraron a los mencionados terrenos de la hacienda en mención, varios individuos diciéndose colonos".

Las pruebas testimoniales anteriores fueron desechadas por el Tribunal, el cual razonó así para ello:

"Pero si cuando se trata de esta característica situación para una y otra parte litigantes, la prueba testimonial resulta semejante para ambas acreditando un hecho, tenemos necesidad de recurrir a

otras constancias probatorias en el expediente, que afortunadamente abundan, como son las prácticas oculares y documentos harto numerosos".

El señor agente del Ministerio Público le hace la siguiente glosa al Tribunal, por ese concepto:

"El Tribunal, como se ve, dejó a un lado la prueba de testigos, prescindiendo completamente de su examen crítico y de su medición jurídica, por cuanto la encontró semejante para ambas partes en relación con el hecho controvertido. Seguramente quiso con ello el Tribunal aplicar el artículo 702 del Código Judicial, que dice: 'Cuando sobre un mismo punto se presentan exposiciones de varios testigos, contradictorias entre sí, el Juez, atendiendo a las condiciones de aquéllas y a la calidad, número, fama o ilustración de los testigos deduce, conforme a los principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir en ese caso de tales exposiciones'.

"Pero semejante manera (continúa el Procurador) de dar aplicación a este precepto legal no es aceptable. Cuando el Juzgador examina la prueba de testigos en el caso que se contempla, procede, es verdad, según el sistema probatorio de la libre apreciación. Pero ello no lo excusa de hacer el examen crítico detallado de los distintos testimonios para deducir de allí su operancia o inoperancia probatoria. Decir que los distintos testimonios se neutralizan unos a otros porque así se le ocurre al Juez, sin examen alguno, es aplicar indebidamente el artículo 702 del mencionado código, y dejar de apreciar pruebas que hacen parte del proceso. El Tribunal procedió aquí según el sistema probatorio de la íntima convicción, que sí excusa la fundamentación del concepto, pero cuya aplicación al caso de que se trata es absolutamente inaceptable". (Esto, a juicio de la Sala, sería también motivo para infirmar el fallo).

La Corte se inclina a darle valor a los testimonios aducidos por la parte actora, porque sus dichos están respaldados con la misma confesión de los señores González y Angel que reconocen que dentro de los terrenos que ellos solicitan en adjudicación, como baldíos, se encuentran radicados los colonos, y por lo que aparece de las diversas inspecciones oculares, y principalmente la practicada por el Juez de Tierras, en la cual hizo constar este funcionario, que los colonos demandantes tenían cultivadas las suertes de terreno a que pretenden derecho, con sementeras permanentes, cuyo estado hace suponer que fueron plantadas con más de dos años de anterioridad a la fecha del denuncio de los señores González y Angel. Constancia esa que hace plena prueba, de acuerdo con el artículo 730 del Código Judicial.

Estando comprobado que tanto los demandantes como los demandados tienen entables agrícolas en terrenos baldíos de la Nación; que ambas partes litigantes pretenden que se les adjudique derivando sus derechos de sus títulos de colonos; que el terreno en que están situadas las mejoras de ambas partes es baldío, y queda fuera de la zona que en 1896 le adjudicó el Gobierno Nacional al señor don Jorge Mejía Arellana; que las mejoras establecidas por los colonos demandantes fueron puestas con anterioridad, en dos y cuatro años, a la fecha de la solicitud de Angel y González para la adjudicación de los potreros "El Trillo", "La María", "La Cecilia" y "Morgan"; que los demandados González y Angel ocupan terrenos baldíos con dehesas de pasto artificial, cuya titulación han solicitado, viene como traído por la mano, para decidir la litis y establecer la paz jurídica entre los litigantes, los artículos 10 y 11 de la ley 47 de 1926, reformatoria del Código Fiscal, a la luz de los cuales se solucionará este asunto.

Esos artículos en lo pertinente dicen: "Cuando al hacer una adjudicación de terrenos baldíos a cualquier título, se hallaren establecidos previamente colonos o cultivadores en la extensión respectiva, se les deberán reconocer las extensiones cultivadas, para lo cual no se les exigirá a los cultivadores el que tengan adquirido título de propiedad. Podrán ellos solicitarlo posteriormente, ciñéndose a las disposiciones de esta ley.

Parágrafo. Igualmente deberá reconocerse y respetarse en la adjudicación o entrega de terrenos denunciados como baldíos, el derecho del propietario o del adjudicatario que presenten, debidamente arreglados, sus correspondientes títulos de dominio, si éstos no han sido declarados judicialmente nulos".

"En toda adjudicación de baldíos, por cualquier título distinto del de cultivo, deberá expresarse de que quedan a salvo los derechos de los cultivadores o colonos establecidos dentro de la zona adjudicada con anterioridad al denuncio o solicitud de adjudicación".

De suerte que al hacerse la adjudicación de tierras baldías a los señores González y Angel por haber fundado dehesas para la cría y engorde de ganados, hay que respetar los derechos de los colonos o cultivadores establecidos en esta extensión, quienes podrán adquirir, sobre sus parcelas, título de propiedad ciñéndose a las disposiciones del Código Fiscal que reglamentan la adjudicación de baldíos, porque así lo manda imperativamente el artículo 10 de la ley en cita.

Obedeciendo el mandamiento del artículo 11 de la mencionada ley, se deberá expresar en la diligencia de adjudicación de los señores González y Angel, quienes también tienen derecho a las porciones que han sembrado de pastos artificiales en tierras baldías, que quedan a salvo los derechos de los cultivadores o colonos demandantes, por los linderos que a cada suerte de tierra se le fijó en la demanda.

El señor Juez de Tierras incidió en el mismo error del Tribunal al fallar la litis con aplicación de la ley de tierras, y por este motivo habrá que reformar el fallo de primera instancia, suprimiendo el numeral 4º de la parte resolutiva, que dejó a salvo derechos fundados en la ley 200 de 1936, y reformar el 5º en el sentido de que los señores Roberto González M. y Ricardo Angel G. tienen derecho a que se les adjudique los lotes distinguidos con los nombres de "El Trillo", "La Cecilia", "La María" y "El Morgan", junto con las porciones adyacentes a ellos, si con la adjudicación de esas porciones no se menoscaba en todo ni en parte los derechos reconocidos por este fallo a los demandantes. (Artículos 3º y 12 de la ley 34 de 1936 y 67 del Código Fiscal y 9º de la ley 85 de 1920).

En vista de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1—Infírmase la sentencia del Tribunal Superior de Pereira de fecha veinticuatro de agosto de mil novecientos cuarenta.

2—Refórmase la sentencia proferida por el señor Juez de Tierras de Pereira de fecha veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, que en definitiva queda así:

A) Los señores Roberto González M. y Ricardo Angel G., carecen de derecho para obtener la adjudicación de los lotes de terreno en donde están plantadas las mejoras de los señores demandantes Ignacio Gil, Jesús Henao, Miguel Angel Arias, Carlos Patiño, Bernardo Zapata, Gregorio Sanz, Pastor Ríos, Prudencio Castañeda, Alfredo Arias, Pedro Pablo Cardona, Fernando Arias, Ricardo Arias, Alfredo Acosta, Juan Esteban Arias, José Domingo Molano, José Rubén Ramírez, Marciano Londoño, Benigno Betancourt y Demetrio Valencia, por los linderos señala-

dos en la sentencia del Juez de Tierras que se reforma por este fallo.

B) Los demandantes atrás enumerados son las personas llamadas a obtener la adjudicación de las mejoras deslindadas en la sentencia, previas las diligencias que son de rigor conforme al Código Fiscal, de cada uno de los lotes que poseen y por los linderos ya señalados, por haberlos cultivado antes de solicitar en adjudicación el globo en general por el señor González M.

C) Los demandados González y Angel tienen derecho, previas las diligencias que ordena el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman, a que se les adjudiquen los lotes conocidos con los nombres de "La Cecilia", "La María", "El Trillo" y "El Morgan", a título de colonos, por haber establecido en ellos pastos artificiales para la cría y ceba de ganado. Igualmente tendrán derecho a que se les adjudique las porciones adyacentes a tales lotes, todo de acuerdo con el Código Fiscal, si esas porciones adyacentes de tierras baldías existieren, y si con esa adjudicación no se vulneraren los derechos que por esta sentencia se reconocen a los colonos demandantes.

D) No están probadas las excepciones propuestas por los demandados.

3—No se hace condenación en costas.

Vuelvan los autos, notificada y ejecutoriada esta sentencia al señor Gobernador del Departamento de Caldas para los fines del artículo 74 y siguientes del Código Fiscal.

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.

REIVINDICACION.—IDENTIFICACION DE BIENES RAICES

1—Como se deduce de los artículos 946, 947, 948, 949, 950 y 952 del C. C., son indispensables tres elementos para que prospere la acción reivindicatoria: a) dominio por parte del demandante; b) posesión por parte del demandado, y c) cosa singular, derecho real o cuota determinada en una cosa singular, siempre que ésta sea materia de reivindicación. Si falta cualquiera de estos elementos, la acción no puede prosperar. 2—Aunque la Corte ha aceptado la prueba testimonial para demostrar la identidad de un terreno y aunque la ley no ha dicho que sea inadmisible, está fuera de discusión que para el fin indicado se ajustan mejor a la técnica jurídica, por ser más pertinentes y adecuadas, la inspección ocular y el concepto pericial, toda vez que para saber si un predio está comprendido en otro, o si hace parte de él, o cuáles son los linderos correspondientes de uno y otro, según los títulos de propiedad respectivos, es indispensable hacer apreciaciones y emitir conceptos razonados, misiones que corresponden a los peritos y no a los testigos, ya que éstos sólo deben, conforme a la ley, relatar los hechos que hayan visto o presenciado, sin que les sea permitido expresar opiniones o hacer conjeturas para llegar a determinadas conclusiones. De consiguiente, para que la prueba testimonial sea eficaz en estos casos, debe reunir condiciones especiales de claridad y convicción, y los testigos deben referirse a hechos que hayan presenciado y de los cuales pueda deducirse, sin lugar a duda, la determinación de la finca que se necesita identificar.

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El 16 de agosto de 1938 el Dr. Telésforo Jiménez, obrando en su propio nombre, instauró demanda ordinaria contra el señor Benjamín Guzmán, para reivindicar un lote de terreno ubicado en la fracción de **La China**, jurisdicción del Municipio de Ibagué. En ella pidió que, por sentencia definitiva, se condenara al demandado a lo siguiente:

"**Primero**—A restituírme, tres días después de la ejecutoria de la sentencia proferida en este juicio, el terreno que ocupa el demandado con todas sus mejoras en la fracción de **La China**, de la jurisdicción de Ibagué, y que hace parte del globo general de **La Italia**, comprendido dentro de estos linderos: 'Desde un árbol corpulento que está en la esquina de un derribado viejo, en dirección de los molinos de la mina **Las Mirlas**, se sigue en dirección a la cuchilla de **El Aguila**, por la orilla de unos derribados, hasta donde éstos terminan; de aquí, siguiendo de para abajo y tomando la orilla de unos desmontes, hasta un **encenillo** que enfrenta con el árbol corpulento del primer lindero; y de aquí a este árbol tomado como punto de partida'.

"**Segundo**—Que se le condene a pagar los frutos naturales y civiles de acuerdo con el precio industrial que ellos tengan según avalúo pericial, y no sólo los percibidos, sino los que hubiera podido percibir teniendo la finca en mi poder.

"**Tercero**—A pagar el deterioro sufrido por la finca con la destrucción de los bos-

ques que debían servir para el laboreo de las minas.

"Cuarto—A pagar los costos del juicio".

El negocio le correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué. Corrido el traslado de la demanda, el demandado la contestó negando los hechos y el derecho y oponiéndose a las pretensiones del actor.

Una vez tramitado legalmente el juicio, el Juzgado lo falló el diez y siete de julio de mil novecientos treinta y nueve, absolviendo al demandado de los cargos de la demanda y condenando al demandante a las costas del juicio.

De este fallo apeló el apoderado del Dr. Jiménez. Subido el asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, éste lo confirmó en todas sus partes por sentencia del veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta.

Como pruebas del dominio del predio a que se refiere la acción, el demandante trajo al juicio copia de la Resolución del Ministerio de Obras Públicas y Fomento, de fecha 23 de diciembre de 1908, por la cual se le adjudicó un lote de terreno baldío a cambio de títulos de concesión; el correspondiente certificado de la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos de Ibagué; y copia de la Resolución Nº 10, de 22 de julio de 1935, del Ministerio de Industrias y Trabajo, por la cual el lote de terreno fue declarado libre de la condición resolutoria de dominio.

Para acreditar el hecho de que Guzmán posee el terreno sobre que versa el juicio, Jiménez adujo unas posiciones absueltas por el demandado y algunas declaraciones de testigos.

Las razones que movieron, tanto al Juzgado como al Tribunal, para proferir aquellas sentencias, se pueden sintetizar así:

El Juzgado consideró que Jiménez no había comprobado todas las circunstancias necesarias para que la acción de reivindicación pudiera prosperar, ya que no acreditó el hecho de que el demandado fuera el poseedor de la cosa materia de la reivindicación.

El Tribunal analizó más ampliamente los tres requisitos indispensables para la prosperidad de la acción. Conceptuó respecto de las pruebas traídas para acreditar el dominio, que, por una parte, no siendo idénticos los linderos señalados en el título de adjudicación del predio denominado **La Italia**, con los que trae el punto primero el Certificado del Registrador, existe un principio de duda sobre la identidad general del predio, y que, por otra, la contradicción entre el punto final del certificado del Registrador y lo dicho en la Resolución extintiva de la condición resolutoria del dominio sobre el terreno de **La Italia**, en donde aparece que fueron los señores Ramón Lastra y Jorge y Eduardo Jiménez quienes pidieron el pronunciamiento de tal resolución, acrecienta la duda sobre la propiedad total o parcial del predio **La Italia**.

Por último, opina el Tribunal que de las declaraciones de los señores Manuel J. García, Félix Restrepo Isaza, Jesús Orozco Quintero, Valeriano Trujillo, Salomón Martínez, Alberto Moreno y Wenceslao Villa, y de las posiciones absueltas por el demandado, no se desprende la singularización del predio de que se trata, porque ninguno de tales testigos determina por su cabida y linderos el lote a que se refiere la ocupación del demandado, para el efecto de saber si es exactamente el mismo a que se contrae la petición primera de la demanda, y porque Guzmán tan sólo reconoció que había establecido mejoras desde hacía diez años en la banda que cae a la quebrada de **La Victoria**, en una zona que él consideró baldía, sin que esto pueda significar que las mejoras se encuentren dentro del lote parcial que se pretende reivindicar.

El recurso

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el actor, el que se pa-

sa a decidir, por hallarse legalmente preparado.

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, a saber:

a) "El Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar mis títulos de propiedad y negarles su valor legal y su eficacia en la sentencia".

En desarrollo de este cargo dice el recurrente que de la afirmación hecha por el Tribunal, consistente en que los documentos aducidos por el actor para demostrar su propiedad sobre el terreno objeto de la reivindicación, no son suficientes, resultan dos conclusiones equivocadas:

1ª Que a juicio del Tribunal no tiene valor suficiente para el actor, ni le da derecho a la propiedad del terreno **La Italia**, la Resolución del Ministerio de Obras Públicas y Fomento, de fecha 23 de diciembre de 1908, por la cual se le adjudicó aquel terreno, como baldío, a cambio de títulos de concesión; y

2ª Que la Resolución número 10, de fecha 22 de julio de 1935, del Ministerio de Industrias y Trabajo, que declaró libre de la condición resolutoria del dominio el terreno de **La Italia**, por haberse cumplido en él las condiciones de la adjudicación, no legitima el derecho de propiedad del autor sobre la parte que se reservó de aquellas tierras, después de deducido lo correspondiente a algunas ventas que hizo, porque tal Resolución se dictó no a solicitud del recurrente sino de los que le habían comprado a éste unos lotes, señores Ramón Lastra y Jorge y Eduardo Jiménez.

Agrega que con la falsa y errónea interpretación de sus títulos de propiedad, el Tribunal admitió que dentro del terreno de **La Italia** hay terrenos baldíos y que lo ocupado por Guzmán está en esas condiciones, por lo cual la sentencia viola los artículos 4, 5 y 6 y sus concordantes de la Ley 56 de 1905; la Ley 48 de 1882, y los artículos 669, 685, 740, 741, 742, 749, 946, 947, 950, 952 y sus concordantes del Código Civil.

b) "El Tribunal hizo apreciación errónea de las posiciones absueltas por el demandado y de las declaraciones rendidas por los testigos Manuel J. García A., Salomón Martínez S., Alberto Moreno, Wenceslao Villa y Valeriano Trujillo C."

Sostiene el recurrente que el Tribunal afirma en la sentencia que ninguno de los testigos mencionados determina por su cabida y linderos el lote de terreno a que refieren la ocupación del demandado, para el efecto de saber si es exactamente el mismo a que se contrae la petición primera de la demanda, pero que esa errónea apreciación del Tribunal se pone de manifiesto al considerar que los testigos tuvieron que ceñirse al memorial de pruebas respectivo, en el cual se determinaron los linderos del lote ocupado por Guzmán, lote que es el mismo señalado en la demanda. Asevera el recurrente que por errónea apreciación de esa prueba se violaron los artículos 946, 947, 950, 952, 1757 y concordantes del Código Civil, y 683, 684, 685, 686, 687 y 688 del C. J.

c) "El Tribunal incurrió en error de hecho —alega el recurrente— al sostener, como lo hizo, que un lote de terreno donde se venden lotes parciales alinderados, no puede quedar identificado con los mismos linderos de separación de los lotes parciales vendidos, pues por ese error y a pesar de las ventas hechas, el Tribunal admite una comunidad en el terreno de **La Italia**, que no existe, pues la venta, en la forma expresada, no da lugar a comunidad ni a títulos de propiedad que puedan confundirse los unos con los otros; la identificación de cada lote queda establecida de hecho y por razón de las mismas ventas que se hayan hecho, con las alinderaciones respectivas. De allí que cualquiera de los dueños que esté en esas condiciones pueda reivindicar dentro de su respectiva propiedad, lo que un tercero ocupe en ella por medios que no le confieran dominio".

Estima el recurrente que con ese error el Tribunal violó los artículos 946, 947, 950, 952 y sus concordantes del C. C.

Estudio de los cargos

Como lo dice la sentencia del Tribunal y como se deduce obviamente de los artículos 946, 947, 948, 949, 950 y 952 del C. C., son indispensables tres elementos para que prospere la acción reivindicatoria: a) dominio por parte del demandante; b) posesión por parte del demandado; y c) cosa singular, derecho real o cuota determinada en una cosa singular, siempre que ésta sea materia de reivindicación. Si falta cualquiera de tales elementos la acción no puede prosperar.

La sentencia no desconoce ó niega el derecho de propiedad del actor sobre parte del terreno de **La Italia.** Encuentra, sí, que los linderos señalados en el título de adjudicación no son exactamente iguales a los que indica el punto primero del certificado del Registrador, traído a los autos, de donde deduce lógicamente que no está debidamente demostrada la identidad o singularización general del mencionado predio; y encuentra también que, como según la Resolución que declaró extinguida la condición resolutoria del dominio de **La Italia,** figuran como actuales poseedores de ese terreno, en su calidad de sucesores del adjudicatario, los señores Ramón Lastra y Jorge y Eduardo Jiménez, quienes pidieron el pronunciamiento de esa Resolución, existe una duda sobre la propiedad total o parcial del predio de **La Italia,** en lo tocante al demandante Telésforo Jiménez, o, por lo menos, no se conoce cuál es la parte de ese terreno que aún pertenece al actor.

No resulta exacta la afirmación del recurrente, de que el Tribunal admitió que dentro de los linderos de **La Italia** hay terrenos baldíos, y que lo ocupado por Guzmán se halla en esas condiciones. Lo que no encontró claro el Tribunal, al estudiar los referidos títulos, es qué parte del terreno general de **La Italia** permanece como de propiedad del demandante, y en realidad no se conocen los linderos actuales de esa parte, ni es posible deducirlos de los títulos presentados. De consiguiente, no incurrió en el error de derecho que le imputa el recurrente, por lo cual no es fundado el cargo que se analiza.

Tampoco es admisible el cargo sobre apreciación errónea de las posiciones absueltas por el demandado, y de las declaraciones rendidas por los testigos presentados por el actor, porque de ninguna de esas pruebas se deduce claramente la singularización del lote de terreno objeto de la reivindicación, ni la posesión de dicho lote por el demandado.

En efecto, acerca de las posiciones dice la sentencia que "nada definitivo se saca en conclusión, pues si bien reconoció el absolvente que había establecido mejoras desde hace diez años en la banda que cae a la quebrada de **La Victoria,** con permiso de míster Witing, eso no quiere decir que hubiera sido justamente dentro del lote parcial determinado en la petición primera de la demanda, ya que, por otra parte, el mismo absolvente negó que conociera la procedencia y los linderos del predio total denominado **La Italia".**

Respecto de la prueba testimonial aducida por el demandante, la sentencia hizo un examen acertado y jurídico, basado en el texo mismo de las declaraciones, conforme al cual resulta lo siguiente:

El testigo Félix Festrepo Isaza dijo que conoce por sus linderos la finca denominada **La Italia,** y que en 1938 conoció un lote de terreno con mejoras, comprendido dentro de aquellos linderos y determinado como se dice en la demanda, pero que entonces lo poseían José María Visbal y Pompilio Martínez, y que no sabe quién sea el ocupante en la época en que rindió declaración.

Los testigos Orozco, Trujillo, Martínez, Moreno y Villa dijeron que conocían los linderos generales de **La Italia,** y el lote ocupado por Guzmán, dentro de los linderos generales de dicha finca, pero no determinaron en forma alguna tal lote, de modo que con esas declaraciones no es posible singularizarlo debidamente.

Por último, en relación con el testimo-

nio de Manuel J. García dice la sentencia:

"Y el testigo Manuel J. García, aunque dice que conoce la finca de La Italia por los linderos que se le leyeron al tiempo de declarar, y que conoce el lote que dentro de dicha finca ocupa Guzmán, determinado por los mismos linderos especiales que trae la petición primera de la demanda, donde ha establecido mejoras y derribado montañas, eso no es bastante para concluír que la ocupación recaiga sobre el resto que pudo haberse reservado Telésforo Jiménez en el predio general.

"Porque no debe perderse de vista que si de conformidad con el certificado del Registrador aducido por el demandante, éste vendió porciones determinadas de terreno dentro del predio general de La Italia a Ramón Lastra y a Licerio Jiménez; que si al tenor del hecho 2º de la demanda, el actor dice haber vendido dos lotes distintos y determinados a Ramón Lastra y otro a Licerio Jiménez; y que si de conformidad con el hecho 5º de dicha demanda, el mismo actor reconoce que el demandado Guzmán es dueño de un lote dentro del predio general de La Italia, según consta en escritura pública Nº 654, de 3 de octubre de 1920, era indispensable identificar de manera clara y precisa el resto del terreno que el demandante se reservó en el predio de La Italia, y establecer de manera plena y completa que dentro de ese resto está comprendido el lote especial a que se contrae la petición primera de la demanda, pero que no fue determinado en ninguno de los hechos fundamentales de la misma.

"Y se repite que era indispensable aquella identificación, porque no siendo el demandante dueño exclusivo del lote general denominado La Italia, desde luego que allí había dos dueños más, entre ellos el demandado, en nada perjudican a Guzmán los testimonios referidos atrás, al decirse en ellos que éste ocupa o posee determinado lote dentro del predio general de La Italia, que según el propio libelo de demanda no es de la exclusiva pertenencia del actor. Además, admitiendo, en gracia de discusión, que la declaración de Manuel J. García es completa para los fines a que fue destinada, ella no forma plena prueba por sí sola en contra del demandado".

Finalmente, no encuentra la Corte que el Tribunal incurriera en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, ni que admita que exista una comunidad en el terreno de La Italia, ni siquiera que afirme que no están debidamente identificados los lotes parciales vendidos por el actor. Lo que afirma el Tribunal, y ello es evidente, es que en ninguna parte del juicio se indican los linderos que determinen la parte del terreno de La Italia que haya quedado de propiedad del demandante, después de deducir los lotes parciales que éste vendió. De consiguiente, no es posible saber con seguridad si el lote que se dice poseer el demandado está comprendido dentro de los linderos que correspondan hoy al terreno perteneciente a Telésforo Jiménez, o no, dificultad ésta que se hace más visible si se tiene en cuenta que no se demostró debidamente en el juicio cuáles son los linderos del lote que se pretende reivindicar, y que dentro de los linderos generales de La Italia, tal como le fue adjudicada a Jiménez, existen hoy varios lotes ajenos, entre los cuales figura uno de propiedad del demandado, según confesión del propio demandante.

Entre las pruebas pedidas por el actor figura una inspección ocular, que no se llevó a efecto por no haberse suministrado lo necesario para realizarla.

Esa sí habría sido la prueba adecuada por excelencia, porque así habría podido determinarse claramente cuáles son los linderos generales que corresponden hoy a la parte del terreno denominado La Italia, que es de propiedad del actor; cuáles son los linderos precisos del lote que se dice posee el demandado, y si dicho lote queda en su totalidad comprendido den-

tro de la finca que pertenece al demandante, cuestiones que deben demostrarse por medio de inspección ocular y de concepto pericial, de preferencia a cualquiera otra prueba, como se dijo en sentencia del 24 de octubre de 1940, publicada en los números 1964 y 1965 de la "Gaceta Judicial", páginas 389 y siguientes. Allí se lee:

"Es verdad que la Corte ha aceptado la prueba testimonial para demostrar la identidad de un terreno, y también lo es que la ley no ha dicho que sea inadmisible, aunque está fuera de discusión que para el fin indicado se ajustan mejor a la técnica jurídica, por ser más pertinentes y adecuadas, la inspección ocular y el concepto pericial, toda vez que para saber si un predio está comprendido en otro, o si hace parte de él, o cuáles son los linderos correspondientes de uno y otro, según los títulos de propiedad respectivos, es indispensable hacer apreciaciones y emitir conceptos razonados, misiones que corresponden a los peritos y no a los testigos, ya que éstos sólo deben, conforme a la ley, relatar los hechos que hayan visto o presenciado, sin que les sea permitido expresar opiniones o hacer conjeturas para llegar a determinadas conclusiones. De consiguiente, para que la prueba testimonial sea eficaz en estos casos, debe reunir condiciones especiales de claridad y convicción, y los testigos deben referirse a hechos que hayan presenciado y de los cuales pueda deducirse, sin lugar a duda, la determinación de la finca que se necesita identificar".

Se deduce de lo expuesto que no son fundados los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal, la cual no es el caso de infirmar.

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 Ibagué con fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta.

Sin costas por no haberse causado.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez. Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

APLICACION DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTICULO 22 DE LA CONSTITUCION

Si el hecho que se atribuye a XX cuando era Secretario de Hacienda de un Departamento, en 1937, es un delito común, por virtud del artículo 33 de la Ley 105 de 1931, no es competente la Corte para conocer del cargo hoy en que XX ya no desempeña aquel puesto.

Y si el hecho del ex-Secretario de Hacienda XX implica un *delito de responsabilidad*, tampoco le toca a la Corte el juzgamiento, pues la Ley 94 de 1938 no comprende a tales empleados en el fuero especial del artículo 42 *ibidem*, siendo, por lo mismo, más favorable para el acusado que ese juzgamiento se realice ante las autoridades judiciales ordinarias.

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

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Del actual proceso, iniciado en agosto de mil novecientos treinta y siete, aparece que al doctor Carlos Eduardo Acosta se le imputa el cargo de que siendo "Secretario de Hacienda del Departamento del Tolima, fingió o simuló la compraventa de cinco bonos de valor nominal de mil dollares cada uno, por el precio de mil quinientos pesos moneda corriente, haciéndolos aparecer como comprados por el Departamento con fecha 4 de diciembre de 1936, cuando ya habían sido adquiridos por esa misma Entidad con fecha anterior, pero sin haber sido perforados ni cancelados ni enviados al Cajero del Tolima en su debida oportunidad".

Perfeccionada la investigación, encuentra la Corte que no es competente para conocer del sumario, de acuerdo con la tesis del señor Procurador delegado en lo penal.

Y a fin de demostrar el anterior aserto, esta Sala, que por obvias razones debe abstenerse de incurrir en el prejuicio que entrañaría una denominación concreta del presunto delito, expone:

A) Si la infracción que se atribuye al doctor Acosta tiene el carácter de un delito común, la Ley 105 de 1931 que entonces regía no le adscribe a la Corte el conocimiento privativo de aquélla, pues el doctor Acosta ya no es Secretario de Hacienda del Tolima (artículo 33 ibidem);

B) Si el hecho de que se acusa al doctor Acosta constituye un cargo de responsabilidad, entonces debe atenderse lo que al respecto dice el señor Procurador en el siguiente pasaje de su vista: "Dentro de este orden de ideas, cree la Procuraduría que resulta más favorable para el sindicado el sometimiento a las dos instancias, la primera de las cuales se realizaría con la intervención del Jurado, y la posibilidad posterior del recurso extraordinario de casación, que el juzgamiento en única instancia por una corporación que es prenda de garantía para el acusado, pero que también podría llegar a conocer del mismo proceso después de pro-

feridos dos fallos por un Juez y por un Tribunal. En otros términos: si se acepta que las normas procedimentales también están sometidas al principio constitucional de que la ley permisiva o favorable, aunque sea posterior, prevalece sobre la restrictiva o desfavorable, entonces la Corte Suprema de Justicia no debe conocer actualmente de los juicios de responsabilidad sino en los casos contemplados por la Ley 94 de 1938"; y

C) Quizá no sea materia discutible la favorabilidad que para el doctor Acosta implica la circunstancia de que las autoridades judiciales ordinarias conozcan del proceso que se le sigue. Y es de observar aquí que la aplicación preferencial de la ley de procedimiento posterior más favorable que la preexistente, en cuanto a normas sustantivas (y lo son en alto grado las reglas de jurisdicción y competencia), fue decidida por la Corte Plena en el fallo de 13 de mayo último, que declaró la inexequibilidad parcial del artículo 722 de la mencionada Ley 94.

Y en atención a lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, en armonía con el concepto del señor Procurador delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **resuelve:**

1º La Corte no es competente para conocer del proceso contra el doctor Carlos Eduardo Acosta, ex-Secretario de Hacienda del Departamento del Tolima; y

2º Envíese el sumario al Juez Superior de Ibagué para lo de su cargo, previa desanotación en el libro correspondiente.

Notifíquese y cópiese.

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

IMPEDIMENTO EN UN MAGISTRADO DEL TRIBUNAL—QUIEN LO RESUELVE EN EL CASO DE QUE EL MAGISTRADO QUE LE SIGUE EN TURNO LO ENCUENTRE INFUNDADO Y ASI LO DECLARE

I—La causal 3ª del artículo 73 de la ley 94 de 1938, a las claras indica con el empleo del infinito *ser*, que la función del pariente apoderado o defensor debe existir al tiempo mismo en que el juez o magistrado expresa el impedimento, pues si es pretérita esa función, o mejor, si el apoderado o defensor, pariente del impedido, *tuvo* aquel carácter y lo perdió en una época anterior a la fecha del impedimento, éste carece de base legal, lo que se corrobora con el uso que del participio pasado de forma compuesta (haber sido) hacen otros ordinales del artículo 73.

II—Si un magistrado del Tribunal se declara impedido para conocer de un negocio y el magistrado que sigue en turno encuentra infundado el impedimento y así lo declara, el superior inmediato que ha de resolver de plano la cuestión no puede ser otro que la Corte Suprema de Justicia.

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

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

Se presenta de nuevo el problema relativo a la aplicación del artículo 74 de la Ley 94 de 1938, porque el magistrado del Tribunal Superior de Pasto, doctor Domingo Sarasty M. manifestó que estaba impedido para conecer del proceso contra Heriberto y Cristóbal Almeida, a quienes se les imputa un doble homicidio, y porque el magistrado que le sigue en turno, doctor C. E. Burbano, consideró infundado el impedimento y dispuso remitir el sumario a la Corte, de acuerdo con dicho artículo 74.

El doctor Sarasty se apoya "en la causal 3ª del artículo 73 del C. de P. P., por parentesco", pues el doctor Luis Eraso Saraty actuó como apoderado de los Almeidas.

Mas el doctor Burbano, con el fin de rechazar el impedimento de su colega, asegura, y es la verdad, que el doctor Luis Eraso Sarasty, fue, no siéndolo ya, apoderado de los presuntos homicidas.

"Los jueces deben declarse impedidos para conocer de procesos criminales, cuando existan respecto de ellos causales de recusación", ordena el artículo 72 de la citada Ley 94.

Y manda el artículo 73 **ibidem**:

"Son causales de recusación:

"....

"3ª Ser el juez o magistrado, o su mujer, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del apoderado o defensor de alguna de las partes".

Se ignora qué grado de consanguinidad o afinidad liga al funcionario impedido, o a su mujer, con el doctor Luis Eraso Sarasty, pero lo cierto es que el empleo del infinito ser, en la causal 3ª, a las claras indica que la función del pariente apoderado o defensor debe existir al tiempo mismo en que el juez o magistrado expresa el impedimento, pues si es pretérita esa función, o, mejor, si el apoderado o defensor, pariente del impedido, tuvo

aquel carácter y lo perdió en una época anterior a la fecha del impedimento, éste carece de base legal, lo que se corrobora con el uso que del participio pasado de forma compuesta (haber sido) hacen otros ordinales del artículo 73.

Y puesto que antes del 13 de mayo último, día de la manifestación del impedimento, había dejado de ser apoderado el doctor Luis Eraso Sarasty, el magistrado doctor Domingo Sarasty M. no está impedido, que fue lo resuelto por el magistrado doctor Burbano.

La intervención de la Corte Suprema en el particular proviene del artículo 74 de la Ley 94 de 1938, que dispone:

"En el auto en que el juez manifiesta el impedimento, ordenará pasar el proceso al juez o magistrado a quien corresponda conocer del asunto. Si el juez o magistrado a quien se pase el expediente hallare fundado el impedimento, aprehenderá el conocimiento. Si lo considerare infundado, enviará el expediente al juez o magistrado inmediatamente superior, quien decidirá de plano la cuestión en fallo motivado. Si el Superior juzgare fundada la causal, remitirá el proceso al juez que debe reemplazar al impedido; si la considerare infundada, devolverá el proceso al juez que se había abstenido, para que siga conociendo de él".

En el auto de 11 de diciembre de 1940 ("Gaceta Judicial" números 1964 y 1965, de enero y febrero de 1941, páginas 562 y 563), la Corte sentó doctrina sobre la interpretación del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, así:

"De la embrollada redacción de este artículo resulta que no existiendo jerarquía de inferior a superior entre los miembros de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, si ocurre que un Magistrado de la respectiva Sala Penal se declara impedido para conocer de un negocio y el Magistrado que sigue en turno encuentra infundado el impedimento y así lo declara, el superior inmediato que ha de resolver de plano la cuestión no puede ser otro que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

"Habría razones de conveniencia práctica para que el incidente lo resolvieran los Magistrados restantes de la Sala, como son las que expone en sus **Comentarios al Código de Procedimiento Penal** el doctor Timoleón Moncada, quien fue miembro de la comisión que lo redactó. Una de ellas es que así se evitarían trámites que perjudican al acusado, especialmente cuando el desacuerdo se suscita entre Magistrados de Tribunales distantes de la capital de la República, sede de la Corte Suprema.

"Sin embargo, la realidad es que se trata de una fórmula nueva cuyo tenor literal no da base para volver al procedimiento de la ley anterior. Habiendo, respecto de los Tribunales, una entidad superior, es más lógico admitir que la expresión 'magistrado inmediatamente superior' se refiere a los de la Corte Suprema de Justicia, lo que a la vez consulta los principios generales de organización judicial y acaso la conveniencia de que, siendo ello posible, el incidente se resuelva por quienes no forman parte de la corporación a que pertenece el Magistrado que lo ha promovido".

De consiguiente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que en el magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctor Domingo Sarasty M., no concurre el impedimento que él expresó para conocer del proceso por homicidio contra Heriberto y Cristóbal Almeida.

Devuélvase el proceso a la mayor brevedad posible, para que el magistrado doctor Sarasty M. siga conociendo de él.

Cópiese y publíquese en la "Gaceta Judicial".

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

AGENTE DE POLICIA MUERTO EN SALAZAR DE LAS PALMAS AL PROVOCAR LA AIRADA RESISTENCIA DEL PUEBLO QUE CONCURRIA A LA CELEBRACION DE UN ACTO RELIGIOSO—POR QUE NO DEBE CALIFICARSE COMO DELITO CONTRA FUNCIONARIO PUBLICO SINO COMO HOMICIDIO EN UN PARTICULAR. APRECIACION DE LOS HECHOS TENIDOS EN CUENTA COMO CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

1—Tomadas en cuenta de manera conjunta todas las circunstancias que rodearon la ejecución del hecho criminoso a que alude el proceso, resulta que los agentes de policía no estaban obrando rigurosamente en su condición de tales al provocar la airada resistencia del pueblo que se sentía con derecho al respeto de sus fueros religiosos. Claro está que no por esto desaparece la gravedad intrínseca del homicidio en la persona de Domingo Contreras; pero teniendo en cuenta todas las circunstancias en que ocurrió, debe considerarse como si se hubiese cometido contra la persona de un particular, pues la conducta atropellada y abusiva de los policías no podía ni puede quedar amparada con la garantía especial que la ley da a los funcionarios públicos al protegerlos contra los ataques de que puedan ser víctimas "por razón del ejercicio de sus funciones". No se les reconoce esa especial protección cuando obran "con pretexto" de ejercer tales funciones. 2—En varias ocasiones ha declarado la Corte que a los Tribunales incumbe apreciar con libertad la prueba sobre la existencia de hechos que consideren circunstancias agravantes o atenuantes. A propósito de circunstancias del delito, la Sala también ha sentado doctrina en el sentido de que en casación puede examinar si los hechos cuya prueba incumbe al Tribunal apreciar han sido erróneamente calificados como agravantes y si a consecuencia de ello hay error en la graduación de la pena. 3—En el caso de autos la agravante del lugar donde ocurrió el homicidio no debe cargársele al procesado, porque éste no buscó el sitio para delinquir; y si el hecho ocurrió a inmediaciones de un sitio que se podía considerar como transitoriamente sagrado, debe tenerse en cuenta que si se reputa sagrado el lugar con relación al homicidio, forzoso resulta admitir también que los agentes de policía fueron quienes primero lo profanaron.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo).

El Tribunal Superior de Pamplona condenó a Rafael Rojas a la pena de doce años de presidio, calificando en segundo grado la delincuencia, y como responsable de delito contra empleado público en la persona del agente de policía Domingo Contreras y de homicidio en este mismo, hecho ocurrido el año de mil novecientos treinta y tres, es decir, en época muy anterior a la reforma penal.

Interpuesto recurso de casación por el procesado y cumplidos en la Corte los trámites correspondientes, el señor Procurador conceptuó así:

"En un sintético escrito, propio para una instancia, afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en errada aplicación de la ley penal, porque lo condenó sin estar debidamente establecido que él fuera el autor del homicidio, lo que implica también una equivocación respecto del nom-

bre del verdadero responsable. Asímismo, critica que el Tribunal aceptó circunstancias agravantes para elevar la penalidad, sin estar ellas plenamente probadas.

"El recurrente, como se ve, sólo se limita a hacer simples afirmaciones, sin ensayar una demostración al respecto, como lo requiere la naturaleza extraordinaria del recurso de casación. No citó tampoco ninguna de las causales consagradas por el artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

"Y como la Procuraduría encuentra que la sentencia de segunda instancia está ceñida a los hechos y conforme al derecho, se abstiene de ejercer la atribución que le confiere el artículo 6º de la Ley antes citada.

"En consecuencia, este Despacho pide atentamente a la H. Corte que declare desierta la casación".

Verdad, como lo dice el señor Procurador, que el escrito de Rojas es demasiado sintético; pero en él se destacan párrafos que aun cuando no citan por sus correspondientes números las causales de casación a las cuales se acoge el procesado, sí enuncian con claridad los motivos por los cuales cree tener derecho a este recurso extraordinario. Tales motivos son: indebida aplicación de la ley penal por haberse calificado en segundo grado la delincuencia, cargándole al efecto, equivocadamente, circunstancias agravantes; y error en la apreciación del delito contra empleado público, "la que ni la misma persona del agente quedó definida durante la investigación", dice Rojas.

Planteados así los cargos contra la sentencia, la Corte no debe eludir el análisis de ellos y procede a estudiarlos, previo un somero recuento de los hechos.

En un sitio rural denominado Montecristo, municipio de Salazar, Departamento Norte de Santander, el señor Presbítero Alfredo Cala Philips daba una misión el diez de enero del año de mil novecientos treinta y tres. Se estaban celebrando los actos religiosos del caso, en las horas de la mañana y ante numeroso concurso, cuando llegaron allí cuatro soldados del ejército y luégo tres agentes de la Policía Nacional acompañados de dos particulares: todos venían del corregimiento de San José de Avila e iban de paso para la población de Salazar: así lo relata el Tribunal de Pamplona en el auto de enjuiciamiento y en la sentencia.

Como en aquella época se hallaban tan exacerbadas las pasiones políticas y había surgido enconada animadversión entre una parte del pueblo y los agentes de la fuerza pública enviados a pacificar, según se decía entonces, el sacerdote que presidía el acto religioso, al ver la llegada de aquellos soldados y policías, vino hacia ellos y dirigiéndose al agente Juan de Dios Caro, le preguntó qué objeto o motivo los llevaba por allí, insinuándole al propio tiempo la conveniencia de que siguiesen de largo su camino, temeroso el sacerdote de que pudiera ocurrir algún conflicto entre ellos y los feligreses que asistían a la misión. Es de advertir que el Dr. Cala, como dice el Tribunal, "parece que había obtenido de las autoridades superiores previa promesa de que no irían allí con comisiones en el curso de la misión". "El agente Caro, agrega el Tribunal, en forma descomedida e imprudente, le contestó al sacerdote que él (Cala) no mandaba en los agentes y que podía por tanto estar allí hasta que le diera la gana".

Declara el agente Caro que en esos momentos vio como ocultos en una tienda a tres individuos sospechosos y que Juan de Jesús Gutiérrez, acompañante de los policías, le informó que aquellos sujetos eran Martín Cárdenas y Francisco Díaz. Agrega Caro que como él sabía que contra éstos había orden de captura por sindicárseles de delitos, se dispuso a efectuar la aprehensión de los nombrados y que para eso pidió apoyo de los soldados. La contestación irrespetuosa de Caro al sacerdote, así como el alboroto suscitado por el intento posterior de efectuar capturas no justificadas, y esto en el lugar y momentos en que se llevaba a cabo un acto religioso "produjeron su reacción,

comenta el Tribunal, y muchos por propio y espontáneo impulso, en actitud hostil se lanzaron contra los agentes, formándose un bochinche o pleito en el cual Domingo Contreras recibió una herida". Este Contreras era uno de los agentes de policía y murió tres días después a consecuencia de la herida.

Se sindicó a Sabas Rojas como cómplice de la muerte del agente Contreras; y luégo a Rafael Rojas, hijo de Sabas, como autor; Sabas murió en la cárcel el diecinueve de marzo de mil novecientos treinta y tres, y las diligencias continuaron instruyéndose contra Rafael Rojas, quien fue reducido a prisión el veintiséis de julio de mil novecientos treinta y siete (fs. 99), y posteriormente el Juzgado Superior de Cúcuta lo llamó a juicio "por el delito de homicidio en la persona del agente de la Policía Nacional, en ejercicio de sus funciones, Domingo Contreras, hecho que el Código Penal define y castiga en sus Libros 2º y 3º, Títulos 4º y 1º, Capítulo 1º, respectivamente.

Primer cargo contra la sentencia relativo a error en la apreciación de los elementos constitutivos de delito contra empleado público.

A folios 25 y 96 v. del informativo figuran autos de ampliación del sumario en los cuales se ordena allegar todos los datos conducentes a establecer que los agentes de policía arriba citados se hallaban en ejercicio de sus funciones la fecha del delito, que estaban uniformados, que cumplían comisión oficial, y que Rafael Rojas y compañeros conocían estas circunstancias. Por desventura para la investigación sólo se logró aducir la prueba del nombramiento y posesión (fs. 112 y 113), pero no los demás datos. Ni siquiera está demostrado que contra los sujetos a quienes el agente Caro acuciosamente resolvió capturar hubiese orden de prisión.

En lo referente a los soldados y a la comisión que por aquellos contornos llevaban, figura a fs. 33 del sumario el informe que el Comando del Retén Militar de Salazar rindió a solicitud del funcionario instructor, informe que dice así:

"Salazar, 1º de marzo de 1933—Al Juzgado Municipal de Salazar—INFORME: De acuerdo con su oficio llegado a esta Oficina, me permito dar el siguiente informe:

"Que el día nueve de enero del año en curso, se presentó el señor Miguel Latiff en esta Oficina trayendo un requerimiento expedido por la Alcaldía Municipal, en el cual solicitaba el auxilio de la tropa a mi mando para trasladarse a la ciudad de Ocaña. De acuerdo con el requerimiento, se le nombró una escolta que la componían los siguientes soldados: José del C. Ramírez, Vidal Santos, Juan de los Santos Suárez y Gabriel A. Pérez.

"Se nombró encargado de la escolta al soldado José del C. Ramírez, quien recibió la orden de marchar escoltando al señor Latiff hasta San José de Avila.

"No era otro el carácter de la comisión, sino asegurar la vida y los intereses del señor Latiff.

"Todos los soldados del Batallón Santander lucen el uniforme reglamentario siempre.

"De acuerdo con su oficio Nº 3, se presentan en esa Oficina a declarar lo que les conste los soldados José del C. Ramírez y Juan de los Santos Suárez acerca del delito de asesinato cometido en el agente de la Policía Nacional Domingo Contreras el día diez de enero del año en curso, fecha en que regresaba la comisión que había salido a cargo del soldado Ramírez escoltando al señor Miguel Latiff.

"Los soldados Vidal Santos y Gabriel A. Pérez no se presentan en esa Oficina por no encontrarse en esta Guarnición.

"Atentamente,

"(Firmado) **Ernesto Bautista**
Tte. Cdt. Cp."

Queda, pues, en claro, que los soldados habían ido únicamente escoltando al señor Miguel Latiff en viaje hacia Ocaña. De regreso salieron de San José de Avila

hacia Salazar y según parece, de modo fortuito o casual, con los agentes de policía.

En lo que hace a los policías, se sabe, por declaración del agente Juan de Dios Caro, imprudente protagonista de los sucesos, que a él y a sus compañeros Barreto y Contreras se les había mandado esa mañana en San José de Avila trasladarse a Salazar y ponerse allí a órdenes del sargento 1º Luis María Córdoba, "para luégo seguir a Cúcuta en calidad de promovidos". (Folios 2 y 93 v.)

No iban a Montecristo y éste era para ellos simplemente un lugar de tránsito en el cual tampoco les incumbía desempeñar funciones de su cargo. Aquí se hace preciso repetir que el sacerdote misionero "había obtenido de las autoridades superiores previa promesa de que no irían a molestar allí con comisiones en el curso de la misión", según lo afirma el Tribunal de Pamplona tanto en el auto que confirmó el enjuiciamiento como en la sentencia.

Inmotivada fue la presencia de los agentes de policía en el lugar de la misión y en los momentos en que la multitud congregada asistía a la celebración de los correspondientes actos religiosos; e insólita fue la conducta del agente Caro, pues en lugar de atender a la prudente insinuación del sacerdote para que soldados y policías siguiesen su camino, la rechazó en forma airada y descortés. A esto se agrega la intempestiva actuación de la policía que el mismo Caro relata así:

"Momentos después y como yo viera a tres individuos sospechosos ocultos en una tienda, llamé a Juan de Jesús Gutiérrez, para que me dijera quiénes eran; y éste, al verlos, me dijo que eran Martín Cárdenas y Francisco Díaz y otro a quien no pudo conocer, porque al vernos, salieron en carrera y se metieron dentro del tumulto. Como yo supiera que los tales individuos Cárdenas y Díaz figuran en algunas requisitorias por sindicárseles de delitos graves, me dirigí hacia donde estaba Cárdenas, acompañado de los agentes, y procedí a efectuar la captura. Visto lo cual por el populacho allí reunido, se me avalanzaron, encabezados por el Cura Cala, quien gritaba que él no permitía que sacaran de ahí a ninguno de los católicos que estaban presentes".

Este pasaje de la declaración de Juan de Dios Caro, corroborada con la de su compañero el agente de policía Gumersindo Barreto, muestra el ánimo pendenciero o al menos la indiscreción con que ellos estaban procediendo, pues bien extraño resulta que a Caro se le hubiese ocurrido, ante el reclamo del Padre Cala, y en vez de atenderlo, avizorar entre los concurrentes a la misión a dos o tres sujetos desconocidos para él y simplemente por haberle parecido sospechosos; y es muy raro que al averiguar por sus nombres a Juan de Jesús Gutiérrez, ocurriera otra casualidad, cual es la de que aquellos sujetos tuviesen cuentas pendientes con la justicia, según dice Caro. Es lo cierto que en poder de éste no había boleta u orden escrita de captura contra los que trató de aprehender; y que del expediente tampoco aparece que estuviesen requisitoriados por autoridades judiciales.

Si el sacerdote que dirigía la misión había conseguido de los funcionarios civiles la promesa de que la policía no habría de perturbar, so pretexto de comisiones, los actos religiosos que se efectuaban en el paraje de Montecristo durante aquella misión; si los agentes Barreto, Caro y Contreras, más los soldados y dos o tres particulares que los acompañaban no traían a Montecristo función o encargo especial, pues, por el contrario, los agentes tenían orden de ir a Salazar a ponerse allí al mando de un sargento para seguir hacia Cúcuta; si la inesperada presencia de aquellos agentes de la fuerza pública hubo de extrañar al pueblo religioso allí reunido y de inspirar al sacerdote Dr. Cala fundado temor de un encuentro entre aquellos dos elementos hostiles; si ante la amistosa admonición del misionero para que siguiesen su camino, soldados y policías se envalentona-

ron éstos en forma no sólo de irrespetarlo públicamente sino que los llevó a pretender la captura de algunos concurrentes a la misión a quienes el agente de policía Caro confiesa que ni siquiera los conocía, si todas estas circunstancias se toman en cuenta de manera conjunta, resulta que los agentes de policía no estaban obrando rigurosamente en su condición de tales al provocar la airada resistencia del pueblo que se sentía con derecho al respeto de sus fueros religiosos.

Claro está que no por esto desaparece la gravedad intrínseca del homicidio en la persona de Domingo Contreras; pero teniendo en cuenta todas las circunstancias en que ocurrió, debe considerarse como si se hubiese cometido contra la persona de un particular, pues la conducta atropellada y abusiva de los policías no podía ni puede quedar amparada con la garantía especial que la ley da a los funcionarios públicos al protegerlos contra los ataques de que puedan ser víctimas "por razón del ejercicio de sus funciones". No se les reconoce esa especial protección cuando obran "con pretexto" de ejercer tales funciones.

Cae, pues, por su base el cargo específico de delito contra funcionario o empleado público, por el aspecto de haberse incurrido en error sobre los elementos integrantes de ese delito, o sea, por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Segundo cargo contra la sentencia, indebida aplicación de la ley penal por error al graduar la delincuencia, proveniente de apreciación equivocada acerca de las circunstancias agravantes.

La sentencia del Tribunal dice al respecto:

"La delincuencia ha sido calificada en grado medio de manera jurídica, porque concurren agravantes como el haberse ejecutado el delito cuando la víctima se encontraba en condiciones de inferioridad, esto es, a traición, así como el lugar donde se sucedió el hecho; al lado de atenuantes como la falta de ilustración, la buena conducta anterior y ser el primer delito".

Dice sobre esto el recurrente:

"La H. Corte Suprema de Justicia, en interpretación clara de las normas legales que regulan el procedimiento penal, ha sostenido que las circunstancias de agravación de la delincuencia deben estar plenamente establecidas en el proceso, para que sobre ellas se realice por el juzgador la determinación del grado o entidad del delito; y también de la sanción aplicable. De modo que si no existe dicha prueba entonces no es lícito tener en consideración esas agravantes, sino desecharlas, a fin de no incurrir en excesos aberrantes y censurables como ahora acontece".

Descaminado anda el recurrente sobre este particular; la doctrina es otra.

En varias ocasiones ha declarado la Corte que a los Tribunales incumbe apreciar con libertad la prueba sobre la existencia de hechos que consideren circunstancias agravantes o atenuantes; de manera que no podría prosperar el recurso por este aspecto del motivo que se invoca.

Pero en cambio, y a propósito del mismo asunto, circunstancias del delito, la Sala también ha sentado doctrina en el sentido de que en casación puede examinar si los hechos cuya prueba incumbe al Tribunal apreciar han sido erróneamente calificados como agravantes y si a consecuencia de ello hay error en la graduación de la pena. Y puesto que tal cuestión se halla dentro del motivo que aduce el recurrente, aunque por aspecto distinto del que él propone, la Sala pasa a examinar si al respecto hay error en la sentencia.

La agravante del lugar donde ocurrió el homicidio no debe cargársele al procesado, porque éste no buscó el sitio para delinquir; y si el hecho ocurrió a inmediaciones de un sitio que se podría considerar como transitoriamente sagrado, debe tenerse en cuenta que si se reputa sagrado el lugar con relación al homicidio, forzoso resulta admitir también que los

agentes de policía fueron quienes primero lo profanaron.

Pero aceptando la pluralidad de atenuantes y agravantes, se ve que el Tribunal incurrió en error al aplicar la pena, porque a pesar de decir que la delincuencia debía calificarse en el segundo grado, no echó de ver que el juez había aplicado diez años de presidio en vez de los nueve años correspondientes al homicidio calificado en grado medio según el artículo 600 del Código Penal de 1890. Este exceso de un año se explicaría como aumento de la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo, si las agravantes, cuantitativa y cualitativamente, superasen a las atenuantes.

En el caso de autos el Tribunal reconoce tres de estas últimas: falta de ilustración, buena conducta anterior y ser el primer delito por que se juzga a Rafael Rojas. A éstas debe agregarse la provocación del momento que causó en su ánimo el arrebato súbito de una pasión violenta; y quedan en pie las agravantes de osadía y traición. La calidad de agente de policía, si no alcanza a ser constitutiva del delito específico contra empleado público, sí podría tomarse también en cuenta como agravante.

Resultan así cuatro atenuantes y tres agravantes que indican como lo más equitativo atenerse al segundo grado en la calificación de la delincuencia, sin disminuciones ni aumentos: en síntesis, la pena correspondiente al delito de homicidio no debe ser la de de diez años de presidio que el Tribunal fijó, sino de nueve años.

De suerte que este recurso debe prosperar también por la casual de casación, en lo tocante a la cuantía de la pena que por el homicidio se impuso.

Al infirmar la sentencia corresponde a la Corte proferir la que debe reemplazarla para lo cual no se hacen necesarios más considerandos: la causal de error sobre la prueba del cuerpo del delito impone la absolución del procesado por el cargo de delito contra empleado público; y la de indebida aplicación de la ley penal en lo que hace al delito de homicidio lleva a la Sala a modificar el guarismo de la pena por razón de la concurrencia de múltiples atenuantes con las agravantes, como quedó explicado.

En virtud de las razones expuestas la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el parecer del señor Procurador de la Nación 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 Pamplona, fechada el veintinueve de marzo del presente año, que impuso a Rafael Rojas la pena principal de doce años de presidio como responsable de delito contra empleado público y de homicidio, ejecutados uno y otro en la persona de Domingo Contreras, agente de la Policía Nacional;

2º—Absuélvese a Rafael Rojas del cargo de delito con empleado público;

3º—Condénase al mismo Rafael Rojas, por la muerte de Domingo Contreras, a la pena principal de nueve años de presidio, que cumplirá en el lugar de castigo que el Gobierno designe: de este tiempo se le descontará el que lleva en detención preventiva;

4º—Condénase también a Rafael Rojas a la suspensión por tiempo indefinido de los derechos políticos, a la pérdida de todo empleo o cargo oficial y de toda pensión pagadera por el Tesoro Público, al pago de las costas procesales y a la pérdida, por vía de multa y a favor de la Nación, del arma con que cometió el delito.

El Juzgado de origen dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 994 de 1934 para la anotación de la sentencia en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

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

NO ES ALEGABLE LA DEFICIENCIA DE PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL RECURSO DE CASACION. — COMO DEBE ENTENDERSE LA SEGUNDA CAUSAL DE CASACION EN EL ARTICULO 567 DE LA LEY 94 DE 1938.

1º En el recurso extraordinario de casación no puede plantearse el argumento de que es incompleta la prueba de la responsabilidad de un reo, si se trata de juicios por jurado, pues el veredicto no contradictorio y no opuesto a la evidencia marca en firme esa responsabilidad por más deficiente que sea su prueba en el proceso.

2º La causal que con el número 2º está en el artículo 567 de la Ley 94 de 1938, viciosa y oscuramente redactada, sin duda es del todo aplicable a los recursos de casación cuya base sea un fallo de los que cita el artículo 557 (sentencias de Tribunales Superiores proferidas en procesos de que conocen los Jueces de Circuito, por infracciones que tengan un máximo de privación de la libertad de cinco años o más), aun cuando podría presentarse una confusión de las causales 1ª y 2ª en el caso de que el error de interpretación o apreciación de los hechos se ligara con "circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

3º En los procesos de que conocen los Jueces Superiores con intervención del jurado, la causal de casación del número 2º del artículo 567 no se circunscribe al solo problema de un yerro en la estimación de la prueba del cuerpo del delito, pues la errónea interpretación o apreciación de los hechos en cuanto sean elementos *eximentes* de la responsabilidad, comporta el fenómeno del veredicto *condenatorio* contrario a la evidencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

VISTOS:

Al homicidio de que fue víctima Ernesto Rueda por obra de Miguel Angel López, en la ciudad de Cali, la noche del 11 de octubre de 1938, se le dio la denominación de asesinato, pues hubo premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y el agresor ultimó a Rueda en circunstancias de indefensión e inferioridad como la insidia y la alevosía.

Resueltos afirmativamente por el Jurado los cuestionarios respectivos, el Juez 1º Superior de Cali impuso a López la pena principal de veinte años de presidio (artículo 363 del Código de 1936), y el Tribunal confirmó el fallo.

Contra esa sentencia del Tribunal Superior de Cali ha interpuesto recurso de casación el reo, quien invoca las causales de los números 2º, 3º y 5º del artículo 567, Ley 94 de 1938.

Sólo trata López de sostener el motivo del número 2º, y a éste se concretará la Sala, ya que sobre los otros guardó silencio el recurrente y por lo mismo se ignora en qué pueden consistir.

Aquella causal o motivo dice:

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído 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 pro-

ceso, 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 influído en la determinación de la sanción".

Cree Miguel Angel López que el sentido de la causal copiada alcanza a comprender lo que alegó él en su demanda, la cual se reduce a impugnar los testimonios del occiso y de Benilda Angrino y Miguel Vicente Escobar.

López expresa que no merece crédito la acusación de Rueda, porque "el finado no valía nada" en atención a que era un sujeto peligroso, cuya muerte favoreció a la sociedad en vez de perjudicarla; que la Angrino, una prostituta, mintió, por haber declarado tardíamente (el 16 de enero de 1939), por hablar de una sola puñalada, habiendo sido dos, y porque no se practicó el reconocimiento que exige el artículo 370 de la Ley 94 de 1938; y que tampoco vale la atestación de Escobar (rendida el 31 de ese mes de enero de 1939) porque no presenció el suceso.

Semejante impugnación o crítica, propia de las instancias del proceso e inoportuna en el recurso extraordinario de casación, evidentemente es ajena del entendimiento y signifilado de la causal que se estudia, puesto que no es admisible plantear en ese recurso el tema de **falta de prueba de la responsabilidad**, si el juicio se decidió con intervención del Jurado. El veredicto no contradictorio y no opuesto a la evidencia sella la responsapilidad del reo, por más deficiente o incompleta que sea la prueba de dicha responsabilidad. Y es que al Jurado lo deja libre la ley en orden a estimar racionalmente las probanzas y formarse su íntima convicción acerca de lo que se le pregunta, bastándole para ello cualquier dato demostrativo.

Para intentar la Corte una explicación de la causal discutida, es interesante transcribir las opiniones del señor Procurador Delegado sobre el particular, que son así:

"La amplitud con que está concebida la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal desnaturaliza el recurso de casación y lo convierte en una tercera instancia, puesto que faculta a la Corte para avocar ilimitadamente el estudio de todas las cuestiones fundamentales del proceso, como son el cuerpo del delito, la responsabilidad y las circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción, con lo cual implícitamente queda también autorizada la Corte para anular o modificar la pena impuesta por el Tribunal, aunque la causal 1ª no se haya invocado.

"Esto en cuanto al fondo de la causal, que en lo atinente a la redacción de ella es también defectuosa, porque confunde la apreciación de los hechos materia del proceso con el análisis de la prueba de esos mismos hechos, que es cosa distinta.

"Ahora bien: la soberanía que la dicha causal concede a la Corte en casación no puede ir hasta desquiciar el régimen procedimental y técnico establecido por el mismo legislador para cierta clase de juicios, como son los que se siguen con intervención del Jurado.

"En efecto, en estas causas por Jurado corresponde a ellos exclusivamente la calificación de los hechos criminosos, y su veredicto es la base para la sentencia (artículos 480 y 537 del Código de Procedimiento). Es decir, el juzgador está subordinado en su fallo final a lo que diga el veredicto, cuando éste no haya de ser declarado injusto. De ahí que la sentencia deba estar en completa armonía con el acto de proceder y con las resoluciones del Jurado.

"Cuando el Juez estima que el veredicto peca contra la evidencia de los hechos, no puede él, **motu propio**, prescindir de ese veredicto y proceder inmediatamente a dictar el fallo que se amolde a la situación jurídica planteada por las pruebas del proceso sino que le es forzoso invalidar la de-

cisión del Jurado por medio de la correspondiente declaratoria de injusticia, a fin de que otros jueces de hecho vuelvan a calificar los cargos formulados en el auto de proceder. Y sólo así, como culminación de estas nuevas resoluciones del Jurado, puede el juez de derecho dictar su sentencia definitiva, amoldándola siempre al veredicto.

"Pues bien: al proceder en casación como lo pretende el recurrente, esto es, penetrando en el análisis de las pruebas de la responsabilidad para fallar sobre la inocencia del acusado y decretar su absolución, con prescindencia absoluta del veredicto, ello equivaldría a suprimir de un tajo, por medio de una sentencia del órgano jurisdiccional, la institución del Jurado y todo un capítulo del código de procedimiento penal; y una conclusión de éstas, que lleva a tan notorio absurdo, no puede ser jurídica.

"Con la tesis del recurrente bastaría, para anular un segundo veredicto proferido por consecuencia de una declaratoria de injusticia —que es ya 'definitivo' según la expresión de la ley— interponer el recurso de casación y demandar la sentencia con base en la causal segunda. Así, lo 'definitivo', lo intocable, lo firme para el Juez y el Tribunal, que gozan de una mayor amplitud y soberanía en las instancias del juicio, vendría a convertirse en inexistentente. modificable o resoluble ante la Corte en un recurso extraordinario y restringido como el de casación, en el que el objeto demandado es la sentencia misma del Tribunal Superior y con el cual recurso puede perseguirse precisamente el respeto integral del veredicto cuando el fallo está en desacuerdo con él (causal 3ª).

"Aún más: si el nuevo Código de Procedimiento no permite siquiera que la Corte en casación decida sobre la declaratoria de injusticia del veredicto, como lo consagra la Ley 118 de 1931, menos puede pensarse que ella sí tenga el poder de desconocer total o parcialmente las resoluciones del Jurado para entrar de lleno a fallar sobre la responsabilidad de un acusado. Aquí sí cabe el aforismo según el cual quien no puede lo menos, tampoco puede lo más.

"Pero se dirá entonces que la causal 2ª de casación no tiene ningún objeto y está de más en el Código. A ésto se responde que ella sí es procedente y eficaz cuando se discute la existencia del cuerpo del delito, o cuando se alega esa causal en juicio de que no conoce el Jurado sino directamente el Juez de derecho. Puesto que el legislador estableció esa causal en forma que no consulta la técnica, según se deja esbozado, es preciso buscarle un fin práctico en la casación, que no puede ser otro que el que acaba de indicarse.

"Conclúyese, por lo tanto, que la causal segunda aducida por el acusado, y que tiende a obtener su absolución por no estar probada la responsabilidad, es impertinente en casación.

"En consecuencia, la Procuraduría pide atentamente a la honorable Corte que deseche el recurso de casación a que se ha hecho referencia".

No anda extraviada la Procuraduría en sus reparos al motivo de casación que con el número 2º está en el artículo 567 de la Ley 94 de 1938, causal que ciertamente se redactó con viciosa oscuridad.

Mas peca por defecto el fin práctico que a la causal quiso buscarle el señor Procurador.

Procedente y eficaz es ella, sin duda, para los recursos de casación que tengan como base las sentencias citadas en el artículo 557, es decir, los fallos pronunciados por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en procesos de que hayan conocido los Jueces de Circuito y que contemplen delitos que el Código reprima con un máximo de pena privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años, aun cuando subsistiría una confusión de causales si el error de interpretación o apreciación de los hechos se enlaza con "circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción". Deducida la pena por el influjo de

circunstancias que nazcan de interpretación o apreciación erradas de los hechos, ora porque se les atribuya un valor probatorio que no tienen, o bien porque se les niegue el que sí tienen, o porque no se les tome en cuenta hallándose acreditados en el proceso, la equivocación llevaría a la Corte a invalidar el fallo para modificar la pena que el Tribunal impuso, resultado idéntico al de la causal de errónea interpretación de la ley penal o de aplicación indebida de la misma.

El fin práctico que indica el señor Procurador para la causal del número 2º del artículo 567, en procesos de que conocen los Jueces Superiores con intervención del Jurado, fin de acción acortada, a juicio de la Sala se extiende a algo más que al solo problema de un yerro en la estimación de la prueba del cuerpo del delito.

Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí comportan, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de su demostración en el expediente, el debate se dirige a lo principal de la materia en que consista la infracción de la ley penal, "siempre que sean elementos constitutivos del delito" aquellos hechos mal interpretados o mal apreciados. Fue variada, pues, no más que la forma de la causal 3ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931.

Pero, también, la errónea apreciación o interpretación de los hechos en cuanto sean elementos eximentes de la responsabilidad, abre campo al fenómeno del veredicto condenatorio contrario a la evidencia. La Sala no olvida que la causal de injusticia notoria del veredicto se sujetaba en la Ley 118 de 1931 al requisito del previo debate de la cuestión ante el Juez o el Tribunal, requisito que no exige la nueva ley para la contingencia comentada.

Y no es que el Código de Procedimiento Penal impida a la Corte considerar ese fenómeno de un veredicto que a la evidencia repugna. Lo que ocurre es que, cambiada también la expresión o fórmula de la causal 5ª de los citados artículo y ley, subsiste tal contingencia, sobre todo para los veredictos afirmativos de la responsabilidad.

Si así no fuera, ningún efecto producirían la invocación que se hiciese de la causal segunda y la justificación ante la Corte de que por error de interpretación o apreciación de los hechos, como aparece ese error detallado en dicha causal, se condenó a un reo cuando las condiciones de ejecución del supuesto delito revelen un franco elemento eximente de responsabilidad, conforme al Código Penal.

Y en lo que atañe a error de interpretación o apreciación de los hechos como elementos determinantes o modificadores de la responsabilidad, o como circunstancias que hayan influído en la determinación de la pena, de qué manera se puede ajustar la causal segunda a los juicios con intervención del Jurado?

Todavía no es madura ocasión de contestar adecuadamente a esa pregunta, debido a las naturales dificultades que surgen de la aplicación de una ley nueva, mientras los casos concretos vayan presentando la oportunidad de establecer la doctrina completa sobre aplicación de la causal 2ª a las sentencias en juicios por Jurados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo en el fondo con el parecer del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación que Miguel Angel López hizo valer contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali que lo condenó a veinte años de presidio por haber dado muerte a Ernesto Rueda.

Devuélvase el expediente.

Notifíquese, cópiese, e insértese en la Gaceta Judicial.

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

RECURSO DE CASACION ANTE LA LEGIS LACION ANTIGUA Y LA ACTUAL.—LA PARTE CIVIL ES QUIEN PROPONE O SOSTIENE EL RECURSO.

Contemplado el recurso a la faz de la legislación antigua, es claro que la providencia del Tribunal no era susceptible de él, por no imponer pena restrictiva de la libertad de seis años o más; aparte de que ni la ley 78 de 1923 ni la 118 de 1931 reconocían derecho al acusador particular para interponer casación. Pero aun dentro de la ley nueva tampoco sería procedente ésta porque el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal da derecho a la parte civil para recurrir en casación pero "contra sentencias *condenatorias* (subraya la Corte), en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557 en lo referente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos".

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El juez del circuito penal de Ibagué sobreseyó definitivamente en favor de Luis Alberto Sabogal Castellanos, sindicado de bigamia, por estar prescrita la acción penal, y el Tribunal Superior de Ibagué confirmó dicha providencia.

Como el doctor Jorge Altuzarra Lesama, representante de la acusación particular (o parte civil según la llama el nuevo código), hubiese pedido al Tribunal la revocación de su auto, revocación que dicha entidad le negó, el doctor Altuzarra, al ser notificado, manifestó que interponía recurso de casación.

Negó también el Tribunal la concesión de este recurso, fundándose en que la ley 78 de 1923 aplicable a procesos antiguos, como éste, sólo permitía otorgarlo en caso de sentencia condenatoria a pena no menor de seis años de presidio, reclusión o prisión, caso que está muy lejos de ser el de Luis Alberto Sabogal Castellanos, contra quien no se ha proferido sentencia condenatoria a pena de esa cuantía sino, por el contrario, auto de sobreseimiento.

Insistió el doctor Altuzarra en que se le otorgase traer en casación el asunto y al efecto pidió reposición de este nuevo auto del Tribunal solicitando, en subsidio, la expedición de copias para recurrir de hecho ante la Corte.

En escrito dirigido a esta Sala dice el doctor Altuzarra que las normas actuales de la acusación privada son las mismas de la acción civil y "dan poder a ambas partes para interponer la casación de fallos condenatorios y absolutorios, clase la última comprensiva de los liberatorios como los de prescripción puesto que son interlocutorios con fuerza de sentencia". Y argumenta, por otra parte, que Sabogal Castellanos cometió no sólo el delito de bigamia sino también el de estupro y que la prescripción se mide por la pena de ambos; "luego es procedente la casación, agrega el doctor Altuzarra, y, antes, el recurso de hecho para alcanzarla".

Observa la Corte:

Contemplado el recurso a la faz de la legislación vigente cuando se tramitaba el proceso, es claro que la providencia del Tribunal no era susceptible de ese recurso, por no ser impositiva de pena restrictiva de la libertad de seis años o más; aparte de que ni la ley 78 de 1923 ni la

118 de 1931 reconocían derecho al acusador particular para interponer casación.

Verdad es que la Corte por sentencia fechada el 13 de mayo de este año declaró inexequible en parte el artículo 722 del nuevo Código de procedimiento penal en cuanto sustrae los procesos iniciados antes del 1º de julio de 1938, 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", dice expresamente aquella sentencia.

Y como en el caso de que se trata ni el acusado es recurrente ni la casación podría traerle ventaja alguna, el Tribunal hizo bien al atenerse a la antigua ley para negar el recurso.

Por supuesto que aun dentro de la ley nueva tampoco sería procedente éste porque el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal da derecho a la parte civil para recurrir en casación pero "contra las sentencias condenatorias (subraya la Corte), en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557 en lo referente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos".

En el presente caso no se trata de sentencia condenatoria, ni se interpone el recurso en lo referente a indemnización de perjuicios, pues el propio doctor Altuzarra ha pretendido recurrir en casación para finalidad bien diferente: la de que se declare no prescrita la acción penal y se considere que Sabogal Castellanos es reo de bigamia y estupro, no simplemente de bigamia.

En virtud de los considerandos que preceden la Corte Suprema, Sala de casación penal, declara que no es admisible el recurso de casación interpuesto de hecho por el doctor Jorge Altuzarra Lezama contra la providencia del Tribunal Superior de Ibagué que negó la concesión de tal recurso en el proceso seguido contra Luis Alberto Sabogal Castellanos por el delito de bigamia, proceso en que dicho Tribunal confirmó el auto de prescripción o el sobreseimiento definitivo dictado por el juez del circuito penal de Ibagué.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal Superior de Ibagué e insértese en la **Gaceta Judicial.**

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

REQUISITOS DE LA PRUEBA SOBRE ABANDONO DEL EMPLEO—ACUSACION CONTRA UN JUEZ DE CIRCUITO.

La Corte confirma la tesis del Tribunal de San Gil en el sentido de que para que haya abandono del empleo y éste sea punible, la prueba del cargo debe ser digna de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio y referirse a hechos concretos y precisos que establezcan plenamente el número de días y las fechas en que el abandono se produjo. Si fuere testimonial, el testigo debe dar razón aceptable de su conocimiento, para que lo aseverado por él sea tenido en cuenta y sirva de fundamento probatorio. De lo contrario, podría darse el caso de que una acusación temeraria prosperara, si el funcionario o empleado se retirara o ausentara del lugar donde debe residir o debe desempeñar sus funciones, y el retiro o ausencia se efectuara en uso de licencia, o en días feriados o de vacancia, o con el fin de practicar alguna diligencia en cumplimiento de sus deberes de tal.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El Tribunal Superior de San Gil ha remitido en consulta a la Corte la sentencia absolutoria proferida a favor del doctor Ezequiel de J. Segura, ex-juez del circuito de Vélez procesado por infracción de alguna o algunas de las disposiciones del Capítulo V, Título X, Libro Segundo del Código Penal de 1890.

Al negocio se le han dado los trámites correspondientes y es llegado el momento de resolver.

El señor Procurador manifiesta que se abstiene de conceptuar en esta causa por haberse adelantado ella según los trámites extraordinarios del viejo Código en los cuales, según estima el señor Procurador, no hay lugar a que se le dé traslado.

De autos aparece que el Personero Municipal de Vélez, por medio de oficio fechado el veintiuno de abril de mil novecientos treinta y ocho, elevó queja ante la Procuraduría General de la Nación contra el Juez Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad, doctor Ezequiel de J. Segura, por abandono del empleo.

Respaldó esta queja con los testimonios de los señores José de J. Valbuena, Faustino Vásquez, Matías Cabanzo, Félix R. Ariza y Segundo Zafra, quienes dicen que el doctor Segura solía ausentarse del Juzgado y aun trasladarse al Departamento de Boyacá por varios días y que esto ocurría casi todos los meses.

La Procuraduría envió la queja con la prueba sumaria al Tribunal Superior de San Gil, entidad que levantó la investigación, terminada la cual dictó auto de proceder en juicio de responsabilidad contra el citado doctor Segura por los trámites extraordinarios.

El enjuiciado se defendió por sí mismo y adujo en su defensa los testimonios de varios abogados de Vélez como los doctores José Isaías Gómez Afanador, Jovino

Serrano, Darío Gómez Parra y Fortunato Pinzón Murillo, quienes en declaraciones rendidas ante autoridad competente y también en la forma de certificado suscrito además por los doctores Ramón Olarte Téllez y Luis Mejía, manifestaron que la actuación del doctor Segura en el desempeño de sus funciones "ha sido ceñida estrictamente al cumplimiento fiel y oportuno de todas sus obligaciones"; además de que por "su versación científica, su extensa práctica, la pulcritud de sus maneras privadas y oficiales, su rectitud e integridad ejemplares, ha sido una garantía en ese circuito, como juez celoso defensor de los fueros de la justicia y de su recta administración".

Declaran también los abogados de Vélez que en los varios negocios que ante el Juzgado Civil han ventilado no han encontrado demora alguna imputable a negligencia del juez doctor Segura, quien se "ha distinguido como el que más en mantener el despacho de todos los asuntos de que ha conocido, dentro de los términos legales, siempre al día, así en la sustanciación de ellos como en el hecho de proferir sus decisiones finales".

El Tribunal en su providencia analiza muy a espacio todas y cada una de las pruebas que se acompañaron a la queja o denuncia dada a la Procuraduría por el Personero Municipal de Vélez, así como como también las pruebas producidas en la causa, que muestran la actuación del mismo doctor Segura como la de un juez estricto cumplidor de sus deberes a quien no se le puede tachar de negligente ya que ha mantenido al día el despacho de los asuntos a su cargo.

Confrontadas las pruebas de la acusación y las de la defensa, el Tribunal encontró las primeras inaceptables por vagas e imprecisas ya que no concretan el cargo, pues se limitan a decir que el doctor Segura se ausenta del circuito, pero no fijan fechas ni número de días o tiempo en que el doctor Segura estuviese lejos del juzgado. También anota el Tribunal cierto matiz de interés en una de tales declaraciones, la del testigo Faustino Vásquez —única concreta que aparece de autos— que lleva el sello del despecho por no haberlo designado el doctor Segura Secretario del Juzgado, según se deduce de la carta en que Vásquez así se lo solicitaba y que corre a folios 28 del expediente. Después de analizar las declaraciones dice el Tribunal:

"El Tribunal cree que para que haya abandono del empleo y éste puede ser punible, la prueba del cargo debe ser digna de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio y referirse a hechos concretos y precisos que establezcan plenamente el número de días y las fechas en que el abandono se produjo. Si fuere testimonial, el testigo debe dar razón aceptable de su conocimiento, para que lo aseverado por él sea tenido en cuenta y sirva de fundamento probatorio. De lo contrario, podría darse el caso de que una acusación temeraria prosperara, si el funcionario o empleado se retirara o ausentara del lugar donde debe residir o debe desempeñar sus funciones, y el retiro o ausencia se efectuara en días feriados o de vacancia o con el fin de practicar alguna diligencia en cumplimiento de sus deberes de tal".

Por otra parte, consta que el Juez doctor Segura solicitó licencia varias veces para separarse del juzgado, circunstancia que pudo haber inducido a los declarantes a confundir la ausencia justificada de aquel con el abandono del empleo que le achacan.

No aparece, pues, comprobado el cargo hecho al doctor Segura y por eso el Tribunal dictó sentencia absolutoria, la que estima procedente esta Sala.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de casación penal, sin concepto del señor

Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de San Gil con fecha veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, a favor del doctor Ezequiel de J. Segura, por los cargos de que se le sindicó en el auto de proceder en su carácter de ex-Juez Civil del Circuito de Vélez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

CONSULTA DE LA SENTENCIA QUE DECIDE SOBRE UN CARGO DE RESPONSABILIDAD IMPUTADO A UN DIRECTOR DEPARTAMENTAL DE EDUCACION PUBLICA

Se trata de un hecho cometido en 1937, y si en esa época la consultabilidad del fallo era obligatoria según el artículo 9º de la Ley 118 de 1931, ya en la vigencia de la Ley 94 de 1938 sólo se debe disponer la consulta cuando la pena para el delito sea la que señala el artículo 189 *ibídem*, doctrina que es una nueva aplicación del principio de retroactividad de la ley penal posterior más favorable al procesado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Con motivo de la carta que figura a fs. 17 del cuaderno primero, cuyo signatario no fue posible saber quién era, el director de educación pública del Departamento de Cundinamarca, señor Gabriel Anzola Gómez, le ordenó al alcalde de Tibirita, el 23 de noviembre de 1937, lo siguiente, por medio de un telegrama:

"Sírvase impedir maestra Inés de Morales salga de ese municipio, hasta nueva orden este Despacho".

Seguida la investigación correspondiente, el Tribunal Superior de Bogotá pronunció sobresimiento definitivo en favor del señor Anzola Gómez "por el delito de detención arbitraria de que se le acusa".

Uno de los magistrados salvó su voto en el sentido de que debía enjuiciarse a dicho señor como reo de abuso de autoridad.

Al conocer del sobresimiento en vía de consulta, la Corte lo revocó y dispuso abrir causa de responsabilidad por los trámites extraordinarios contra el señor Gabriel Anzola Gómez, en su condición de Director de Educación Pública de Cundinamarca, por el delito de abuso de autoridad de que habla el Código Penal de 1890.

El Tribunal de Bogotá, en sentencia de ocho de marzo de este año de mil novecientos cuarenta y uno, absolvió del cargo a Anzola Gómez, habiendo vuelto a salvar su voto el señor magistrado que no aceptó el sobreseimiento.

No puede la Corte resolver a fondo la consulta del fallo, en virtud de las razones del señor Procurador, quien expresa:

"Al tenor del artículo 9º de la Ley 118 de 1931, aplicable a este proceso, es indiscutible la competencia de la Corte para avocar la consulta de tal providencia.

"Pero ocurre que el nuevo Código de Procedimiento Penal, en su artículo 189, sólo ordena la consulta de las sentencias de aquellos casos en que la infracción porque se procede tenga señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año.

"En el presente asunto, tanto a la luz del Código Penal de 1890 como a la faz del de 1936, la sanción aplicable al acusado no sería privativa de la libertad personal, sino la de interdicción de funciones públicas y multa. Lo que quiere decir que en la nueva legislación procedimental penal, la sentencia mencionada no sería consultable.

"Por consiguiente, al acusado le resulta hoy más favorable el nuevo Código de Procedimiento Penal, ya que es obvio que

si se somete a consulta una sentencia absolutoria, ésta puede ser revocada por el superior para condenar al acusado, mayormente en el caso de autos, en que uno de los señores Magistrados del Tribunal salvó su voto y opinó que el fallo debía ser condenatorio.

"En cumplimiento del principio de la retroactividad de la ley penal más favorable al acusado, consignado por los artículos 22 de la Constitución Nacional, 40 del Acto Legislativo número 3 de 1910 (artículo 150 de la Constitución, según el Decreto número 676 de 1937, anota la Corte), 44 de la Ley 153 de 1887, 3º de la Ley 95 de 1936 y 5º de la Ley 94 de 1938, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que se inhiba de revisar por consulta la sentencia de primera instancia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá".

La teoría del señor Procurador delegado en lo penal es la misma que la Corte ha aplicado para negar la consultabilidad de ciertos sobreseimientos proferidos en procesos anteriores a la Ley 94 de 1938.

Unicamente repara la Sala dos puntos del concepto de la Procuraduría: que en el Código Penal de 1936 la sanción para el hecho que cometió el señor Anzola Gómez no comprendería **interdicción de funciones públicas** sino **privación del empleo y multa** (artículo 171), y que en este juicio, para efectos de la observancia del artículo 22 de la Carta Fundamental, no se trata de incompatibilidad entre la Constitución y la ley.

Así, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, en armonía con la solicitud del señor Procurador delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley SE ABSTIENE de revisar la sentencia absolutoria consultada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Campo Elías Aguirre. — Absalón Fernández de Soto.—José Antonio Montalvo. Por el Secretario, **Aníbal Carvajal**, Oficial Mayor.

SE ORDENA CESAR TODO PROCEDIMIENTO CONTRA UN MAGISTRADO DEL TRIBUNAL DE BOGOTA ACUSADO DE HABER VIOLADO LA LEY

Tanto el relato que hace el auto de la Sala como la simple lectura del memorial de queja muestran que la actuación del Magistrado acusado, al confirmar un auto del Juez de Tierras de Fusagasugá, no puede reputarse como hecho que la ley considere infracción penal, de manera que resultaría inútil adelantar investigación al respecto.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Vistos:

Con fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta el señor Manuel Lozano Valderrama presentó ante la Corte escrito de queja contra el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá doctor Carlos Rico Morlot, por haber confirmado éste en un auto interlocutorio el fallo del Juez de Tierras de Fusagasugá sobre un litigio pendiente entre el señor Lozano Valderrama y Martín Rodríguez, arrendatario de aquél.

El señor Lozano Valderrama es propietario de una finca titulada "Chicaque", ubicada en el municipio de San Antonio de Tena. En dicha finca le dio arrendada una estancia a Martín Rodríguez, quien habiendo disfrutado de ella no cubrió el canon de arrendamiento estipulado y esto, aunque no lo dice el escrito, motivó el que Lozano Valderrama le entablara un juicio de lanzamiento a Rodríguez, diligencia que llevó a cabo el Alcalde de San Antonio de Tena pero dejando allí, por insinuación del mismo Lozano Valderrama, a la esposa de Rodríguez en condición de cuidandera del predio objeto del lanzamiento.

A los pocos días volvió Lozano Valderrama a poner denuncio contra Martín Rodríguez por haber éste recuperado "furtivamente" la estancia y por hallarse en posesión de ella alegando haber dejado allí cultivos y mejoras de los cuales no hizo mención el Alcalde de San Antonio de Tena el día en que verificó la diligencia de lanzamiento.

Después de dilaciones en la Alcaldía de San Antonio de Tena pasó el asunto a conocimiento del Juez de Tierras de Fusagasugá, quien practicó una inspección ocular en el terreno, tomó nota de los cultivos y mejoras permanentes como la casa de la estancia construída por Rodríguez y otras, y se avaluaron tales cultivos y mejoras; los avalúos fueron admitidos por ambas partes.

Se le notificó a Rodríguez, nuevo lanzamiento dentro de un término de 48 horas, previa indemnización por parte del señor Lozano de todas las mejoras y cultivos, pero con advertencia de que si éste no cubría el valor de ellas, Rodríguez podría retener el predio en su poder hasta que el demandante lo indemnizara.

El señor Lozano Valderrama, con fecha catorce de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, presentó una solicitud al Juzgado de Tierras de Fusagasugá en el sentido de que se le declarasen compensadas la deuda a su cargo por concepto de las mejoras y cultivos y la que aparecía en su favor y a cargo de Martín Rodríguez por concepto de arrendamientos.

El Juez negó dicha petición y de esta

negativa apeló el señor Lozano al Tribunal Superior de Bogotá, quien halló improcedente la declaración pedida por Lozano Valderrama por haber pasado el "momento procesal" (dice el auto) para proponer excepciones y por no tratarse de un juicio ordinario sino de un juicio de lanzamiento ya concluído y rematado.

En esta providencia, dictada por el Magistrado doctor Rico Morlot y que confirma la del Juez de Tierras, se funda el señor Lozano Valderrama para su recurso de queja contra aquél, y solicita se le sancione y se proceda a decretar la revisión del proceso.

A solicitud del señor Procurador se allegaron a los autos las comprobaciones referentes al hecho de ser el doctor Rico Morlot Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá en ejercicio, y se le hizo rendir al mismo un informe sobre la queja elevada en contra suya por el señor Lozano Valderrama.

El señor Procurador Delegado emitió después concepto cuyos apartes finales dicen así:

"El fallo del Tribunal está clara y jurídicamente fundamentado. De suerte que no se observa en él nada que pueda comprometer la competencia y honorabilidad del Magistrado que lo dictó.

"Y en cuanto al error de fecha de un auto del Tribunal, en que declaró que ya había perdido la jurisdicción para resolver un memorial del señor Lozano, se ve claramente que ello obedeció a una simple equivocación, a un **lapsus calami**, que no implica ninguna falta de que deba responder el Magistrado. El hecho de la pérdida de jurisdicción por parte del Tribunal cuando se le presentó la solicitud, era una realidad procesal.

"Por tanto, en este negocio es pertinente la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, como lo ha insinuado la H. Corte".

El relato que acaba de hacerse y aun la simple lectura del memorial de queja muestran que la actuación del Magistrado Rico Morlot al confirmar un auto del Juez de Tierras de Fusagasugá no puede reputarse como hecho que la ley considere infracción penal, de manera que resultaría inútil adelantar investigación al respecto.

A mérito de lo expuesto, 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, ordena cesar todo procedimiento contra el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá doctor Carlos Rico Morlot, en relación con la queja propuesta por el señor Manuel Lozano Valderrama, por cuanto no hay infracción penal en las actuaciones de aquel Magistrado denunciadas por el señor Lozano (artículo 153 del Código de Procedimiento Penal).

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

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

CAUSA POR HOMICIDIO SEGUIDA A UN INDIGENA

No habiéndose establecido, a pesar de las diligencias que la Corte hizo practicar mediante auto de mejor proveer, que el indígena a quien se siguió esta causa se hallaba en las circunstancias de excepción a que aluden las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892, no hay base para considerar indebidamente aplicada la ley penal en la sentencia del Tribunal Superior de Cali que lo condenó a quince años de presidio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, treinta de enero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El indígena Félix Labio, condenado por el Tribunal Superior de Cali a la pena principal de quince años de presidio, como responsable de la muerte de Enrique Guejía, interpuso casación.

Surtidos en la Corte los trámites del caso el señor Procurador Delegado en lo Penal solicitó que se invalidara la sentencia por la causal 1ª, indebida aplicación de la ley penal, ya que tratándose de un indígena bien podía suceder que se hubiera cometido un error "al sancionar a un sujeto extraño a la legislación penal colombiana", según lo prescrito en las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892 que establecen normas de excepción en materia civil, penal y judicial respecto de los indígenas cuya condición de civilizados sea muy incipiente.

Pedía el señor Procurador que al invalidar la sentencia se dictase auto para mejor proveer con el objeto de que se practicara un examen médico-legal en la persona del reo.

La Corte, por providencia fechada el dieciséis de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, resolvió dictar el auto para mejor proveer sin invalidar la sentencia, por considerar que las diligencias practicadas en cumplimiento de ese auto podrían resultar muy importantes para resolver más tarde el problema de fondo planteado por la Procuraduría, esto es, lo referente a una posible aplicación indebida de la ley penal.

Esas diligencias ya se llevaron a cabo; y por cierto que la Sala no se limitó a ordenar el solo examen médico del reo, sino que dispuso allegar otros elementos de prueba para aclarar lo relativo al estado de civilización del indígena procesado y con esos datos practicar luego el examen somático y el estudio psiquiátrico del mismo.

Devuelto el expediente a la Corte por el Juzgado Segundo Superior de Cali, a quien se había comisionado para cumplir el auto de mejor proveer, pasó de nuevo en vista a la Procuraduría de la Nación, la cual ha conceptuado esta vez así:

"Los señores médicos legistas, después de teorizar ampliamente sobre el concepto de razas humanas, llegan a estas conclusiones en lo referente a la personalidad del acusado Labio:

"a) Que él es un indígena puro que ha sufrido transformaciones que lo colocan en un tipo de variedad.

"b) Que entiende y habla deficientemente el lenguaje español, pero no de manera suficiente el idioma castellano.

"c) Que no carece actualmente de elementales nociones de cultura, la cual an-

tes de sus ajetreos sumariales tuvo que ser muy rudimentaria. Que sus ideas sobre religión, moral y propiedad son muy deficientes.

"d) Que el grado de desarrollo de sus facultades mentales no es el de un salvaje.

"Además, de acuerdo con los testimonios ordenados recoger por la H. Corte, resulta que Félix Labio no pertenecía a ninguna comunidad de indígenas en el Municipio de Pradera, donde delinquió, pues que allí no las hay; y que a dicho sujeto se le consideraba 'como a otro cualquiera de los habitantes por sus costumbres, relaciones, tratos y negocios que efectuaba'.

"También consta que Labio contrajo matrimonio por los ritos de la religión católica y que sus hijos fueron bautizados en la iglesia parroquial de Pradera.

"Todo lo cual está indicando que Félix Labio no se hallaba en estado salvaje al tiempo de consumar el homicidio, de tal suerte que fuese incapaz de tener nociones sobre el bien y el mal, no sobre la moralidad de sus actos.

"Y en tales circunstancias, el auto para mejor proveer no trajo una prueba firme y clara de que el indígena quedara fuera del alcance de la legislación de la República, dado su ningún grado de civilización.

"Así las cosas, la Procuraduría carece de fundamento plausible para atacar la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal de Cali, en cuanto a la capacidad del acusado y a la existencia y modalidades del delito por él cometido.

"Y como los memoriales elevados por Labio son oscuros y deficientes, hasta el punto de no citar causal alguna de casación ni dar margen para un estudio de fondo, lo procedente es declarar desierto el recurso, como con todo respeto lo solicita este Despacho a la H. Corte".

En rigor podría resolverse como lo indica el señor Procurador Delegado; pero resultaría quizá anómalo declarar desierto el recurso dada la circunstancia de haber él insinuado antes la infirmación del fallo.

Lo que ocurre es que las pruebas del proceso, aun con la aclaración que se intentó por medio del auto de mejor proveer no dan base para considerar indebidamente aplicada la ley penal, que en el fondo es lo que el recurrente sostiene y lo que en un principio estimó probable el señor Procurador.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación penal, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar, y NO INVALIDA, la sentencia del Tribunal Superior de Cali, fechada el veintidós de julio de mil novecientos treinta y nueve, que condenó a Félix Labio, por el delito de homicidio en la persona de Enrique Guejía, a la pena principal de quince años de presidio, sentencia que, por consiguiente, queda ejecutoriada.

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.

APLICACION DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION EN JUICIOS POR JURADO.—APRECIACION DE LAS PRUEBAS EN QUE SE FUNDA EL VEREDICTO

DOCTRINA

I

Comparada la nueva reglamentación del recurso de casación con la anterior, se observa que el pensamiento de los autores de la reforma fue ampliarlo en forma que ya serán muy pocas las sentencias de la jurisdicción penal que no sean susceptibles de intentarlo. Puede ser —y ya está ocurriendo— que los recurrentes, acogiéndose a los términos latos de la causal segunda, planteen ante la Corte el debate sobre la responsabilidad del acusado, ya concluído en las instancias, lo que sin duda pugna con los conceptos tradicionales sobre el objeto del recurso de casación. Sin embargo, esta sola consideración no autorizaría a la Corte para limitar el alcance de dicha causal, excluyendo de su radio de acción las sentencias dictadas en los juicios en que interviene el Jurado. Las dificultades que a la luz de las oportunas observaciones del señor Procurador puede ofrecer la declaratoria de casación de tales fallos, por la causal segunda, será menester resolverlas, mientras la disposición subsista, aplicando racionalmente los mandatos de la misma ley de casación relativos al modo de proceder la Sala cuando el recurso prospera, esto es, conciliando las facultades propias de la Corte como tribunal de casación con las normas procedimentales que rigen los juicios por Jurado.

Tratándose de recursos destinados a dar vida y eficacia a las garantías de justicia, siempre será más aconsejable la interpretación extensiva. Pueden presentarse casos de sentencias definitivas, absolutorias o condenatorias, fundadas en veredictos clamorosamente contrarios a la evidencia procesal. Si el presunto reo así condenado, o el representante del ministerio público, o ambos a la vez, recurren en casación ante la Corte, demuestran el error cometido e invocan la causal 2ª, sería desconcertante para la sociedad que este supremo tribunal admitiera que porque en la nueva reglamentación del recurso no se mencionó, de modo expreso, la hipótesis de que la sentencia esté basada en un veredicto notoriamente contrario a la evidencia, el nuevo estatuto no suministra remedio alguno contra la injusta condena, habiéndose adoptado en él, como segunda causal, una fórmula que por la amplitud de su contenido bien puede abarcar el error de apreciación de los hechos "determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes", cometido tanto por el Jurado al resolver los cuestionarios desatendiendo la verdad procesal, como por los jueces de instancia al dictar sentencia de acuerdo con las resoluciones erróneas del Jurado.

II

En los juicios por Jurado bástale al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo racional en las pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, como lo pretende el recurrente, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dieciséis de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

El Tribunal Superior de Manizales condenó a Ramón Antonio y Miguel Antonio Díaz García a quince años de presidio como responsables de asesinato en la persona de Miguel Angel Arias.

Contra esa sentencia ha interpuesto recurso de casación el defensor de los reos. Las causales que invoca son la segunda y la cuarta del artículo 567 del código de procedimiento penal.

El texto de la segunda es como sigue:

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído 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 influído en la determinación de la sanción".

A propósito de la aplicación de esta causal trae la vista del señor Procurador Delegado en lo Penal las siguientes consideraciones:

"Sintetiza así el cargo el señor defensor:

"El H. Tribunal en la sentencia enunciada interpretó, apreció y le atribuyó a la prueba reunida sobre el hecho investigado, un valor que no tiene, negándole en consecuencia, el que legalmente le corresponde cual es, el de no ser suficiente siquiera para formular en contra de los señores Díaz un auto de llamamiento a juicio por la muerte del señor Miguel Angel Arias.

"En tal virtud, solicita que la H. Corte invalide el fallo recurrido y absuelve a los acusados, por no estar demostrada plenamente su responsabilidad.

"Se contesta:

"La amplitud con que está concebida la causal segunda del artículo 567 del código de procedimiento penal desnaturaliza el recurso de casación y lo convierte en una tercera instancia, puesto que faculta a la Corte para avocar ilimitadamente el estudio de todas las cuestiones fundamentales del proceso, como son el cuerpo del delito, la responsabilidad y las circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción, con lo cual implícitamente queda también autorizada la Corte para anular o modificar la pena impuesta por el Tribunal, aunque la causal 1ª no se haya invocado.

"Esto en cuanto al fondo de la causal, que en lo atinente a la redacción de ella es también defectuosa, porque confunde la apreciación de los hechos materia del proceso con el análisis de la prueba de esos mismos hechos, que es cosa distinta.

"Ahora bien: la soberanía que la dicha causal concede a la Corte en casación no puede ir hasta desquiciar el régimen procedimental y técnico establecido por el mismo legislador para cierta clase de juicios, como son los que se siguen con intervención del Jurado.

"En efecto, en estas causas por jurados corresponde a ellos exclusivamente la calificación de los hechos criminosos, y su veredicto es la base para la sentencia (artículos 480 y 537 del código de procedimiento). Es decir, el juzgador está subordinado en su fallo final a lo que diga el veredicto, cuando éste no haya de ser declarado injusto. De ahí que la sentencia deba estar en completa armonía con el auto de proceder y con las resoluciones del Jurado.

"Cuando el juez estima que el veredicto peca contra la evidencia de los hechos, no puede él, **motu proprio**, prescindir de ese veredicto y proceder inmediatamente a dictar el fallo que se amolde a la situación jurídica planteada por las prue-

bas del proceso, sino que le es forzoso invalidar la decisión del Jurado por medio de la correspondiente declaratoria de injusticia, a fin de que otros jueces de hecho vuelvan a calificar los cargos formulados en el auto de proceder. Y sólo así, como culminación de estas nuevas resoluciones del Jurado, puede el juez de derecho dictar su sentencia definitiva, amoldándola siempre al veredicto.

"Pues bien: al proceder en casación como lo pretende el recurrente, esto es, penetrando en el análisis de las pruebas de la responsabilidad para fallar sobre la inocencia de los acusados y decretar su absolución, con prescindencia absoluta del veredicto, ello equivaldría a suprimir de un tajo, por medio de una sentencia del órgano jurisdiccional, la institución del Jurado y todo un capítulo del código de procedimiento penal; y una conclusión de éstas, que lleva a tan notorio absurdo, no puede ser jurídica.

"Con la tesis del recurrente bastaría, para anular un segundo veredicto proferido por consecuencia de una declaratoria de injusticia —que es ya 'definitivo' según expresión de la ley— interponer el recurso de casación y demandar la sentencia con base en la causal segunda. Así, lo 'definitivo', lo intocable, lo firme para el Juez y el Tribunal, que gozan de una mayor amplitud y soberanía en las instancias del juicio, vendría a convertirse en inexistente, modificable o resoluble ante la Corte en un recurso extraordinario y restringido como el de casación, en el que el objeto demandado es la sentencia misma del Tribunal Superior y con el cual recurso puede perseguirse precisamente el respeto integral del veredicto cuando el fallo está en desacuerdo con él (causal tercera).

"Aún más: si el nuevo código de procedimiento no permite siquiera que la Corte en casación decida sobre la declaratoria de injusticia del veredicto, como lo consagraba la ley 118 de 1931, menos puede pensarse que ella sí tenga el poder de desconocer total o parcialmente las resoluciones del Jurado para entrar de lleno a fallar sobre la responsabilidad de un acusado. Aquí sí cabe el aforismo según el cual quien no puede lo menos, tampoco puede lo más.

"Pero se dirá entonces que la causal segunda de casación no tiene ningún objeto y está de más en el código. A esto se responde que ella sí es procedente y eficaz en los negocios en que intervienen directamente los jueces de derecho, y no el Jurado. Puesto que el legislador estableció esa causal en forma que no consulta la técnica, según se deja esbozado, es preciso buscar un fin práctico en la casación, que no puede ser otro que el que acaba de indicarse.

"Conclúyese, por lo tanto, que la causal segunda aducida por el señor defensor, y que tiende a obtener la absolución de los procesados por no estar probada su responsabilidad, es impertinente en casación".

La Sala no desconoce el valor jurídico de los reparos del señor Procurador contra la disposición en referencia; mas comparada la nueva reglamentación del recurso de casación con la anterior, se observa que el pensamiento de los autores de la reforma fue ampliarlo en forma que ya serán muy pocas las sentencias de la jurisdicción penal que no sean susceptibles de intentarlo. Puede ser —y ya está ocurriendo— que los recurrentes, acogiéndose a los términos latos de la causal segunda, planteen ante la Corte el debate sobre la responsabilidad del acusado, ya concluído en las instancias, lo que sin duda pugna con los conceptos tradicionales sobre el objeto del recurso de casación. Sin embargo, esta sola consideración no autorizaría a la Corte para limitar el alcance de dicha causal, excluyendo de su radio de acción las sentencias dictadas en los juicios en que interviene el Jurado. Las dificultades que a la luz de las oportunas observaciones del señor Procurador puede ofrecer la declaratoria

de casación de tales fallos, por la causal segunda, será menester resolverlas, mientras la disposición subsista, aplicando racionalmente los mandatos de la misma ley de casación relativos al modo de proceder la Sala cuando el recurso prospera, esto es, conciliando las facultades propias de la Corte como tribunal de casación con las normas procedimentales que rigen los juicios por Jurado.

Tratándose de recursos destinados a dar vida y eficacia a las garantías de justicia, siempre será más aconsejable la interpretación extensiva. Pueden presentarse casos de sentencias definitivas, absolutorias o condenatorias, fundadas en veredictos clamorosamente contrarios a la evidencia procesal. Si el presunto reo así condenado, o el representante del ministerio público, o ambos a la vez, recurren en casación ante la Corte, demuestran el error cometido e invocan la causal segunda, sería desconcertante para la sociedad que este supremo tribunal admitiera que porque en la nueva reglamentación del recurso no se mencionó, de modo expreso, la hipótesis de que la sentencia esté basada en un veredicto notoriamente contrario a la evidencia, el nuevo estatuto no suministra remedio alguno contra la injusta condena, habiéndose adoptado en él, como segunda causal, una fórmula que por la amplitud de su contenido bien puede abarcar el error de apreciación de los hechos "determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes", cometido tanto por el Jurado al resolver los cuestionarios desatendiendo la verdad procesal, como por los jueces de instancia al dictar sentencia de acuerdo con las resoluciones erróneas del Jurado.

En estudio anterior la Sala consideró detenidamente los puntos de vista de la Procuraduría llegando, como hoy, a la conclusión de que no debe recortarse el alcance de la debatida causal segunda (véase el fallo de 24 de noviembre de 1941, con ocasión del recurso intentado por Miguel Angel López).

Expuesto el criterio de la Sala favorable a la aplicación extensiva de la causal segunda, esto es, sin restringir los medios que ella ofrece para reparar en casación graves errores judiciales de que no están exentos los procesos en que interviene el Jurado, se pasa a examinar las razones que el recurrente alega, en el presente caso, para invocar dicha causal.

A los reos Ramón Antonio y Miguel Antonio Díaz se les acusó de haber dado muerte a Miguel Angel Arias en concurso recíproco, con intención de causarla y habiendo ejecutado el hecho con premeditación acompañada de motivos innobles, con crueldad, abusando de la indefensión e inferioridad de la víctima.

El defensor pidió al juez la declaración de injusticia notoria del veredicto, para lo cual alegó que los cargos no estaban legalmente probados. El juez contestó en la sentencia los argumentos del defensor, puntualizó los graves indicios que obraban contra los acusados y los condenó así: a Ramón Antonio, a veinticuatro años de presidio, y a Miguel Antonio, a dieciseis años de igual pena. Apelada la sentencia, el defensor reiteró ante el Tribunal su solicitud y en subsidio pidió que se declarara la nulidad del proceso. Ambas peticiones fueron negadas y la sentencia quedó confirmada con una importante modificación en el sentido de rebajar a quince años la pena de presidio para ambos reos.

El recurrente funda la causal en referencia en que las pruebas del proceso son incompletas. Analiza los testimonios de cargo, como lo había hecho antes en su alegato oral ante el Jurado y luego en sus escritos ante el juez y el Tribunal, para deducir que los hechos en que se funda la acusación no demuestran la responsabilidad de sus defendidos; acusa algunos testigos de parciales, niega que esté probado el motivo determinante del delito, lanza sospechas contra Rafael

Blandón de ser el autor de la muerte de Arias y concluye pidiendo se dicte fallo absolutorio porque "no está demostrada la responsabilidad plena y completa de los procesados".

En los juicios por Jurado bástale al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo racional en las pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, como lo pretende el recurrente, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

Resumiendo los elementos probatorios del expediente dijo el Tribunal:

"En el expediente quedaron comprobados los siguientes hechos, debidamente probados: 1º Las heridas que causaron la muerte del señor Miguel Angel Arias fueron producidas con armas cortantes; 2º Al ser requisados los hermanos Díaz, les fueron halladas sendas peinillas; 3º En poder de los mismos acusados fue encontrada una ruana manchada de sangre, reconocida como de propiedad de Ramón Díaz, quien dijo no reconocerla; 4º Ramón, uno de los acusados, tampoco reconoce como de su propiedad las peinillas a ellos decomisadas, y en cambio el otro acusado, y las hermanas de ellos, las reconocen, junto con la ruana, como de propiedad de Miguel Antonio y Ramón Díaz; 5º Los hermanos Díaz guardaban enemistad con el occiso Arias, según prueba testimonial no debilitada, por motivos que constan probados también en el expediente; 6º Los acusados habían proferido amenazas de muerte contra su víctima señor Arias, en distintas épocas y en el día en que fue asesinado; 7º Los acusados no han observado conducta social buena, y uno de ellos ha sufrido condena de dos meses de reclusión por heridas, al tenor de las copias respectivas que constan en los autos".

La presentación del indicio marcado en la relación anterior con el número 4 es equivocada y deficiente. El acusado Miguel A. Díaz dijo asímismo no haber conocido la ruana, con manchas de sangre, que en el acto de la indagatoria se le puso de presente y, como su hermano Ramón, agregó que no sabía quién era su dueño. A lo cual debe agregarse que los dos sindicados vivían juntos en casa de sus padres, y que sus hermanas Aura Díaz (fs. 10 v.) y Pastora Díaz (fs. 17 v.), lo mismo que los testigos Misael Blandón y Salomón Torres (fs. 12 y 12 v.), amigos y visitantes de la casa dicha, reconocieron ante el funcionario instructor la mencionada ruana y afirmaron que era de propiedad del acusado Ramón Antonio Díaz.

Debe agregarse, complementando el indicio marcado con el número 5, que días antes de consumarse el asesinato de Miguel Angel Arias, Pastora García de Díaz, madre de los acusados, fue ejecutada por Miguel Hernández y en ese juicio, en articulación de desembargo, se ofreció como fiador de perjuicios el mencionado Arias, quien fue sustituído por el señor Felipe Quintero. El apoderado de la ejecutada explicó la sustitución diciendo que Arias estaba "incapacitado" para presentarse al Juzgado "en el día de hoy" (se refiere a la fecha de la petición). Este dato se halla contenido en el certificado del juez municipal de Samaná de fs. 43 v. y 44, en el cual se lee también lo siguiente:

"En el término probatorio de la articulación, el ejecutante Hernández, entre otras pruebas solicitó: ....III. Que el señor Miguel Arias, después de declarar sobre el punto 1º del capítulo I de este memorial (que trata de edad, estado civil, generales de la ley con las partes, etc.), diga si es cierto que le han ofrecido cincuenta centavos ($ 0.50) para que declarara a favor de ellos, es decir, en

favor de Pastora Díaz y Pastora García, hija y madre, respectivamente...

"Estas pruebas fueron decretadas por auto de 26 de septiembre p/pdo., pero no hubo tiempo de recibir el testimonio del declarante Arias, debido a la muerte violenta que recibió, pocos días después".

Por lo demás, varios vecinos refieren que la enemistad entre los acusados y la víctima tuvo origen en la negativa de Arias a complacer a la madre de los acusados, dando una declaración en su favor en dicho juicio. Sobre este antecedente el informativo suministra otros datos que merecen especial mención. La misma Pastora García solicitó personalmente del finado Arias la referida declaración, quien contestó que no podía darla "puesto que a él nada le constaba". Ante la negativa, la García pronunció expresiones de reproche y a Rosa Amelia Montoya, esposa de Díaz, quien se hallaba presente, le dijo la García, insistiendo en su petición: "que si Miguel Angel no daba esa declaración en su favor se echaría sus hijos encima". El incidente ocurrió en casa de Arias y lo presenció también Rafael Blandón. La Montoya y Blandón, en careos sucesivos con la García, sostuvieron en todas sus partes los testimonios que habían rendido sobre el particular.

"A los sindicados —dice la sentencia impugnada— se les llamó a juicio con fundamento en los varios indicios allegados al sumario y que conservaron todo su valor en la causa".

Y más adelante agrega el Tribunal:

"Puede el juez de derecho desconocer el resultado de aquella íntima convicción, nacida de una operación de la mente de los señores jueces de conciencia? No.

"De los varios indicios presentados, y que como se deja visto, tienen el carácter de tales, dedujeron los señores jueces de hecho la responsabilidad de los acusados. Y como en consideración de la Sala, esos indicios sí tienen lógica y jurídicamente, el valor probatorio de tales, acepta el veredicto condenatorio".

Bastan las consideraciones anteriores para deducir que en el juzgamiento de los hermanos Díaz no se incurrió en el error de apreciación que alega el recurrente. De suerte que la causal segunda en este caso no prospera.

Véase ahora la otra causal alegada, o sea la cuarta. Su texto dice así:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

El defensor considera nulo el juicio por dos razones: 1ª Porque se le recibió indagatoria al menor Miguel Antonio Díaz García sin estar presente su padre, quien debía designarle un curador **ad-litem** de acuerdo con el artículo 104 del código de procedimiento penal, y 2ª Porque la notificación del auto de proceder, en lo que concierne a dicho menor, adolece de igual defecto.

Examinado el proceso se tiene lo siguiente:

Miguel Antonio Díaz dijo al ser indagado, diligencia que se practicó el 6 de octubre de 1938, que tenía 20 años cumplidos. El auto de proceder se le notificó el 6 de marzo de 1939. El 9 de agosto siguiente cumplió veintiún años, según el certificado de origen eclesiástico. Al notificarse el auto de enjuiciamiento Miguel Antonio manifestó que aunque tiene padre vivo éste no lo podría representar por no ser vecino de Manizales, sede del juzgado. Que designa para su curador **ad-litem** al señor Jesús M. Tirado.

Por otros datos del sumario se sabe que Miguel Díaz, padre de los acusados, es un anciano enfermo, de sesenta y cinco años de edad. Vive en la vereda de California, municipio de Samaná.

El concepto del Procurador Delegado en lo Penal sobre esta segunda parte de la demanda es como sigue:

"En cuanto al primer motivo de nulidad, él no está erigido como tal por los artículos 198 y 199 del código de procedimiento penal.

"Acerca del segundo motivo dice el mismo código que es causal de nulidad 'no haberse notificado en debida forma el auto de proceder; pero esta causal de nulidad desaparece si habiendo comparecido el reo en juicio, no lo reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal".

"El nuevo código de procedimiento trajo innovaciones sustanciales acerca de la nulidad, la que puede dividirse hoy, a semejanza del derecho civil, en absoluta o relativa. La primera es insubsanable, tal como la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de la personería del querellante. La segunda es subsanable si se cumplen las condiciones previstas por el mismo código, como la falta de notificación en debida forma de ciertos autos allí especificados, etc.

"Y este nuevo criterio vino a remediar el grave inconveniente que se presentaba en la legislación anterior, según la cual, la omisión constitutiva de nulidad podía alegarse en cualquier tiempo aunque el acusado la hubiese callado maliciosamente, en espera de las resultas del proceso; de tal suerte que si la sentencia le era favorable, nada alegaba sobre nulidad; y si le era adversa, venía el socorrido recurso de pedir la invalidación de lo actuado en busca de una nueva y más favorable situación jurídica, con lo cual se consumaba claramente un fraude a la ley.

(Se anota al margen de los dos pasajes trascritos que la legislación anterior contenía reglas muy semejantes a las de la nueva sobre esta materia de las nulidades en el juicio penal).

Y continúa el Procurador:

"En tesis general, ciertas omisiones que atentan contra las garantías de las personas que intervienen en el proceso penal, constituyen nulidad, pero esas irregularidades deben alegarse oportunamente para que se corrijan; de lo contrario, la aparente o implícita aquiescencia de aquellas personas ratifica los vicios formales del proceso y éste queda perfectamente válido, porque se supone que los interesados han conocido la informalidad de procedimiento y no han estimado que en esa forma el Poder Público pueda menoscabarles sus derechos ni vencerlos en juicio deslealmente.

"En el presente caso, al acusado Miguel Antonio Díaz y a su defensor se le notificaron personalmente todas las providencias de la causa, y en ningún momento reclamaron sobre la nulidad que a última hora alega el recurrente en casación como un recurso extremo para obtener un segundo jurado.

"Pudiera objetarse que siendo menor de edad el acusado Miguel Antonio, únicamente tenía capacidad plena para ratificar la nulidad cuando cumpliese la mayor edad.

"Pues bien: aún así, tampoco el proceso es nulo.

"En verdad, consta de autos (fs. 26 vto.) que Miguel Antonio nació el 9 de agosto de 1918. Por lo tanto, los veintiún años los cumplió el 9 de agosto de 1939. Contando de esta fecha en adelante los treinta días para alegar la nulidad, conforme al artículo 198, numeral 3º, del código de procedimiento, ellos transcurrieron con mucho, sin que el acusado, ya en completa capacidad civil, ni su defensor, reclamaran acerca de la irregular notificación del auto de proceder. Así las cosas, la nulidad quedó subsanada con ese silencio".

A las claras razones del señor Procurador podría agregarse que lo esencial para las garantías del acusado es que tenga quien lo asista y haga valer los derechos inherentes a la defensa; y la verdad es que a Miguel Antonio Díaz no le faltó ni asistencia ni defensa. En el sumario fue apoderado suyo el señor Luis E. Alzate —el mismo que designó su hermano mayor— y en la causa tuvo de curador **ad-litem** al señor Jesús M. Tirado, a quien su citado hermano también designó como defensor suyo. El señor Ti-

rado actuó diligentemente durante varios meses en el desempeño de sus funciones. Posteriormente, ya en vísperas de las audiencias, los acusados lo reemplazaron con el doctor José A. González, quien realizó esfuerzos meritorios ante el Jurado para desvirtuar los cargos contra los acusados y no ha omitido ninguno de los recursos legales para impugnar los fallos de instancia.

En rigor, la informalidad consistió en que el apoderado señor Alzate y el curador señor Tirado, fueron designados directamente por el acusado Miguel Antonio Díaz y no por su padre, quien, de hallarse presente, es lo más seguro que hubiera hecho iguales designaciones. Así lo hace presumir la circunstancia de haber nombrado el hermano mayor a los mismos señores Alzate y Tirado para que lo representaran, el uno como apoderado y el otro como defensor.

Es excusable, finalmente, por las circunstancias personales del padre, ya mencionadas (véase informe del folio 39 y declaración de folios 51 v. y 52), la irregularidad que anota el recurrente y en todo caso ella no afecta sustancialmente la validez de la actuación.

De consiguiente, tampoco prospera la casación desde el punto de vista de la causal cuarta.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo en parte con 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 invalidar, y NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el 25 de septiembre de 1940, por la cual se condenó a los hermanos **Ramón Antonio** y **Miguel Antonio Díaz García** a la pena principal, para cada uno, de quince (15) años de presidio, por asesinato en la persona de Miguel Arias.

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.

APLICACION DE LA NUEVA LEY PENAL AL REO DE HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

Dando aplicación en su mínimo a los artículos 362, 363 y 365 del código penal, el tribunal superior de Popayán condenó a Alfredo Rodríguez a la pena principal de siete años y medio de presidio como responsable de homicidio preterintencional en la persona de Hernando Ledesma.

Contra esa sentencia el reo interpuso recurso de casación.

Invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del código de procedimiento penal.

La primera es del tenor siguiente:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Dice el recurrente:

"Se violó el mismo artículo 365 del código mencionado, ya que en él se establece que 'El que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otro, **incurre en la sanción establecida en el artículo 362'.** Y el H. tribunal me condenó no con base en el artículo 362, como lo ordena la ley, sino con base en el artículo 363 de la obra mencionada; es decir no dio precisamente aplicación al artículo 365 de dicho código, sino que fue abiertamente contra él".

Está en lo cierto el recurrente. Conforme al artículo 365 del expresado estatuto penal la sanción para el responsable de homicidio ultraintencional es la del artículo 362 **ibídem**, disminuída de una tercera parte a la mitad.

De suerte que hubo por parte del juzgador de segunda instancia violación de la ley penal, por haber aplicado el art. 363, en vez del 362, como lo ordena el artículo 365 de la citada obra.

El error del tribunal consistió en estimar que las circunstancias de asesinato con que sin duda se cometió la lesión que ocasionó la muerte de Ledesma, y que fueron reconocidas por el jurado, hacían de rigor la aplicación del artículo 363.

Si esto es así en presencia de la expresa disposición del artículo 365, "ello no resulta —como lo dice en su vista el señor Procurador— aceptable conforme a la equidad y a la doctrina, pues es obvio que muchas lesiones personales pueden causarse con ostensibles circunstancias de premeditación o asesinato que le imprimen al hecho una mayor gravedad y que por lo mismo demandan una represión superior a la que corresponde al homicidio preterintencional común. En tal virtud, el artículo 365 del código penal ha debido referirse no sólo al 362 sino al 363, relativo al asesinato".

Sin embargo, en el presente caso la aplicación correcta de la sanción vendría a perjudicar al reo-recurrente, lo cual pugnaría con la doctrina de que el recurso de casación, interpuesto por el reo o su defensor, debe entenderse en cuanto a lo desfavorable del fallo.

En efecto, concurren circunstancias de mayor y menor peligrosidad que hacen aceptable, de acuerdo con el artículo 39 del código penal, la pena insinuada por el agente del ministerio público, a saber: doce años de presidio, al tenor del art. 362, que quedarían reducidos a ocho, con la rebaja de una tercera parte, conforme

al artículo 365. Esta pena es mayor que la impuesta en la sentencia.

De manera, pues, que aunque la causal 1ª está justificada, el fallo impugnado no debe infirmarse, ya que, se repite, se perjudicaría con ello a Rodríguez, quien interpuso el recurso en busca de una disminución de la pena.

La causal segunda dice así:

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído 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 influído en la determinación de la sanción".

Al respecto alega el recurrente, sin entrar en las demostraciones de rigor, que el tribunal no tuvo en cuenta que Ledesma fue herido por él en momentos en que reñían y bajo el impulso de la ira, provocada por su contrincante.

Para refutar esta afirmación del reo, basta trascribir lo que dice el señor Procurador:

".....lo relativo al estado de ira y a la riña no fue materia del auto de proceder ni del veredicto del jurado, fuera de que tampoco tales figuras son factibles en presencia de la realidad procesal. Basta recordar que al acusado se le llamó a responder en juicio como autor de asesinato y que por obra de una excesiva benignidad del jurado, el hecho quedó convertido en homicidio preterintencional, en un caso de dolo indirecto".

De consiguiente, no prospera la causal segunda.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer 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 Popayán, fechada el 31 de julio de 1941, por la cual se impuso a **Alfredo Rodríguez** la pena principal de siete años y medio de presidio como responsable de homicidio ultraintencional en la persona de Hernando Ledesma.

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

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

HOMICIDIO EJECUTADO EN UN EMPLEADO PUBLICO Y ROBO.—CAUSAL 2ª DE CASACION CONFORME AL NUEVO CODIGO

Si se fuese a fallar esta casación de acuerdo con las leyes coetáneas al hecho y al proceso, no podría prosperar, porque se ha pretendido fundarla en notoria injusticia del veredicto, punto que no se debatió en las instancias. Y si se estudia a la luz del nuevo Código, se encuentra que el escrito enviado a la Corte por el reo no es una demanda de casación sino apenas un memorial de instancia en que trata de dar explicaciones de su conducta, no verosímiles por cierto. 2—En fallos recientes de esta Sala, que admiten una interpretación extensiva de la causal 2ª de casación del nuevo Código, se ha expresado que no puede aceptarse la tesis de notoria injusticia del veredicto cuando ella pretende basarse únicamente en meras alegaciones acerca de la deficiencia de pruebas sobre la responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo).

El Tribunal Superior de San Gil condenó a José Antonio Fuentes a la pena principal de once años y siete meses de presidio por homicidio en un empleado público (el Corregidor de Puerto Araújo o Puerto Olaya), robo de setenta y dos pesos ($ 72.00).

Recurrió en sación el procesado y envió a la Corte un escrito en el cual trata de desvanecer los indicios que contra él obran, y allí dice que se acoge a las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Se trata de proceso iniciado en marzo de mil novecientos treinta y siete, de suerte que se ha tramitado de acuerdo con la anterior legislación, circunstancia que permitía al señor Procurador suplir las deficiencias del recurrente, fundando la casación si estimaba que hubiese motivos suficientes para ello.

Pero lejos de hacerlo así, el señor Procurador solicita de la Corte que no invalide el fallo recurrido.

Dice el señor Agente del Ministerio Público que las alegaciones del procesado sobre la carencia de pruebas para condenarlo son propias de la causal 5ª de casación, Ley 118 de 1931, aplicable a este negocio; y que además de no haber sido previamente discutida en las instancias la injusticia notoria del veredicto, encuentra la Procuraduría "que la sentencia del Tribunal está basada en pruebas firmes y claras, ya acerca de la consumación de los hechos punibles como de la responsabilidad de José Antonio Fuentes".

Es verdad que en las instancias no se debatió la notoria injusticia del veredicto, requisito que la ley citada por el señor Procurador exigía para que pudiese alegarse ante la Corte como causal de casación, y así, podría considerarse desierto el recurso.

Pero aun amparándolo a la sombra de la nueva legislación por considerarla más favorable que la anterior, tampoco podría prosperar por las causales 1ª y 2ª, artículo 567 del Código de Procedimiento Penal que el recurrente ha invocado.

No por la 1ª, indebida aplicación de la

ley penal, porque sobre el veredicto afirmativo y unánime del Jurado, los juzgadores de instancia aplicaron las respectivas sanciones al tenor de los artículos del Código Penal que corresponden a los delitos contra empleados públicos, homicidio y robo.

Y tampoco resulta viable el recurso a la luz de la causal 2ª que trae el nuevo Código no obstante la amplitud de dicha causal, porque el veredicto no puede considerarse contrario a la evidencia por la simple impugnación de la fuerza probatoria de los indicios que obran contra el procesado.

El veredicto proferido en un juicio que se basa en prueba indiciaria no por eso puede calificarse de injusto ni —menos— de notoriamente injusto.

Resumiendo: si se fuese a fallar esta casación de acuerdo con las leyes coetáneas al hecho y al proceso no podría prosperar, porque se ha pretendido fundarla en notoria injusticia del veredicto, punto que no se debatió en las instancias.

Y si se estudia a la luz del nuevo Código, se encuentra que el escrito enviado a la Corte por el reo no es una demanda de casación, sino apenas un memorial de instancia en que trata de dar explicaciones de su conducta, no muy verosímiles por cierto.

La tesis del recurrente aparece expresada allí como sigue:

"Y digo que fundo mi petición en las causales mencionadas, pues dejaron de apreciarse circunstancias que habrían modificado el delito al punto de descartar mi responsabilidad, como a continuación lo demuestro, con la confesión clara y precisa de los hechos, la cual cohincida (sic) probadamente con lo actuado en el expediente".

En fallos recientes de esta Sala, que admiten una interpretación extensiva de la causal 2ª de casación del nuevo Código, se ha expresado que no puede aceptarse la tesis de notoria injusticia del veredicto cuando ella pretende basarse únicamente en meras alegaciones acerca de la deficiencia de pruebas sobre la responsabilidad, deficiencia que, por lo demás, no existe en el caso de José Antonio Fuentes, porque el veredicto tiene amplio respaldo en las pruebas del proceso.

Por lo expuesto, 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 San Gil, fechada el dieciséis de julio de mil novecientos cuarenta, que impuso a José Antonio Fuentes la pena principal de once años y siete meses de presidio como responsable de los delitos de robo y de homicidio en la persona de un empleado público.

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.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PRESCRIPCION PARA EL COBRO DE SUELDOS DE FUNCIONARIOS PUBLICOS QUE PRESTAN SUS SERVICIOS POR VIRTUD DE UN REGLAMENTO

Aun cuando es verdad que el artículo 2543 del C. C. contempla principalmente el salario o sueldo devengado por contratos, ello no da asidero suficiente para declarar excluídos de la disposición a los empleados públicos, porque desde que el empleado es un servidor o dependiente del Estado, sin forzar el precepto, cabe dentro de su contenido, ya que la disposición no es limitativa. Es inaceptable que la teoría que hoy se profese acerca del estatuto del funcionario público, sea al prevalente y exclusivo criterio de aplicación del artículo 2543, en contraposición al del contenido claramente general del precepto, consagrado en tiempos en que el estudio de tal estatuto no había suscitado las discuciones que a su alrededor ha promovido el avance del derecho administrativo. Así, pues, se repite, los sueldos de los funcionarios públicos que prestan sus servicios merced a un reglamento, también caen bajo la prescripción de corto tiempo del artículo 2543 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Juan Ortiz, vecino de Turbaco, obrando por medio de apoderado especial, demandó al departamento de Bolívar, ante el Tribunal Superior de Cartagena, para que por sentencia definitiva se condene a dicho Departamento a pagarle al demandante la suma de $ 388,40 moneda legal que le está debiendo en concepto de descanso dominical por servicios prestados en el puesto de celador de la fábrica de licores que funciona en el citado municipio de Turbaco, de propiedad de la entidad demandada.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1º de la ley 45 de 1939, a la demanda se le dio la tramitación establecida en el Título 46 del Libro 2º del Código Judicial.

El Tribunal de primera instancia, en sentencia de fecha 2 de noviembre del año próximo pasado, condenó al Departamento de Bolívar a pagar al señor Ortiz la cantidad de 353,80 moneda legal, "por concepto de retribución de descanso en días domingos y feriados, nacionales y religiosos".

Por no estar conforme con la anterior providencia el apoderado especial del Departamento interpuso el recurso de apelación para ante esta Corte, donde sometido el negocio a la tramitación que señalan los artículos 1211 y 502 del Código Judicial, es llegado el momento de pronunciar el fallo definitivo.

Los fundamentos de la sentencia apelada

Como medio principal de defensa alegó el apoderado del Departamento la excep-

ción de prescripción de corto tiempo de que habla el artículo 2.543 del Código Civil. El Tribunal estudió detenidamente esa defensa y llegó a la conclusión de que debía desecharse, fundándose para ello en los siguientes motivos:

"Aun cuando el Dr. González no concreta en qué sentido se ha producido la prescripción de la acción incoada, ha de interpretarse considerando al empleado Ortiz como un dependiente del Departamento cuando ocupó el cargo de Celador de la Fábrica de Licores. Por tanto, es indispensable ventilar previamente la calidad o situación jurídica de Ortiz ante el Departamento. El Tribunal considera que Ortiz no fue 'dependiente' del Departamento en un sentido estricto. Su verdadera calidad fue la de empleado público. Sus relaciones con el Departamento provinieron de una Ordenanza o de un Reglamento, y ésta o aquélla es la fuente de sus derechos y obligaciones. La situación jurídica de un 'dependiente', en el concepto como viene demostrado en el art. 2543 del C. C. nace de relaciones contractuales entre el patrón y el empleado particular; el contrato celebrado, escrito o verbal, rige esas relaciones y los consiguientes efectos jurídicos, como sería la prescripción de corto tiempo para la acción que tienda al cobro de sus salarios. La Corte Suprema ha sentado clara y especial doctrina para este caso. Dice así:

"'La situación jurídica del empleado frente a la administración, no puede considerarse como la de un contratista, porque en el contrato de arrendamiento de servicios las condiciones se fijan por voluntad de las partes, en tanto que las condiciones a que debe someterse el empleado las señala la ley o reglamento. Las obligaciones tanto del empleado como de la administración no emanan, pues, de un contrato, sino que tienen su fuente en la ley. Así, pues, no tratándose de una relación contractual, no pueden ser aplicables por analogía las disposiciones del Capítulo 4º, Título 41 del C. C., que contemplan las prescripciones de corto tiempo para determinados contratos de derecho privado. La prescripción del derecho a la remuneración de un empleado público debe regirse por las disposiciones ordinarias de prescripción de las obligaciones que emanan de la ley'.'

"La fuente de las obligaciones del Departamento para con Ortiz provienen, pues, del nombramiento de celador que le fue expedido con los consiguientes derechos a sus salarios y demás prerrogativas legales. De allí emanan todos sus derechos y no de un contrato porque ninguna convención previa fue estipulada entre el Departamento y Ortiz.

"Por este lado la cuestión de la prescripción de corto tiempo de que habla el art. 2543 no encaja en este supuesto sino que debe ser regulado como dice la Corte, 'por las disposiciones ordinarias de prescripción de las obligaciones que emanan de la ley'.

"Las doctrinas de la Oficina Nacional del Trabajo que cita el Dr. González, así como otras posteriores, tienen su razón de ser y están ajustadas al concepto de contrato o relación jurídica entre patrón y empleado u obrero. Esas doctrinas no previeron el caso que se contempla en este negocio, y no es dable, por otra parte, generalizarlas. Por tanto, sólo cuando se trata de las consecuencias jurídicas de un contrato de trabajo celebrado entre un patrón y un empleado, surge la aplicabilidad del concepto de 'dependiente' para los efectos de la prescripción de la acción que tienda al cobro de sus salarios en conformidad con el art. 2543".

Luego se ocupa el Tribunal de los hechos fundamentales de la demanda y encuentra plenamente acreditados los siguientes: a) que el actor fue empleado del Departamento durante todo el tiempo a que se refiere el libelo; b) que durante todo ese tiempo el demandante tuvo que trabajar hasta los domingos y días feriados; y c) que la remuneración por los servicios del actor en los días de asueto

sólo fue igual al salario que se le pagaba en los días de trabajo.

Teniendo en cuenta los hechos anteriores y lo que disponen los artículos 1º y 5º de la ley 57 de 1926, sobre descanso dominical, el Tribunal llegó a la conclusión de que el Departamento le estaba debiendo al señor Ortiz la suma de $ 353,80 como indemnización por el trabajo en días de asueto.

Motivos de la Corte

La principal cuestión que se le plantea a la Corte en este negocio consiste en determinar si el artículo 2453 del C. Civil que establece la prescripción de corto tiempo en relación con cierta clase de servicios, es o no aplicable cuando se trata de acciones instauradas contra las entidades de derecho público por razón de sueldos no pagados a los respectivos empleados de tales entidades.

La Sala comparte la opinión del señor Procurador Delegado en el sentido de que es necesario rectificar la doctrina de la Corte a que el mismo funcionario se refiere, y que fue el principal fundamento jurídico de la sentencia recurrida.

La doctrina en mención fue sentada en sentencia de fecha 8 de julio de 1939, proferida en el juicio ordinario seguido por Juan N. Arbeláez contra el Departamento del Tolima. Allí se estudió el punto jurídico que ahora se controvierte, para cuya solución se tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones:

"Para la Corte, la situación jurídica del empleado frente a la Administración, no puede considerarse como la de un contratista, porque en el contrato de arrendamiento de servicios las condiciones se fijan por voluntad de las partes, en tanto que las condiciones a que debe someterse el empleado las señala la ley o el reglamento. Las obligaciones tanto del empleado como de la Administración no emanan, pues, de un contrato, sino que tienen su fuente en la ley.

"Gaston Jéze, en su tratado de Derecho Administrativo, dice que "las condiciones de ingreso en el servicio público, los derechos y deberes de los agentes, la duración del empleo, la responsabilidad, etc., no derivan de una situación contractual, sino de una situación legal y reglamentaria". Agrega dicho autor que los agentes públicos propiamente dichos "están en una situación legal y reglamentaria, lo que significa que el régimen contractual no se les aplica en ningún momento".

"El derecho de remuneración que tiene un empleado público, no es un derecho contractual, porque la relación del funcionario con el Estado no es una relación contractual, dice Francisco J. Goodnow. Si existe el derecho a la retribución, no es a consecuencia de un contrato o por virtud de un servicio hecho al Gobierno, sino porque la ley ha unido al cargo la dotación.

"De manera que si no se trata de una relación contractual, no pueden ser aplicables por analogía las disposiciones del Capítulo 4º, Título 41 del C. C., que contemplan las prescripciones de corto tiempo para determinados contratos de derecho privado. La prescripción del derecho a la remuneración de un empleado público debe regirse por las disposiciones ordinarias de prescripción de las obligaciones que emanan de la ley".

El señor Procurador Delegado acepta de la anterior doctrina la parte relativa al carácter de las relaciones jurídicas existentes entre los empleados públicos y la administración, esto es, que tales relaciones no son de carácter contractual sino que tienen su fuente en la ley o el reglamento.

Pero en cambio sostiene que no hay razón para excluír de la generalidad de los términos del artículo 2543 del Código Civil los sueldos de los funcionarios públicos, aun cuando aquéllos no tengan una fuente contractual.

La Sala considera:

El artículo 2543 citado dice:

"Prescribe en dos años la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo.

"La de los dependientes y criados por sus salarios.

"La de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc."

El precepto enseña, pues, que prescribe en dos años la acción de los dependientes y criados por sus salarios, y la de toda clase de personas por el precio de los servicios que se prestan periódica o accidentalmente.

Aun cuando es verdad que el artículo contempla principalmente el salario o sueldo devengado por contratos, ello no da asidero suficiente para declarar excluídos de la disposición a los empleados públicos, porque desde que el empleado es un servidor o dependiente del Estado, sin forzar el precepto, cabe dentro de su contenido, ya que la disposición no es limitativa.

La doctrina que preconiza que la situación jurídica del empleado frente a la administración es de carácter legal o reglamentaria, tiene origen contemporáneo. Cuando se promulgó el Código Civil, todas las relaciones humanas estaban influenciadas por el derecho privado, en razón de que el entonces sencillo mecanismo del Estado no había suscitado la mayor parte de los problemas de derecho administrativo que hoy preocupan a los juristas.

Aun dentro de la doctrina que sostiene que los funcionarios están sometidos a reglas especiales, se ha ensayado otra tesis, según lo apunta Bonnard, consistente en admitir que, por excepción, cierto orden de empleados no están bajo tal régimen especial y sus relaciones con el Estado siguen gobernadas por el derecho privado. Estos funcionarios serían los empleados y obreros que cumplen una función puramente material análoga a la de los empleados y obreros de empresas privadas, en contraste con los verdaderos funcionarios, que serían aquellos que ejercen actos de autoridad.

Así, pues, es inaceptable, que la teoría que hoy se profese acerca del estatuto jurídico del funcionario público, sea el prevalente y exclusivo criterio de aplicación del artículo 2543, en contraposición al del contenido claramente general del precepto, consagrado en tiempos en que el estudio de tal estatuto no había suscitado las discusiones que a su alrededor ha promovido el avance del derecho administrativo.

Esta razón, unida a la que en su clara exposición suministra el señor Procurador Delegado en lo civil, llevan a la Sala a sostener que los sueldos de los funcionarios públicos que prestan sus servicios merced a un reglamento, también caen bajo la prescripción de corto tiempo del artículo 2543.

El señor Procurador Delegado dice:

"Acepto que los empleados públicos no prestan sus servicios en virtud de un contrato con el Estado, el Departamento o el Municipio. Pero de ello no puede concluírse en sana lógica jurídica que esos servicios quedan fuera de la prescripción de corto tiempo que establece el precitado artículo 2543 del Código Civil, en su último inciso, toda vez que dicho texto legal no limita su radio de aplicación a los servicios que se presten con causa en un contrato. Lejos de ello, los términos con que principia: **"la de toda clase de personas"**, está demostrando lo ilimitado del precepto.

"Y siendo así que, según lo demuestra el propio Tribunal en su fallo, hay servicios que se prestan periódicamente, sin que tengan causa en un contrato, como son los de los empleados públicos, no hay razón alguna de derecho para excluírlos de la prescripción extintiva de corto tiempo de que se viene hablando.

"Verdad que los posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, de que habla la parte final del artículo que se comenta, prestan generalmente sus servicios por virtud de un contrato. Pero tal enumeración no es sino por vía de ejemplo, como claramente se observa del contexto gramatical de la frase, no quedando, por tanto, excluídos del precepto otros servicios que se prestan periódicamente, cuales son los de los empleados públicos.

"Y no hay razón alguna de orden jurídico doctrinario que pueda justificar la pretendida diferencia entre los empleados públicos y los particulares que prestan servicios periódica o accidentalmente. Todo lo contrario: la razón de orden público y de seguridad social, una de las que informan la institución civil de la prescripción extintiva de las acciones judiciales, obra con mayor fuerza tratándose del Estado, el Departamento o el Municipio, como sujetos pasivos de obligaciones provenientes de servicio público".

A efecto de precisar cuáles créditos a favor del demandante no quedan afectados por la prescripción de corto tiempo de que se ha hecho mérito, la Sala observa lo siguiente:

Como en el caso de autos se trata de un juicio tramitado mediante procedimiento verbal, la fecha básica para el cómputo de las partidas no afectadas por la prescripción debe ser la de la notificación al demandado del auto del Tribunal en cuya virtud fueron citadas las partes para la primera audiencia pública, notificación que se verificó el día 28 de agosto de 1940 (fl. 16 del c. principal). De tal suerte que todos los créditos que se hicieron exigibles entre el 28 de agosto de 1938 y el 28 de agosto de 1940 deben considerarse fuera del alcance de la prescripción alegada por el Departamento. Tales créditos son:

Año de 1938, sueldo mensual..		$ 36.00
De agosto 28 a diciembre 31:		
Domingos	17	
Fiestas nacionales	2	
Fiestas religiosas	2	
21 días, a $ 1,20 diarios		$ 25,20
Año de 1939, sueldo mensual ..		$ 36,00
De enero 1º a febrero 28:		
Domingos	8	
Fiestas nacionales	1	
Fiestas religiosas	2	
11 días, a $ 1,20 diarios		$ 13,20
Año de 1939, sueldo mensual .		$ 42,00
De marzo 1º a diciembre 31:		
Domingos	40	
Fiestas nacionales	6	
Fiestas religiosas	10	
56 días, a $ 1,40 diarios		$ 78,40
Año de 1940, sueldo mensual ..		$ 42,00
4 días de enero:		
Domingos	1	
Fiestas nacionales	1	
Fiestas religiosas	0	
2 días, a $ 1,40 diarios		$ 2,80
Total de la indemnización		$ 119,60

Resolución

Por lo anteriormente 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, condena al Departamento de Bolívar a pagar al señor Juan Ortiz, seis días después de la ejecutoria de esta providencia, la cantidad de ciento diez y nueve pesos con sesenta centavos ($ 119,60) moneda corriente, por concepto de retribución de descanso en días domingos y feriados, nacionales y religio-

cripción de la acción instaurada respecto sos.

Declárase probada la excepción de prescripción de la acción instaurada respecto de los créditos a favor del demandante

que se hicieron exigibles entre el 8 de julio de 1935 y el 27 de agosto de 1938.

En los anteriores términos queda reformada la sentencia que ha sido materia de la apelación dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el día 2 de noviembre de 1940.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardozo Gaitán.—Juan A. Donado V.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

LIQUIDACION DE IMPUESTOS

El legislador no ha querido dejar al arbitrio de los funcionarios encargados de aplicar las leyes 81 de 1931 y 78 de 1935 la determinación de la cuantía o del monto de cada impuesto ,salvo el caso de que el contribuyente no haga en tiempo oportuno su declaración o cuando ésta adolezca de falsedad o inexactitud. La ley ha querido que los administradores de Hacienda Nacional proceden siempre sobre la base de informaciones plenamente comprobadas cuando se trata de suplir la declaración de un contribuyente o rectificar las inexactitudes o falsedades de que la misma pueda adolecer. Pero en todo caso queda virtualmente descartada la sola voluntad del liquidador, ya que de lo contrario sería la arbitrariedad y no la justicia y la equidad el fundamento de la liquidación y fijación de los impuestos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta).

El Juzgado de Rentas nacionales de Medellín, adelanta un juicio ejecutivo contra la sociedad minera denominada "Vendecabezas", representada por su presidente, don Bartolomé de la Roche, por las cantidades de $ 2.631.53 y $ 1.355.06, debidas en razón de impuesto sobre la renta liquidada a dicha sociedad correspondiente a los años de 1936 y 1937, respectivamente.

Notificada la ejecución, el señor De la Roche propuso un pliego de excepciones, el cual, junto con el expediente, fue remitido a la Corte a efecto de sustanciar y definir el incidente respectivo. Estando agotada su tramitación, corresponde dictar el fallo de rigor, a lo cual se procede mediante el debido examen de los hechos exceptivos y del derecho aplicable.

Las excepciones

El ejecutado propone varias excepciones, pero todas se reducen a un solo hecho: que la Administración Departamental de Hda. Nacional de Medellín procedió arbitrariamente al imponerle a la sociedad minera "Vendecabezas", la cantidad de $ 3.986,59 en calidad de impuesto sobre la renta, correspondiente a los años de 1936 y 1937, apartándose de las declaraciones hechas por Bartolomé de la Roche como representante de la mencionada entidad. "Dentro del término señalado —dice el excepcionante— por los artículos 9 y 28 de la ley 78 de 1935 y de los decretos ejecutivos que prorrogaron los plazos para los contribuyentes hacer la declaración de su renta, mi poderdante De la Roche hizo las declaraciones correspondientes a los años de 1936 y 1937 con relación a la empresa minera de 'Vendecabezas', cuya sociedad tiene su domicilio en esta capital. Esas declaraciones debieron ser la base para la liquidación e imposición de los gravámenes que pudieran corresponderle en aquellos años a la citada sociedad minera, por concepto del impuesto sobre la renta. Sin embargo, aquella oficina, sin tener en cuenta la totalidad de las declaraciones de mi mandante De la Roche, hizo la liquidación vo-

tándole a los gastos o deducciones un diez por ciento, sin que se pueda aceptar esta rebaja arbitraria, para imponer sobre el saldo el gravamen, toda vez que la declaración jurada del contribuyente y las cuentas que presente sobre el movimiento de la empresa o del negocio son las bases fundamentales para la liquidación y asignación del impuesto que le corresponde pagar".

Durante el término de prueba del incidente, se trajeron en copia al proceso las declaraciones de renta hechas por la sociedad para los años de 1936 y 1937 y las liquidaciones respectivas hechas por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia. También se trajo al expediente durante el mismo término la copia debidamente registrada de la escritura pública número 746, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Medellín, el día 6 de abril de 1916, por la cual se protocolizaron en dicha Notaría los Estatutos de la sociedad minera denominada "Vendecabezas", "Guimo" y "Torito".

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al descorrer el respectivo traslado del escrito de excepciones, se opuso a las propuestas por el apoderado de la sociedad ejecutada, pues en concepto de dicho funcionario no hay hechos probados que lleven a desconocer la existencia de la obligación o a declararla extinguida.

Para resolver se considera:

La prosperidad o el insuceso de las excepciones propuestas depende necesariamente de la manera como se resuelva la siguiente cuestión: se ajustó o no a la ley el procedimiento adoptado por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia al liquidar y fijar los impuestos que se cobran a la sociedad ejecutada?

A la luz de las constancias del proceso la Sala estima que la cuestión así planteada debe resolverse negativamente.

En efecto, está plenamente acreditado que el representante de dicha sociedad presentó en la oportunidad legal las declaraciones de la renta bruta obtenida por aquélla durante los años de 1936 y 1937, junto con la determinación de las deducciones y exenciones permitidas por la ley.

Así las cosas, la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia debía determinar la renta gravable de la sociedad demandada **sobre la base de las respectivas declaraciones,** según lo dispone de modo perentorio el artículo 12 de la ley 81 de 1931.

Empero, la referida oficina liquidadora no aceptó en su integridad las declaraciones en mención, aduciendo como fundamento de su actitud las razones que en seguida se analizan.

En lo atinente a la declaración de renta del año de 1936, dijo lo siguiente:

"Estudiados todos los elementos de información acompañados a la declaración que presenta en forma de un Balance de la Caja, se llega a la conclusión de que en tales documentos existe una verdadera promiscuidad entre partidas que constituyen expensa deducible y otras que son verdaderas inversiones ya en maquinaria y equipo de duración de más de un año y materiales de construcción, como zinc para tubos que constituyen parte para edificaciones. En el renglón de $ 106.126.-63, por gastos están incluídos sin detalle algunos costos por jornales, maderas, reparación máquinas, alumbrado, fuerza motriz, cesantías pagadas, médicos y hospitalización, siendo de un todo imposible con los elementos de que se dispone, llegar a tasar la verdadera renta líquida gravable de la Sociedad". Fundado en las anteriores razones y alegando además "lo angustiado del tiempo hábil para verificar la asignación del impuesto", el funcionario liquidador resolvió rechazar un 10 por ciento del monto total de las deducciones solicitadas por la sociedad.

En cuanto a la declaración de renta correspondiente al año de 1937, también resolvió el liquidador "rechazar un diez por ciento del total de gastos solicitados, esti-

mando que esa cantidad representa en parte la suma verdaderamente no deducible y recomienda a la Sociedad abrir en seguida una contabilidad clara y precisa, clasificando cada renglón de gastos". El rechazo de ese diez por ciento se fundamenta en las mismas razones que se tuvieron en cuenta para adoptar tal procedimiento en relación con la declaración de renta correspondiente al año de 1936.

La Corte no puede aceptar los motivos fundamentales alegados por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia para rechazar un diez por ciento de la suma fijada por la sociedad ejecutada a título de deducciones legales. De aceptar tales motivos, implícitamente se aceptaría también el libre arbitrio de los funcionarios liquidadores en la liquidación y fijación de los respectivos impuestos.

Bien sabido es que la obligación a cargo de los contribuyentes de pagar los impuestos sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades, nace de las leyes 81 de 1931 y 78 de 1935, estatutos éstos que prescriben las reglas y requisitos que deben ser cumplidos por los funcionarios encargados de aplicar las disposiciones de aquellas leyes, a efecto de que impere siempre la justicia y la equidad en la liquidación y fijación de los respectivos gravámenes. El legislador no ha querido dejar al arbitrio de tales funcionarios, la determinación de la cuantía o el monto de cada impuesto, salvo el caso de que el contribuyente no haga en tiempo oportuno su declaración o cuando ésta adolece de falsedad o inexactitud.

En el caso de autos la oficina liquidadora consideró inexactas en parte las declaraciones de renta de la sociedad ejecutada, lo que entrañaba entonces la adopción del procedimiento que para tal evento preceptúa expresamente la ley, esto es, "exigir informes escritos de los contribuyentes cuando sospechen que las declaraciones son faltas o inexactas, de aquellos que dejen de hacerlas y de otras personas; podrán asímismo hacer comparecer testigos e interrogarlos bajo juramento; exigir informes escritos de los Alcaldes, Personeros y Tesoreros Municipales y de los Notarios y Recaudadores; examinar las oficinas, libros y archivo de dichos funcionarios y si fuere necesario para la determinación de la verdad o falsedad de cualesquiera declaraciones presentadas, examinar los libros y papeles de tales contribuyentes, en cuanto esto sea constitucionalmente posible". (Numeral 2º del artículo 12 de la ley 81 de 1931).

Como se ve, la ley ha querido que los Administradores de Hacienda Nacional procedan siempre sobre la base de informaciones plenamente comprobadas cuando se trata de suplir la declaración de un contribuyente o rectificar las inexactitudes o falsedades de que la misma pueda adolecer. Pero en todo caso queda virtualmente descartada la sola voluntad del liquidador, ya que de lo contrario sería la arbitrariedad y no la justicia y la equidad el fundamento de la liquidación y fijación de los impuestos.

En síntesis, para la Sala es indiscutible que no existe la obligación a cargo de la parte ejecutada, en parte, comoquiera que es arbitraria la imposición y al propio tiempo es infundada en la cuantía por que se demanda, pues la liquidación de la renta líquida gravable se hizo sin tener en cuenta las disposiciones legales ya citadas, ni la declaración hecha por el contribuyente, la que ha debido ser aceptada en todas sus partes mientras no se acreditara plenamente que era falsa, equivocada o maliciosa. Quiere ello decir que los reconocimientos que han servido de recaudo ejecutivo están viciados, lo que entraña entonces como consecuencia necesaria el insuceso de la presente ejecución.

Las anteriores conclusiones de la Corte no implican que no exista el derecho de la Nación para cobrar lo que se le debe realmente, previa la formación de un título correcto, que verificará el respectivo recaudador sobre la base de las decla-

raciones de la sociedad ejecutada y de toda otra información que pueda obtener y que haya sido plenamente comprobada. Sólo así la liquidación y fijación de los respectivos gravámenes podrá estar en armonía con las disposiciones legales sobre la materia y alejada por lo tanto del libre arbitrio del liquidador.

A mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **decide:**

Declárase probada la excepción de ineficacia de la obligación, consistente en haberse hecho la liquidación de los impuestos a cargo de la sociedad demandada, con prescindencia de las declaraciones que ésta presentó en la oportunidad legal y de lo estatuído por la ley para el caso de que sea el propio liquidador quien deba sentar las bases de tal liquidación.

Cese la ejecución y decrétase el desembargo de los bienes trabados en el juicio para responder del pago.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardozo Gaitán.—Pedro León Rincón.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

CAUCION DE PERJUICIOS

El artículo 845 y los demás pertinentes del Código Judicial no exceptúan a la Nación, como persona jurídica o entidad de derecho civil, de la obligación de prestar caución de perjuicios y, por tanto, ella debe someterse sin prerrogativa alguna a los requisitos del juicio, en su carácter de opositora.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

Hernando Moreno M. denunció, en calidad de mostrenco un depósito en dinero y en custodia, que se encuentra en el Banco de la República casi desde su fundación, por orden del Juzgado 3º Superior del Distrito; con la petición de que sea reconocido dueño el Municipio de Bogotá y a él se le participe en la proposición señalada por leyes, decretos y acuerdos municipales.

Funda la denuncia en que el referido dinero entró al Banco en calidad de depósito, distinto de las consignaciones en cuenta corriente, a la orden o por orden del Juez 3º Superior poco tiempo después del año de la fundación de dicho instituto; que el depósito primitivo se hizo en billetes nacionales, en billetes dólares, en oro físico, en oro inglés y en plata; valores que posteriormente se convirtieron a la moneda actual colombiana; que en los libros del Juzgado 3º Superior no existe constancia del expresado depósito, ni aparece el sumario o causa a que pertenecierra; que van transcurridos más de diez años sin que nadie lo reclame, y que no tiene dueño conocido y aparente en la actualidad.

De la demanda se corrió traslado al Personero Municipal de Bogotá y al representante legal del Banco de la República.

El señor Personero manifestó que por haberse pedido por el señor Hernando Moreno M., al Juzgado 7º Civil del Circuito, idéntica declaración judicial, basado en la misma causa y sobre el mismo objeto, a más que por carecer de antecedentes sobre la calidad de abandono del bien denunciado, se abstenía de coadyuvar, lo que no implicaba renuncia al derecho, por parte del Municipio, si la autoridad competente lo declaraba mostrenco.

En el curso del juicio se presentaron dos oposiciones: a) por el señor Simón Martínez Rivas, que reclamaba como de su propiedad el depósito denunciado, y b) por el señor Fiscal 2º del Tribunal que alegó la pertenencia de tal dinero a favor del Estado.

Declarado por el Juzgado del conocimiento (6º del Circuito Civil) el desistimiento de la oposición de Martínez Rivas por no presentar en tiempo su apoderado la caución impuesta, se siguió tramitando la adelantada por el señor Fiscal, por virtud de la competencia, ante el Tribunal Superior de este Distrito.

El Tribunal, con fecha cuatro de marzo del presente año, dictó el siguiente auto: "Dentro del término de seis días, contados desde el siguiente al en que sea notificada esta providencia, preste el opositor caución por la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) m. cte., con el fin de in-

demnizar los perjuicios que resulten de la oposición (art. 845 del C. Judicial)". Por cuanto consideró el Agente del Ministerio Público ante el Tribunal, que a la Nación no se le impone caución que garantice perjuicios, como no se le tasan costas en un juicio, pidió la revocación y en subsidio la apelación del auto transcrito, por lo cual llegó el expediente a esta superioridad, donde surtido el procedimiento de rigor, se entra a decidir.

Se considera:

La Nación como entidad de derecho público o sea, cuando por medio de sus órganos dicta un decreto que reglamente el cumplimiento de una ley, y la Nación como persona privada, cuando dispone de un bien fiscal suyo, tiene muy distintas facultades y muy diferentes prerrogativas que ejercer.

En el segundo de los casos, cuando obra como persona jurídica, reclamando de las autoridades judiciales un derêcho que considera le pertenece, está juzgada por las mismas disposiciones que las personas naturales o jurídicas de otra índole, salvo limitadas excepciones.

El art. 845 y los demás pertinentes del Código Judicial, ni otra disposición, excepcionan a la Nación como persona jurídica o entidad de derecho civil de tal obligación, y por tanto ella debe someterse sin prerrogativa alguna a los requisitos del juicio, en su carácter de opositor. Ya lo dijo esta Sala: "si el demandante pide que el opositor preste caución de pagar los perjuicios que le causa con su oposición, el **juez debe ordenarlo**" (subraya la Sala), hácelo de una manera tan general y perentoria, que no permite ninguna clase de salvedades por razón de la persona que constituya la parte opositora. Lo que el legislador tuvo en mira fue **garantizar** al demandante el pago de los perjuicios en referencia derivados de la oposición del demandado. Y si dicha parte opositora está constituída por el Estado, la regla general establecida en el artículo 878 del C. J. no tiene por qué resultar inaplicable. Basta con que aquél se oponga a la acción instaurada, para que el actor pueda pedir que el demandado preste la respectiva caución". (G. J., pág. 257, tomo L).

El señor Procurador Delegado en lo Civil no entró a sustentar el recurso por encontrar injurídica la petición del Fiscal, y haciendo alusión al fallo citado de la Corte, dijo: "En caso enteramente análogo, la Procuraduría sostuvo la tesis acogida por esa Honorable Sala, de que la Nación, como parte en un juicio civil, no tiene más privilegios o prerrogativas que los que limitativamente le concede la ley. Y la exención que en este juicio se pretende no es de las concedidas a la Nación por la ley procesal".

En consecuencia, no hay motivos ni disposiciones que permitan a la Nación quedar libre de otorgar caución en el caso presente.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** el auto de cuatro de marzo del año presente, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardoo Gaitán.—Pedro León Rincón. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

DECLARACIONES SOBRE RENTA

En el supuesto de ser falsos, adulterados e inexactos los informes dados por un contribuyente o declarante del impuesto sobre la renta, el empleado recaudador debe interrogar bajo juramento los testigos que crea suficientes para comprobar la fidelidad de la declaración, exigir informes a las autoridades y verificar el examen de los libros del contribuyente. Pretermitidas esas formalidades ordenadas por los artículos 106 y 108 del Decreto 818 de 1936 y 12 de la ley 81 de 1931, y aplicándose en reemplazo el procedimiento señalado para casos de fraude manifiesto, requerimiento o desobedecimiento, el recaudador obra fuera de derecho. La facultad de comparar el rendimiento de una empresa con otras similares del Departamento, en la liquidación del impuesto, sólo es permitida cuando se desatienden por el declarante los requisitos establecidos en las disposiciones citadas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

La Recaudación de Hacienda Nacional de Riosucio (Caldas), visto el reconocimiento número 16 que presta mérito ejecutivo al tenor de los artículos 982 y 1059 del Código Judicial, decretó libramiento de pago por la vía ejecutiva contra la sociedad minera de "Vendecabezas", "Guimo" y "Torito", por la cantidad de dos mil ochocientos sesenta pesos con catorce centavos ($ 2.860.14), más el uno por ciento por cada mes o fracción de mes de demora y por las costas de la ejecución.

Le intimó igualmente al deudor, a falta del pago inmediato, la obligación de asegurar la efectividad de la deuda, para lo cual el señor Bartolomé de la Roche, representante legal de la Sociedad, denunció quinientas acciones de milava parte (500) de la mina "Vendecabezas, Guimo y Torito", avaluadas en la suma de Doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.-00) m. l.

La cantidad demandada coactivamente proviene del monto del impuesto deducido a dicha compañía en el año de 1938, suma que el demandado considera errada, y en su defensa, por medio de apoderado, propone las excepciones de inexistencia de la obligación en todo o en parte; falsedad o nulidad del título que sirvió como recaudo ejecutivo; error de cuenta, y la innominada del artículo 329 del Código Judicial.

Iniciada la tramitación de las excepciones en la Corte, por jurisdicción que tiene para conocer de ellas, y corridos integralmente todos los términos, se pasa a decidir previo el estudio de cada una de las excepciones.

Primera—Inexistencia de la obligación en todo o en parte. El apoderado de la Sociedad Minera apoya la excepción en el hecho de no haberse cumplido por parte del empleado liquidador del impuesto ninguna de las reglas que señala la ley para tal fin, y principalmente la de no haberse tomado como base de la liquidación la declaración presentada por el Gerente de la Compañía. Dice: "La ley 78 de 1935 no ha dejado al arbitrio de los Administra-

dores de Hacienda Nacional la fijación de la cuantía del impuesto sobre la renta que deben pagar los ciudadanos. Por el contrario, tanto dicha ley como sus decretos reglamentarios, establecen que el contribuyente es quien debe hacer la declaración sobre la renta que ha tenido en sus diversas actividades durante el año gravable, y las deducciones a que tiene derecho, bien por los gastos invertidos en sus negocios o empresas industriales, o bien en los gastos de índole familiar y personal".

Para acometer el estudio de la excepción traída, la Sala encuentra de necesidad la transcripción de los artículos 106 y 108 del decreto 818 de 1936 y 12 de la ley 81 de 1931, pertinentes al caso.

Artículo 106—Cuando cualquier contribuyente sujeto a los impuestos establecidos en la ley 78 de 1935, **omitiere hacer en tiempo oportuno la declaración** de que trata la ley mencionada y el artículo 3º de este decreto, el Administrador de Hacienda Nacional respectivo liquidará los gravámenes que a tales personas correspondan, utilizando para ello el respectivo formulario, el cual debe llenarse con las informaciones que haya podido obtener de cualquier fuente u origen y que deben constituír la base del impuesto deducido. De esta facultad podrán hacer uso hasta el treinta y uno de diciembre del año siguiente de aquel en que debió hacerse la declaración. Pasado ese término, las informaciones que obtengan los Administradores de Hacienda Nacional sobre patrimonios o rentas no declarados, deberán ser enviados al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales para que éste, haciendo uso de la facultad que le confiere el ordinal 2º del artículo 15 de la ley 81 de 1931 estime las rentas y los patrimonios, y fije los impuestos que deban satisfacerse.

De esta última autorización podrá hacer uso el Jefe de Rentas con ocasión de los reclamos de los contribuyentes o fuera de ellos; pero en este último caso solamente cuando se haya verificado el pago del impuesto liquidado por el Administrador.

Artículo 108—A falta de informaciones sobre la renta o patrimonio de un contribuyente, el Administrador o el Jefe de Rentas pueden citarlo a su despacho a pedirle por medio de un oficio la declaración de una u otro, y en caso de que se niegue a darla o eluda la contestación, podrán hacer la estimación de que trata el artículo anterior sobre bases de comparación con las declaraciones de años anteriores y con una razonable semejanza de intereses con otros contribuyentes que hayan declarado rentas y patrimonios similares. La citación de que trata este artículo deberá ser personal, y si se hiciere por medio de oficio, deberá comprobarse que el contribuyente la ha recibido.

Artículo 12, ordinal 2º—Para los fines de este artículo, los Administradores de Hacienda Nacional, en los distintos Departamentos, podrán exigir informes escritos de los contribuyentes cuando sospechen que las declaraciones son falsas o inexactas, de aquellos que dejen de hacerlas y de otras personas; podrán asímismo hacer comparecer e interrogarlos bajo juramento; exigir informes escritos de los Alcaldes, Personeros y Tesoreros Municipales y de los Notarios y Recaudadores; examinar las oficinas, libros y archivos de dichos funcionarios y si fuere necesario para la determinación de la verdad o falsedad de cualquiera declaraciones presentadas, examinar los libros y papeles de tales contribuyentes en cuanto sea constitucionalmente posible.

El primer artículo se refiere al contribuyente que omite en tiempo oportuno hacer la declaración de renta para la liquidación de sus gravámenes; el segundo que es precisamente la fe legal de donde partió el liquidador para gravar la Sociedad ejecutada, se refiere al contribuyente que procura eludir informaciones sobre renta y patrimonio, y que en tiem-

po legal no presenta la declaración; el tercer artículo transcrito facilita a los empleados recaudadores los medios de comprobación cuando sospechen que las declaraciones son falsas o inexactas.

Las dos primeras normas dan al Administrador de Hacienda Nacional la facultad de liquidar el impuesto utilizando las informaciones que obtenga de cualquier fuente u origen, y la de acudir al mismo contribuyente en solicitud de datos sobre la renta, con la advertencia de que si se niega a dar la declaración o elude la contestación requerida por medio de oficio, se estimará su renta "sobre bases de comparación con las declaraciones de años anteriores y con una razonable semejanza de intereses con otros contribuyentes que hayan declarado renta y patrimonio similares".

En el caso de la Sociedad Minera "Vendecabezas, Guimo y Torito" se tiene acreditado con pruebas que la declaración de renta correspondiente a 1938 fue presentada en tiempo legal, y que el Gerente no fue citado para que ampliara, explicara o modificara la declaración. En el supuesto de ser falsos, adulterados o inexactos los informes dados por el señor Bartolomé de la Roche, no se apeló por el empleado recaudador a interrogar bajo juramento los testigos que creyere suficientes para comprobar la fidelidad de la declaración, ni exigió informes a las autoridades inmediatas y del lugar de residencia de la Sociedad, ni verificó el examen de los libros de la Compañía.

Luego, pretermitidas las vías amplias y legales que tenía el señor Auditor para verificar la exactitud de la declaración presentada por de la Roche, y por el contrario, habiendo aplicado el procedimiento señalado en casos de fraude demostrado, requerimiento o desobedecimiento, obró fuera de derecho. La facultad de comparar el rendimiento de la empresa con otras similares del mismo Departamento, en la liquidación del impuesto, sólo es permitida cuando se desatienden por el declarante los requisitos establecidos en las disposiciones transcritas.

La Sala considera, en virtud de lo dicho, probada la excepción que impropiamente denomina el demandado de inexistencia de la obligación y que es realmente de ineficacia del título ejecutivo, por encontrar que hubo de parte del empleado liquidador del impuesto de la Sociedad Minera "Vendecabezas, Guimo y Torito" manifiestas ilegalidades.

No es pertinente hacer el estudio de las demás excepciones, por cuanto el artículo 344 del Código Judicial establece que no hay necesidad de estudiar las otras propuestas o alegadas, cuando se encuentre probada una.

El señor Procurador Delegado en lo Civil al manifestar su concepto contrario a la prosperidad de las excepciones se expresa así:

"Por dos aspectos me opongo a que se declaren probadas las referidas excepciones:

"Es inverosímil que una Sociedad Minera que ha producido en oro una suma mayor de cien mil pesos, sólo obtenga un producto líquido de un poco más de mil pesos al año. Ninguna entidad comercial, sin tener la organización debida y por rudimentaria que sea, presenta un líquido tan desalentador en el término de un año con ese producto bruto tan apreciable. Posiblemente esa razón de orden moral llevó al empleado Auditor de Impuestos Nacionales de Manizales a apartarse de la declaración que hizo el señor de la Roche de dicha renta y sus deducciones durante el año gravable de 1938, y a proceder conforme a lo ordenado en el artículo 108 del decreto reglamentario de la ley orgánica. Para ello está autorizado por la ley".

"Por el aspecto legal también me opongo, ya que la parte final del ordinal 3º del artículo 2º de la ley 78 de 1935, dice que 'para tener derecho a la deducción se requiere además, como requisito in-

dispensable, que el contribuyente que la solicite, manifieste que está dispuesto a permitir al respectivo Administrador de Hacienda o al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, según el caso, el examen e inspección directa de los libros de comercio o archivos, a fin de que dichos empleados puedan cerciorarse de que por haberse cumplido la condición requerida en esta disposición, no habrá perjuicio para el fisco al conceder la deducción".

La Corte considera que si de ordinario es inverosímil —como lo afirma el Procurador— que una Sociedad Minera que ha producido en oro una suma mayor de cien mil pesos, sólo obtenga un producto líquido de un poco más de mil pesos al año, es verdad asímismo que hecha como fue por el contribuyente, en tiempo oportuno, su declaración, en la cual aparecen detalladas erogaciones sensiblemente iguales al monto del producto de las minas, el procedimiento para rectificar y desestimar la declaración era otro muy distinto del que puso en práctica el Recaudador, claramente establecido en la ley y los decretos reglamentarios.

En cuanto al segundo reparo del señor Procurador, observa la Sala que en la declaración de renta se lee: "La empresa tiene un libro de ingresos y egresos rubricado por la Administración Nacional de Hacienda de la ciudad de Medellín. Toda aclaración pedida será inmediatamente contestada y explicada". Y el señor Recaudador no solicitó las aclaraciones y explicaciones ofrecidas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA probada la excepción de ineficacia del título ejecutivo, y en consecuencia, decreta el desembargo de las acciones mineras sometidas a la traba en el juicio.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro León Rincón.—Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCIONES. — MANDAMIENTO EJECUTIVO. — ELEMENTOS INTRINSECOS CONSTITUTIVOS DE UNA SOCIEDAD COMERCIAL

1.—La calidad con que se ejecute a una persona depende no sólo del texto de las palabras empleadas en la parte resolutiva del mandamiento ejecutivo, sino que ésta debe entenderse teniendo en cuenta las obligaciones en que se fundamenta y el conjunto de expresiones usadas en el auto que ordena la ejecución; esto aparece más claro si en la notificación del mismo se dice la calidad con que se hace aparecer a la persona demandada. 2.—Dado el carácter de solemne que tiene la sociedad comercial, si en la constitución de la misma faltan los elementos intrínsecos como son la escritura pública y el extracto social debidamente registrados, se está en presencia de una sociedad irregular o de hecho (artículos 472 y ss. del C. Co.), y en tal caso puede probarse su existencia por cualquiera de los medios probatorios. (Artículo 477 ibid.). Pero como en la sociedad comercial debe acreditarse tanto la existencia, como la persona que la representa en un momento dado, de acuerdo con lo establecido por los artículos 40 y 41 de la ley 28 de 1931, en la sociedad de hecho también deben demostrarse las mismas circunstancias, aunque por distintos medios de prueba, o sean, los previstos en el artículo 477 citado. Además, en el juicio ejecutivo, dado el carácter especialísimo y coercitivo que tiene, tales hechos deben llevarse a él claramente establecidos, ya que la naturaleza de este juicio no es la de dirimir cuestiones de fondo, como sería la de establecer el carácter de sociedad de hecho de cualquiera entidad, cosa que corresponde al procedimiento ordinario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de esta ciudad adelanta, en nombre de la Nación y contra el señor Francisco Laserna, el presente juicio ejecutivo como resultado de los varios alcances liquidados por la Contraloría General de la República, relacionados todos con la inversión del auxilio pecuniario que concedió la entidad ejecutante en favor de la Compañía Desecadora de los Pantanos de Fúquene, en el año de 1939.

Habiéndose notificado e intimado el mandamiento de pago al señor Francisco Laserna, éste propuso oportunamente varias excepciones que la Sala procede a fallar y para lo cual comienza su estudio en la siguiente forma: La primera excepción que se alega es la de que el ejecutado no es el deudor personal de la suma que se le cobra, ya que, conforme se infiere de los autos de fenecimiento, la obligación fue declarada a cargo de la persona jurídica denominada Compañía de Fúquene y según el contexto del auto ejecutivo aparece el señor Laserna demandado en su carácter personal y que, si se estimare que la acción ejecutiva va dirigida contra el actual ejecutado en su calidad de gerente de la citada compañía, entonces no aparece acreditada la consti-

tución o existencia de esa sociedad, ni que el señor Laserna haya tenido, en forma legal, ese carácter de gerente, de donde se deduce la ilegitimidad en la personería sustantiva del demandado.

De manera que la excepción anterior y de acuerdo con las explicaciones que se hacen en el alegato del ejecutado, sostiene dos hechos: primero, que el señor Francisco Laserna es ejecutado en su carácter personal, según se infiere de la parte resolutiva del respectivo mandamiento ejecutivo y, segundo, que si no fue en ese carácter sino en el de gerente entonces no aparece acreditada esa calidad, antes bien hay un certificado expedido por el Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá en el que se dice no haber ningún registro de documentos de la sociedad denominada "Compañía Desecadora de los Pantanos de Fúquene".

El señor Procurador Delegado en lo Civil se manifiesta contra la apreciación primera argumentando que los antecedentes que sirvieron de base al mandamiento ejecutivo, los términos con que se encabeza dicha providencia y la intimación del mismo demuestran que "a pesar de que en la parte resolutiva del auto ejecutivo no se emplearan iguales expresiones, su sentido no puede ser otro que el que resulta de sus elementos antecedentes y subsiguientes".

La Sala acoge el punto de vista expuesto por la Procuraduría porque la calidad con que se ejecute a una persona depende no sólo del texto de las palabras empleadas en la parte resolutiva del mandamiento ejecutivo, sino que ésta debe entenderse teniendo en cuenta las obligaciones en que se fundamenta y el conjunto de expresiones usadas en la providencia que ordena la ejecución; esto aparece más claro si en la notificación de la misma se dice la calidad con que se hace aparecer a la persona demandada. Por tanto, como los fenecimientos que sirven de base a la ejecución acreditan obligaciones contra el señor Laserna en su carácter de gerente y esto se hizo saber tanto en la parte motiva, como en la intimación del auto de mandamiento de pago, la calidad con que el señor Francisco Laserna fue ejecutado no es otra sino la de Gerente de la Compañía Desecadora de los Pantanos de Fúquene.

Sobre este supuesto el señor Representante de la Nación, refiriéndose al segundo punto de la excepción propuesta, manifiesta su creencia de que en el proceso obra la prueba de la existencia de la Compañía ejecutada. A efecto sostiene que por el hecho de no aparecer ningún registro en la Cámara de Comercio de Bogotá no puede decirse que no exista tal compañía; por el contrario, según nuestra legislación y nuestra doctrina, si faltan ciertas formalidades externas en la constitución de las sociedades, cabe demostrar que la sociedad cuya existencia se afirma en un momento dado tenga la calidad de sociedad irregular o de hecho, y que en el presente caso la Nación, siendo tercero a quien no se le puede alegar la falta de formalidades para probar la existencia de la Compañía, puede demostrarla por cualquiera de los medios probatorios, artículos 477 y 551 del C. Co. Como prueba de la existencia de la entidad demandada se cita el documento que obra a los folios 4 a 6 del cuaderno de excepciones y el hecho de que no hubiera protestado el ejecutado de la calidad de gerente que se le atribuyó al notificársele el mandamiento de pago.

En este particular la Sala observa que dado el carácter de solemne que tiene la sociedad comercial, si en la constitución de la misma faltan los elementos intrínsecos como son la escritura pública y el extracto social debidamente registrados, se está en presencia de una sociedad irregular o de hecho (artículos 472 y siguientes del Código de Comercio), y en tal caso puede probarse su existencia por cualquiera de los medios probatorios. Art. 477 ibídem.

Pero como en la sociedad comercial debe acreditarse tanto la existencia, como la persona que la representa en un momento dado, de acuerdo con lo establecido por los artículos 40 y 41 de la ley 28 de 1931, en la sociedad de hecho también deben demostrarse las mismas circunstancias, aunque por distintos medios de prueba, o sean los previstos en el artículo 477 antes citado. Además, en el juicio ejecutivo, dado el carácter especialísimo y coercitivo que tiene, tales hechos deben llevarse a él claramente establecidos, ya que la naturaleza de este juicio no es la de dirimir cuestiones de fondo, como sería la de establecer el carácter de sociedad de hecho de cualquiera entidad, cosa que corresponde al procedimiento ordinario. Ahora bien, en el caso que se estudia no se trajo debidamente establecido ni la existencia, como sociedad de hecho, de la compañía demandada, ni que la persona actualmente ejecutada fuera el gerente de la mencionada entidad.

Y aun en el supuesto de que tales hechos pudieran discutirse en el presente juicio, las pruebas que obran en el expediente no los demuestran.

En efecto, los documentos que figuran en los folios 4 y 7 del cuaderno de excepciones no son suficiente prueba para la demostración de la existencia de la Compañía que se ejecuta, puesto que en ellos tan sólo se hace referencia, por persona distinta de la actualmente ejecutada, al hecho de que, además de obrar en nombre propio, lo hace como gerente de esa entidad, y de la sola manifestación de estar representando a una persona jurídica no demuestra la existencia de la misma. La calidad de gerente del demandado tampoco se acredita en los documentos que se estudian porque el señor Laserna se obligó en nombre propio y como deudor solidario, situaciones distintas a la de gerente que se le atribuye. En cuanto a que por los documentos que se estudian el señor Laserna y otras personas se hubieran obligado solidariamente no es ello prueba de que se hayan constituído en sociedad, porque ésta y la solidaridad son fenómenos jurídicos completamente distintos. Además por el hecho de que el ejecutado no hubiera protestado de la calidad de gerente que se le atribuía al momento de notificársele la orden de pago, tampoco es prueba, porque según principios de derecho que nos rigen, el que calla un hecho ni lo confirma, ni lo niega, y por tanto, debe probarse.

De todo lo dicho se deduce que en el presente juicio no está acreditada la personería del señor Laserna como gerente de la Compañía Desecadora de los Pantanos de Fúquene, ni la personalidad de la parte ejecutada, y que como consecuencia debe declararse probada la primera excepción propuesta.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería del demandado y ordena suspender la ejecución y levantar el embargo de los bienes.

Publíquese, notifíquese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro León Rincón.—Manuel Pineda Garrido, Srio.

INCIDENTE DE NULIDAD. —CESION DE CREDITOS

El artículo 1960 del C. C. no se refiere a los efectos que puede tener la cesión entre cedente y cesionario, ni determina nada relacionado con la personería de éste último. Se limita a estatuír que la cesión no producirá efectos con relación al deudor y con terceros mientras no se haga la notificación en forma debida. En ningún caso se puede desprender de este artículo que por su incumplimiento se deje de efectuar la cesión, pues este fenómeno se efectúa con el solo cumplimiento del artículo 33 de la ley 57 de 1887. Siendo esto así el dueño del crédito será el cesionario y, por lo tanto, su legítimo personero donde quiera que ese crédito esté, o cuandoquiera que se trate de cumplir un mandamiento ejecutivo sobre él.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre tres de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

El doctor Alberto Benavides Guerrero, en virtud de poder a él conferido por el doctor Gonzalo Benavides Guerrero, demandó en juicio ejecutivo al Departamento de Nariño por la suma líquida de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) con base en sentencia de 30 de noviembre de 1927 de la Corte Suprema de Justicia.

Esta acción fue propuesta por ante el Tribunal Superior de Pasto, entidad que decretó el mandamiento de pago el 13 de octubre de 1937; el día 19 del mismo mes se procedió a la intimación del mandamiento en la persona del Fiscal del Tribunal como representante del Departamento de Nariño, quien expuso algunos inconvenientes para cancelar la suma debida, entre ellos, el de no haber renta disponible y estar la mayor parte de los bienes departamentales gravados a favor del Banco Central Hipotecario de Bogotá.

El 22 de septiembre de 1937 el doctor Gonzalo Benavides Guerrero había traspasado al doctor Alberto Benavides Guerrero, por valor recibido, el crédito en referencia; y la cesión fue aceptada por el doctor Alberto Benavides Guerrero en memorial de 10 de febrero de 1938 dirigido al Tribunal Superior de Pasto. El hecho fue puesto en conocimiento del señor Fiscal del Tribunal y por auto de 7 de marzo de 1938 se reconoció como cesionario del mencionado crédito al doctor Alberto Benavides Guerrero, en providencia notificada al señor Fiscal el 9 de marzo del mismo año.

El 19 de noviembre de 1940 el doctor José Elías Dulce, como apoderado judicial del Departamento de Nariño, propuso un incidente de nulidad fundado en el hecho de haberse notificado el auto que reconocía la cesión del crédito al señor Fiscal del Tribunal y no al Gobernador del Departamento de Nariño, ya que este funcionario es quien tiene la dirección y representación de sus bienes respecto de la administración de la hacienda que a los Departamentos pertenece. De allí deduce el apoderado del Departamento que el cesionario no tiene personería para intervenir en este juicio. A su propósito fundamentó así su solicitud de nulidad: "El objeto de esta petición se limita, ahora, a demandar la nulidad de lo actuado en este juicio desde el auto de 7 de marzo de 1938. Fundamento breve de esta soli-

citud: el 22 de septiembre de 1937, el doctor Gonzalo Benavides G. cedió a su hermano, doctor Alberto Benavides G. el crédito mencionado. En memorial de 10 de febrero de 1938, el cesionario solicitó del Tribunal que se notificara al deudor la cesión del crédito. Por auto de 1º de marzo de 1938, el Tribunal dispuso poner en conocimiento del señor Fiscal del Tribunal la petición del cesionario, y aún se le entregó el expediente para que conceptuara. El señor Fiscal dijo entonces que el Tribunal debía resolver lo que fuera legal. Este procedimiento no entraña una verdadera notificación. Sin más, el Tribunal declaró que se había surtido la notificación de la cesión del crédito y que se tuviera al doctor Alberto Benavides G. como titular del crédito y como parte ejecutante.

"Entiendo señor Magistrado que todo esto no tiene valor legal y que el doctor Alberto Benavides G. carece de personería sustantiva y adjetiva para intervenir en el juicio ejecutivo a que me estoy refiriendo.

"En tratándose de cesión de créditos es indispensable notificar la cesión del crédito al deudor, razón por la cual el mismo cesionario así lo pidió.

"¿Quién es, en este caso, el deudor? El Departamento de Nariño. ¿A quién se ha hecho la notificación de esa cesión? De modo informal al señor Fiscal del Tribunal Superior. Pero este empleado no es el deudor, ni representa al Departamento de Nariño en ese acto.

"Los fiscales de los Tribunales Superiores representan a los Departamentos en las acciones judiciales que contra ellos se dirijan, mas no tienen la dirección, ni la representación de esos mismos Departamentos respecto de la administración de los bienes, y en general de la hacienda que a ellos pertenece. Esa dirección y administración es del resorte de los Gobernadores; de tal manera que la notificación de la cesión del crédito debió hacerse, directa y personalmente, al Gobernador del Departamento de Nariño, pues es elemental que la cesión de un crédito personal, a título oneroso, es una compraventa, o un acto privado de administración y no una acción judicial o procedimiento forense. Por consiguiente, la notificación que se hizo al señor Fiscal, aunque en forma irregular, no tiene valor alguno mientras tal notificación no se haga al Gobernador del Departamento, el doctor Alberto Benavides carece de personería para intervenir en la presente ejecución como titular del derecho".

Tramitado el incidente en forma legal, el Tribunal Superior de Pasto declaró la **nulidad de lo actuado**, desde el auto de 7 de marzo de 1938. En esa providencia consignó los siguientes conceptos: "Situado así el auto, para resolverlo, se considera: a) Según el artículo 1960 del C. C. la cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste y, según el artículo siguiente: "la notificación debe hacerse con exhibición del título que llevará anotado el traspaso del derecho con designación de cesionario y bajo la firma del cedente". De tal manera que la notificación de la cesión al deudor es un requisito indispensable para que produzca efectos contra el deudor y contra terceros.

"b) Es indudable que, en el caso en estudio, el deudor es el Departamento de Nariño.

"c) El señor Fiscal del Tribunal representa al Departamento en el acto de la cesión? La respuesta tiene que ser indudablemente negativa. De conformidad con el artículo 176 del C. J., numeral 3º, el Fiscal tiene la función de promover y sostener las acciones necesarias para la defensa de los bienes e intereses del Estado o del Departamento, en asuntos de la competencia de los Tribunales Superiores respectivos; y representar al Estado y al Departamento en las acciones que contra ellos se dirijan y allí se deban

ventilar, observando las instrucciones que se les den. Con la cesión de un crédito no se promueve ni se sostiene acción alguna, ni como demandante, ni como demandado; luego el Fiscal del Tribunal no puede ser representante del Departamento en el acto de la notificación de una cesión.

"d) El Gobernador del Departamento es el representante de la entidad, para esa notificación? La respuesta es afirmativa, porque, siendo la notificación el conocimiento que se da del nuevo acreedor, para los efectos legales que se desprenden de ese acto, ese conocimiento tiene que ser necesariamente acto de administración, que compete al Gobernador de manera estricta, de acuerdo con el art. 192 de la Constitución y numeral 4º del art. 127 del C. P. y M.

"e) Por consiguiente, es indudable que la notificación de la cesión, efectuada en la persona del señor Fiscal, está mal hecha, máxime cuando propiamente no se notificó la misma cesión, con las formalidades prescritas en el C. J., sino únicamente el auto que recayó al memorial presentado por el doctor Alberto Benavides Guerrero, notificación, deficiente aún en caso de que se hubiera hecho al verdadero representante del Departamento.

"f) No puede decirse que se ha hecho la cesión de un derecho litigioso, pues son suficientes las razones expuestas por el señor Agente del Ministerio Público para comprobar este aserto.

"g) Si el doctor Alberto Benavides Guerrero ha venido actuando en este juicio desde el 7 de marzo de 1938, como representante del acreedor, es claro que hay ilegitimidad de personería, causal de nulidad reconocida por el numeral 2º del art. 448 del C. J. y que ha sido alegada en oportunidad.

"h) El auto de siete de marzo de mil novecientos treinta y ocho evidentemente es interlocutorio, porque determina la personalidad del demandante al reconocerlo como titular del derecho, y, siendo interlocutorio ha debido ser suscrito por la Sala de decisión, como lo requiere el art. 84 del C. J.; como no se hizo así, esa providencia es nula por incompetencia de jurisdicción. Y, si bien es cierto que esta causal de nulidad no se ha propuesto en forma separada, sí se la puede tener en cuenta para los efectos de este fallo".

Apelado el fallo del Tribunal y venido el asunto a la Corte, ha llegado el momento de decidir sobre la apelación.

Se considera:

El artículo 33 de la ley 57 de 1887 determina los requisitos necesarios para la cesión de créditos personales; dice así el artículo: "L. 57 de 1887, a 33. 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..." Cumplido este requisito como lo fue por los señores Gonzalo y Alberto Benavides Guerrero, es claro que la cesión se efectuó y que el dueño legítimo del crédito es el cesionario.

El auto que declaró la nulidad se basa en el artículo 1960 del C. C., que dice: "art. 1960. La cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste".

Se observa que el artículo transcrito no se refiere a los efectos que puede tener la cesión entre el cedente y el cesionario ni determina nada relacionado con la personería de éste último. Se limita a estatuír que la cesión no producirá efectos con relación al deudor y con terceros mientras no se haga la notificación en la forma en que lo determina. En ningún caso se puede desprender de este artículo que por su incumplimiento se deje de efectuar la cesión. Este fenómeno se ha

efectuado con el solo cumplimiento del artículo 33 de la ley 57 de 1887. Siendo esto así, el dueño del crédito será el cesionario y por lo tanto su legítimo personero donde quiera que ese crédito esté, o cuandoquiera que se trate de cumplir un mandamiento ejecutivo sobre él.

Efectuada la cesión el doctor Alberto Benavides Guerrero es el legítimo dueño del crédito y su personería es indiscutible.

En cuanto a los efectos de la cesión respecto al deudor, o sea el Departamento, cabe observar que no es del resorte del presente fallo resolver sobre tales efectos relacionados con la parte sustantiva de los derechos que se reclaman ejecutivamente; y que la informalidad que se alega consistente en haberse dictado por el Tribunal en Sala unitaria el auto de 7 de marzo de 1938, tampoco afecta la personería en el juicio del doctor Alberto Benavides Guerrero o de su apoderado, sino que entraña una cuestión relacionada directamente con la efectividad de la obligación que se cobra al Departamento, sobre lo cual no es oportuno actualmente una decisión. En el particular la Corte acoge las siguientes consideraciones que presenta el señor Procurador.

"El fallo recurrido debe infirmarse por no responder a la realidad procesal.

"En efecto:

"1. Al hablar el artículo 448, numeral 2º del C. J. de ilegitimidad de la personería, se refiere tal disposición a este último concepto en cuanto a su calidad de **adjetiva**, o sea, **aquella calidad necesaria y suficiente para actuar en juicio.**

"Y no es este, precisamente, el problema controvertido en el respectivo incidente, ya que en él se aducen hechos que se refieren a una cuestión de fondo—cuestión sustantiva— dentro del ejecutivo de que se hace mérito, cual es la de que **en realidad** se trata de que el actor, que se dice cesionario de un crédito contra el Departamento de Nariño, no tiene legalmente tal calidad por cuanto la notificación de la cesión de aquel no se hizo a la entidad o funcionario a quien, por razón de sus funciones, incumbía hacerla, vale decir, al Gobernador del Departamento, representante y ejecutor en **actos de administración.** Tal notificación y aceptación de la cesión de un crédito es cuestión puramente contractual y, por ende, del resorte exclusivo del órgano ejecutivo.

"Así, pues, ante la informalidad que se estudia, otras serán las consecuencias procesales que hayan de sobrevenir, y a que se refiere de manera muy precisa el artículo 1960 del C. C.

"II. Por otra parte, en concepto del suscrito tampoco acierta el Tribunal en el auto recurrido al expresarse en el aparte h) en los términos siguientes: 'El auto de 7 de marzo de 1938 evidentemente es interlocutorio, porque determina la personalidad del demandante al reconocerlo como titular del derecho, y, siendo interlocutorio, ha debido ser suscrito por la Sala de Decisión, como lo quiere el art. 84 del C. J.; como no se hizo así, esa providencia es nula por incompetencia de jurisdicción. Y, si bien es cierto que esta causal de nulidad no se ha propuesto en forma separada, sí se la puede tener en cuenta para los efectos de este fallo'.

"Y no acierta el Tribunal porque, aunque en virtud de la informalidad en que allí se incurrió y que se relata, dicha providencia de 7 de marzo de 1938 es nula, ella no dice tampoco relación a la **personería adjetiva** de la parte cuya actuación se aceptó dentro del juicio, sino a la calidad sustantiva de la misma, a la validez de su pretendida calidad de cesionario del crédito a que se contrae la litis. Y como en el caso del punto anterior de este escrito, otros han de ser los efectos procesales de tales ocurrencias, y no la solución dada en que se "declara la nulidad de lo actuado" según reza el auto recurrido".

Por lo expuesto, debe revocar la Corte el auto materia del recurso.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, REVOCA el auto apelado y en su lugar decide: NO PROSPERA la nulidad propuesta por incompetencia de jurisdicción.

Notifíquese, publíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro León Rincón. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

1.—Varias son las decisiones de la Corte en las cuales ha afirmado su concepto sobre personalidad jurídica del organismo denominado Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y respecto a sus facultades, derechos y atribuciones. En ellos expresó la Corte los motivos que informan su criterio en cuanto a la inteligencia de la ley 29 de 1931 en sus disposiciones orgánicas de la entidad, por el texto de éstas, por su fin y en razón de ordenamientos del derecho civil y de principios pertinentes del derecho administrativo. El Consejo tiene, con el ejercicio de su mandato de administrador, y en su carácter de persona jurídica autónoma, la calidad de establecimiento público del Estado, con individualidad jurídica propia para ejercitar en juicio las acciones y excepciones que corresponderían a un particular contra cualquiera persona. 2. — El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene derechos subjetivos que puede hacer valer por la vía judicial o contencioso - administrativa, aun contra el Estado mismo. Por el contrario, dentro del seno de este último las luchas entre los diversos servicios no son en principio controversias de personas autónomas, que exijan para dirimirlas un acto jurisdiccional. Cada uno de estos servicios carentes de personalidad jurídica, no puede invocar, frente a los otros, ni un derecho de propiedad sobre las cosas afectas a él, ni un derecho subjetivo a la competencia que le fue atribuída. Las pugnas entre los distintos servicios integrantes de la persona moral del Estado son zanjadas por la vía administrativa mediante un acto jerárquico de autoridad y no de jurisdicción. Nada de esto último acontece al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, quien en defensa de los bienes confiados a su cuidado no está sometido a jerarquía administrativa ninguna, ni depende de los representantes del Estado para el ejercicio de las acciones civiles que integran su patrimonio autónomo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre cinco de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Juan Francisco Mújica, en su calidad de apoderado de Gabino Rodríguez, representante legal del menor José Virgilio Rodríguez Castellanos, demanda al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales para que en juicio ordinario y con su audiencia se hagan unas declaraciones, entre ellas la de que dicha entidad debe pagar en dinero al nombrado menor el valor de los perjuicios materiales que recibió en un accidente ocurrido el día 26 de enero de 1941, cuando aquél tomaba, en la estación de El Santuario, un tren del Ferrocarril Central del Norte para trasladarse a Bogotá.

En auto del Tribunal respectivo, que ha pasado en apelación a esta Sala de la Corte, se declaró que esa entidad no tiene competencia para conocer del negocio. Al hacerlo se dan como razones las consignadas en los siguientes pasajes de la referida providencia:

"Contra lo que sostuvo alguna vez la H. Corte Suprema de Justicia que veía en las funciones de este organismo (se

refiere al Consejo), una representación del Estado colombiano para ser ejercitada indistintamente por el respectivo Agente del Ministerio Público o por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales en negocios concernientes a estos, y en desacuerdo asímismo con el concepto de quienes propugnan un mandato privativo de la Nación para la citada institución, el Tribunal sólo encuentra en esta creación de la ley un simple establecimiento público que lleva en sí la característica de un tecnicismo especial, y en el que la idea de un patrimonio separado, lejos de distinguirlo como persona moral pública, representa apenas el medio de que el legislador quiso valerse para satisfacer en mejores condiciones una necesidad elevada a la categoría de servicio público.

A diferencia, pues, de lo que ocurre con la representación legal en la cual intervienen dos sujetos de derecho para obrar el uno por el otro de modo que los actos del primero comprometen la responsabilidad del segundo, en el funcionamiento de los órganos del servicio público sólo se encuentra una medida de orden destinada a consagrar la división del trabajo y la separación de las cuentas correspondientes a ese servicio particular, sin que dichos organismos puedan en forma alguna, fundar una verdadera personalidad con patrimonio propio e independiente; por lo cual cuando obran, no son ellos sino la persona moral pública la que obra.

Síguese de esto que no es legal intentar acciones determinadas por actos propios de ese organismo, sino en nombre o contra el Estado que es la persona de quien depende, apersonado sí, necesariamente y por voluntad de la ley, por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado precisamente para el servicio de esta clase especial de las funciones del Estado.

Y tratándose de una demanda en que la controversia se plantea con fundamento en un contrato de los que se mencionan en el artículo 40 del C. J., el conocimiento del asunto incumbe a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia".

Para resolver se considera:

Varias son las decisiones de la Sala en las cuales ha afirmado su concepto sobre personalidad jurídica del organismo denominado Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y respecto a sus facultades, derechos y atribuciones. (Sentencias de 24 de julio y 26 de septiembre de 1940. G. J. Tomo L, páginas 176 y 251. Autos de julio 18 y agosto 13 de 1941 en los juicios de Manuel S. Patiño y Ernesto Abello H. contra la Nación).

En ellos expresó la Corte los motivos que informan su criterio en cuanto a la inteligencia de la ley 29 de 1931 en sus disposiciones orgánicas de la entidad, por el texto de éstas, por su finalidad y en razón de ordenamientos del derecho civil y de principios pertinentes del derecho administrativo. El Consejo tiene, con el ejercicio de su mandato de administrador, y en su carácter de persona jurídica autónoma, la calidad de establecimiento público del Estado, con individualidad jurídica propia para ejercitar en juicio las acciones y excepciones que corresponderían a un particular contra cualquier persona.

Los motivos que presenta el Tribunal para manifestarse en desacuerdo con estas tesis se basan en que "sólo encuentra en esta creación de la ley un establecimiento público que lleva en sí la característica de un tecnicismo especial, y en el que la idea de un patrimonio separado, lejos de distinguirlo como persona moral pública, representa apenas el medio de que el legislador quiso valerse para satisfacer en mejores condiciones una necesidad elevada a la categoría de servicio público". Y agrega que "en el funcionamiento de los órganos del servicio público sólo se encuentra una medida de orden destinada a consagrar la división del trabajo" y que "cuando obran no son ellos,

sino la persona moral pública la que obra". Para el Tribunal el establecimiento público no es persona moral distinta de la del Estado. Y por eso considera que es o apenas puede ser en juicio su representante legal. Disiente la Corte de este autorizado parecer. El establecimiento público como ya lo ha expresado, es un organismo de servicio oficial pero con patrimonio propio, especial y permanente, distinto de los ingresos generales de la Nación que administra e invierte con autonomía. Siendo ello así, su gestión de mandatario no se halla subordinada en forma alguna a la de otra u otras personas o entidades. Y no estándolo, no hay por qué ver en su ejercicio la representación de terceros, así sea el mismo Estado, sino que necesariamente hay que reconocer en él la aplicación de su propia, amplia y suficiente personalidad para actuar en cumplimiento de su mandato de administrador. Para lo cual tiene completas capacidad, personería e independencia. La afirmación de que el funcionario de los órganos del servicio público sólo se dirige a alcanzar una división en el trabajo no se compadece, en el parecer de la Corte, con el mandato sin limitaciones que en ciertos casos reciben de la ley las entidades de esta clase, como ocurre con el Consejo, para que administren el patrimonio que se les confía. No habiendo reservado la ley al Estado intervención alguna de las que por su naturaleza y ordinariamente le corresponden en los asuntos de interés nacional, para que al practicarse respecto de los Ferrocarriles es porque se los entregó, sin restricciones en su manejo, al establecimiento creado por ella para su administración.

Por hallarlos en armonía con sus puntos de vista, acoge la Sala estos conceptos del apoderado recurrente, que ilustran aún más el tema de estudio: "c) El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene derechos subjetivos que puede hacer valer por la vía judicial o contencioso-administrativa, aun contra el Estado mismo. Por el contrario, dentro del seno de este último las luchas entre los diversos servicios no son en principio controversias de personas autónomas, que exijan para dirimirlas un acto jurisdiccional. Cada uno de estos servicios carentes de personalidad jurídica, no puede invocar, frente a los otros, ni un derecho de propiedad sobre las cosas afectadas a él, ni un derecho subjetivo a la competencia que le fue atribuída. Las pugnas entre los distintos servicios integrantes de la persona moral del Estado son zanjadas por la vía administrativa mediante un acto jerárquico de autoridad y no de jurisdicción. Nada de esto último acontece al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, quien en defensa de los bienes confiados a su cuidado no está sometido a perarquía administrativa ninguna, ni depende de los representantes del Estado para el ejercicio de las acciones civiles que integran su patrimonio autónomo".

Por lo que toca a la cuestión jurisdiccional planteada por el auto en examen, en cuanto entiende ser del resorte de la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte el conocimiento de negocios como el de que se trata ha de observarse lo que sigue:

El contrato de transporte, en una empresa destinada a ese objeto, es un convenio que se celebra y se ejecuta dentro del rol administrativo de la misma, un acto de administración. El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene plena autonomía y completa personalidad para actuar dentro de ese radio, asumiendo obligaciones y ejercitando derechos. Al acarrear a un pasajero celebra un contrato respecto de cuyas consecuencias tiene la capacidad y está en el deber de responder por sí mismo con el patrimonio puesto bajo su guarda. Lo que indica que no es la Nación la que contrata, sino la entidad creada para ese

fin por el estatuto legal orgánico del establecimiento público. Por tanto, los juicios en que se ventilan cuestiones atinentes al transporte en empresas dirigidas por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales se clasifican en la categoría general que la ley reconoce para las acciones en que tiene interés la Nación, y que se adelantan en primera instancia ante el Tribunal Superior correspondiente; mas no se hallan comprendidos en la regla especial del artículo 40 del C. J., la que únicamente se refiere a las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación. Las convenciones de transporte a que se alude las celebra el Consejo con absoluta independencia del Estado y de sus comunes representantes y gestores. Son actos suyos y no de la Nación. Luego las controversias que suscitan no pertenecen al género de las atribuídas por la citada disposición a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte.

Las precedentes consideraciones hacen necesaria la revocación del auto apelado. para dar lugar al adelantamiento del juicio.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto materia de la alzada y en su lugar declara que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá tiene competencia para conocer de la demanda a que la actuación se refiere.

Cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro León Rincón. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

INCIDENTE DE NULIDAD. — REPRESENTACION EN JUICIO DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

1.—El determinar si se está o no frente a alguno de los casos en que el Código Judicial autoriza la representación en juicio de las entidades de derecho público por personas distintas de los agentes del Ministerio Público, es cuestión que atañe de modo preferente a la entidad que confiere el respectivo poder, y no a personas extrañas. Sostener lo contrario equivale a coartar arbitrariamente la necesaria libertad con que todo litigante debe contar en la escogencia de los medios de defensa que le brinda la ley. 2.— La falta de notificación al poderdante del auto en que se admite a su apoderado no está erigida en causal de nulidad, porque basta que en los autos aparezca un poder conferido por quien deba serlo, para que no haya nulidad por ilegitimidad de personería. (Art. 450, ord. 2º del C. J.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Con referencia al juicio ordinario promovido por el departamento del Magdalena contra el señor José Antonio Emiliani, y en particular al recurso de apelación interpuesto por el demandado contra el auto de fecha 21 de septiembre de 1940 proferido por el tribunal superior del distrito judicial de Santa Marta, la Corte observa lo siguiente:

Por medio de la providencia recurrida el Tribunal a quo puso fin al incidente de nulidad promovido por el apoderado especial de la parte demandada a efecto de que se declarara la nulidad de "todo este negocio, desde el otorgamiento del poder que le fue conferido al apoderado del departamento, doctor Julio Dangond O."

El tribunal negó la solicitud del demandado, porque en su concepto carecen de base legal las razones en que se apoya la nulidad impetrada.

Por su parte el señor procurador delegado en lo civil manifiesta en su vista fiscal que prohija en todas sus partes la fundamentación de la providencia recurrida y por lo tanto conceptúa que debe confirmarse plenamente.

Se considera:

La sala encuentra que el auto apelado se ajusta estrictamente a la ley, como pasa a demostrarse.

En efecto, las principales alegaciones del apoderado de la parte demandada pueden sintetizarse así:

a) La intervención en este juicio del apoderado especial del departamento es ilegal, ya que no se está frente a ninguno de los casos en que conforme al art. 173 del código judicial puede ser llevada la representación judicial de un departamento por persona distinta del respectivo agente del ministerio público;

b) No aparece de autos la prueba plena de la existencia del contrato de prestación de servicios profesionales entre el gobernador y el doctor Dangond; y

c) El auto por medio del cual se admitió al doctor Dangond como apoderado especial del departamento, no se notificó al señor gobernador, como ha debido hacerse. Además, como el doctor Dan-

gond desempeña un cargo de carácter oficial los autos deben notificársele personalmente, lo que no se ha hecho.

En el orden en que han sido resumidas pasa la sala a estudiar las razones fundamentales de la solicitud de nulidad.

1º El determinar si se está o no frente a alguno de los casos en que el código judicial autoriza la representación en juicio de las entidades de derecho público por personas distintas de los agentes del ministerio público, es cuestión que atañe de modo preferente a la entidad que confiere el respectivo poder.

En el caso de autos todo confluye a demostrar que el señor gobernador del departamento del Magdalena consideró de importancia excepcional el presente negocio y por ende recurrió a los servicios profesionales de un abogado para que defendiera los intereses de dicha entidad en esta causa.

Esa circunstancia cuyo justiprecio no tiene por qué corresponder a la contraparte del departamento es precisamente una de las que el código judicial contempla en el artículo citado como justificativa de la intervención de un apoderado especial en representación de la respectiva entidad de derecho público.

Ahora bien; si el señor gobernador estimó que la defensa de los intereses departamentales imponía en este negocio la intervención de un apoderado especial, la ley procesal lo autorizaba plenamente para valerse con tal fin de los servicios profesionales de un abogado, sin tener que contar con la previa aquiescencia de su contraparte. Sostener lo contrario, como lo hace el señor apoderado de la parte demandada, equivale a coartar arbitrariamente la necesaria libertad con que todo litigante debe contar en la escogencia de los medios de defensa que le brinda la ley.

2º Para los efectos de la representación judicial del departamento demandante era más que suficiente el poder que con las formalidades legales aparece conferido al doctor Julio Dangond O. por el señor gobernador del departamento del Magdalena y el señor fiscal del tribunal de Santa Marta, documento en que los aludidos funcionarios manifiestan que "en cumplimiento del contrato celebrado por la Gobernación con el doctor Julio Dangond O., sobre prestación de servicios de abogado, confieren a éste, quien es mayor de edad y vecino, abogado titulado e inscrito, poder especial para que en representación del Departamento inicie, siga y termine un juicio ordinario contra José Antonio Emiliani como socio liquidador, fiador solidario y socio gestor de la **Sociedad Emiliani, Senior y Compañía,** en liquidación, con sede en Barranquilla, sobre caducidad del contrato de organización y administración de la Lotería de Beneficencia del Magdalena, pago de una suma de dinero e indemnización de perjuicios". (Fl. 44 del c. principal).

Con vista de tal documento el tribunal admitió la representación del departamento por medio del auto de fecha 23 de abril de 1939 (fl. 52 v. del mismo cuaderno). Esa providencia es inobjetable porque se ajusta a lo que sobre el particular preceptúan los artículos 256, 258 y 259 del c. judicial.

En el aludido documento se declara expresamente que el poder se confiere "en cumplimiento del contrato celebrado por la Gobernación con el doctor Julio Dangond O., sobre prestación de servicios de abogado", declaración que está revelando la existencia del contrato que echa de menos en los autos el apoderado de la parte demandada.

El hecho de que el referido contrato no obre en el proceso no es cuestión que afecte en lo más mínimo la personería del abogado del departamento, ya que lo esencial en la calificación de tal personería es el poder ya citado, cuya eficacia legal la sala considera indiscutible. Con sobra de razón dice el tribunal a este respecto que "desde el momento en que un abogado acepta un poder y lo ejercita, es

porque entre él y su poderdante ha mediado un contrato expreso o tácito, verbal o escrito, que ello no hace al caso, como no lo hace tampoco averiguar sus cláusulas para saber qué clase de pacto es ese, porque la aceptación y su ejercicio suponen la ejecución de un contrato de mandato".

3º Por último, en cuanto se refiere a la objeción consistente en que el auto de admisión de la representación del doctor Dangond no se notificó al señor Gobernador, habiéndose además omitido la notificación personal de los autos al abogado del departamento, por estar desempeñando un cargo de carácter oficial, la Corte considera suficientes las siguientes razones del tribunal encaminadas a poner de manifiesto la inconsistencia de tal objeción:

"El poder otorgado al doctor Dangond está suscrito tanto por el Gobernador del Departamento como por el Fiscal del Tribunal, tal vez en vista de la duda que se presenta sobre cuál de los dos debe conferir el mandato. Así, la H. Corte ha sentado la doctrina de que es el fiscal quien debe conferirlo o suscribirlo, en tanto que el tribunal ha sostenido que debe ser otorgado por el Gobernador.

"La notificación del auto de admisión fue hecha al Fiscal, pero ciertamente no lo fue al señor Gobernador.

"Esa falta de notificación, empero, no está erigida en causal de nulidad, porque basta que en los autos aparezca un poder conferido por quien deba serlo, para que no haya nulidad por ilegitimidad de personería. (Art. 450, ord. 2º del C. J.).

"Se dice también que 'el cargo del doctor Dangond es de carácter oficial, creado por una ordenanza y nombrado (sic) por el Gobernador'. Por lo mismo, se sostiene que los autos le han debido ser notificados personalmente, lo que no se ha hecho. Se concluye que ello genera también nulidad.

"Se observa: es posible que alguna ordenanza haya creado el cargo de abogado del Departamento; pero sea ello cierto o no, el doctor Dangond está actuando en este juicio como un apoderado especial, vale decir, como un abogado cualquiera a quien se le confiere un mandato judicial para que intervenga en determinado juicio. Poco importa averiguar si en el caso concreto, el doctor Dangond estaba obligado para con el Departamento a prestarle sus servicios por haber aceptado o no el cargo de abogado de dicha entidad; y no hace falta averiguarlo, porque cualquiera que sea la causa en virtud de la cual ha aceptado el mandato, él no está actuando sino como un apoderado especial, y no con otro carácter (que ello no fuera aceptable), y los apoderados judiciales no son empleados o funcionarios públicos".

A mérito de lo relacionado, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia **confirma** el auto de fecha 21 de septiembre de 1940 dictado por el tribunal superior del distrito judicial de Santa Marta, que ha sido materia de esta apelación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Isaías Chaves. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

CAUCION DE PERJUICIOS

Cuando el artículo 879 del C. J. dice que "si el demandante pide que el opositor preste caución de pagar los perjuicios que le cause con su oposición, el Juez debe ordenarlo", hácelo de una manera tan general y perentoria, que no permite ninguna clase de salvedades por razón de la persona que constituya la parte opositora. Lo que el legislador tuvo en mira fue garantizar al demandante el pago de los perjuicios en referencia derivados de la oposición del demandado. Y si dicha parte opositora está constituída por el Estado, la regla general establecida en el citado artículo 879 no tiene por qué resultar inaplicable. Basta con que aquél se oponga a la acción instaurada, para que el actor pueda pedir que el demandado preste la respectiva caución. Esta doctrina resulta perfectamente aplicable en la interpretación del artículo 845 del mismo Código.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre diez y nueve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Dentro del juicio especial que sobre declaratoria de bienes mostrencos sigue el doctor Hernando Moreno contra la nación el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, en auto de fecha 28 de abril del año en curso, dispuso que la parte demandada prestara "caución de mil pesos, para garantizar los perjuicios que con la oposición puedan causarse al actor". Esta decisión del tribunal recayó a la solicitud que en tal sentido fue formulada por la parte demandante.

El fiscal del tribunal interpuso en tiempo oportuno el recurso de apelación contra la aludida providencia, y por este motivo el negocio subió a la Corte para los efectos de la tramitación y fallo de la alzada. Agotados aquí los trámites de rigor, procede dictar la correspondiente decisión.

El señor procurador delegado en lo civil descorrió el traslado de regla manifestando que "no entra a sustentar el recurso de que se hace mérito por cuanto ello pugnaría con tesis sostenidas por la Procuraduría sobre el problema en cuestión".

Se considera:

Esta misma sala ya ha tenido la oportunidad de precisar el verdadero alcance del artículo 879 del código judicial en el evento de que la parte opositora sea la nación. Sobre el particular han coincidido los puntos de vista de la Corte y los de la procuraduría, como puede verse de los siguientes apartes del auto de fecha 28 de septiembre de 1940 dictado en el juicio posesorio promovido contra la nación por la Junta de Patronos del Colegio de "Jesús, María y José" de la ciudad de Chiquinquirá:

"El señor procurador delegado en lo civil no comparte la opinión del tribunal, y funda su disentimiento en las siguientes consideraciones:

"El Estado, cuando actúa en juicio como persona jurídica, se halla sometido a las normas que gobiernan la marcha del proceso civil, salvo aquellas de que esté exceptuado por expresa disposición de la

ley. Y no hay precepto legal expreso que exima al Estado, como parte militante en juicio, de la formalidad de que se trata.

"Tampoco puede deducirse aquella exención de la naturaleza jurídica del Estado como entidad de derecho civil. El estar asimilado a las personas relativamente incapaces no conduce en manera alguna a dicha conclusión. Y el tener por excepción ciertos y determinados privilegios en el proceso civil no es razón para extenderlos a lo que la ley no ha dicho. Los preceptos de excepción se interpretan y aplican limitativamente'.

"Se considera:

"Los anteriores razonamientos del señor procurador delegado coinciden exactamente con el pensamiento de la sala en lo que dice relación a las prerrogativas de que goza el Estado cuando actúa en juicio como persona jurídica, y sirven al propio tiempo para poner de manifiesto lo infundado de la tesis que el tribunal defiende en el auto materia de esta apelación.

"En efecto, cuando el artículo 879 del código judicial dice que 'si el demandante pide que el opositor preste caución de pagar los perjuicios que le causa con su oposición, **el Juez debe ordenarlo** (subraya la sala), hácelo de un manera tan general y perentoria, que no permite ninguna clase de salvedades por razón de la persona que constituya la parte opositora. Lo que el legislador tuvo en mira fue garantizar al demandante el pago de los perjuicios en referencia derivados de la oposición del demandado. Y si dicha parte opositora está constituída por el Estado, la regla general establecida en el citado artículo 879 no tiene por qué resultar inaplicable. Basta con que aquél se oponga a la acción instaurada, para que el actor pueda pedir que el demando preste la respectiva caución". (C. J., tomo L, número 1961, 1962, pág. 256).

La misma doctrina fue reiterada por la Corte en el auto del 15 de octubre de 1940 dictado en el juicio posesorio promovido contra la nación por el representante de la comunidad dominicana. (G. J., tomo L, número 1964-1965, pág. 585).

La precitada doctrina de la Corte resulta perfectamente aplicable en la interpretación del artículo 845 del mismo código, disposición ésta en que se apoyó el tribunal al proferir el auto que se revisa.

Lo expuesto pone de relieve la legalidad de la providencia materia del presente recurso de apelación, siendo por lo tanto el caso de confirmarlo plenamente.

En consecuencia, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia **confirma** el auto de fecha 28 de abril del año en curso dictado por el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, que ha sido materia de esta apelación.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Isaías Chaves. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCIONES EN JUICIOS EJECUTIVOS PROPUESTOS PARA EL PAGO DE RENTAS O IMPUESTOS. — COMPETENCIA DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE PARA CONOCER DE ELLAS

Aun cuando las leyes 130 de 1913, 81 de 1931 y 78 de 1935 establecen que las decisiones de los recaudadores de impuestos nacionales deben revisarse por las corporaciones contencioso-administrativas, hay disposiciones que, como las que contienen las leyes 56 de 1914, 53 de 1917 y 105 de 1931, particularmente esta última en sus artículos 36, 37 y 1060, no dejan duda sobre la competencia de la Corte para conocer de los hechos que tiendan a invalidar las obligaciones que se cobren por medio de la jurisdicción coactiva. Según tales mandatos puede la justicia ordinaria, por medio de la Sala de Negocios Generales, conocer dentro del ejecutivo de las excepciones que se propongan, o sean, aquellos hechos que la ley considera suficientes para enervar, aplazar o destruír la acción y entre los cuales están los requisitos esenciales que han de tener los títulos que forme el Estado para que reúnan las condiciones de claridad y exigibilidad que determinan nuestras normas procesales. Es evidente que a la Sala no le corresponden las cuestiones estrictamente administrativas, las cuales son de competencia de los Tribunales Administrativos, y que cuando la formación del título ha sido discutida ante los mismos, las decisiones que éstos profieran deben respetarse, porque tienen el carácter de cosa juzgada y, por tanto, en el incidente de excepciones no pueden alegarse hechos defensivos que hayan sido presentados ante los Tribunales Administrativos. No habiéndose interpuesto ningún recurso ante los Tribunales Administrativos y tratándose solamente de la interpretación que deba darse a las disposiciones legales conducentes a la formación de título ejecutivo, lo que afecta la validez del mismo, es clara la competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta el señor Rafael Ibarra presentó un pliego de excepciones ante la Administración de Hacienda Nacional de Cúcuta en el ejecutivo que dicha entidad le sigue por la suma de tres mil ciento noventa y ocho pesos con ocho centavos ($ 3.198.08), correspondiente al impuesto sobre la renta y patrimonio en el año de 1936.

Los hechos aducidos por el señor ejecutado para fundamentar las excepciones propuestas consisten en que se interpretó erróneamente el artículo 20 de la ley 78 de 1935, en la forma como lo ordena el decreto 818 de 1936, al imponérsele un recargo del 100 por 100, como consecuencia de haberse declarado equivocadamente una suma mayor en la existencia de mercancías para el primero de enero de 1936, distinta del saldo resultante en corte de cuentas verificado el 31 de diciembre de 1936 y que sólo afectaba el impuesto en la

cantidad de veinte pesos; que la oficina recaudadora se negó a descontar las utilidades ajenas, y que, por último, tampoco se hizo deducción, en la liquidación del impuesto, de los créditos perdidos. De estos hechos concluye la parte ejecutada que en la obligación que se cobra hay error de cuenta, pago y cobro de lo no debido, respectivamente.

El señor procurador delegado en lo civil, en los escritos que oportunamente presentó en este juicio, plantea de nuevo la falta de competencia de la corte para conocer de todo hecho que implique una revisión de fondo del proceso administrativo, como quiera que para ello hay jurisdicción propia; defiende la sanción impuesta con base en los artículos 20 de la ley 78 de 1935 y 125 del decreto reglamentario número 818 de 1936, y acepta como probada la excepción propuesta bajo la denominación de pago por encontrar que con el dictamen pericial producido en el juicio quedaron acreditados los hechos en que tal excepción se hace consistir.

Se considera:

La creación de los Tribunales Administrativos, así como de la jurisdicción de que quedaron investidos fue obra de la Ley 130 de 1913, pero como dicha Ley no delimitó exactamente el alcance jurisdiccional sobre la materia que a su conocimiento se les atribuía, ello ha sido motivo de apreciaciones contrarias en relación con la competencia entre la justicia ordinaria y la de los Tribunales Administrativos. Este problema ha sido planteado especialmente en los incidentes de excepciones propuestos en los ejecutivos seguidos por concepto de rentas o impuestos, alegándose en este caso que la Corte carece de competencia en virtud de las disposiciones de las Leyes 130 de 1913, 81 de 1931 y 78 de 1935, las cuales establecen que las decisiones de los recaudadores de impuestos nacionales deben revisarse por las corporaciones Contencioso Administrativas.

Pero al lado de tales disposiciones existen otras que no dejan duda sobre la competencia de la Corte para conocer de los hechos que tiendan a invalidar las obligaciones que se cobren por medio de la jurisdicción coactiva. Tales disposiciones están contenidas en las Leyes 56 de 1914, 53 de 1917 y 105 de 1931, particularmente en esta última en sus artículos 36, 37 y 1.066. Según tales mandatos puede la justicia ordinaria, y en el caso presente la Sala de Negocios, conocer dentro del ejecutivo de las excepciones que se propongan, o sean, aquellos hechos que la ley considera suficientes para enervar, aplazar o destruír la acción y entre los cuales están los requisitos esenciales que han de tener los títulos que forme el Estado para que reúnan las condiciones de claridad y exigibilidad que determinan nuestras normas procesales. Es evidente, y así lo considera la Sala, que no le corresponde a ella el conocimiento de las cuestiones estrictamente administrativas, las cuales son de la competencia de los Tribunales Administrativos, y que cuando la formación del título ha sido discutida ante los mismos, las decisiones que éstos profieran deben respetarse, porque tienen el carácter de cosa juzgada, y por tanto, en el incidente de excepciones no pueden alegarse hechos defensivos que hayan sido presentados ante los Tribunales Administrativos. Lo que aquí se dice ha sido sustentado por la Corte en varias de sus decisiones, entre las cuales transcribimos lo pertinente a dos de ellas: Sentencia de fecha 9 de diciembre de 1937.—"Gaceta Judicial", número 1.930, página 921:
mero 1.930, página 921:

"... Tratándose de los juicios ejecutivos, si bien es cierto que algunos preceptos establecen que los Tribunales Administrativos son competentes para determinar la legalidad de las resoluciones de las autoridades fiscales sobre multas, impuestos y alcances, el Código de Procedimiento Civil atribuye a la justicia ordinaria el conocimiento de los incidentes de excepciones y de las apelaciones que en

estos juicios especiales se presenten, y comprendiendo la noción legal de excepción un contenido general tan alto como el de todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de una obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió, se ve cómo es difícil la solución de estos conflictos dentro del terreno de la legalidad.

Para la interpretación de estos textos conviene adoptar un criterio jurídico y práctico a la vez. Es indudable que dentro del actual sistema legal se presentan para el particular interesado dos vías de defensa para la revisión o declaratoria de inexistencia de los recaudos fiscales que el considere se le exigen indebidamente. Con anterioridad al cobro ejecutivo, el particular puede acudir a los Tribunales Administrativos, a fin de obtener la revisión de la respectiva providencia de las autoridades fiscales. Sobre los mismos puntos materia de la decisión de aquéllos no puede el particular proponer excepciones en el juicio que como consecuencia de la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se le siga por los funcionarios recaudadores, pues ello implicaría una manifiesta violación del artículo 93 de la ley orgánica de lo Contencioso-Administrativo (130 de 1913), ya que esta disposición establece que las sentencias definitivas proferidas por tales Tribunales no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria. Pero si el particular interesado no hizo uso del trámite administrativo, bien puede, en cuanto ello no choque con las atribuciones privativas de las oficinas fiscales, ejercitar ante la jurisdicción común, con posterioridad a la iniciación del juicio ejecutivo, los medios de defensa que sean conducentes".

Sentencia de fecha 24 de junio de 1940, G. J. 1.957, página 740:

"... Podrá 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 contencioso-administrativa, según lo enseña la doctrina, constituye esencialmente una rama 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 ser objeto de actuaciones procesales. Las 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 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 necesa-

rios que estén a su alcance. Negligencia que daría base para sucesivos e indefinidos litigios que harían completamente nugatoria la administración de justicia".

En el presente caso no fue interpuesto recurso alguno ante el correspondiente Tribunal Administrativo y como los hechos aducidos se refieren a la mal interpretación que se dio a las disposiciones legales conducentes a la formación del título —lo que afecta la validez del mismo— es clara la competencia de la Sala para conocer del asunto conforme a las razones que se dieron anteriormente. Por tanto se procede al estudio de cada uno de los hechos alegados para fundamentar las excepciones propuestas.

—

En primer lugar, el recargo del ciento por ciento en la liquidación del impuesto, según se lee en las resoluciones números 761 H de junio 6 de 1938 y 1362 H de octubre 28 del mismo año de la jefatura de rentas e impuestos nacionales, se debió a que el declarante asignó el valor de las existencias de mercancías el primero de enero de 1936 una suma mayor al saldo en corte de cuentas del 31 de diciembre de 1935.

En relación con este hecho, admitido como cierto por la parte ejecutada, se tiene que los artículos 20 de la Ley 78 de 1935 y 123 del Decreto 818 de 1936 autorizan a los recaudadores nacionales para imponer un recargo del ciento por ciento del impuesto por la sola inexactitud en la declaración de la renta o del patrimonio, pero esta sanción no tiene lugar si la inexactitud proviene de la errada interpretación de lo que constituye la renta o patrimonio gravables. De manera pues que si en el caso de autos se trata de una mala interpretación del patrimonio gravable, debe declararse probada la excepción de error de cuenta alegada en este incidente.

El artículo 31 del citado Decreto ordena practicar un inventario especial al principio y al fin de cada año gravable, entendiéndose que el del fin del año regirá para el principio del siguiente. Luego el señor Ibarra para fijar el valor de la existencia de la mercancía el primero de enero de 1936 tenía como pauta el señalado en el inventario del fin del año de 1935 y al obrar de otra manera incurrió en una errada apreciación sobre el valor de su patrimonio gravable, cosa que no da lugar a la sanción del recargo del ciento por ciento, como claramente lo prevee el citado artículo 125 del Decreto 818 de 1936. Por consiguiente, si no había motivo para la sanción impuesta, debe declararse probada la excepción de error de cuenta presentada oportunamente.

La segunda excepción se funda en rechazo que la oficina recaudadora hizo en la liquidación del impuesto de las utilidades pagadas por el ejecutado al señor Cristóbal Rodríguez. Este hecho aparece debidamente acreditado con el dictamen pericial practicado en los libros de la firma J. Rafael Ibarra y Cristóbal Rodríguez de la ciudad de San José de Cúcuta —(folio 7, cuaderno número 5)— el que igualmente acepta el señor Procurador. Por tanto, estando probado el hecho en el cual se fundamenta la excepción de pago, ésta también debe declararse probada.

En cuanto a la excepción denominada por el ejecutado como cobro indebido, se observa que la no inclusión de los créditos perdidos en la liquidación del impuesto fue motivada por el incumplimiento a lo ordenado en el artículo 47 del Decreto 818 de 1936 y en autos no aparece acreditado lo contrario, luego esta excepción no puede prosperar. Ante el recaudador no se cumplió con la obligación establecida en el citado Decreto y esta omisión no se subsanó con demostraciones ulteriormente producidas como la que se pretente deducir del dictamen pericial acerca de la calidad fallida de las deudas. Debió en cambio acreditarse, y eso no se hizo, que oportunamente se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 47 aludido.

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 probadas las excepciones de error de cuenta y pago propuestas por el ejecutado, y en consecuencia ORDENA: Siga la ejecución por el saldo a que hubiere lugar en la liquidación del impuesto a que se hace referencia en este juicio, descontando en él lo referente a la suma dada por el ejecutado al señor Cristóbal Rodríguez como participación en las utilidades y el recargo del ciento por ciento que se le impuso.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Chaves—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

PERJUICIOS. — CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FF. CC. NACIONALES

Cuando en una demanda en que se pide el pago de perjuicios los hechos se relacionan directamente con la administración de un ferrocarril de propiedad de la Nación, la Corte, fundada en los artículos 1º y 2º de la ley 29 de 1931, ha sentado la doctrina de que en acciones de esa naturaleza es el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales la única entidad encargada de salir a la defensa de los intereses de la Nación, sin que pueda admitirse que los agentes del ministerio público sean los representantes judiciales de dicho Consejo, porque desde que esta entidad tiene un representante especial, el administrador general, es a éste a quien incumbe de modo privativo su representación en juicio. En consecuencia, la Sala ha estimado necesario declarar la nulidad de los juicios en que se debaten cuestiones atinentes a la administración de los ferrocarriles del Estado sin citar ni oír al Consejo Administrativo de los mismos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El Dr. Germán Cruz Perdomo, obrando como apoderado especial del señor Porfirio Sánchez, en libelo de fecha 23 de junio de 1939, demandó a la nación colombiana, ante el tribunal superior del distrito judicial de Buga, para que en sentencia definitiva a la cual precede la tramitación de un juicio ordinario se condene a la entidad demandada "a pagar a favor de Porfirio Sánchez, dentro del término legal que se fije en la sentencia, y en su condición de propietaria o dueña de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico, el valor de los perjuicios sufridos por mi mandante a causa del siniestro ferroviario descrito en otro lugar, valor que será determinado dentro del juicio, por peritos nombrados al efecto, quienes para ello tendrán en cuenta las circunstancias apuntadas en el numeral 4 de la relación de hechos, además de las que ellos consideren del caso tener en cuenta al rendir su dictamen. También, si se hiciere la condenación en abstracto por falta de la referida prueba, se tasarán los perjuicios en juicio aparte.

Al hacer la exposición de los hechos fundamentales de la demanda dice el apoderado del actor, entre otras cosas, lo siguiente:

"**Primero.** El día cinco (5) de febrero de 1937, de una y media a dos de la tarde, aproximadamente, mi poderdante Porfirio Sánchez salía de la población de Cartago, en dirección sur, por la carretera central, manejando un autobús de su propiedad marca "Chevrolet", modelo 1933, denominado "Espérame", de veinticuatro puestos para pasajeros, con placa número 148, de Tuluá, y en muy buen estado de servicio. Al llegar al paso nivel del kilómetro 346, en aquella ciudad, fue atropellado por la locomotora número 47 que conducía el tren número 8, del Ferrocarril del Pacífico, quedando completamente destrozado el citado autobús, absolutamente destruído, desde la carrocería hasta el motor.

"**Segundo.** El insuceso a que se contrae

el hecho anterior y los perjuicios que de él ha derivado mi poderdante se deben a notorio descuido del personal de la Empresa Ferroviaria en el cumplimiento de los deberes que impone el artículo 8 de la ley 76 de 1920, en relación con las medidas de prevención o de seguridad en los cruces de la línea férrea a nivel de los caminos públicos. De lo que resulta que la Empresa del Ferrocarril del Pacífico, gravemente culpable, por la omisión en la colocación de barreras, cadenas o guardas que pudieran dar la señal de peligro, a lo que estaba obligada no sólo por disposiciones legales expresas sino al tenor de doctrinas de forzosa observancia en materia de servicios públicos, es la llamada a responder civilmente de los daños causados a mi poderdante a consecuencia del siniestro narrado en el punto primero de esta relación de hechos".

El fiscal del tribunal descorrió el respectivo traslado de la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor y solicitando en consecuencia la absolución de la entidad demandada.

Surtidos los trámites de la primera instancia el tribunal pronunció sentencia el día 11 de marzo del año en curso, en cuya virtud fueron negadas todas las declaraciones del libelo, "por no estar acreditada en los autos la personería sustantiva de la parte demandada".

El apoderado del demandante interpuso apelación contra la sentencia del tribunal **a quo**. Por tal motivo los autos llegaron a esta Corte para la tramitación y fallo de la alzada. Aquí se ha venido sustanciando el negocio hasta encontrarse en estado de abrir la causa a pruebas. Pero en este momento de la actuación la Sala estima necesario hacer las siguientes observaciones:

Habida cuenta de las declaraciones impetradas por el demandante en el libelo de demanda y de los hechos en que las apoya, particularmente los dos primeros antes transcritos, se deduce en forma que no puede remitirse a duda que la presente acción tiene su origen en hechos directamente relacionados con la administración de un ferrocarril de propiedad de la nación. Y en tales circunstancias se impone la conclusión de que en este negocio se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en los ordinales 2º y 3º del artículo 448 del código judicial, por indebida comparecencia al juicio de la parte demandada y por no haber sido citada la entidad que debía comparecer en calidad de órgano especial del Estado.

En efecto, esta misma Sala, fundándose en lo preceptuado por los artículos 1º y 2º de la ley 29 de 1931 ha sentado en numerosas y recientes decisiones la doctrina de que en acciones de la naturaleza de la presente es el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales la única entidad encargada de salir a la defensa de los intereses de la nación, sin que pueda admitirse que los agentes del ministerio público sean los representantes judiciales de dicho Consejo, porque desde que esta entidad tiene un representante especial, el administrador general, es a éste a quien incumbe de modo privativo su representación en juicio. En consecuencia, la Sala ha estimado necesario declarar la nulidad de los juicios en que se debaten cuestiones atinentes a la administración de los ferrocarriles del Estado sin citar ni oír al Consejo Administrativo de los mismos.

De acuerdo con la referida doctrina el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales disfruta de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, con facultad para presentarse ante los tribunales y autoridades de cualquier orden, con derecho para ejercitar cualquier acción o excepción que considere conveniente para la buena administración y desarrollo de los bienes a su cuidado.

De los numerosos fallos en que se ha sentado la doctrina en mención pueden citarse los siguientes:

Auto del 15 de mayo del año en curso,

proferido en el juicio ordinario de Eduardo Martínez Pino contra la nación; auto del 28 de mayo último dictado en el ordinario de Martín Afanador y otro contra la nación; y auto del 19 de junio pasado proferido en el juicio ordinario de Santos Camelo contra la nación.

Ahora bien; como en representación de la parte demandada sólo han intervenido en esta causa el fiscal del tribunal de Buga y el señor procurador delegado en lo civil, aquél en toda la actuación de la primera instancia y éste en lo que va corrido de la segunda, sin que haya sido citado el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en su calidad de órgano especial del Estado, la conclusión que necesariamente se impone es la de que en este negocio se ha incurrido en la causal de nulidad de que se ha hecho mérito.

Por lo relacionado, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia resuelve:

Por medio de notificación personal, y de acuerdo con el artículo 455 del código judicial, póngase en conocimiento del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado por su Administrador General, la causal de nulidad de que se ha ocupado la Corte en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cópiese.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardoso Gaitán. — Isaías Chaves. — Manuel Pineda Garrido, Secretario.

OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL

Es evidente a todas luces que al juzgador corresponde apreciar el dictamen pericial, examinar si los juicios o razonamientos deducidos por los peritos de los testimonios que figuran en el proceso tienen un firme soporte legal, o si los demás elementos de convicción que para ello tuvieron en cuenta los expertos carecen o no de fuerza suficiente para apoyar las respectivas conclusiones del peritazgo. Si se objeta un dictamen pericial por error grave, los correspondientes reparos deben poner de manifiesto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos. Este es precisamente el sentido natural y obvio del artículo 720 del C. J. Pero si las objeciones contra el peritazgo se encaminan a destruír todas las argumentaciones de los expertos, atacando a fondo las conclusiones a que han llegado mediante razonamientos más o menos ajustados a las leyes del raciocinio, entonces resulta ilegal justipreciar la obra de los peritos dentro de un simple incidente de objeciones, ya que la cuestión así planteada sólo compete al juzgador al tiempo de pronunciar la decisión de fondo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Dentro del juicio ordinario que adelanta la señora Isabel Reyes de Consuegra contra la nación colombiana, sobre indemnización de perjuicios, ante el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, el señor fiscal de esta corporación objetó por error grave el dictamen que los peritos nombrados en el referido juicio rindieron sobre el monto del valor de los perjuicios materia de la demanda.

Las objeciones a tal dictamen fueron consideradas infundadas por el tribunal en providencia de fecha 30 de mayo del año en curso, contra la cual se alzó en apelación el señor fiscal. Remitido el negocio a esta Corte y tramitado legalmente, procede ya la decisión del recurso.

El señor procurador delegado en lo civil se expresa así en su vista fiscal:

"No entro a sustentar el recurso interpuesto por el señor Fiscal de la causa contra dicha providencia por cuanto considero que a pesar de lo **indebidamente fundamentado** del dictamen materia de la objeción, no se halla en el caso que contempla el artículo 720 del Código Judicial para los efectos en él señalados. No quiere decir esto que se acepte, para los efectos del fallo, el dictamen en referencia, hallándose, como se halla, desprovisto de las calidades exigidas por el artículo 721 del citado código para que haga plena prueba. En el alegato de conclusión habrá de demostrarse tal deficiencia, a fin de que la pretendida prueba sea desestimada en el fallo".

Se considera:

Las objeciones del fiscal de la causa están enderezadas a demostrar cómo los testimonios que obran en los autos y las demás pruebas que tuvieron en cuenta los expertos carecen de fuerza legal su-

ficiente para sustentar los juicios y razonamientos fundamentales del peritazgo y para apoyar las conclusiones a que llegaron los peritos.

El tribunal estudió a espacio el memorial de objeciones, llegando a la conclusión de que el problema planteado por el fiscal implicaba de suyo "una cuestión jurídica de fondo que no puede decidirse en el incidente sobre objeciones por error grave en la tasación pericial".

Para la Corte es acertada la anterior conclusión del tribunal **a quo**, pues es a todas luces evidente que es al juzgador a quien corresponde, al apreciar el valor del experticio, examinar si los juicios o razonamientos deducidos por los peritos de los testimonios que obran en el proceso, tienen un firme soporte legal o si los demás elementos de convicción que para ello tuvieron en cuenta los mismos expertos carecen o no de fuerza suficiente para apoyar las respectivas conclusiones del peritazgo.

Si se objeta un dictamen pericial por **error grave**, los correspondientes reparos deben poner de manifiesto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos. Este es precisamente el sentido natural y obvio de la disposición del artículo 720 del código judicial.

Pero si como acontece en el caso de autos las objeciones contra el peritazgo se encaminan a destruír todas las argumentaciones de los expertos, atacando a fondo las conclusiones a que han llegado mediante razonamientos más o menos ajustados a las leyes del raciocinio, entonces resulta ilegal justipreciar la obra de los peritos dentro de un simple incidente de objeciones, ya que la cuestión así planteada sólo compete al juzgador al tiempo de pronunciar la decisión de fondo.

Por lo relacionado, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia **confirma** el auto de fecha 30 de mayo del año en curso dictado por el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, que ha sido materia de esta apelación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardoso Gaitán. — Isaías Chaves. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

ACCION DE VENTA DE UNA FINCA HIPOTECADA. — REQUISITOS PARA QUE HAYA NOVACION.— ESTIPULACION PARA OTRO.

1.—Para que se produzca el fenómeno de la novación y se extinga la obligación primitiva, se requiere, además de otras condiciones, la del concurso de la voluntad de las partes contratantes. (Art. 1693, C. C. 2.—Conforme al artículo 1506 del C. C. hay estipulación para otro cuando en un contrato una parte promete a la otra dar o hacer cualquier cosa a favor de un tercero extraño a la convención. Esta institución de derecho fue declarada ineficaz por los jurisconsultos romanos como consecuencia lógica de la concepción muy estrecha que derivan de las relaciones contratantes, y fue igualmente rechazada en un principio por el Código de Napoleón que expresa que no se puede en general estipular más que para sí mismo. Sólo mediante una fecunda labor de la doctrina y la jurisprudencia se ha podido admitir en derecho francés el nacimiento de un derecho a favor del tercero, circunstancia ésta que sí se encuentra claramente determinada en nuestra legislación civil. Al tenor de la disposición citada, el tercero beneficiario adquiere un derecho de crédito a cargo del promitente, si bien él no ha tenido ninguna intervención en el contrato, y siendo ello así, este derecho nace en su favor, haciendo parte de su patrimonio bajo la sola condición de que aceptará la estipulación hecha en su beneficio. Mientras el tercero no haya aceptado puede el estipulante revocar lo pactado con el promitente, variar el nombre del beneficiario o tornarlo a su patrimonio, pero ello no significa que la aceptación del beneficio constituya el hecho generador del derecho del tercero, el que hace a su favor en el momento del contrato, sino que, a decir verdad, la aceptación sólo tiene por efecto consolidar la estipulación en el sentido de que el estipulante no puede ya revocar la asignación que ha hecho del beneficio a favor del tercero. Si bien es cierto que el estipulante puede demandar la resolución del contrato, ya que la estipulación para otro constituye tan sólo uno de los elementos que integran la convención celebrada entre éste y el promitente, el estipulante no puede exigir el cumplimiento de la estipulación, derecho que por ministerio de la ley sólo corresponde al tercero beneficiado, si bien aquél tenga algún interés, al menos de carácter moral para exigir lo pactado. La razón para ello es que no habiendo estipulado para él, no es sujeto activo de la obligación, la que de hecho, en virtud de contrato, entró al patrimonio del tercero. Este por la circunstancia de haber adquirido un derecho directo a cargo del promitente, no solamente puede exigir lo estipulado a su favor, sino hacer efectivas las hipotecas y demás garantías reales constituídas para asegurar el cumplimiento del contrato, salvo que estas garantías se hubieran reservado expresamente al estipulante, para asegurar lo pactado a su favor o en favor del tercero.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre seis de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El día treinta de julio de mil novecien-

tos cuarenta y uno el doctor Miguel García Herreros, en su calidad de apoderado del señor Obispo de Pamplona y del señor Eleázar Belloso, Síndico éste del "Asilo Andressen" de Cúcuta, presentó demanda contra el Departamento Norte de Santander "para que previos los trámites del juicio especial de venta o adjudicación de la cosa hipotecada (Título XLII del C. J.), se decrete la venta del inmueble denominado "Quinta Teresa", situado en la ciudad de Cúcuta, cuyos linderos se señalan más adelante, o en subsidio se les adjudique a mis poderdantes, para pagarles así la suma de treinta mil pesos que les adeuda el Departamento Norte de Santander, más los intereses y costas del juicio".

Señaló como hechos los siguientes:

1º Por medio de la escritura pública número 810 de 11 de agosto de 1926, otorgada en la notaría primera del Circuito de Cúcuta, y registrada legalmente, la señora Teresa Briceño de Andressen Moller vendió al Departamento Norte de Santander, representado por el Gobernador de aquel entonces, General Rafael Valencia, la finca denominada "Quinta Teresa", situada en el área urbana de la ciudad, entre carreras 3ª y 4ª y calles 15 y 16 y delimitada por los siguientes linderos: por el oriente, con propiedad de Edelmira Corona, José Rosario Fernández, Eusebio Rosas, Daniel Villamizar y Aurelio Moreno; por el sur, con propiedades de Félix María González, Pedro Felipe Lara y María Belloso de Montaña, calle de por medio; por el occidente, con la "Quinta Cogollo", con propiedades de René Troconis, de la sucesión de Juan Antonio Hernández y propiedades de Miguel Pacheco, carrera por medio, y por el Norte con propiedades de Pedro Felipe Lara, calle por medio.

2º Por medio de la cláusula tercera de dicho instrumento, se estableció lo siguiente: "el precio de esta venta es el de sesenta mil pesos ($ 60.000.00) pagaderos en la forma y términos siguientes: treinta mil pesos que la señora vendedora declara hacer recibido a su entera satisfacción en dinero efectivo, de manos del empleado pagador del Departamento; los treinta mil pesos restantes quedan en poder del Departamento adquirente, con la obligación de pagar a la vendedora intereses a razón del cinco por ciento anual, durante el término de diez años contados desde la fecha de la entrega de las fincas y si la señora de Andressen Moller falleciere antes del vencimiento del plazo, la obligación del Departamento de pagar intereses cesará automáticamente en virtud de este suceso. Se entiende que el pago de los intereses se hará por mensualidades vencidas. Vencidos los diez años o fallecida la señora de Andressen Moller antes de la expiración de este término, los treinta mil pesos ($ 30.000.00) de que se viene tratando y obedeciendo a la voluntad de la vendedora se dividirán en dos sumas iguales, una de las cuales se entregará por el Departamento a la institución denominada "Asilo Andressen" de esta ciudad, y la otra será destinada por el Departamento para fomentar el establecimiento de un colegio de segunda enseñanza para varones, regentado por una comunidad religiosa, debiendo preferirse en igualdad de circunstancias a la Compañía de Jesús. Si por cualquiera circunstancia, en el plazo y términos previstos arriba, es decir, vencidos los diez años no se hubiere fundado el colegio en la forma dicha, regentado por una comunidad religiosa, los quince mil pesos ($ 15.000.00) destinados a esta obra se emplearán en la fundación de una casa Asilo para ancianos desamparados".

3º Por medio de la escritura número 239 de 7 de marzo de 1928, otorgada en la notaría primera del Circuito de Cúcuta, la señora Teresa Briceño de Andressen Moller, designó a la Iglesia Católica, representada por el señor Obispo de la Diócesis de Pamplona, para recibir, con destino a las dos instituciones anteriormente nombradas, la suma de treinta mil

pesos que el Departamento Norte de Santander quedó a deber según la escritura 810 de 1926, de que se ha hecho mérito.

4º El señor Eleázar Bellòso desempeña actualmente las funciones de Síndico del "Asilo Andressen" de esta ciudad.

5º La señora Teresa Briceño de Andressen Moller falleció el 12 de enero de 1937, es decir, doce días después de haberse cumplido el plazo estipulado para cumplir por parte del Departamento la obligación de pagar los treinta mil pesos.

6º Por medio de la nombrada escritura 810 de 1926, el Departamento Norte de Santander, para garantizar el pago de los treinta mil pesos y los intereses correspondientes, constituyó hipoteca especial y expresa sobre la misma finca adquirida, es decir, sobre la "Quinta Teresa".

7º El título de crédito a favor de las entidades que representa, está vigente, por no haber sido cancelado y además, presta mérito ejecutivo.

8º La H. Asamblea del Departamento, por medio de la Ordenanza número 35 de 1940, reconoció el crédito a que me he venido refiriendo y ordenó pagar parte de él.

9º El señor Síndico del "Asilo Andressen" y el señor Obispo de Pamplona me han conferido poder especial para que los represente en este juicio.

El Tribunal, en auto de 14 de agosto de 1940, dispuso no darle curso a la demanda por haberse allegado el título hipotecario sin la correspondiente nota de registro; y subsanada esa irregularidad, decidió después, en auto de 28 de octubre, admitir la demanda en lo tocante al cobro de los quince mil pesos ($ 15.000.00) para el Asilo de Andressen, representado por el señor Obispo de Pamplona; dar traslado por el término de tres días al Departamento; decretar el embargo de la finca "Quinta Teresa" y comunicarlo al registrador respectivo. De este proveído pidió reposición el Fiscal y el Tribunal lo revocó en nueva providencia del 15 de abril de 1940. El apoderado de la parte actora apeló de esta decisión, por lo cual el asunto vino a la Corte, donde después de tramitado en forma legal, ha llegado el momento de decidirlo.

Atentamente estudiado por la Corte el asunto materia de la alzada, ha llegado a la conclusión de que él fue dilucidado con acierto por el Tribunal en su primer proveído de fecha 28 de octubre, y que no son bastantes, a la luz de una interpretación jurídica de los actos examinados, y con debida aplicación de principios y de normas legales atinentes, las razones que adujo el Fiscal del Tribunal y que éste acogió para fundar su auto revocatorio dado el día quince de abril último. Como la providencia que la Corte encuentra acertada contiene, a su juicio, un examen completo de los puntos que debían considerarse mediante razones y argumentos que ella comparte en su totalidad, no es necesario para la Sala exponerlos separadamente, lo que apenas sería una repetición de lo ya dicho, y por ello reproduce en seguida aquella providencia, en la parte a que se hace mención, en orden a fundar el presente auto, y más adelante analiza los motivos aducidos en la providencia de revocación.

"Conforme a la escritura de compraventa dos fueron las obligaciones de naturaleza diversa que contrajo el Departamento Norte de Santander respecto al saldo de treinta mil pesos que quedó a deber a la vendedora, fuera del reconocimiento de los intereses al 5% anual sobre esta cantidad durante el término de diez años o hasta el fallecimiento de la vendedora antes del vencimiento del citado plazo.

Por la primera se obligó a entregar al "Asilo Andressen" de Cúcuta la cantidad de quince mil pesos vencidos los diez años estipulados, contados desde la entrega del inmueble o fallecida la señora de Andresen Moller antes de la expiración de este término.

Por la segunda se obligó a destinar los

quince mil pesos restantes para fomentar el establecimiento de un colegio de segunda enseñanza para varones, regentado por una comunidad religiosa, debiendo preferir en igualdad de circunstancias a la Compañía de Jesús. En el evento de que el colegio no fuera fundado en la forma dicha y dentro del término estipulado de diez años, los quince mil pesos destinados para esta obra necesariamente debería emplearlos en la fundación de una casa Asilo para ancianos desamparados.

Para garantizar a la vendedora el cumplimiento de las obligaciones contraídas, el Departamento constituyó hipoteca especial y expresa sobre la finca adquirida para responder de los treinta mil pesos que el "Departamento queda a deber, computando en esta deuda los intereses correspondientes".

Pero ocurrió que por un acto posterior y unilateral de la vendedora (escritura pública Nº 239 de 7 de marzo de 1928), ésta designó a la Iglesia Católica de la Diócesis, representada por el Ilustrísimo señor Obispo, para recibir para el "Asilo Andressen" de Cúcuta, y para la comunidad religiosa encomendada para regentar el colegio de segunda enseñanza, o en ausencia de ésta para el Asilo de ancianos desamparados, los treinta mil pesos saldo de la compraventa de que se viene haciendo mención, a fin de que por interposición de la Iglesia "se apliquen esos valores al objeto que la exponente ha determinado de antemano y que ahora ratifica".

Planteada así la situación de hecho que se deriva de los instrumentos públicos mencionados y que han servido al apoderado de los actores para instaurar la acción hipotecaria, procede analizar por separado la naturaleza jurídica de las obligaciones constraídas por el Departamento y si la declaración unilateral de la vendedora introdujo modificaciones a lo estipulado por las partes contratantes, capaces de variar lo pactado para luégo deducir la personería sustantiva de los peticionarios y prosperidad de la acción intentada.

No hay duda alguna respecto de la segunda de las obligaciones contraídas por el Departamento; éste adquirió el compromiso de fomentar personalmente el establecimiento de un colegio de segunda enseñanza regentado por una comunidad religiosa dentro del término de diez años estipulados, y en su defecto la cantidad afectada para este objeto debería emplearla en la fundación de un Asilo para ancianos desamparados. Es incuestionable que la declaración unilateral hecha por la vendedora en escritura pública posterior de diputar al señor Obispo para recibir la cantidad de quince mil pesos ($ 15.000.00) para que éste la destinara a los objetos previstos, no pudo en ningún caso variar los resultados de la obligación contractual, ya que el fin perseguido por la declarante no equivale a otra cosa que a alterar sensiblemente una de las condiciones principales de lo estipulado por las partes contratantes, esto es, a sustituír una de las obligaciones contraídas por el comprador, consistente en eximirlo de fomentar el establecimiento de segunda enseñanza, a cambio de entregar la cantidad destinada para el efecto al señor Obispo de Nueva Pamplona. El acto unilateral de la estipulante efectuado sin la intervención del directamente obligado, no podía producir el fin perseguido, cual era el de sustituír una nueva obligación a la anteriormente pactada, y no cabe aceptar que se operó el fenómeno de la novación, porque para que éste se produzca en legal forma, y por ende se extinga la obligación primitiva se requiere, además de otros requisitos, el concurso de la voluntad de las partes contratantes (art. 1693 del C. C.).

Por manera que si el Departamento Norte de Santander estuvo ausente de la declaración hecha por la señora Briceño de Andressen Moller relativa a eximir al comprador de la obligación de fomentar el colegio de segunda enseñanza a cambio de que el obligado entregara a la Diócesis la cantidad de quince mil pesos para el

mismo objeto, la novación de lo estipulado en el contrato de compraventa no se operó, y por tanto, quedando en pie lo anteriormente pactado, el señor Obispo de Nueva Pamplona no adquirió ni ha adquirido derecho alguno para recibir, ni menos para reclamar judicialmente la cantidad de quince mil pesos destinada por la vendedora para fomentar el establecimiento de un colegio de segunda enseñanza y en su defecto un Asilo para ancianos desamparados.

La otra de las obligaciones contraídas por el Departamento fue la de entregar al "Asilo Andressen" de Cúcuta la cantidad de quince mil pesos al vencimiento del término de diez años o fallecida la señora de Andressen Moller antes de este término.

Trátase, por consiguiente, de una estipulación para otro, y la Sala, como cuestión previa, considera oportuno hacer algunas declaraciones sobre esta institución jurídica, para de ello deducir la prosperidad o improcedencia de la acción instaurada y la personería de los declarantes.

Conforme al art. 1506 del C. C., cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

Constituyen aceptación tácita los actos que hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.

Hay, por consiguiente, estipulación para otro cuando en un contrato una parte promete a la otra dar o hacer cualquier cosa a favor de un tercero extraño a la convención.

Esta institución de derecho fue declarada ineficaz por los jurisconsultos romanos como consecuencia lógica de la concepción muy estrecha que derivan de las relaciones contratantes, fue igualmente rechazada en un principio por el Código de Napoleón, que expresa que no se puede en general estipular más que para sí mismo. Sólo mediante una fecunda labor de la doctrina y la jurisprudencia se ha podido admitir en derecho francés el nacimiento de un derecho a favor del tercero, circunstancia esta que sí se encuentra claramente determinada en nuestra legislación civil.

Al tenor de la disposición citada anteriormente, el tercer beneficiario adquiere un derecho de crédito a cargo del promitente, si bien él no ha tenido ninguna intervención en el contrato, y siendo ello así, este derecho nace en su favor, haciendo parte de su patrimonio bajo la sola condición de que aceptará la estipulación hecha en su beneficio.

Mientras el tercero no haya aceptado puede el estipulante revocar lo pactado con el compromitente, variar el nombre del beneficiario o tornarlo a su patrimonio, pero ello no significa que la aceptación del beneficio constituya el hecho generador del derecho del tercero, el que nace a su favor en el momento del contrato, sino que a decir verdad, la aceptación sólo tiene por efecto consolidar la estipulación en el sentido de que el estipulante no puede ya revocar la asignación que ha hecho del beneficio a favor del tercero.

Si bien es cierto que el estipulante puede demandar la resolución del contrato, ya que la estipulación para otro constituye tan sólo uno de los elementos que integran la convención celebrada entre éste y el promitente, el estipulante no puede exigir el cumplimiento de la estipulación, derecho que por ministerio de la ley sólo corresponde al tercero beneficiado, si bien aquél tenga algún interés, al menos de carácter moral para exigir lo pactado. La razón para ello es que no habiendo estipulado para él, no es sujeto activo de la obligación, la que de hecho, en virtud de contrato, entró al patrimonio

del tercero. Este, por la circunstancia de haber adquirido un derecho directo a cargo del promitente, no solamente puede exigir lo estipulado a su favor, sino que también puede hacer efectivas las hipotecas y demás garantías reales constituídas para asegurar el cumplimiento del contrato, salvo que estas garantías se hubieran reservado expresamente al estipulante, para asegurar lo pactado a su favor o en favor del tercero.

Aplicando lo anteriormente expuesto al caso de autos se deduce que mediante el contrato de compraventa celebrado entre la señora Andressen Moller y el Departamento Norte de Santander, éste se obligó para con aquélla a entregar al "Asilo Andressen" de Cúcuta la cantidad de quince mil pesos al vencimiento de los diez años estipulados o al fallecimiento de la vendedora antes de la expiración de este término, y que para garantizar esta obligación, a más de las otras contraídas, constituyó hipoteca especial y expresa sobre el inmueble adquirido. Por manera que estando asegurada la hipoteca de que se hace mención, la estipulación para el "Asilo Andressen", sin que por otra aparezca que la estipulante se reservó este derecho exclusivo, la acción para hacer efectivo lo pactado y para instaurar la acción hipotecaria compete de derecho al beneficiario con la estipulación. En estas condiciones, vencido como está el término para el cumplimiento de la obligación y en consideración a que el título exhibido como recaudo, y en el que consta el gravamen hipotecario, presta mérito ejecutivo, de conformidad con el artículo 982 del C. J. y a que el certificado de tradición que obra en autos satisface las exigencias legales, debe procederse al tenor de lo pedido en lo tocante al crédito de los quince mil pesos ($ 15.000.00) estipulados a favor del "Asilo Andressen" de Cúcuta.

Como en la escritura Nº 239 de 7 de marzo de 1939, la señora de Andressen Moller designó expresamente a la Iglesia Católica de esta Diócesis, representada por el Ilustrísimo señor Obispo para recibir para el mencionado Asilo la suma que le fue asignada, es a aquélla, representada por su prelado, a quien corresponde la personería para actuar en este negocio, no al Síndico señor ELEAZAR BELLOSO, por voluntad expresa de la estipulante".

La Corte considera:

No son de idéntica calidad las estipulaciones que aparecen consignadas en la escritura 810, por lo que mira a la inversión que habría de darse a la cantidad de treinta mil pesos: es la una claramente contractual, acuerdo de voluntades entre la señora Andressen Moller y el Departamento, obligación que éste asumió de destinar quince mil pesos ($ 15.000.00) al establecimiento de un colegio de segunda enseñanza, que no se determina de modo absoluto y en cuya escogencia interviene la entidad pública comisionada; es la otra una simple manifestación de voluntad de la señora de que el Departamento entregue al "Asilo Andressen" la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00), que implica naturalmente la obligación de hacerlo, pero que, a diferencia de la primera, que determina que la cantidad de dinero "será destinada **por el Departamento**" (subraya la Sala) al fin perseguido por la donante, no le deja a éste en el segundo caso sino el deber de entregar la suma dicha al Asilo. Importa subrayar esta circunstancia, porque el cumplimiento de esa obligación no se opone, en modo alguno, el que la propia donante disponga, en nuevo acto de su voluntad, no ligada antes contractualmente para no revocar o modificar su liberalidad, en tanto que el donatario, en este caso el Asilo, no hubiera expresado su aceptación, que el dinero se entregue al Asilo por mediación del señor Obispo de Pamplona. Si conforme a la ley, art. 1443 del C. C., que estatuye que la donación es un acto que no se perfecciona sino por la aceptación del donatario, es muy claro que la señora

de Andressen, mientras el Asilo no aceptara, podía cambiar la persona del beneficiario, con mayor razón podía también modificar y completar su voluntad en cuanto a la entrega del dinero al Asilo, disponiendo que la Iglesia, representada por el señor Obispo, reciba para el Asilo Andressen la suma dicha.

Parece que la circunstancia de haberse hecho en una escritura pública suscrita por el Departamento y por la señora de Andressen la manifestación de voluntad de esta última sobre entrega de los quince mil pesos al Asilo, induzca a pensar que tal expresión de la voluntad de la donante no puede ser cambiada sino con la aquiescencia de la otra persona suscribiente, o sea el Departamento. Pero es muy fácil comprender cómo esta tesis es equivocada. La señora de Andressen pudo decir verbalmente o por carta al Departamento o a otra persona deudora suya de una suma de dinero que la entregase a A., y posteriormente, antes de que A. aceptara la entrega-donación, decirle también verbalmente o por carta, que no entregara a A. sino a B. el dinero en cuestión. Lo propio ocurre con la manifestación de la señora consignada en la escritura de 1926, cuando dos años después de su otorgamiento, en otro instrumento público, encargó al señor Obispo de Pamplona de recibir el dinero con destino al Asilo Andressen; éste no había aceptado la donación, la que por lo mismo no era perfecta, sino apenas un acto unilateral que bien podía ser modificado, como lo fue, sin faltarse por ello a ninguna norma legal ni de ética.

Lo que quiere decir que en la escritura 810 no hubo verdadero contrato entre el Departamento y la señora, en lo que concierne a la destinación de los quince mil pesos para el Asilo, que no se estipuló, como lo sugiere el Tribunal, en calidad de acuerdo bilateral, que se entregara la suma al "Asilo Andressen", sino que se puso allí una disposición de voluntad de la señora que podía ser modificada por ella, a su arbitrio, antes de que el Asilo aceptara la donación.

Este mismo parecer lo expresó así el Tribunal en su primera providencia: "mientras el tercero no haya aceptado puede el estipulante revocar lo pactado con el compromitente, variar el nombre del beneficiario o tornarlo a su patrimonio...."

Conviene agregar que esa inteligencia de la manifestación de la voluntad de la señora no contraría el mandato de los artículos del C. C. a que alude el Tribunal en su segundo proveído al afirmar que la designación hecha en el prelado de Pamplona carece de efectos jurídicos, ya que la entidad beneficiada "no ha perdido la facultad de demandar lo estipulado por medio de su representante legal al tenor de los arts. 1506 y 1642 del C. C.". No entiende la Corte qué efecto de la designación a que se alude, hecha en el señor Obispo de Pamplona, entidad beneficiada, haya perdido la facultad de demandar lo estipulado; sólo que su personero, para hacerlo ante el Departamento, es el señor Obispo en virtud del acto claro y expreso de voluntad de la donante. El representante legal de la entidad sigue siéndolo, y podrá con tal carácter reclamar del señor Obispo el cumplimiento del encargo que le hizo la señora de Andressen Moller.

Los motivos declarados por la Sala en este auto imponen la revocación del que ha sido objeto de la alzada, para que se cumpla la primera providencia del Tribunal, dictada el veintiocho de octubre del año anterior.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto apelado.

Notifíquese y cópiese.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Chaves — Manuel Pineda Garrido. Secretario.

OPOSICION AL SECUESTRO

1.—De acuerdo con el sentido claro del contexto del artículo 1021 del C. J. y de lo que respecto a su alcance tiene establecido la jurisprudencia, en el incidente que surge como consecuencia de la oposición de un tercero al secuestro de los bienes embargados en una ejecución, sólo se discute el hecho de la posesión material que tuviere el opositor el día del secuestro, de manera que todo lo relacionado con el derecho de dominio que aleguen las partes está descartado del debate, particularmente cuando la oposición versa sobre inmuebles. Por consiguiente, en casos tales el problema de la oposición se reduce a una cuestión de hecho consistente en determinar con las pruebas aducidas en el incidente y con los elementos aportados por el juez en la diligencia de secuestro, si el tercero opositor reúne las calidades jurídicas de un simple poseedor material de la cosa que se persigue en la ejecución. Que el inmueble esté hipotecado al acreedor, o que el deudor sea el verdadero dueño de aquél son cuestiones jurídicas ajenas a la materia propia del incidente, pues, si está hipotecada quiere decir que la ejecución no comprendió a uno de los poseedores, el material; y si la propiedad en realidad corresponde al deudor, la última parte del artículo 1021 está indicándole al acreedor el camino que debe seguir, cuando el poseedor material hace prevalecer su derecho en la oposición. 2.—El opositor-secuestre de que habla la primera parte del artículo 1021 del C. J. tiene una posición distinta de la de quien es simplemente secuestre, pues el primero además de secuestre es poseedor con los derechos que importa tal calidad mientras no venga la providencia judicial que decida la oposición y que le niegue al opositor el carácter de poseedor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre trece de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Tres resoluciones están apeladas ante la Corte en el presente negocio constituído en lo principal por el juicio ejecutivo iniciado por el juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá contra Tomás Fernández, hoy sus herederos, originado en el valor de unos alcances deducidos a favor del tesoro nacional. Esas resoluciones llevan fechas 12 y 13 de diciembre de 1940 y 2 de abril de 1941. Está terminado el trámite de los recursos. Por ende la sala pronunciará la decisión a que haya lugar examinando en primer término el auto de 2 de abril, que es el de mayor importancia.

Auto de 2 de abril

El auto recurrido se encamina a ponerle fin a la actuación especial surgida con motivo de la diligencia de depósito del inmueble embargado en el juicio como de propiedad de Tomás Fernández, situado en la calle 15 de esta ciudad, números 9-56 a 9-70, durante la cual Roberto Fernández y Julia Medina de Lee se opusieron al depósito alegando su calidad de terceros poseedores del inmueble. El inci-

dente no es otro que aquel a que se refiere el ordinal 2º del artículo 1021 del código judicial, cuya finalidad es la de dejar establecido si el tercero opositor tiene realmente el carácter de legítimo poseedor, alegado en la diligencia de secuestro, cuya posesión deba respetarse conforme a las leyes.

La oposición de que se hace mérito fue resuelta por el juez en el auto apelado en sentido adverso a la pretensión de los opositores, por lo que consecuencialmente dispuso también llevar a efecto el secuestro definitivo del inmueble entregándoselo al secuestre nombrado en el juicio, habiendo hecho además algunas condenaciones contra los opositores.

De acuerdo con el sentido claro del contexto del artículo 1021 del código judicial y de lo que respecto de su alcance tiene establecido la jurisprudencia, en el incidente que surge como consecuencia de la oposición de un tercero al secuestro de los bienes embargados en una ejecución, sólo se discute el hecho de la posesión material que tuviere el opositor el día del secuestro, de manera que todo lo relacionado con el derecho de dominio que aleguen las partes está descartado del debate, particularmente cuando la oposición versa sobre inmuebles.

Por consiguiente en casos tales el problema de la oposición se reduce a una cuestión de hecho consistente en determinar con las pruebas aducidas en el incidente y los elementos aportados por el juez en la diligencia de secuestro, si el tercero opositor reúne las calidades jurídicas de un simple poseedor material de la cosa que se persigue en la ejecución. Que el inmueble esté hipotecado al acreedor, o que el deudor sea el verdadero dueño de aquél son cuestiones jurídicas ajenas a la materia propia del incidente, pues, si está hipotecado quiere decir que la ejecución no comprendió a uno de los poseedores, el material; y si la propiedad en realidad corresponde al deudor la última parte del artículo 1021 está indicándole al acreedor el camino que debe seguir, cuando el poseedor material hace prevalecer su derecho en la oposición.

Con este criterio, que es el único legal y el que impone el contenido del artículo 1021, la sala procede a solucionar el problema surgido de la oposición de los señores Fernández y Julia Medina de Lee.

La diligencia de avalúo y depósito de la casa en cuestión llevóse a efecto en los días 8 y 11 de junio de 1940, según aparece de las actas extendidas a los fls. 228 a 238 del c. principal. Allí consta que el vocero del señor Fernández manifestó que éste "es el poseedor material de todo el inmueble" sobre el cual estaba versando la diligencia y que la señora Julia Medina de Lee lo estaba administrando o usufructuando a virtud de un contrato de cesión de frutos celebrado con el señor Fernández, según la escritura pública número 1897 de 9 de septiembre de 1938 de la notaría 2ª de Bogotá.

Por haberse encontrado a los opositores con la tenencia de la casa, ya que algunas de las personas que en ella se encontraron manifestaron ser arrendatarios de la señora Julia Medina de Lee, el inmueble fue dejado en poder de los opositores.

Son varias las pruebas que los opositores presentan tendientes a acreditar su derecho. Conviene hacer una somera enumeración de ellas:

1º En carta del 30 de julio de 1937 dirigida al doctor Carlos Delgado Morales (fl. 204, c. p.), por la señora Elvira Cualla de Fernández y demás herederos de Tomás Fernández, reconocen las signatarias que Roberto Fernández es dueño de la edificación. Las firmas de la carta fueron judicialmente reconocidas por Elvira Cualla de Fernández, Leonor y Blanca Fernández (fls. 31 y 32 del mismo cuaderno).

2º El 7 de diciembre de 1938 las autoridades de higiene expidieron a Roberto Fernández patente de sanidad del inmue-

ble para que pudiera arrendarlo (fl. 7 ibidem).

3º El 11 de junio de 1937 Roberto Fernández dio en arrendamiento a Andrés O. Rasmunsenn los locales de la casa número 9-66 y 9-70, de la calle 15, por un año, según documento privado, del fl. 8 ibídem, reconocido por el arrendatario (fl. 33 ibídem). En la diligencia de depósito de la casa, del 8 de junio, a Rasmunsenn se le encontró como ocupante de los locales citados en calidad de arrendatario de Roberto Fernández.

4º En la diligencia de posiciones del 20 de abril de 1937 absuelta por la señora Elvira Cualla de Fernández a petición de Roberto Fernández (fl. 9 a 10, cuaderno citado), aquélla confesó que después de la muerte de su esposo Tomás Fernández, en nombre propio y en representación de sus hijas le hizo entrega del lote de la casa a Roberto Fernández con el fin de que éste con dineros propios levantase la casa que hoy existe allí, obligándose las nombradas a dejar a Fernández en posesión del inmueble todo el tiempo que fuese necesario para que una vez concluída la construcción pudiese Fernández explotarlo sin interrupción hasta pagarse de la suma que hubiera invertido; compromiso que violó doña Elvira apoderándose de la casa desde el primero de enero de 1927.

5º El contrato de arrendamiento de Etelvina de Valderrama celebrado con Gualberto Rodríguez, en calidad éste de apoderado de Julia Medina de Lee, respecto de la casa, por dos años, según documento de primero de diciembre de 1938, autorizado también por Roberto Fernández (fl. 13 y 14 del mismo cuaderno). Al fl. 16 está el reconocimiento judicial hecho del documento por Etelvina.

6º Otro contrato de arrendamiento sobre la casa otorgado por la misma Etelvina a favor de Roberto Fernández en calidad de arrendador por el término de dos meses, según documento de fecha 1º de mayo de 1937.

7º Diligencias judiciales de lanzamiento adelantadas por Roberto Fernández ante el juzgado segundo civil municipal de Bogotá contra la arrendataria Etelvina de Valderrama, las cuales terminaron con la entrega de la casa a Fernández hecha por el inspector de policía el 23 de julio de 1937 (fls. 21 y 22 del mismo cuaderno).

8º Otro contrato de arrendamiento concedido por Gualberto Rodríguez como apoderado de Julia Medina de Lee a Rasmunsenn, respecto del local número 9-66 y 9-70, por el término de un año, según documento de fecha 11 de octubre de 1938 (fl. 24), igualmente reconocido por el arrendatario (fl. 31).

9º Copia de las providencias judiciales de fecha 7 de noviembre y 2 de diciembre de 1940, pronunciadas por el juez 5º del circuito de Bogotá en el incidente propuesto por Julia Medina Lee, dentro del juicio ejecutivo que adelantó el recaudador 2º de ejecuciones fiscales de Bogotá contra los herederos de Tomás Fernández para el pago del impuesto predial de la casa cuestionada, incidente que tuvo por objeto el levantamiento del embargo de los bienes trabados en la ejecución. Mediante las resoluciones dichas se decretó el levantamiento del secuestro de los arrendamientos de la casa, por haber reconocido el juez que Roberto Fernández era el poseedor inscrito y material de la edificación.

10º El contrato de arrendamiento celebrado por Etelvina de Valderrama con Roberto Fernández con respecto a la casa y por el término de un año, del primero de julio de 1937 al 30 de junio de 1938, según documento de fecha 22 de junio de 1937 existente a los fls. 49 a 50 del cuaderno ya citado.

11º Declaración de Gualberto Rodríguez Peña, quien informa que como apoderado de Julia Medina le Lee firmó con Etelvina de Valderrama el contrato de arrendamiento de que habla el punto 5º, el cual tuvo por objeto transigir el juicio

de lanzamiento que contra Etelvina adelantaba Roberto Fernández en el juzgado 8º municipal, juicio basado en un contrato de arrendamiento anterior.

12º Declaraciones de José Torres e Ignacio Tovar Borda. El primero informa que trabajó por cuenta de Roberto Fernández en la reconstrucción de la casa hasta el mes de diciembre de 1927, habiendo sido maestro de la obra el señor Avelino Acero.

Tovar declara que desde mayo de 1937 Roberto Fernández ha atendido a las reparaciones de la casa invirtiendo en ello sumas considerables; y que cuando se reconstruía la casa por derrumbamiento de la antigua construcción que existía ocurrido a fines del año de 1924, el testigo presenció que Fernández hacía los gastos de la reconstrucción y se entendía con el maestro Avelino Acero.

A las pruebas anteriores aportadas por Roberto Fernández, se oponen las siguientes, pedidas así:

Por el juez ejecutor en representación de la nación:

1º Licencias municipales concedidas respectivamente a Tomás Fernández en diciembre de 1924, y a Elvira Cualla de Fernández en abril de 1926, para reconstruír la primera, y continuar la reconstrucción de la casa, la segunda.

2º Declaraciones de Carlos A. Zerrate y Leopoldo Pinzón. De la declaración del primero prácticamente no se infiere nada en ningún sentido. El segundo declara que hace unos doce años fue llevado a la casa de la calle quince por Roberto Fernández, con motivo de la comisión que éste le confiara para ofrecerla en venta, asegurándole Fernández a Pinzón que la casa le pertenecía.

3º El informe de los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular practicada por el juez ejecutor el 22 de enero del corriente año, dentro del término de prueba de la oposición, doctores Ortiz y Jaramillo, quienes afirman que la construcción antigua que existía, sobre el lote, correspondiente a la casa marcada antes en su portón con el número 42 de la calle 15, data de los años anteriores al de 1880, y la reconstrucción aprovechando algunos muros de la vieja edificación, fue hecha en los años de 1924 y 1927.

Por la parte ejecutada figuran las siguientes pruebas:

1º Declaraciones de Marco A. Dávila y Etelvina de Valderrama.

Según el primero (fl. 3 a 4 del c. número ..) hace unos dos años la arrendataria de la casa señora Etelvina, por órdenes de Roberto Fernández, que el testigo presenció cuando se dieron, Etelvina le hacía pagos de los arrendamientos de la casa a la señora Elvira Cualla de Fernández, pagos éstos que unas veces fueron de $ 200 y otras de $ 150; y además Roberto le dio orden igualmente a Etelvina que del valor del arrendamiento que ella pagaba descontara el valor de la pensión correspondiente a la señora Alicia Fernández v. de Fontayne en el hotel que la arrendataria tenía establecido en la casa.

La señora Etelvina informa a fls. 5 a 8 que hace el espacio de unos dos o tres años que ella como dueña del 'Hotel Moderno" establecido en la casa, le entregaba el valor de los arrendamientos del inmueble al arrendador señor Fernández, y que por órdenes de éste le pasaba parte de esos arrendamientos a Elvira Cualla v. de Fernández, previo el descuento de la pensión de Alicia Fernández de Fontayne; y que hace unos doce años que la declarante es arrendataria de la casa, época durante la cual se le han hecho mejoras al inmueble, como resanes de papeles, pintura al óleo, etc.; la adaptación del baño y un sanitario moderno, obras éstas dos que las mandaron ejecutar los herederos de Tomás Fernández; y el inodoro nuevo y el baño que fueron hechos durante sus contratos con Roberto Fernán-

dez, a quien le costaron alrededor de unos $ 1.300.00.

2º La escritura pública número 597 de 19 de abril de 1926 (fls. 22 y 23) por medio de la cual los arquitectos Eduardo Wills y Carlos J. Ferreira se comprometieron para con Elvira Cualla de Fernández a refaccionar o reconstruír la casa de la calle 15;

3º La escritura pública Nº 1144 de 9 de julio de 1926 (fls. (17 y 18) por medio de la cual Elvira Cualla de Fernández dio en arrendamiento por cuatro años varios inmuebles a Roberto Fernández, entre los cuales se cuenta la casa de la calle 15, número 42;

4º El documento privado, de fecha 8 de mayo de 1927, protocolizado con las respectivas diligencias de reconocimiento mediante la escritura pública Nº 1326 de 2 de agosto de 1929, por medio del cual Roberto Fernández facultó a Elvira Cualla de Fernández para que en nombre y representación del primero cobre el valor de los arrendamientos de las fincas a que se refiere el contrato anterior, pues ese contrato se hizo enteramente en confianza y sin haberle entregado Fernández a Elvira los $ 4.000 que ésta confiesa haber recibido de aquél a cuenta de arrendamientos anticipados; por cuyo motivo ella puede disponer libremente de los frutos de los inmuebles sin tener que rendirle cuentas a Fernández, porque esos frutos le pertenecen a ella;

5º La escritura pública número 1780 de 21 de septiembre de 1927, por medio de la cual Carlos J. Ferreira y Alfredo Wills cancelan unos documentos, entre los que está la escritura del contrato de construcción del punto 2º; y Roberto Fernández se obliga en cambio para con aquellos a pagarles como precio de la transacción la suma de $ 4.500. Esta escritura está suscrita también por Elvira Cualla de Fernández y por Francisco Fernández como contratantes en compañía de Roberto; y

6º Los autos del juez tercero del circuito de Bogotá y del tribunal superior de Bogotá, de fechas 3 de febrero de 1939 y 8 de abril siguiente, respectivamente, dictados en la articulación de desembargo promovida dentro del juicio ejecutivo seguido por el Banco de Colombia contra la sucesión de Tomás Fernández, y en la cual se negó el desembargo que de la casa de la calle 15 pidieron Roberto Fernández y Francisco Fernández, porque el juez y el magistrado no encontraron acreditada suficientemente en los articulantes la calidad jurídica de dueños del inmueble.

Con todo este cúmulo de elementos probatorios, para la sala resulta incuestionable que Roberto Fernández sí tenía el carácter de poseedor material del inmueble el día en que se hizo la diligencia de depósito. Así lo acreditan suficientemente los contratos de arrendamiento que ha venido efectuando del inmueble a partir del año de 1937, y lo corroboran las declaraciones de Marco A. Dávila y Etelvina de Valderrama, aportadas al juicio por la parte ejecutada, cuando afirman los testigos que las sumas de dinero que Etelvina entregaba a Elvira Cualla de Fernández obedecían a órdenes expresas de Roberto Fernández, quien era el arrendador de la casa.

Es posible que antes del año de 1937 la posesión de la casa hubiera estado en manos de los herederos de Tomás Fernández; pero desde este año en adelante sí no queda la menor duda de la posesión de Roberto; la lectura de las diligencias judiciales de lanzamiento adelantadas por él ante el juzgado segundo municipal de Bogotá contra Etelvina de Valderrama, arrendataria de la casa a virtud de uno de los contratos que le otorgó Roberto y la diligencia de entrega de la misma casa a Fernández el 23 de julio del año memorado, así lo convencen.

Esta situación jurídica de Fernández, clara e incontrovertible a partir del año de 1937, en manera alguna sufre mengua con las resoluciones judiciales que a aquél le negaron el desembargo del in-

mueble dentro del juicio ejecutivo del Banco de Colombia contra la sucesión de Tomás Fernández, proveídos de que se hizo mérito en el punto 2º de la enumeración de las pruebas aportadas al debate por la parte ejecutada. En primer lugar las resoluciones fueron pronunciadas en 1930 y resolvieron un problema jurídico completamente distinto del que hoy se presenta: la calidad de dueño que tuviera Fernández a virtud de las inversiones de dinero que él alega haber hecho en la reconstrucción de la casa. Esa calidad y la cuestión jurídica previa de que Fernández sea o no dueño de la casa por el fenómeno de la accesión, no está en tela de juicio en el presente incidente en que el único factor a que el juez debe ceñirse es el de la posesión material. Porque desde que el nuevo procedimiento judicial prescindió de las tercerías excluyentes para discutir el derecho de dominio de los bienes sometidos a la traba ejecutiva no hay facultad para avanzar estudios sobre aspectos atinentes a la propiedad como tal, singularmente en relación con los bienes inmuebles.

Y como se deja dicho no queda la menor duda de que Fernández era el verdadero poseedor de la casa cuando se practicó la diligencia de secuestro en el presente juicio por jurisdicción coactiva, porque a ese tiempo ostentaba con claridad los dos elementos característicos del poseedor: tenencia material de la cosa, y ánimo de poseer, comprobado éste con los actos jurídicos originados en los distintos contratos de arrendamiento y cobro de cánones en nombre propio; amén de la venta que de los frutos de la casa le hiciera a Julia Medina de Lee, según la escritura pública que figura en el juicio otorgada el 14 de julio de 1937.

El que Fernández no alegue derecho de propiedad sobre el suelo en que la casa esté edificada no le quita el carácter de poseedor de todo el inmueble, pues para tener la posesión, que no se le puede desconocer, de la edificación, necesariamente queda también afectado el suelo, y la prueba es que al suelo y a la edificación conjuntamente han tenido que referirse sus actos de posesión. Quien alegando ser poseedor de un inmueble a título de edificador en suelo ajeno, ocupa también por necesaria consecuencia el suelo, presenta un fenómeno de posesión sobre el edificio y el suelo, jurídicamente indivisible, cuya desintegración llevaría a fallar por anticipado acerca de las relaciones jurídicas derivadas de la comunidad entre el edificador y el propietario del suelo reglamentadas por los artículos 738 y 739 del Código Civil.

En consideración a lo expuesto, el auto del juez debe ser revocado y en su lugar dar cabida a la resolución que impone la ley.

Auto del 12 de diciembre

Por medio de este auto el juez no accedió a revocar el de 28 de noviembre anterior, y en su lugar aprobó las cuentas rendidas por el secuestre señor Jorge Andrade H.

De consiguiente el auto de 28 de noviembre está ejecutoriado. Por dicha providencia corrióse traslado a los interesados de las cuentas presentadas por el señor Andrade en su calidad de secuestre; diósele así entrada al incidente de rendición de cuentas del depositario.

Además el señor Andrade en el hecho desempeñó el cargo de depositario, ya que en este carácter que el juez le dio por providencia declarada más tarde insubsistente, percibió arrendamientos del inmueble embargado.

En cuanto a las cuentas mismas no se ha demostrado que el señor Andrade hubiese percibido por arrendamientos productos distintos de los que él denuncia en su relación, montantes a la suma de $ 2.038.15. De los descargos contenidos en la misma cuenta se impugna lo referente a la cantidad que por honorarios se asigna el señor Andrade, en calidad de

depositario. Y a la verdad que la objeción es parcialmente fundada dado que él liquida el diez por ciento de los productos brutos, y de acuerdo con el numeral d) del ordinal 3º del artículo 566 del Código Judicial sólo está autorizada la deducción del cinco por ciento de los productos brutos en pago de los honorarios de los depositarios judiciales de fincas urbanas.

En consecuencia se impone la reforma del auto apelado, en la parte sometida al recurso, según lo que está expuesto.

Auto del 13 de diciembre

La parte dispositiva de este auto dispone que los opositores Roberto Fernández y Julia Medina de Lee presten caución prendaria o hipotecaria por la suma de $ 3.000 m. l. como medida previa para obtener la entrega de los dineros percibidos por el depositario señor Andrade provenientes del inmueble embargado, materia de la oposición de dichos señores; y que se notifique a la señora Etelvina v. de Valderrama que en lo sucesivo se siga entendiendo para el pago de todos los arrendamientos con los señores Fernández y Julia Medina de Lee.

La apelación se contrae a lo dispuesto en la primera parte.

Esta orden de caucionamiento también es ilegal. Por causa de haberse dispuesto la cesación del depósito del inmueble embargado para dejarlo en la tenencia del señor Roberto Fernández, que hizo oposición al secuestro el día de la diligencia de depósito, el inmueble debía volver íntegramente a poder del opositor, mientras se decidía la suerte de la oposición. De consiguiente no había lugar a exigirle a los opositores una caución que sólo se exige a los secuestres designados por las partes o por el juez en el juicio. El opositor secuestre de que habla la primera parte del artículo 1021 del Código Judicial tiene una posición jurídica distinta de la de quien es simplemente secuestre, pues el primero además de secuestre es poseedor con los derechos que importa tal calidad mientras no venga la providencia judicial que decida la oposición y que le niegue al opositor el carácter de poseedor.

En consecuencia la orden de prestar caución debe ser revocada.

RESOLUCION

A mérito de las consideraciones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, resuelve:

1º Revocar en todas sus partes el auto de 2 de abril del corriente año dictado por el juez ejecutor con el fin de resolver el incidente de oposición al secuestro, presentado por Roberto Fernández y Julia Medina de Lee, y en su lugar decidir dicha oposición así:

Por haber demostrado el señor Roberto Fernández que tenía la posesión del inmueble el día de la diligencia de secuestro, decrétase el levantamiento del embargo y secuestro de dicho inmueble.

2º Apruébanse las cuentas rendidas por el señor Jorge Andrade H. y de las cuales el juez ejecutor dio traslado en auto del 28 de noviembre, menos en lo relativo al valor que el señor Andrade se asigna por honorarios, los cuales se fijan en la suma de ciento tres pesos con cuarenta centavos ($ 103.40) moneda legal.

Queda en estos términos reformado el auto de 12 de diciembre del año próximo pasado en la parte sujeta del recurso.

3º Revócase el numeral 1º del auto de fecha 13 de diciembre del año próximo pasado mediante el cual el juez ordenó qué los opositores señores Roberto Fernández y Julia Medina de Lee prestaran caución de tres mil pesos como medida previa a la entrega de los dineros percibidos por el señor Jorge Andrade H.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta. — Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Chaves—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

CAUSAL DE NULIDAD

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

En auto de esta sala de fecha 29 de septiembre último se ordenó poner en conocimiento del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado por su Administrador General, la causal de nulidad prevista en los ordinales 2º y 3º del artículo 448 del código judicial, por indebida comparecencia a este juicio de la parte demandada y por no haber sido citada la entidad que debía comparecer en calidad de órgano especial del Estado.

En el referido auto están expresadas las razones en que se fundó la Corte para considerar que esta causa adolece de la nulidad en mención.

El señor Hernán Cuéllar Wallis, actuando como Administrador General del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, al tiempo de notificársele personalmente el auto de 29 de septiembre, manifestó que no allanaba la nulidad que se dispuso llevar a su conocimiento.

De conformidad con el artículo 455 del código judicial, cuando la persona que tiene derecho a pedir la reposición, no ratifica lo actuado, debe invalidarse el juicio desde el estado que tenía cuando ocurrió la causal, quedando en firme la actuación practicada antes.

En el caso de autos dicha invalidación debe comprender todo lo actuado en el juicio, ya que la causal de nulidad surgió desde el momento de la notificación de la demanda al señor fiscal del tribunal de Buga.

En consecuencia, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia declara nulo lo actuado en este juicio desde su notificación, por haber estado indebidamente representada en el juicio la parte demandada y por no haber sido llamada al debate la entidad que debía comparecer en calidad de órgano especial del Estado.

En cumplimiento de lo que sobre el particular dispone el artículo 458 del código judicial se condena en las costas del proceso así: en la primera instancia la mitad de las erogadas por el demandante a cargo de los señores magistrados del tribunal superior de Buga que intervinieron en el negocio, y la otra mitad a cargo del mismo demandante; y en la segunda instancia, la mitad de las erogadas por el apelante ante la Corte, por el magistrado sustanciador doctor Arturo Tapias Pilonieta, y la otra mitad corre a cargo del mismo apelante.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Isaías Chaves.—Hernando García Pachón, Ofl. Mayor.

ACCION SOBRE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO. — AGENCIA OFICIOSA. ESTIPULACION PARA OTRO.— DELEGACION IMPERFECTA.—MANDATO.

1.—De conformidad con el artículo 2304 del C. C., cuatro son los requisitos necesarios para la agencia oficiosa: administración de negocios ajenos; falta de mandato para la gestión; intención de obligarse para con el tercero a quien se le administran bienes, y una posibilidad de obligarlo en determinados casos. 2.—De acuerdo con el artículo 1506 del C. C. es diferencia específica de la estipulación para otro la de que los contratantes hayan tenido voluntad de crear un crédito en provecho exclusivo del tercero en cuyo favor se pacta y a cargo del promitente; no otra cosa quiere decir la ley cuando habla de que "sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado". 3.—Según Josserand la delegación imperfecta es un acto por el cual una persona prescribe a otra obligarse hacia un tercero". Es esta una definición de carácter genérico aplicable tanto a la delegación perfecta como a la imperfecta; la diferencia entre las dos, radica en el resultado a que conduzca la orden: si ella tiene virtud suficiente para liberar el delegatario al delegante de una obligación preexistente, se tiene la delegación perfecta, acto preparatorio anterior al de la novación, la cual se produce al aceptar el delegatario el cambio de deudor; si por el contrario, la promesa sólo tiende a agregar una nueva seguridad o garantía a la obligación debida por el delegante, se tiene entonces la delegación imperfecta. 4.—Como se infiere de las disposiciones civiles que reglamentan el contrato de mandato, el objeto de éste lo constituye la prestación del consentimiento del mandato a través del mandatario, como así lo ha entendido la Corte en varias sentencias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre quince de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La Magdalena Fruit Company, sociedad extranjera establecida en Colombia y con domicilio en la ciudad de Santa Marta, aparece como demandada en el presente juicio en virtud de la acción ordinaria propuesta por el doctor Juan B. Barrios, en su calidad de apoderado del Departamento del Magdalena. En el respectivo escrito de demanda se piden varias declaraciones, todas ellas relacionadas con las disposiciones de la ley 46 de 1936 y el cumplimiento del contrato de fecha diez de octubre de mil novecientos treinta y dos celebrado entre la Nación y la United Fruit Company, antecesora de la entidad demandada.

Los hechos relatados para sustentar las peticiones son, en síntesis, los siguientes:

Primero. Que por la cláusula décimasegunda del contrato celebrado entre la Nación y el Departamento del Magdalena el 5 de septiembre de 1932, la segunda entidad dio a la primeras estas autorizaciones: Para conseguir de otra entidad una suma no menor de **setecientos cincuenta mil dólares**; para disponer o comprometer, con ciertas limitaciones, el precio del arrendamiento del Ferrocarril del

Magdalena, y para depositar en el Banco de la República y a la orden del Departamento del Magdalena la suma que se obtuviera.

Segundo. Que la Nación recibió de la United Fruit Company la suma de setecientos cincuenta mil pesos ($ 750.000.00) a nombre del Departamento del Magdalena y para él, de conformidad con la autorización consignada en la cláusula décima-segunda mencionada en el hecho anterior y que dicha cláusula se transcribió en el contrato celebrado entre la Nación y la United Fruit Company el día 10 de octubre de 1932.

Tercero. Que el préstamo citado fue traspasado por la United Fruit Company a la Magdalena Fruit Company.

En cuanto a los hechos cuarto, quinto y sexto se refieren a los abonos en moneda legal colombiana efectuados por The Santa Marta Railway Company, Limited; a la paridad intrínseca del peso oro colombiano acuñado durante el mismo tiempo, y al tipo del cambio existente en la fecha en que se contrajo la obligación de 10 de octubre de 1932.

Terminados los varios incidentes producidos antes de darse contestación a la demanda, al hacerlo la parte demandada aceptó tan sólo en parte los hechos principales y negó la interpretación que de los contratos hace el actor. Al mismo tiempo propuso las excepciones de carencia de acción por no haber la Nación obrado en el contrato de préstamo como representante del Departamento del Magdalena y de la inconstitucionalidad y, en caso contrario, la de no aplicación de la Ley 46 de 1936 al caso en estudio.

El Tribunal Superior de Santa Marta, en providencia que lleva fecha del 22 de julio de 1939, decidió el negocio declarando probada la carencia de acción alegada en oportunidad por el demandado.

Dicha providencia dice así en su parte resolutiva:

"Por los motivos expuestos, el Tribunal Superior, en Sala de decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción perentoria de carencia de acción del demandante propuesta por el demandado, y consecuencialmente, absuelve a la Compañía demandada".

Contra este fallo interpuso la parte actora el recurso de apelación para ante la Corte Suprema de Justicia, donde, en oportunidad procesal y por medio de apoderado, alegó de conclusión exponiendo las razones que considera conducentes a la demostración de la justicia que le asiste para obtener fallo favorable en las peticiones formuladas en el libelo de la demanda. El apelante sostiene, en primer lugar, que es equivocada la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, porque, por atenerse a la letra de la ley y a la de los contratos, apreció erróneamente el punto litigioso; dice, además, que la Nación, en el contrato de 10 de octubre de 1932 obró como mandataria del Departamento del Magdalena y que la alegada inconstitucionalidad no es problema que deba ser examinado de manera particular en este juicio. Finalmente manifiesta que la Ley 46 es aplicable, en lo pertinente, al problema que se debate.

A su vez, el apoderado de la Compañía demandada analiza, tanto en su alegato final como en el respectivo resumen de la audiencia a que hubo lugar, los diferentes contratos en los cuales se fundamenta la presente acción afirmado que ellos no son suficientes puesto que la United Fruit Company no celebró con el Departamento del Magdalena ningún contrato de mutuo o préstamo, como lo pretende el demandante, sino que celebró con la Nación un contrato de naturaleza diferente, que a este contrato no le es aplicable el artículo 2º de la ley 46 de 1933 y que la Nación no obró como mandataria del Departamento del Magdalena. Luego advierte que la doctrina de la imprevisión tampoco es aplicable al caso y que el Departamento al instaurar su demanda

olvidó que el contrato celebrado entre la Nación y la United Fruit Company es un contrato de cesión del precio o venta de un arrendamiento y no un contrato de préstamo, que en el caso de que la Nación hubiera obrado como mandataria del Departamento, el mandato sería no representativo, el cual no crea vínculo entre el tercero y el mandante y que el artículo 2º de la Ley 46 de 1933 se refiere a las obligaciones originariamente contraídas en monedas extranjeras, en oro colombiano acuñado o en otra clase de monedas de oro y la obligación que se estudia proviene de una venta hecha por la Nación a la United Fruit Company.

Terminada así la actividad de las partes, y no hallándose ninguna irregularidad que vicie el procedimiento, la Sala al dictar su fallo lo hace teniendo en cuenta las razones que en seguida expone.

En primer lugar, el Departamento del Magdalena fundamenta su acción en las obligaciones creadas por los contratos de fechas 14 y 5 de septiembre y 10 de octubre del año de 1932 celebrados por la Nación con las siguientes entidades respectivamente: con The Santa Marta Railway Company, con el Departamento del Magdalena y con la United Fruit Company, como también en las disposiciones de la Ley 46 de 1932. De tal manera que el vínculo jurídico que alega tener el actor con la Magdalena Fruit Company es una consecuencia de los contratos que se acaban de mencionar. Por tanto, precisa averiguar el alcance y significado de cada uno de ellos para determinar las obligaciones que liguen a las partes en el presente juicio.

Conforme al contrato del catorce de septiembre de 1932 celebrado entre la Nación y The Santa Marta Railway Company, Limited, esta entidad traspasó y enajenó al Gobierno todos los derechos que tuviera en el Ferrocarril de Santa Marta, la Nación, por su parte, aceptó este traspaso y al mismo tiempo asumió las responsabilidades provenientes de estas operaciones en lo que respecta exclusivamente al Departamento del Magdalena, sus causantes y causahabientes. Asímismo, ambas partes declararon que renunciaban a los derechos que tuvieran entre ellas, y la Nación lo hizo en su propio nombre y en el de sus causantes y causahabientes. Además, por las mismas estipulaciones la Nación dio en arrendamiento a la Compañía el Ferrocarril de Santa Marta por el término de treinta años y en lo referente al precio se previó que éste se pagara directamente al Departamento en caso de que subrogara en sus derechos a la Nación "según contrato que está para perfeccionarse". En último lugar se advierte que en caso de prórroga no podrá hacerse ésta sin el expreso consentimiento del Departamento.

El contrato del 5 de septiembre celebrado entre la Nación y el Departamento del Magdalena dice en sus cláusulas principales:

Cláusula primera. "El Departamento restituye a la Nación el derecho que ésta cedió a aquél por medio del artículo sexto de la Ley número uno de mil novecientos veintisiete y en compensación la Nación cede al Departamento los productos del Ferrocarril de Santa Marta que se estipulen a favor de la Nación en el contrato que ha de celebrarse entre el Gobierno Nacional y The Santa Marta Railway Company, Limited".

Cláusula décima-segunda. "La Nación se compromete a conseguir de la Compañía arrendataria del Ferrocarril o de cualquiera otra entidad una suma en oro americano no menor de setecientos cincuenta mil pesos ($ 750.000.00) por concepto de anticipo del precio del arrendamiento.

"Para los efectos de esta cláusula, y no obstante cualquier estipulación en contrario contenida en este mismo contrato, el Departamento conviene en que la Nación reciba y disponga o comprometa el precio del arrendamiento hasta que tal precio alcance a producir la suma antici-

pada más los intereses que dicha suma devengue, intereses que no podrán pasar del seis por ciento (6 por 100) anual sobre saldos líquidos trimestrales. Una vez conseguido el anticipo referido la Nación lo depositará en moneda legal al tipo de cambio correspondiente a la orden del Departamento en el Banco de la República".

Las otras cláusulas se refieren a la participación que corresponde al Departamento después de la expiración del contrato de arrendamiento antes mencionado, a las condiciones para que éste pueda ser prorrogado y a la forma de pago e intervención del Departametno en la liquidación del precio del arrendamiento.

En cuanto al contrato llevado a efecto entre la Nación y la United Fruit Company se estipuló lo siguiente:

En primer lugar, se manifiesta que la Nación lo celebra para dar cumplimiento a la obligación que contrajo por medio de la cláusula décima-segunda del contrato celebrado entre ésta y el Departamento del Magdalena, cláusula que se insertó y que se acaba de transcribir. Luego, según la cláusula primera, la Nación cedió a la United Fruit Company el precio de los arrendamientos provenientes del contrato de arrendamiento del Ferrocarril de Santa Marta hasta que estos produzcan la suma de setecientos cincuenta mil pesos ($ 750.000.00) dólares, oro americano, más los intereses pactados. Al mismo tiempo la United se compromete a entregar a la Nación 750.000.00 dólares tan pronto como el contrato se perfeccione. La cláusula segunda habla de la obligación que contrae la Nación de devolver la diferencia en caso de que el contrato de arrendamiento termine por renuncia, caducidad u otra causa sin que se haya reembolsado el valor del préstamo y el compromiso de dejar a la Compañía en el goce material del Ferrocarril en el caso de que el contrato termine por caducidad. Las siguientes cláusulas se refieren a los intereses y forma de pago. Por último que para la validez del contrato se requería el perfeccionamiento de los celebrados entre la Nación y el Departamento del Magdalena, y The Santa Marta Railway, Limited.

Como se desprende del contenido de los contratos anteriores en ninguno de ellos figuran directamente como partes el Departamento del Magdalena y la United Fruit Company antecesora de la entidad demandada. De manera pues, que el posible vínculo jurídico que exista entre ésta y aquélla no puede provenir sino del hecho de que la Nación haya obrado como mandataria o representante del Departamento del Magdalena.

Esto lo niega el demandado cuando propone la excepción de carencia de acción considerando que la Nación no obró como representante del Departamento del Magdalena en el contrato que se produjo entre aquélla y la United Fruit Company, excepción que encontró probada el Tribunal Superior de Santa Marta y por lo cual dictó su fallo en sentido absolutorio. El orden lógico hace que la Corte también avoque, en primer término, el estudio de la excepción de carencia de acción propuesta oportunamente.

La Sala estima necesario considerar la fisonomía jurídica de la estipulación que sirvió de base al Departamento para ejercitar la acción contra la Compañía demandada, en orden a establecer si ese acto se halla comprendido en alguna de las figuras jurídicas de la representación o gestión por otro, a saber, la agencia oficiosa o gestión de negocios, la estipulación para otro, la delegación imperfecta y el mandato.

Agencia Oficiosa—La define el artículo 2304 del C. C. diciendo que "es, un contrato (debiera decirse cuasi-contrato, como lo declara el Código de Chile, y es exacto) por el cual el que administra sin mandato los bienes de alguna persona se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos." Como se ve, cuatro son los requisitos necesarios para la agencia oficio-

sa: administración de negocios ajenos; falta de mandato para la gestión; intención de obligarse para con el tercero a quien se le administra bienes, y una posibilidad de obligarlo en determinados casos.

Actualizando estos principios dentro de la estipulación formalizada entre la Nación y la Compañía demandada y de la que el Departamento deduce las acciones instauradas en este juicio, hay que descartar la modalidad jurídica de la agencia oficiosa, por cuanto en dicho pacto no concurre ninguna de tales condiciones; porque allí la Nación no aparece gestionando negocio alguno de Departamento, ni por consiguiente podía mediar de parte de aquélla la intención de obligarse para con éste, como tampoco existe la posibilidad de obligar al Departamento bajo ningún concepto. Y lo confirma de manera muy clara el hecho, de que en el supuesto de que la Nación dejara de reintegrar la suma a que ascendió el préstamo, la Compañía prestamista no podría ejercitar acción alguna contra el Departamento para obtener ese pago, sino únicamente contra la Nación que de acuerdo con el contrato la recibió y se obligó al pago.

La manifestación que la entidad prestataria hizo de que el dinero lo tomaba con el objeto de entregarlo al Departamento, en nada modifica esta situación, puesto que aún obligada la Nación para con éste, a obtener dicho préstamo, bien hubiera podido ella darle una destinación distinta, sin que el Departamento tuviera otro derecho que el de reclamar de la Nación los perjuicios consiguientes al cumplimiento del pacto celebrado con él; ni en el mejor de los casos podría sostenerse que por el hecho de haber obtenido la Nación ese préstamo en beneficio del Departamento, pudo darse la agencia oficiosa, pues aún así, quedaría faltando siempre el requisito de la administración del negocio ajeno, ya que para entonces el Departamento se había desprendido de todos sus derechos en el ferrocarril.

Este razonamiento lleva a concluír que no encaja dentro de las características de la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos el préstamo que la Compañía le hizo a la Nación.

Estipulación para otro—Dice el artículo 1506 del C. C.: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona puede demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él". "Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejercitarse en virtud del contrato".

Diferencia específica de la estipulación para otro, es por tanto, la de que los contratantes hayan tenido voluntad de crear un crédito en provecho exclusivo del tercero en cuyo favor se pacta y a cargo del promitente; no otra cosa quiere decir la ley cuando habla de que "sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado". El profesor Josserand al tratar de este requisito, se expresa así: "Es preciso que las partes contratantes hayan tenido voluntad de hacer nacer una acreencia en provecho del tercero y en contra del promitente". "Sucede que un contrato puede por su naturaleza aprovechar a una tercera persona, sin que sin embargo las partes hayan querido llegar a ese resultado, por el medio de una acción directa que hubieran podido otorgarle; en este caso, ese tercero interesado no llega a ser acreedor, sino en cuanto haya sido ésta su intención, y en caso de duda es el Tribunal a quien corresponde buscar esa intención". (Cours de Droit Civil, Tomo 2º número 281).

En la estipulación que es objeto de este estudio la intención contractual creadora del vínculo jurídico, no solamente falta, pero que ni siquiera es posible deducirla, porque el destino a que la Nación declara aplicar el préstamo, apenas sí tiene el significado de una simple referencia de

que bien hubiera podido prescindirse, sin que hubiera ánimo o intención entre las partes de crear para el Departamento un derecho que sólo éste pudiera hacer efectivo.

En consecuencia, no puede aceptarse que en el pacto que se analiza haya podido darse una estipulación para otro.

Delegación imperfecta—El mismo Josserand la define así: "Es un acto por el cual una persona prescribe a otra obligarse hacia un tercero (Tomo citado, número 918). Es ésta una definición de carácter genérico aplicable tanto a la delegación perfecta como a la imperfecta; la diferencia entre los dos, radica en el resultado a que conduzca la orden: Si ella tiene virtud suficiente para liberar el delegatario al delegante de una obligación preexistente, se tiene la delegación perfecta, acto preparatorio anterior al de la novación, la cual se produce al aceptar el delegatario el cambio de deudor; si por el contrario, la promesa sólo tiende a agregar una nueva seguridad o garantía a la obligación debida por el delegante, se tiene entonces la delegación imperfecta.

Pero como en el caso de que se trata la Nación no prescribió u ordenó a la Compañía demandada obligarse para con el Departamento, huelga concluír la absoluta improcedencia de una delegación con la cual pudiera éste justificar el derecho para demandar de aquéllas las prestaciones nacidas directa o indirectamente de dicho pacto.

Mandato—Como se infiere de las disposiciones civiles que reglamentan el contrato de mandato, el objeto de éste lo constituye la prestación del consentimiento del mandante a través del mandatario, como así lo ha entendido la Corte, entre otras, en su sentencia de fecha 24 de agosto de 1938 ("Gaceta Judicial", número 1.940), donde se estudió ampliamente el problema. Allí se dijo:

"Este principio aún de simple razón natural, es apenas una de las primeras aplicaciones lógicas de aquel otro consagrado por el artículo 1502, ibídem, básico de toda la teoría de las obligaciones, según la cual uno de los cuatro elementos esenciales para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, consiste en el consentimiento del obligado.

El consentimiento es, pues, condición indispensable, la primera y la principal de todas, para que un acto o contrato tenga existencia jurídica.

En el mandato, el consentimiento del mandante se presta a través del mandatario, de suerte que en esta forma los derechos y las obligaciones que nacen de las convenciones celebradas por éste los adquiere directamente aquél y lo ligan personalmente con los terceros con quienes ha contratado; el mandatario obra para tales efectos reemplazado y sirviéndole de instrumento al mandante... Dado el sentimiento expreso o presente del mandante a los actos llevados a cabo en nombre de éste por el mandatario, es lo que crea el vínculo jurídico del primero ante terceros y lo que en esencia singulariza la noción del mandato".

Conforme al tenor literal de los contratos no aparece de éstos que la Nación hubiera obrado como mandataria del Departamento del Magdalena. Es necesario, pues, interpretarlos de acuerdo con las normas que para este efecto se encuentran establecidas en nuestro Código Civil. Según éstas las cláusulas de un contrato deben entenderse unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga a su totalidad.

Resulta del contrato celebrado entre la Nación y The Santa Marta Railway Company, Limited que el objeto de éste no fue otro sino el de la enajenación del Ferrocarril a la Nación y el arrendamiento que ésta, a su vez, le hace del mismo a la citada Compañía. Por tanto, la Nación obró en nombre propio y la referencia que se hace al pago del precio del arrendamiento, es para el caso de subrogación del Departamento en los derechos de la

Nación y no en virtud de que ésta obrara como arrendataria.

Del contrato de fecha 5 de septiembre de 1932 tampoco se deduce que por medio de él la Nación hubiera obrado como mandataria para los efectos de la consecución de la suma de setecientos cincuenta mil dólares ($ 750.000.00).

Evidentemente, según este contrato la Nación cedió al Departamento los productos del Ferrocarril de Santa Marta que se estipularon en el contrato que había de celebrarse entre el gobierno nacional y The Santa Marta Railway Company, Limited, cesión que quedó condicionada al préstamo de los $ 750.000.00 que se comprometió a conseguir la Nación.

De tal manera que la Nación contrajo una obligación de hacer, de conseguir $ 750.000.00, y para lo cual se le reservó el derecho de comprometer el precio de los citados arrendamientos. Esta obligación de hacer no es la de servir de instrumento al Departamento en la manifestación de su consentimiento. No es el mandato la relación jurídica que se vino a crear entre la Nación y el Departamento.

Así, pues, no son conducentes los contratos celebrados por la Nación con The Santa Marta Railway Company, Limited y con el Departamento del Magdalena para demostrar el carácter de mandante del Departamento en el contrato que se efectuó entre la Nación y la United Fruit Company.

Según este último, que encaja dentro de las disposiciones que regulan el contrato nominado de mutuo o préstamo, la Nación obró por su propia cuenta, se comprometió por sí misma en todas las obligaciones que contrajo. La referencia a la cláusula décima-segunda, varias veces citada, no puede tomarse en otro sentido sino como el motivo que se tuvo para celebrar este contrato, tanto más claro cuanto que su validez se sometió al perfeccionamiento del contrato por el cual la Nación contrajo esa obligación. Por tanto, no se creó vínculo jurídico alguno entre la United Fruit Company y el Departamento del Magdalena.

En oposición a las anteriores conclusiones, se leen en el alegato del apoderado de la parte actora, doctor Federico A. Daza, varios argumentos de aparente fuerza, pero que en realidad nada demuestran en contra de la apreciación a que ha llegado la Sala en este estudio. Dichos argumentos son los que a continuación se transcriben:

"¿Qué habría ocurrido si no se celebra el contrato de préstamo con la United Fruit Company? Sencillamente que la Compañía arrendataria del ferrocarril habría tenido que pagar directamente al Departamento del Magdalena el precio del arrendamiento del ferrocarril, tanto porque así quedó estipulado en los contratos del cinco y del catorce de septiembre, como porque era el Departamento como dueño del precio del arrendamiento quien tenía capacidad jurídica para exigirlo al deudor.

¿Cambian las cosas porque se recibiera anticipado por el Departamento el precio del arrendamiento? Por esta sola razón el Departamento se despojó de su condición de acreedor a la renta respectiva? Porque la Nación y no el Departamento consiguió el préstamo, dejó de ser el Departamento acreedor del precio del arrendamiento durante el término de duración del mismo, para ocupar ese lugar la Nación, y por la misma causa, la Nación, que no recibió para sí el valor del préstamo, sino que lo entregó al Departamento, se constituyó en deudora del mismo?

. . . . . .

No tuvo en cuenta el Tribunal que el dinero que debía conseguir la Nación era para el Departamento, como tampoco tuvo en cuenta que el préstamo tenía que ser reembolsado con bienes del Departamento, no de la Nación. Ahí está justamente la esencia del contrato: si se atiende a los hechos, resultantes de todos los contratos, no se puede negar que la Nación, aun cuando no lo dijera expresamen-

te en la convención del 10 de octubre, actuó en ella como representante del Departamento. Habría habido contrato de préstamo entre la Nación y la United Fruit Company sin que ésta se hiciera el reembolso del mismo con el precio del arrendamiento del ferrocarril? Habría otorgado el préstamo la United Fruit Company si la Nación le ofrece una forma de amortización distinta?

Si los interrogantes que he formulado no permiten otra respuesta que la negativa, es porque no puede verse obrando a la Nación en el contrato de préstamo en su propio nombre, sino a nombre y representación del Departamento del Magdalena".

A todo esto se observa, como antes ya se dijo, que en el contrato respectivo la cesión que la Nación hizo al Departamento del precio de los arrendamientos del Ferrocarril de Santa Marta era condicionada, estaba sujeta al cumplimiento de la obligación contraída por la Nación, y ésta podía comprometer dichos precios para garantizar la suma de dinero que obtuviera. Luego por el hecho que la Nación comprometiera los arrendamientos en cumplimiento de su obligación no se deduce que por este acto se hubiera despojado el Departamento de su condición de acreedor de los mismos, ni que en el caso de que el contrato de préstamo no se hubiese celebrado y por tanto, el Departamento pudiera percibir directamente el precio de tales arrendamientos, tal posibilidad demuestre que la Nación obró como mandataria del Departamento, lo que es más claro si se considera que el hecho de comprometerse el bién de un tercero en el cumplimiento de una obligación no es razón suficiente en la clasificación del contrato principal.

Tampoco se puede sostener que el Departamento recibiera por anticipado el precio de los arrendamientos. Es evidente que la Nación obtuvo los setecientos cincuenta mil pesos en virtud de un contrato de préstamo en el cual se garantizó la devolución principalmente con el precio de los arrendamientos del Ferrocarril de Santa Marta, pero esta suma la recibió el Departamento no como un anticipo de los arrendamientos sino como consecuencia de un contrato de préstamo, lo cual se desprende no sólo del contrato celebrado entre la United Fruit Company y la Nación, sino también de lo convenido en la cláusula décimasegunda del contrato de cinco de septiembre de 1932, ya que allí se dijo que la Nación podía obtener la suma de dinero no solamente con la entidad arrendataria sino con otra cualquiera, es decir, con una tercera que no sería la obligada a pagar dichos arrendamientos.

En cuanto a que el destino de la suma de dinero obtenido por la Nación haya sido para el Departamento, debe observarse que ello no hace que la entidad prestamista se haya obligado con éste, y no con la Nación, como tampoco es cierto que el préstamo hubiera de ser reembolsado con bienes del Departamento. El precio de los arrendamientos no fue el único bién comprometido, sino también el patrimonio de la Nación. Así lo expresa claramente la cláusula segunda del contrato cuando dice que si él termina sin que se haya reembolsado a la Compañía la totalidad del valor del préstamo, "la Nación se obliga a devolver a la compañía inmediatamente la diferencia". El texto completo de la cláusula reza: "Si por renuncia, por caducidad o por cualquiera otra circunstancia termina el contrato citado en la cláusula anterior antes de los treinta años fijados en él y sin que se haya reembolsado a la Compañía la totalidad del valor del préstamo de setecientos cincuenta mil dólares, oro americano del peso y ley actuales, que la Nación va a recibir, más los intereses calculados de acuerdo con la cláusula tercera de este contrato, la Nación se obliga a devolver a la Compañía inmediatamente la diferencia, y en el caso de terminarse el citado contrato de arrendamiento por ca-

ducidad, la Nación se compromete a dejar a la Compañía arrendataria en el goce material del ferrocarril hasta que haya pagado la Nación dicha diferencia". Finalmente, hasta donde haya podido influír en el ánimo de los contratantes la garantía basada en el precio de los arrendamientos, es cuestión que no se puede averiguar ni que interesa al fondo del problema.

Pero aún suponiendo que la Nación hubiera obrado como mandataria en virtud de lo establecido en el artículo 2.146 del C. C., se estaría en el caso del mandato no representativo y por consiguiente no obligaría a la parte demandada, o sea al Departamento. A este respecto la Corte comparte el estudio que hace el Tribunal de primera instancia al citar la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de julio de 1936. Gaceta, 1914 y 1915.

De lo anteriormente expuesto se infiere la falta de personería sustantiva del Departamento, y, por tanto, debe absolverse al demandado.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de julio 22 de 1939 proferida por el Tribunal de Santa Marta en este juicio.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Isaías Chaves.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

PERJUICIOS— CONTRATOS

En el terreno de lo que las partes deben contemplar al concertar un pacto, el contrato es precisamente el resumen de todas sus previsiones; por eso está elevado a la categoría de ley entre las partes, porque traduce su voluntad, y en virtud de ello los contratos deben ejecutarse de buena fe, según el conocido principio legal. De ahí que cuando en una obligación se estipula un plazo, ninguna de las partes puede ampliarlo o restringirlo unilateralmente, sino que deben ambas atenerse a él, desde que representa un mutuo ofrecimiento serio, de que las correlativas prestaciones serán cumplidas dentro del término estipulado. Cuando el término de la obligación es claro y expreso, el juez carece de poder para interpretarlo, según lo que terminantemente prescribe la segunda parte del artículo 1551 del C. C. 2.—Infringido un contrato se supone que se causan perjuicios al acreedor. Como el objeto de una obligación consiste siempre en una prestación útil para el acreedor, el incumplimiento y aun el mero retardo, que es la privación de esta utilidad, no puede menos de ser dañoso al acreedor. De ahí que de la violación de un contrato nace siempre en favor del acreedor una presunción de daño.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Civil de Unica Instancia .— Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Rómulo Peñuela, mayor de edad y vecino de Sogamoso, por medio de apoderado especial, presentó demanda en juicio ordinario contra la nación, representada por el señor Procurador General de la República, ante esta sala civil de única instancia de la Corte Suprema de Justicia, para que se declare que aquélla entidad está obligada a pagarle la cantidad de ochocientos trece pesos con noventa y dos centavos ($ 813.92) valor de los perjuicios que se le causaron, a virtud del incumplimiento por parte de la nación del contrato de arrendamiento celebrado entre el gobierno nacional y el demandante Peñuela, el 31 de diciembre de 1937, por conducto del ministerio de guerra y debidamente aprobado posteriormente por el presidente de la república.

De esta demanda se corrió traslado por el ponente al señor procurador delegado en lo civil. Contestóla aceptando unos hechos y negando otros. Y en cuanto a la acción misma negó el derecho ejercitado por el actor.

Corrió el término de prueba sin que ninguna de las partes lo aprovechase. En seguida cada una de ellas presentó sus respectivas alegaciones escritas, en el respectivo término de traslado, vencido el cual se citó para sentencia. Por consiguiente ha llegado la oportunidad de resolver la controversia; y a ello procede la sala civil de única instancia, en fuerza de la atribución privativa que le concede el artículo 40 del C. Judicial, de resolver los litigios provenientes de contratos celebrados por particulares con la nación.

En la fecha indicada arriba el comandante del grupo de caballería "Carvajal", acantonado en Sogamoso, debidamente autorizado por el ministerio de guerra, cele-

bró con el señor Peñuela demandante, un contrato de arrendamiento, a nombre del gobierno nacional, por medio del cual el primero tomó al segundo una casa ubicada en la mencionada población, por los linderos detallados en el contrato y con destino al servicio de alojamiento del personal integrante de aquel grupo del ejército; el término del arrendamiento estipulóse por un año, a razón de ciento diez pesos mensuales ($ 110.00), a contar del primero de enero de 1938; el inmueble debía ser devuelto en el mismo estado en que fue recibido "y de acuerdo con el acta número 26 de fecha 29 de julio de 1936, salvo el deterioro natural ocasionado por el uso a que se destina"; y el contratista se obligó a permitirle al gobierno hacer las adaptaciones y reformas del local que fueran necesarias para el mismo uso, quedando autorizado el gobierno para retirar las mejoras que hiciera durante el contrato, en cuanto su naturaleza lo permitiera, pero el contratista podía conservarlas para sí, reconociendo el valor correspondiente.

Estas son en síntesis las estipulaciones principales del contrato, el cual contó con las aprobaciones de rigor, primero del ministro de guerra y luégo del señor presidente de la república.

Con la copia del anterior contrato, se trajo copia de las actas números 54 y 26, de fechas 3 de junio y 29 de julio de 1939, respectivamente, que tratan de la entrega que el gobierno hizo al señor Peñuela de la casa arrendada y del estado detallado en que éste la recibió; allí se anotaron todos los tabiques, puertas, etc, de la casa que hacían falta.

E igualmente se trajo también copia de la resolución número 2, de fecha 15 de enero de 1940, dictada por el ministerio de guerra, en cuyos considerandos se dice que "el acta número 54 fechada en Sogamoso el día 3 de junio de 1939 que trata sobre la entrega que hizo el Grupo de Caballería número 4 "Carvajal" al señor Rómulo Peñuela se hicieron constar las reformas e innovaciones introducidas a la casa con motivo de su adaptación para el servicio del cuartel, así como también los desperfectos ocasionados durante el tiempo del arrendamiento, todo lo cual apareció de la confrontación con el acta de entrega al gobierno, de fecha 21 de julio de 1936"; que el ministerio con el ánimo de efectuar las reparaciones en la finca del arrendador, designó a uno de sus ingenieros para que se trasladara a Sogamoso y en asocio del propietario de la casa, levantara el inventario valorizado de todas las reformas que el gobierno debía llevar a cabo en cumplimiento del contrato de arrendamiento; que según aparece del informe del ingeniero comisionado, aceptado por el señor Peñuela, las reparaciones del inmueble valen $ 531.95, suma que el ministerio está dispuesto a reconocer al interesado; que en cuanto al reconocimiento de los perjuicios por lucro cesante y daño emergente, el gobierno no puede tener en cuenta estos factores, porque la nación sí dio cumplimiento a las obligaciones contraídas en el convenio; quedando únicamente pendiente las reparaciones de la finca, "las que no se ejecutaron debido a que el arrendador sin dar previo aviso, las inició por su cuenta, pues necesitaba adaptar dicha casa para los servicios de un hotel"; y que el arrendador recibió la finca desde el 3 de junio de 1939, quedando desde ese momento bajo su cuidado. En consecuencia, en la parte dispositiva de la resolución le reconoció al señor Peñuela, como única indemnización y por concepto de reparaciones, la cantidad arriba expresada; y negó el reconocimiento de cualquiera otra cantidad en concepto de perjuicios.

Con estos antecedentes el actor promovió la demanda inicial de este pleito, encaminada a cobrar por perjuicios que no se le han reconocido la suma de $ 813.92, a que asciende el valor de siete meses doce días de arrendamiento —a razón de $ 10 cada mes, cánon estipulado— o sea,

del 3 de junio de 1939, día en que le fue devuelta la casa al arrendador, según el acta respectiva, hasta el 15 de enero de 1940, fecha en que se dictó la resolución reconociéndole el valor de los desperfectos causados en el inmueble.

Se funda el demandante en que el gobierno tan solo vino a cumplir en parte lo pactado en el contrato de arrendamiento el día 15 de enero de 1940 fecha de la resolución en que se le reconoció el valor de las reparaciones, cuyo retardo ocasionó que el propietario dejara de obtener ganancias del inmueble materia del arrendamiento, porque no habiéndole restituído el gobierno la casa en las condiciones estipuladas se halló en estado de no poderla usar ni disfrutar.

Para la Corte la acción es viable en principio.

Están comprobados los hechos fundamentales de la demanda, y por lo tanto el estado en que quedó la casa a la terminación del contrato de arrendamiento, que exigía su inmediato acondicionamiento a su estado ordinario, hecho que reconoció el gobierno al dictar la resolución mediante la cual ordenó pagarle al arrendador el valor de las mejoras necesarias, por cuyo motivo este valor no es materia de cobro.

Pero se cobran en cambio los perjuicios provenientes del retardo con que el gobierno ordenó pagar el valor de las reparaciones, durante el cual el propietario vióse imposibilitado para gozar y disfrutar de la casa.

Indudablemente el gobierno, de acuerdo con el contrato, que es una ley para las partes, estaba obligado a devolver la casa en el mismo estado en que fue recibida. La casa se arrendó por un año: el de 1938. Pero a juzgar por el contenido del acta número 26 de fecha 29 de julio de 1936, a que alude el contrato, en relación con el contenido del acta levantada para dejar constancia del estado en que la casa fue devuelta al arrendador Peñuela, el día 3 de junio de 1939, el gobierno la ocupaba desde la primera fecha citada.

El señor procurador delegado en lo civil, defendiendo a la nación de la condenación impetrada contra ella por el actor, alega que si por la cláusula **cuarta** del contrato el gobierno se comprometió a "entregar el inmueble materia de este contrato en el mismo estado en que lo recibe y de acuerdo con el acta número 26 de fecha 29 de julio de 1936", natural es que el arrendador debió prever que para el cumplimiento de esta obligación por parte del arrendatario, y dada la naturaleza de ella, se haría imprescindible el transcurso de un plazo más o menos prudencial, a partir de la fecha en que cesó la utilidad del inmueble para el objeto que se propuso el arrendatario. "En otros términos, dice el señor procurador, la readaptación del edificio y sus accesorios no es cosa que se pudiera ejecutar, por arte de magia, en el instante mismo de su entrega".

Esta alegación no es atendible. Porque en el terreno de lo que las partes deben contemplar al concertar un pacto, el contrato es precisamente el resumen de todas sus previsiones; por eso está elevado a la categoría de ley entre las partes, porque traduce su voluntad, y en virtud de ello los contratos deben ejecutarse de buena fe, según el conocido principio legal. De ahí que cuando en una obligación se estipula un plazo, ninguna de las partes puede ampliarlo o restringirlo unilateralmente, sino que deben ambas atenerse a él, desde que representa un mutuo ofrecimiento serio, de que las correlativas prestaciones serán cumplidas dentro del término estipulado.

Cuando el término de la obligación es claro y expreso, como en el caso de autos, el juez carece de poder para interpretarlo, según lo que terminantemente prescribe la segunda parte del artículo 1.551 del C. Civil. Y la alegación del señor procurador lleva precisamente a que se desatienda lo estipulado y se busque otro pla-

zo caprichoso, como que dependería de la voluntad de una sola de las partes.

Por lo demás, el gobierno, cumplido el año de arrendamiento de la casa del señor Peñuela, tuvo después tiempo suficiente para hacer las reparaciones. El inmueble vino a ser devuelto en julio de 1939, o sea seis meses después del año estipulado en el contrato escrito. Mientras tanto el gobierno siguió ocupándolo, indudablemente con el asentimiento del arrendador, desde que éste no deduce cargo ninguno por ese concepto, lo que acredita que el contrato se prorrogó hasta el día de la entrega del inmueble.

Desvanecida la observación del señor procurador, sigue ahora lo siguiente: Está visto que el gobierno estaba obligado a reparar el inmueble para entregarlo, o a pagar el valor de las reparaciones. Optó por lo segundo, pero demorado el pago varios meses después de la entrega. Ello envuelve la infracción del contrato en una de sus cláusulas, pues aquel pago representaba la prestación de entregar el inmueble oportunamente conforme se había convenido. De suerte que la tardanza en reconocer y mandar pagar las readaptaciones del inmueble, es tardanza en hacer éstas.

Ahora, infringida la prestación de un contrato se supone el causamiento de perjuicios al acreedor. Como el objeto de una obligación consiste siempre en una prestación útil para el acreedor, el incumplimiento y aun el mero retardo, que es la privación de esta utilidad, no puede menos de ser dañoso al acreedor. De ahí que de la violación de un contrato nace siempre en favor del acreedor una presunción de daño.

Esta idea ya había sido sustentada por la Corte en sentencia de casación del 25 de julio de 1924, publicada en la "Gaceta Judicial". tomo XXXI, página 62, así:

"Pero si esto es así, preciso es también tener en cuenta que la ley presume que toda infracción de contrato origina perjuicios al acreedor, en razón de que debiendo tener por objeto toda convención una prestación útil al acreedor, la violación de ella va en detrimento del provecho que éste se propuso realizar al celebrarla. Se hace ostensible dicha presunción en varias disposiciones legales y especialmente en los artículos 1615 del Código Civil y 1018 del Código Judicial, el primero de los cuales establece que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se constituye en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención; y el segundo confiere derecho al acreedor, tratándose de la ejecución de obligaciones de hacer para ocurrir al juramento estimatorio de perjuicios y pedir que se libre mandamiento de pago por el valor de la estimación jurada, sin necesidad de que esté acreditada la existencia de los perjuicios.

"Esta presunción es suficiente prueba en favor del acreedor para hacer la condena al resarcimiento de perjuicios in genere, quedando a cargo de dicho acreedor la obligación de suministrar en el subsiguiente juicio de liquidación la prueba de la cuantía del daño específico sufrido".

De consiguiente, aplicando la anterior doctrina al caso de autos, se concluye que el simple retardo en el pago de las reparaciones de la casa, después de su entrega, acredita que el arrendador recibió perjuicios en abstracto o in genere. Pero es claro que la cuantía de ellos no es equivalente al valor del precio estipulado en el contrato de arrendamiento por cada mensualidad, conforme lo demanda el actor, pues de una parte los perjuicios nacieron después del contrato, por lo cual dichos cánones no pueden servir de norma invariable del daño, cual si se tratase de cobrar cánones atrasados, porque este no es el fundamento de la acción; y de otra parte, el perjuicio reparable es el que ya concretamente se pruebe por el actor en el subsiguiente incidente de liquidación, según lo ordenado en el artículo 480, segunda parte, que autoriza para formular la condena de perjuicios

en abstracto, cuando en el juicio no hay elementos con los cuales se pueda fijar el importe de los daños, o fijar bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación.

El perjuicio concreto consistirá de consiguiente en que por consecuencia del retardo en el pago de las **readaptaciones** de la casa, ésta hubiera permanecido efectivamente inproductiva por todo o parte del tiempo en que el arrendador cobra los perjuicios. En la resolución del 2 de enero de 1940, el señor ministro de guerra afirma que las reparaciones no se ejecutaron directamente por el gobierno, debido a que el arrendador sin dar aviso previo, las inició por su cuenta, "pues necesitaba adaptar dicha casa para los servicios de un hotel". Esta alegación no se acreditó en el proceso por el demandado. Empero, siendo un factor que, establecido, podría disminuír el monto de los perjuicios, como quiera que representaría la utilización de la casa en determinado negocio a partir de cierta época, más o menos próxima al día de la entrega, no es inoportuna su prueba en el incidente de liquidación, en el caso de que el actor deduzca perjuicios en un tiempo en que le diera empleo útil al inmueble.

En suma, las indemnizaciones a que es acreedor en principio el demandante, no están representadas por el precio de mensualidades de arrendamiento de un contrato terminado entre las partes. Son el daño positivo consistente en que el señor Peñuela no hubiera podido darle ningún empleo en todo o en parte a su casa, por haber estado sin reparar durante todo o parte del tiempo a que la demanda se contrae.

Para terminar conviene transcribir aquí lo pertinente de la doctrina sentada por la Corte en fallo de la sala de negocios generales de fecha 5 de noviembre de 1940, publicado en la "Gaceta Judicial", tomo L, págs. 602, números 1964 y 1965, tocante a la administración de la carga probatoria en el incidente de liquidación, cita necesaria para orientar en el presente juicio dicho incidente:

"Pero a qué parte corresponde, en el incidente de ejecución del fallo, suministrar la prueba de los factores que la sentencia no contenga y que sean necesarios y conducentes a obtener una liquidación equitativa?

"En principio, indudablemente a la parte a cuyo favor se haya hecho la condena, es decir, la demandante. En el juicio ordinario sobre ella pesaba tal carga probatoria. En ese juicio ella estaba obligada a demostrar no sólo que se le habían causado perjuicios, si de éstos se trataba, sino también a poner al juez en capacidad de tasarlos. Puen bien, la circunstancia de que sobrevenga una condenación en abstracto, o más o menos indeterminada en cuanto a las bases de liquidación, no desplaza la carga de la prueba del demandante al demandado, en lo concerniente a probar lo que se dejó de probar en el juicio ordinario, por cuya falta no se hizo posible formular una condena más concreta. El principio de que **onus probandi incumbit actori** permanece inalterable. La condena no hace surgir sino las presunciones que se derivan de la propia condenación. Así, hecha la condena a pagar en abstracto perjuicios, deberá partirse de la base de que ellos se causaron. Mas la cuantía, eso sí ya no es materia de presunción favorable al actor. Si éste se limita a esperar que los elementos sobre que debe descansar su liquidación, que debe ser motivada, los allegue la parte vencida, pensando en el solo efecto probatorio de sus afirmaciones desprovistas de respaldo, puede suceder que imposibilitado el juzgador para hallar elementos suficientes destinados a comprobar numéricamente los perjuicios, éstos no puedan justipreciarse y en tal caso el camino indicado sería, no podría ser otro, que la total liberación del demandado. Y es claro. Aunque la sentencia acredite que se causaron perjuicios, sólo el que los recibió está en capacidad de decir cuáles fueron ellos y en

qué los funda. Dos hechos fundamentales sin los cuales hácese imposible precisar numéricamente el daño: su enumeración y el respaldo probatorio de ella".

Sentencia

Por lo relacionado, la sala civil de única instancia, de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Condenar a la nación a pagar al señor Rómulo Peñuela los perjuicios provenientes de haber retardado el pago de las reparaciones que necesitó la casa arrendada al ministerio de guerra para el servicio del grupo de caballería "Carvajal" acantonado en Sogamoso, de acuerdo con el contrato de fecha 31 de diciembre de 1937, de que se hizo mérito en la parte motiva del presente fallo, retardo que corrió del 3 de junio de 1939 al 15 de enero de 1940.

Estos perjuicios serán liquidados conforme al procedimiento señalado en el artículo 553 del código judicial, y en la liquidación se tendrá en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Isaías Chaves. Ricardo Hinestrosa Daza, Liborio Escallón.—Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Srio. en pdad.

EXCEPCION DILATORIA DE INEPTA DEMANDA

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, octubre primero de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Chaves)

Admitida la demanda ordinaria promovida por el señor Santiago Carrasquilla López tendiente a obtener la nulidad de una resolución del Ministerio de Correos y Telégrafos, el señor Procurador Delegado en lo Civil propuso oportunamente la excepción dilatoria de inepta demanda, prevista en el ordinal 1º del artículo 333 del Código Judicial

Advierte el citado funcionario que el demandante se limitó a pedir la declaración de nulidad de las resoluciones materia de la demanda, sin expresar de manera clara quién la dirige, faltando por tanto uno de los requisitos exigidos para toda demando por el artículo 205 del código mencionado.

Tramitado el incidente respectivo en la forma de rigor se procede a su decisión mediante estas consideraciones:

La irregularidad anotada por el señor Agente del Ministerio Público hace efectivamente inepta la demanda, puesto que la acción de que se trata es una acción de condena, dirigida contra el Estado.

Se desprende del contexto de la demanda que la parte a quien puede perjudicar la declaración de nulidad solicitada, es la Nación, mas ciertamente el demandante no ha señalado expresamente a ésta como la parte demandada. Como el demandante no se limita a obtener la declaración de nulidad de una resolución administrativa, ya que la demanda instaurada persigue también la devolución de ciertas sumas de dinero, y está íntimamente vinculada a términos contractuales, la acción a que da lugar semejante pretensión jurídica, es una acción privada, y por tanto, sujeta a las reglas procesales de derecho civil, según las cuales, es un requisito esencial de la demanda el señalamiento expreso de la parte demandada.

Por lo expuesto, es el caso de declarar, como en efecto se declara, probada la excepción de inepta demanda promovida por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Notifíquese, cópiese y archívese.

Isaías Chaves—Manuel Pineda Garrido, Secretario

ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UN FALLO SOBRE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia. — Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

Se refiere el presente negocio al juicio ordinario seguido por Hernando Martelo contra la Nación, por perjuicios causados con motivo de la destrucción o deterioro de la motonave "Libertad".

Ese juicio concluyó por sentencia de esta Sala de fecha doce de diciembre de mil novecientos cuarenta, sentencia en la cual se declaró a la Nación responsable del deterioro o destrucción de la motonave mencionada, y en consecuencia, se la condenó en abstracto, a pagar perjuicios, la cuantía de los cuales se fijaría o determinaría conforme al procedimiento señalado en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora se trata aquí, pues, únicamente de la decisión de este último punto, y ya que está agotada la tramitación legal señalada en el referido artículo 553 del C. J. según resulta de autos, a ello se procede mediante las consideraciones de que a continuación se hace mérito:

a) Por auto de dos de septiembre del presente año se ordenó poner en conocimiento de las partes, para los fines del artículo 719 del Código de Procedimiento Civil, el dictamen de los peritos Antonio Lequerica y Camilo Díaz Granados, quienes de común acuerdo estimaron en la suma de treinta y cuatro mil setecientos setenta y siete pesos ($ 34.777.00) moneda colombiana "el valor de la indemnización —así dicen— que la Nación debe pagar al señor Hernando Martelo, según la sentencia de la H. Corte Suprema..."

b) Ninguna de las partes hizo objeciones a la diligencia o dictamen de que se trata, dentro del término que señalan los artículos 719 y 720 del Código de Procedimiento Civil, pero en escrito presentado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, en once de septiembre último, manifestó que no aceptaba como "debidamente fundamentado" tal dictamen, y que se reservaba "el derecho de demostrar oportunamente que el avalúo de que se trata, carece de las calidades que según el artículo 711 del citado Código debe reunir todo avalúo para que forme **plena prueba**".

c) Aunque esa manifestación no la hubiera hecho el representante de la Nación, es un deber de la Sala examinar si el dictamen de los peritos está o nó debidamente fundamentado, pues si no lo está, tal dictamen no obligará al juzgador, como ya lo ha decidido en anteriores casos esta Corte, en vista de lo dispuesto en el artículo 721 del Código Judicial. Esto, sin considerar, sobre el particular, que a tenor de la demanda y de la parte resolutiva de la sentencia de doce de diciembre de mil novecientos cuarenta, en sus relaciones con la parte expositiva de la suma a cargo de la Nación como indemnización por la destrucción de la motonave "Libertad" no podrá exceder de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) moneda colombiana.

La sentencia de doce de diciembre de 1940

Para mayor claridad en esta exposición, se insertan a continuación, las partes pertinentes de esa sentencia, que, por estar ejecutoriada, ha pasado ya a la categoría de cosa juzgada. Dice así su parte resolutiva:

"Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala Civil de Unica Instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, falla:

"1º Condénase a la Nación a pagar al señor Hernando Martelo el valor de la motonave 'Libertad' a que se refiere la parte expositiva de este fallo. Para determinar el precio de dicha motonave, que se hará de acuerdo con el artículo 553 del C. Judicial, los nuevos peritos que hayan de intervenir en el avalúo se ajustarán a las bases establecidas en la parte expositiva de esta providencia.

"2º Condénase a la misma Nación a pagar al señor Hernando Martelo los intereses (sic) legales de la suma en que se fije, de acuerdo con el punto anterior, el precio de la motonave 'Libertad'. Dichos intereses se deberán desde el 11 de febrero de 1936, fecha del hundimiento de la nave hasta que se verifique el pago, y a ellos se imputarán las sumas que el demandante Martelo haya recibido posteriormente a esta fecha por concepto de arrendamiento".

La parte expositiva a que hace referencia la que acaba de transcribirse, es del tenor siguiente:

"El dictamen de éstos (se refiere a los peritos) sobre el valor de la nave, es uniforme, pero no está debidamente fundamentado, ya que las bases que tuvieron en cuenta los peritos, no son suficientes en avalúos de la naturaleza del presente, por lo cual la Sala no lo tendrá en cuenta para la determinación del monto de la indemnización. Mas conviene advertir que aun siendo fundamentado el dictamen, no habría lugar a fijar ese monto en la suma que dicen los peritos, por exceder de la que señaló el libelo como precio de la nave, $ 25.000.00. Será, pues, el caso de reconocer en la parte resolutiva de este fallo el derecho del demandante a que se le pague el valor de la nave, el cual se determinará en la oportunidad legal, por medio de peritos que habrán de hacer el avalúo sobre las bases principales que se le dan a continuación, y sobre las demás que los peritos juzguen convenientes para fundar mejor su dictamen.

"No se sabe qué tiempo llevaba de servicio la motonave 'Libertad' cuando fue tomada por el Gobierno en arrendamiento. Se carece, pues, de base segura para los correspondientes cálculos de desgaste. Pero como entre las pruebas presentadas por el actor figura un contrato sobre la misma motonave celebrado entre Eligio Fuentes R. y Rodrigo Uribe L., por una parte y Enrique Wate y Miguel Hernández F., por otra, con fecha de 5 de octubre de 1933, hay que aceptar que ya desde entonces prestaba servicio la embarcación de que se trata. En el nuevo peritazgo deberá expresarse: a) Cuál es el valor de un motor nuevo Fairbanks Morce Co. de 100 h. p., cuatro cilindros, y cuál el de un motor de esa misma clase con el desgaste consiguiente a un servicio desde octubre de 1933 hasta febrero de 1936. b) Cuál es el valor de una planta eléctrica nueva de 750 wts marca Delco Light, y cuál el de una que ha tenido el desgaste consiguiente al servicio por el lapso indicado en el punto anterior. c) El valor del mobiliario de la nave, con la debida especificación, es decir, cuánto valen las camas, cuánto las mesas, etc., teniendo en cuenta el uso por el lapso de que ya se ha hablado. ch) Valor de la obra de mano de la nave 'Libertad' tal como se describe en la patente que figura en autos. d) Valor, con la debida especificación, de los materiales empleados en la construcción de una nave como la de que se trata, y el valor de esos mismos materiales teniendo en cuenta el desgaste a que se ha hecho referencia".

La sentencia de que se trata limitó a veinticinco mil pesos ($ 25.000.00), como lo pidió el actor en la demanda, la suma a cobrar como precio de la nave "Libertad", por manera que, tanto por ser esa una ordenación ejecutoriada del fallador, como porque la sentencia tiene que estar de acuerdo con los pedimentos del libelo, la

Sala no puede ahora variar esa ordenación, que es ley del proceso.

Y no valga decir que si esto no se hace así, sería inútil que se hubiese solicitado en el fallo del 12 de diciembre de 1490 la intervención de nuevos peritos, y que se hubieran dado en tal fallo a esos peritos las bases con sujeción a las cuales debían ellos formular su dictamen, pues señalado por ese fallo, como límite máximo de la indemnización, el de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00), ha de entenderse que, dada la ordenación de tal proveído, que es intocable por ser ley del proceso, sólo podría aceptarse ahora un avalúo pericial menor, pero en ningún caso mayor que los veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) pedidos por el mismo demandante en el libelo, y mencionados en la parte expositiva de tal providencia, según acaba de verse.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, según ya se dijo arriba, anunció en once de septiembre último, que oportunamente expondría que el nuevo dictamen pericial de que se trata no está debidamente fundamentado, y así lo ha expuesto en escrito fechado el catorce del presente mes; pero a pesar de lo expuesto por el señor Procurador, y por lo que ya queda examinado en el cuerpo de este auto, la Sala estima que carece de base para aceptar que tal dictamen se encuentra en esas condiciones. Mas por cuanto excede de los veinticinco mil pesos ($ 25,000,00) señalados como máximo en el fallo de doce de diciembre de mil novecientos cuarenta, es esta suma, y no otra mayor, la que la Corte debe aceptar como monto de la indemnización a cargo de la Nación, por tratarse de la sentencia ejecutoriada que ya le puso fin a la controversia, y en la cual se resolvió que la indemnización no podría exceder de esa suma.

Esta solución está acorde, por otra parte, con la petición subsidiaria que hace el señor Procurador en su citado escrito del catorce del presente mes.

Con respecto a la referencia que hace el señor Procurador en cuanto a que los nuevos peritos no tuvieron en cuenta la edad de la motonave, la Sala observa que dichos peritos, según se lee en el dictamen que obra en autos, sí ajustaron tal dictamen a las ordenaciones de la sentencia del 12 de diciembre de 1940, cuya transcripción se ha hecho en los párrafos que preceden, y de las cuales aparece que se tomó como base para determinar esa edad el lapso comprendido entre el cinco de octubre de 1933 y febrero de 1936.

Es en mérito de las consideraciones anteriores, por lo que la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Civil de Unica Instancia, DECIDE lo siguiente:

Primero—Señálase en veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) el monto o cuantía de la indemnización que la Nación debe pagar al señor Hernando Martelo por la pérdida de la motonave "Libertad".

Segundo—La Nación pagará al mismo señor Hernando Martelo los intereses legales de la expresada cantidad de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) desde el once de febrero de mil novecientos treinta y seis, hasta cuando se verifique el pago. A tales intereses se imputarán las sumas que Martelo hubiere recibido posteriormente a esa fecha a título de cánones de arrendamiento de la motonave "Libertad".

Notifíquese y cópiese. „

Aníbal Cardoso Gaitán — José Miguel Arango—Isaías Cepeda — José M. Blanco Núñez — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

MOCIONES DE DUELO

La Corte Suprema de Justicia,
al iniciar sus labores del presente año y

CONSIDERANDO:

1º Que el diecinueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno falleció en Bogotá el señor doctor Salvador Iglesias;

2º Que este distinguido ciudadano hizo la carrera judicial completa, desempeñando sucesivamente los cargos de juez de circuito, juez superior, Magistrado del Tribunal de Cali y, por fin, Magistrado de la Corte en el período de 1935 a 1940, Corporación de la cual fue Presidente durante el último año de su ejercicio;

3º Que el señor doctor Iglesias, por su clara probidad, ilustración y talentos mereció ir ascendiendo de esa manera y siempre se mostró digno de llevar la delicada investidura del Magistrado;

4º Que el extinto actuó con no menor competencia y brillo en la administración pública y en los Cuerpos Legislativos, como miembro de la Asamblea del Valle, su Departamento nativo, Gobernador de éste, Secretario encargado de un Ministerio del Despacho, Superintendente de Sociedades Anónimas y Senador de la República, en todos los cuales dio ejemplo de ecuanimidad y tolerancia;

5º Que fue un esforzado luchador contra adversas circunstancias, desvelado patriota y notable catedrático y escritor público; y que por su cultura literaria y artística, así como por la afabilidad y nobleza de su trato supo captarse generales simpatías,

ACUERDA:

La Corte Suprema de Justicia rinde tributo a la memoria de su antiguo Presidente doctor Salvador Iglesias y hace expreso reconocimiento de los méritos de este ilustre colombiano cuyo fallecimiento deplora como una sensible pérdida para el país.

Este Acuerdo se publicará en la "Gaceta Judicial" y en los periódicos de Bogotá y Cali. Además, sendos ejemplares autógrafos de él se enviarán a la señora viuda e hijos del finado y a la Gobernación del Departamento del Valle.

La Corte Suprema de Justicia

registra en el acta de este día su profundo sentimiento de pesar por la muerte del doctor ANTONIO JOSE URIBE, ilustre jurisconsulto, destacado internacionalista y eximio servidor de la República, cuyo aporte al desarrollo de la ciencia jurídica en Colombia como publicista, comentador y catedrático, es invaluable y constituye alta cifra de la cultura patria.

La Corte rinde un homenaje a la memoria de tan ilustre colombiano, cuya meritoria y fecunda labor, la juzga digna de admiración y ejemplo.

Copia de esta proposición, en nota de estilo, será enviada a la familia del finado.

Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Bogotá, 10 de marzo de 1942

I N D I C E

Págs.

EDITORIAL.—Comentarios a la ley 28 de 1932, por Luis Felipe Latorre 149

SALA PLENA

ARTICULO 2º DEL DECRETO Nº 1270 DE 1939, SOBRE REGLAMENTACION DEL COBRO DE CREDITOS POR SERVICIOS PRESTADOS AL GOBIERNO, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL.—Se declara que es inexequible el artículo 2º del Decreto legislativo número 1270 de fecha 15 de junio de 1939. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 160

ARTICULO 28 DE LA LEY 81 DE 1931 Y DECRETO LEGISLATIVO Nº 2197 DE 1932, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES. — Se declara exequibles el artículo 28 de la ley 81 de 1931 y el Decreto Legislativo Nº 2197 de 1932. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 164

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA.—VENTA DE BIENES RAICES.—CONFESION.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el diez de octubre de 1940, en el ordinario de Jorge T. Lozano y otro contra Sandalio Monzón y Carmen Rosa Monzón de Perdomo. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 169

DEMANDA Y DEMANDADO.—INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN JUICIOS SOBRE FILIACION NATURAL.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 10 de noviembre de 1939, en el juicio sobre filiación natural interpuesto por Luis Eduardo, Gabriela Antonia, Carmen Julia y Florentina Tamayo. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 176

OPOSICION A UN DESLINDE.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga de fecha diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de Saulo Patiño contra el Banco Agrícola Hipotecario. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 182

INTERPRETACION DEL ARTICULO 351 DEL CODIGO JUDICIAL.—Se admite el recurso de hecho interpuesto por Rafael Leyva Charry y Rafael Cuenca L. contra la providencia de seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno dictada por el Tribunal Superior de Ibagué. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 186

PERJUICIOS.—RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — TEORIA DEL RIESGO.—PRESCRIPCION. INTERPRETACION DEL ARTICULO 2358 DEL CODIGO CIVIL.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 15 de noviembre de 1940, en el ordinario de Ignacio Guillén contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 188

OPOSICION A LA POSESION DE UNAS MINAS. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 26 DEL CODIGO DE MINAS. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha doce de julio de mil novecientos cuarenta, en el ordinario de Noé Hurtado contra Ricardo Jaramillo P. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 197

PERJUICIOS.—ACCION CIVIL Y ACCION PENAL. — DICTAMEN PERICIAL — PERJUICIOS MORALES.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 21 de octubre de 1940, en el ordinario de Arturo Alviar R. y Luisa Salazar de Alviar contra Enrique Gutiérrez Portocarrero y Manuel Madero París. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 205

OPOSICION A UNA ADJUDICACION DE BALDIOS—CONTROVERSIAS ENTRE COLONOS.—Se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira de fecha veinticuatro de agosto de mil novecientos cuarenta, en el ordinario de Carlos Patiño, Ignacio Gil, Jesús Henao y otros contra Roberto González y Ricardo Angel. Ma-

Págs.

gistrado ponente, doctor José Miguel Arango 214

REIVINDICACION — IDENTIFICACION DE BIENES RAICES. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta, en el ordinario de Telésforo Jiménez contra Benjamín Guzmán. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 221

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

APLICACION DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTICULO 22 DE LA CONSTITUCION.—La Corte se declara incompetente para conocer del proceso contra el doctor Carlos Eduardo Acosta, ex-secretario de Hacienda del Departamento del Tolima. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 227

IMPEDIMENTO DE UN MAGISTRADO DEL TRIBUNAL. — QUIEN LO RESUELVE EN EL CASO DE QUE EL MAGISTRADO QUE LE SIGUE EN TURNO LO ENCUENTRE INFUNDADO Y ASI LO DECLARE.—Se declara que en el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctor Domingo Sarasty M. no concurre el impedimento que él expresó para conocer del proceso por homicidio contra Heriberto y Cristóbal Almeida. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 229

AGENTE DE POLICIA MUERTO EN SALAZAR DE LAS PALMAS AL PROVOCAR LA AIRADA RESISTENCIA DEL PUEBLO QUE CONCURRIA A LA CELEBRACION DE UN ACTO RELIGIOSO. — POR QUE NO DEBE CALIFICARSE COMO DELITO CONTRA FUNCIONARIO PUBLICO SINO COMO HOMICIDIO EN UN PARTICULAR. — APRECIACION DE LOS HECHOS TENIDOS EN CUENTA COMO CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, fechada el veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Rafael Rojas la pena principal de doce años de presidio como responsable de delito contra empleado público y de homicidio, ejecutados en la persona de Domingo Contreras. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 231

NO ES ALEGABLE LA DEFICIENCIA DE PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL RECURSO DE CASACION. — COMO DEBE ENTENDERSE LA SEGUNDA CAUSAL DE CASACION EN EL ARTICULO 567 DE LA LEY 94 DE 1938.—Se desecha el recurso de casación que Miguel Angel López hizo valer contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali que lo condenó a veinte años de presidio por haber dado muerte a Ernesto Rueda. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 237

RECURSO DE CASACION ANTE LA LEGISLACION ANTIGUA Y LA ACTUAL — LA PARTE CIVIL ES QUIEN PROPONE O SOSTIENE EL RECURSO.—Se declara que no es admisible el recurso de casación interpuesto de hecho por el doctor Jorge Altuzarra Lezama contra la providencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso seguido contra Luis Alberto Sabogal Castellanos por el delito de bigamia. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 241

REQUISITOS DE LA PRUEBA SOBRE ABANDONO DEL EMPLEO. — ACUSACION CONTRA UN JUEZ DE CIRCUITO. — Se confirma la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil con fecha veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, a favor del doctor Ezequiel de J. Segura, por los cargos de abandono del empleo. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 243

CONSULTA DE LA SENTENCIA QUE DECIDE SOBRE UN CARGO DE RESPONSABILIDAD IMPUTADO A UN DIRECTOR DEPARTAMENTAL DE EDUCACION PUBLICA — La Corte se abstiene de revisar la sentencia absolutoria de ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por los cargos imputados a Gabriel Anzola Gómez. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre. . . . 246

SE ORDENA CESAR TODO PROCEDIMIENTO CONTRA UN MAGISTRADO DEL TRIBUNAL DE BOGOTA ACUSADO DE HABER VIOLADO LA LEY. Se ordena cesar todo procedimiento contra el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá Dr. Carlos Rico Morlot, en relación con la queja propuesta por el señor Manuel Lozano Valderrama. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 248

CAUSA POR HOMICIDIO SEGUIDA A UN INDIGENA—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, fechada el veintidós de julio de mil novecientos trein-

Págs.

ta y nueve, que condenó a Félix Labio, por el delito de homicidio en la persona de Enrique Guejía, a la pena de quince años de presidio. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo.. 250

APLICACION DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION EN JUICIO POR JURADO. APRECIACION DE LAS PRUEBAS EN QUE SE FUNDA EL VEREDICTO. No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, fechada el veinticinco de septiembre de mil novecientos cuarenta, por la cual se condenó a los hermanos Ramón Antonio y Miguel Antonio Díaz García a la pena de quince años de presidio para cada uno, por asesinato en la persona de Miguel Arias. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto 252

APLICACION DE LA NUEVA LEY PENAL AL REO DE HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, fechada el treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y uno, por la cual se impuso a Alfredo Rodríguez la pena de siete años y medio de presidio como responsable de homicidio ultraintencional en la persona de Hernando Ledesma. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto 260

HOMICIDIO EJECUTADO EN UN EMPLEADO PUBLICO Y ROBO. — CAUSAL 2ª DE CASACION CONFORME AL NUEVO CODIGO.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, fechada el dieciséis de julio de mil novecientos cuarenta, que impuso a José Antonio Fuentes la pena de once años y siete meses de presidio como responsable de los delitos de robo y de homicidio en la persona de un empleado público. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 262

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PRESCRIPCION PARA EL COBRO DE SUELDOS DE FUNCIONARIOS PUBLICOS QUE PRESTAN SUS SERVICIOS POR VIRTUD DE UN REGLAMENTO. — Se condena al Departamento de Bolívar a pagar al señor Juan Ortiz la cantidad de ciento diecinueve pesos con sesenta centavos, por concepto de retribución de descanso en días domingos y feriados, nacionales y religiosos. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 264

LIQUIDACION DE IMPUESTOS. — Se declara probada la excepción de inefi-

Págs.

cacia de la obligación, en el ejecutivo que el Juzgado de Rentas Nacionales de Medellín seguía contra la sociedad minera de "Vendecabezas". Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 270

CAUCION DE PERJUICIOS.—Se confirma el auto de cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio sobre declaración de bien mostrenco de un depósito en dinero que se encuentra en el Banco de la República, a solicitud de Hernando Moreno M. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán.. 274

DECLARACIONES SOBRE RENTA.—Se declara probada la excepción de ineficacia del título ejecutivo en el juicio que la Recaudación de Hacienda Nacional de Riosucio siguió coactivamente contra la sociedad minera "Vendecabezas", "Guimo" y "Torito". Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 276

EXCEPCIONES. —— MANDAMIENTO EJECUTIVO.—ELEMENTOS INTRINSECOS CONSTITUTIVOS DE UNA SOCIEDAD COMERCIAL. — Se declara probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería del demandado, en el ejecutivo que adelanta el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá contra Francisco Laserna. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 280

INCIDENTE DE NULIDAD. — CESION DE CREDITOS.—No prospera la nulidad propuesta por incompetencia de jurisdicción, en el ejecutivo de Alberto Benavides Guerrero contra el Departamento de Nariño. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 283

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES. - Se declara que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá tiene competencia para conocer del juicio ordinario que por perjuicios interpuso Gabino Rodríguez contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 288

INCIDENTE DE NULIDAD. — REPRESENTACION EN JUICIO DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO.— Se confirma el auto de fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta dictado por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario promovido por el Departamento del Magdalena contra José Antonio Emiliani. Ma-

Págs.

gistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 292

CAUCION DE PERJUICIOS. — Se confirma el auto de fecha veintiocho de abril de mil novecientos cuarenta y uno, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio especial que sobre declaratoria de bienes mostrencos sigue Hernando Moreno M. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 295

EXCEPCIONES EN JUICIOS EJECUTIVOS PROPUESTAS PARA EL PAGO DE RENTAS O IMPUESTOS. — COMPETENCIA DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE PARA CONOCER DE ELLAS.—Se declara probadas las excepciones de error de cuenta y pago propuestas por el ejecutado Rafael Ibarra en el juicio que le sigue la Administración de Hacienda Nacional de Cúcuta. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 297

PERJUICIOS. — CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FF. CC. NACIONALES. — Se pone en conocimiento del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales la causal de nulidad prevista en los ordinales 2º y 3º del art. 448 del Código Judicial. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 302

OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL. — Se confirma el auto de treinta de mayo de mil novecientos cuarenta y uno dictado por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Isabel Reyes de Consuegra contra la nación, sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 305

ACCION DE VENTA DE UNA FINCA HIPOTECADA. — REQUISITOS PARA QUE HAYA NOVACION. — ESTIPULACION PARA OTRO. — Se revoca el auto de veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta dictado por el Tribunal Superior de Pamplona, en el juicio especial que interpuso el Obispo de Pamplona y otro contra el Departamento Norte de Santander. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán.. 307

OPOSICION AL SECUESTRO. — Se revoca el auto de dos de abril de mil novecientos cuarenta y uno dictado por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá con el fin de resolver el incidente de oposición al secuestro, presentado por Roberto Fernández y Julia Medina de Lee. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 314

CAUSAL DE NULIDAD.—Se declara nulo lo actuado en el juicio de Porfirio Sánchez contra la Nación, por haber estado indebidamente representada en el juicio la parte demandada y por no haber sido llamada al debate la entidad que debía comparecer (el Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales). Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 321

ACCION SOBRE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO. — AGENCIA OFICIOSA. — ESTIPULACION PARA OTRO. — DELEGACION IMPERFECTA—MANDATO.—Se confirma la sentencia de julio veintidós de mil novecientos treinta y nueve proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio seguido por el Departamento del Magdalena contra la Magdalena Fruit Company. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 322

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

PERJUICIOS. — CONTRATOS.—Se condena a la Nación a pagar al señor Rómulo Peñuela los perjuicios provenientes de haber retardado el pago de las reparaciones estipuladas en el contrato de arrendamiento celebrado el 31 de diciembre de 1937, por conducto del Ministerio de Guerra. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.... 331

EXCEPCION DILATORIA DE INEPTA DEMANDA. — Se declara probada la excepción de inepta demanda en el juicio ordinario de nulidad promovido por Santiago Carrasquilla López. Magistrado ponente, doctor Isaías Chaves..... 337

ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UN FALLO SOBRE PERJUICIOS.—Se señala en veinticinco mil pesos la cuantía de la indemnización que la Nación debe pagar al señor Hernando Martelo por la pérdida de la motonave "Libertad". Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 338

MOCIONES DE DUELO..... 341

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"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 Institutionum D. Justiniani).

TOMO LII BOGOTA, FEBRERO DE 1942. NUMERO 1979.

LA CASACION POR FALTA DE BASE LEGAL

Por Vetilio MATOS

A menudo suelen emanar de la Suprema Corte de Justicia, en función de Corte de Casación, decisiones sorprendentes. Las sorpresas no obedecen, sin embargo, a cambios sensibles de la jurisprudencia imperante, por más que no han dejado de haberlos en algunos casos de singular interés jurídico, ni a soluciones que versen sobre cuestiones de carácter trascendental. Se trata más bien de fallos que alteran el curso normal y lógico de importantes litigios entre particulares por causa de la censura y anulación de sentencias de cortes y tribunales inferiores, que nos han dado la impresión de estar bien motivadas y mejor inspiradas y que, no obstante, adolecen, según se les reprocha, del vicio de insuficiencia o imprecisión de los motivos de hecho, o como ahora se dice, con el empleo de "una expresión bastante oscura", de FALTA DE BASE LEGAL.

Conviene definir ante todo, en qué consiste tal reproche, y para responder con propiedad al concepto que acerca de ese punto han expresado tratadistas modernos en muy escaso número, digamos con la misma Suprema Corte que, para que el vicio de falta de base legal exista, es necesario que la exposición de los motivos de hecho de la sentencia contra la cual se recurre sea tan insuficiente, incompleta e imprecisa, que impida a la Corte de Casa-

ción verificar si el fallo es el resultado de una exacta aplicación de la ley a los hechos tenidos por constantes, o, lo que es igual, que en vista de esa insuficiencia, e imprecisión de las circunstancias de la causa, la decisión impugnada no esté legalmente justificada.

Tres nociones fundamentales es preciso tener en cuenta para caracterizar el vicio de falta de base legal de que pueda adolecer una sentencia, y conciernen: 1) a su diferencia esencial con la falta de motivos; 2) a que no se trata de la ausencia absoluta de motivos; 3) a que no es un medio de forma sino de fondo.

Gabriel Marty, en el número 139 de su notable monografía "La distintion du fait et du droit", se expresa así:

"Cuando la Corte de Casación dice que una sentencia "carece de base legal", o "que los jueces no han justificado legalmente su decisión", se les puede preguntar cuál es exactamente la extensión de este reproche y si se refiere a una insuficiencia en los motivos de hecho o en la argumentación jurídica. Para precisar esta noción, es forzoso dar una enumeración de los diversos casos en los cuales se producen originariamente las casaciones por falta de base legal. Es así, según Fave. —La Cour de Cassation— en las hipótesis siguientes: a) Cuando la complejidad del motivo determinante no permite distinguir si el juez que pronuncia la sentencia la funda en hecho o en derecho; b) Cuando los motivos están redactados en términos tan generales o tan vagos, que no permiten el ejercicio del derecho de censura por parte de la Corte; c) Si al hacer la explicación de algunos hechos, el juez no explica una condición esencial que justifique el carácter legal que a dichos hechos atribuye; d) Cuando la sentencia no ha dado al hecho que desenvuelve una precisión suficiente que permita comprobar la aplicación que ha hecho de la ley, o cuando ha omitido explicaciones acerca de una alegación de hecho que, de haber sido reconocida como cierta, hubiera sido capaz de modificar la decisión; e) Cuando la decisión se funda en un motivo frustráneo o que deja subsistir la cuestión en litigio, bien porque el juez, por error, no la haya comprendido como es debido, o bien porque hubiese considerado erróneamente también que era innecesario el examen de la misma para la solución del caso, la cual solución ha hecho recaer sobre el otro punto".

"Tales enumeraciones, —agrega el citado autor— difícilmente aclaran la noción de la falta de base legal y diríase que más bien la oscurecen, dada la semejanza que guardan entre sí esas diversas hipótesis, las que, a la primera ojeada, parecen diferentes. Creemos más interesante desprender de todo ésto una definición general. Para ello, basta observar que el CONTROL de la Corte de Casación no sufre impedimento o embarazo alguno por la insuficiencia de los motivos de derecho, pues éstos ella debe completar, suplir o rectificar; de que se sigue que, si los hechos han sido establecidos con una precisión suficiente y de manera completa, importa poco que la argumentación jurídica de los jueces sea sumaria o vaga, pues la Suprema Corte podría rehacerla al deducir de los hechos establecidos el razonamiento necesario, y al comprobar, a la vez, la legitimidad de la decisión dictada por los magistrados inferiores. Así, la falta de base legal no puede provenir sino de una exposición incompleta del hecho y de la ausencia, en la sentencia impugnada, de una descripción de las circunstancias de la causa, suficientemente precisa, que impida a la Corte de Casación verificar si la decisión está legalmente justificada, esto es, si ella es el resultado de una exacta aplicación de la ley a los hechos tenidos por constantes. Es una casación por insuficiencia o imprecisión de los motivos de hecho; por lo que se echa de ver, francamente, que la falta de base legal difiere de la falta de motivos. No se trata en absoluto de una ausencia completa de motivos y de un vicio de forma, sino, como se ha dicho, de "un medio de fondo". La casación por fal-

ta de base legal es el medio de que se vale la Suprema Corte para desenvolver su examen sobre la comprobación de los hechos; por el que ve si éstos han sido indicados con suficiente precisión al ejercer el derecho de vigilancia que le pertenece, bien sobre su calificación legal o bien sobre la aplicación de la ley a esos mismos hechos. Es la reacción contra la política de los jueces inferiores que, por eludir toda censura, se acantonan en fórmulas vagas y generales. El CONTROL sobre la "suficiencia" de los motivos de hechos constituye la defensa, "la trinchera" (LA OUVRAGE AVANCE), o como se le ha llamado "la mampara" (LE PARAVENT) del poder de revisión sobre la aplicación de la ley".

Hasta el 30 de junio de 1929 no distinguió nuestra Suprema Corte con la moderna y exclusiva denominación de falta de base legal, las casaciones que pronunció por insuficiencia de los motivos de hecho; antes de esa fecha, todas las casaciones por ese medio, muy raras por cierto, eran conocidas como casaciones por falta de motivos.

El primer caso de casación por falta de base legal se produjo por decisión de nuestra Suprema Corte en fecha 8 de mayo de 1912, B. J. números 22, 23, 24, página3. Transcribamos sus motivos, dechados de buena literatura jurídica:

"Considerando en cuanto al hecho, que a consecuencia de la conducción de las aguas del río Grande, por una atarjea, para proveer a las necesidades de los vecinos de Estebanía y las Charcas, en la común de Azua, se suscitó un desacuerdo entre el Inspector Domingo Antonio Arias e Hipólito Sánchez; que aquél llamó a éste para arreglarse amigablemente, y como no pudieron entenderse, Arias dispuso que él y Sánchez fuesen a aclarar el asunto que los traía desavenidos, delante del Gobernador; que esta autoridad al presentarse Sánchez, lo mandó a encarcelar, y lo sometió a la justicia represiva; que la Cámara de calificación declaró que no había lugar a la prosecución de las actuaciones, y recobró su libertad; que Sánchez emplazó a Arias en reclamación de daños y perjuicios, calculados en quinientos pesos oro, por la prisión sufrida; que el juzgado de Primera Instancia del distrito judicial de Azua, lo condenó a pagar doscientos pesos oro; que Arias entabló recurso de alzada, y la Corte de Apelación del Departamento de Santo Domingo, reformó la sentencia tocante a la cuantía de la indemnización, la que fijó en la suma de ciento dieciocho pesos oro, como justa reparación del daño que Arias le causara a Sánchez con su denuncia; Considerando, en cuanto al derecho, que corresponde al juez de la causa establecer la existencia o inexistencia del hecho y de todas las circunstancias que lo rodean o acompañan, pero su calificación implica una cuestión de derecho cuyo examen atañe a la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, por ser cosas distintas, la apreciación del hecho y de sus circunstancias, y las consecuencias de éste en sus relaciones con la ley; que así, pues, no basta que el juez del fondo enuncie o indique simplemente el hecho sometido a su decisión, sino que está obligado a precisarlo o caracterizarlo, siquiera implícitamente, para que la Suprema Corte, en sus funciones de Corte de Casación, pueda ponderar las consecuencias legales que de él se desprenden, o sea la lesión o atropello del derecho; que si el juez hace constar soberanamente la existencia del hecho, esto es, lo que ha ocurrido, y aplica en consecuencia el derecho, es decir, adjudica a una de las partes lo que le pertenece; esta aplicación entra en el dominio de la Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación, y para ejercer la atribución que le compete, necesita indispensablemente conocer en todos sus aspectos la naturaleza del hecho que genera el derecho, porque de lo contrario no sería posible estimar la conexión o el enlace que tenga el hecho con la ley, y resolver si ha sido respetada o conculcada en el fallo atacado por la vía de la casación; que en el caso de

la especie, la Corte de Apelación del departamento de Santo Domingo se limitó a expresar en la sentencia impugnada, "que el señor Domingo Arias, con su denuncia al Gobernador, causó un daño a Sánchez, fue causa de que éste estuviese injustamente en la cárcel desde el primero de febrero hasta el treintiuno de marzo de mil novecientos nueve", sin manifestar en qué estribó esa denuncia, o lo que es igual, qué infracción le imputó Sánchez para que pusiese en movimiento la acción pública; que por semejante vicio de la sentencia la Suprema Corte de Justicia, en sus funciones de Corte de Casación, no sabe cuál es la falta que comprometiera la responsabilidad de Arias respecto de Sánchez, para la aplicación del 1382 del Código Civil; que según el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, "la redacción de las sentencias contendrá los fundamentos" de ellas; que por consiguiente, la dictada por la susodicha Corte de Apelación, el doce de junio último, carece de base legal, dado que la mera denominación o calificación de un hecho, es insuficiente para determinar sus resultados jurídicos.—Por tales motivos, casa, etc".

Mas, si satisfactorias resultan al espíritu analítico de la jurisprudencia sobre falta de base legal, las razones dadas por nuestra Suprema Corte, en función de Corte de Casación para demostrar la insuficiencia de los motivos de hecho contenidos en la precedente decisión no resulta lo mismo con las de la segunda casación que pronunció por igual causa, aunque la denominase por falta de motivos. Nos referimos a la sentencia de fecha 20 de enero de 1928, B. J. número 210, páginas 9, 10, y 11, cuyas consideraciones sobre el caso dicen así:

"Considerando, que en el caso que ha dado orgien al presente recurso de casación, tiene interés la menor E. F.; puesto que su guarda fue el objeto de la litis fallada por la sentencia impugnada; que en consecuencia, la Corte de Casación PUEDE Y DEBE INVESTIGAR (de oficio?) si existen otros medios de casación distintos de los presentados por la recurrente (quien sólo invocó la violación de los artículos 1351 y 130 del Cód. Civ.). Considerando que el artículo 141 del Cód. de pr. civ. prescribe que la redacción de las sentencias contendrá entre otras enunciaciones, 'la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho y los fundamentos"; que cuando se omitan esas enunciaciones o por lo menos algunas de ellas, no puede la Corte de Casación apreciar si la ley ha sido bien o mal aplicada por los jueces del fondo; Considerando, que no existe ninguna disposición legal relativa a la guarda de los hijos naturales legalmente reconocidos; que por tanto, como lo reconoce la sentencia impugnada "pertenece a los tribunales decidir en caso de conflicto a cuál de los padres debe ser confiada la guarda del hijo legalmente reconocido, cuando reivindican el uno y el otro la patria potestad"; y que, como se expresa en dicha sentencia, "el interés de este hijo debe tomarse como principio y como guía de la decisión de los tribunales"; de lo cual resulta que SON MOTIVOS DE HECHO los que sirven al juez del fondo para decidir a cuál de los padres debe confiarse la guarda del hijo común, en interés de éste. Pero esos motivos deben constar en la sentencia, con tal claridad y precisión que no dejen lugar a dudas de lo justo del dispositivo. Considerando, que en el caso fallado por la sentencia impugnada se trata de una niña que, cuando fue separada de la madre no había cumplido aún dos años; que en esa edad las atenciones y cuidados que una madre dispensa a sus hijos, cual que sea el sexo de éstos, difícilmente pueden ser suplidos por los de otra persona, sin excluír al padre; por ser atenciones y cuidados para los cuales ha preparado a la madre la naturaleza misma; que para atribuír la guarda de la niña al padre se fundó la Corte de Apelación de Santo Domingo, en que "las condiciones económicas del padre Sr. S. P., quien posee una profesión que le garantiza medios seguros de vida en contra de las condiciones económicas de la madre, Sra. P. S., permiten apreciar que

la niña E. F. gozará de mayores beneficios bajo la guarda y protección del Sr. S. P. su padre, quien subviniendo a las necesidades de dicha menor, podría ofrecerle mejores y más seguros cuidados en lo que respecta a su salud, alimentación y educación"; y en que " si la niña por su edad o su sexo se beneficiaría de los cuidados maternales, estos cuidados no serían menos solícitamente prodigados por el padre, quien lo mismo que la madre ha demostrado dedicar a la referida niña E. F., los mismos sentimientos de cariño que ofrecen en favor de la niña reclamada, la base del más tierno cuidado y la más solícita educación"; Consideraciones son esas demasiado vagas para justificar el dispositivo de la sentencia impugnada. En dicha sentencia, no existe comprobación alguna de la respectiva posición económica de la madre y del padre de la niña E. F. Por otra parte, poseer una profesión es una cosa, y otra obtener de su ejercicio un rendimiento tal que produzca una buena posición económica. Además, según consta en la sentencia impugnada, el Sr. S. P.. concluyó por ante la Corte de Apelación pidiendo que se le mantuviese en la guarda de su hija E. F., o que, si los jueces lo consideraban justo y en interés de la niña, se confiase la guarda y educación al Dr. F. M. P.: es decir, a una tercera persona. Esa alternativa hace surgir la duda respecto de la capacidad del padre para atender convenientemente a la niña, o de su deseo de hacerlo así. De todos modos —concluye la Suprema Corte— no existiendo en la sentencia impugnada hechos precisos de los cuales dedujesen los jueces del fondo que el interés de la niña exigía que se privase a su madre de su guarda, no obstante su corta edad, la sentencia no contiene los fundamentos; no está suficientemente motivada.—Por tales motivos, casa, etc."

Tal decisión de la Suprema Corte es, desde luego, muy humana, pero no muy jurídica. Los jueces que la suscribieron dan la sensación de ser moralistas, santos varones empeñados en dar ganancia de causa a la parte que reclamaba un derecho en nombre de las leyes de la naturaleza, pero al hacerlo así, por muy grata que sea esa justicia a los impulsos primarios del sentimiento, resulta en pugna con los principios que dominan la casación por falta de base legal. Creemos que en este fallo procede de oficio la Suprema Corte al conocimiento del medio de casación, no invocado por la parte recurrente, basado en la violación del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, por considerar, a lo que parece, una cuestión de orden público la guarda de los menores; empero, cuando tal cosa era posible a la sazón, sin que ningún texto lo autorizara de manera expresa, lo que no se justifica plenamente en la calificación de insuficiencia o vaguedad que atribuye a los motivos de la sentencia impugnada, con lo cual, a nuestro juicio, la Suprema Corte incurre en un exceso, tanto más lamentable cuanto que se observe que, por causa de precedentes como ese, han sido aniquilados después, en casos más alarmantes todavía, fallos que, por su esmerada exposición de motivos, testimonian la capacidad y el cuidado que pusieron en su redacción los jueces que los dictaron.

Al hacer este reparo, con el respeto que nos han inspirado siempre la actuación de nuestro más alto tribunal, y ello en vista de las múltiples casaciones que se vienen sucediendo por falta de base legal, nos viene a la mente el juicioso comentario con que cierra Gabriel Marty, en su citada obra, uno de sus más interesantes capítulos. "Fundar un recurso —dice— sobre falta de base legal, contradicción de motivos o desnaturalización de los hechos, evidentemente es un medio del cual abusan tanto las partes como los abogados. Pertenece a la Cámara de los Requerimientos contrarrestar estos abusos y admitir muy pocos recursos. Si rechaza el mayor número después de un examen sumario, y si, por otra parte, la Cámara civil usa prudentemente su derecho de casación pensamos que los peligros de que la casación se convierta en una tercera instancia podrían ser eliminados".

Ese peligro de que la casación se convierta en un tercer grado de jurisdicción a que alude Marty, es casi inevitable cuando la Corte de Casación, en ejercicio de la facultad que tiene de fiscalizar la aplicación de la ley, según el artículo 1º de la Ley sobre Procedimiento de Casación, asume una actitud harto exigente en la exposición de los motivos o fundamentos de hecho, o cuando en el examen de los hechos que sirven de base al dispositivo de la sentencia recurrida, subvierte las reglas de la prueba, o, en fin, cuando contrariamente a lo que manifiesten claramente los hechos constantes de la causa en la sentencia impugnada, se les reprocha a los jueces del fondo no haber tomado en consideración elementos de prueba que en realidad no han sido sometidos a debate por las partes, con lo cual se le daría más crédito a las afirmaciones de un recurrente que a las contenidas en la sentencia impugnada.

Dice Marty, por otra parte, en su citada obra, "que si la falta de base legal es netamente distinta de la falta de motivo stricto sensu (al menos en principio —agrega él mismo— porque en la práctica, según Faye, la distinción es difícil de hacer), tal medio de casación difiere también completamente de los relativos a la violación de la ley".

Los autores enseñan que la base de la decisión debe hallarse en la correlación, aproximación o armonía que deben guardar entre sí los hechos comprobados y el texto de ley aplicado; si tal combinación no se realiza lógicamente en un fallo cualquiera, es señal inequívoca de que la ley ha sido violada o falsamente aplicada.

Cuando la condición legal necesaria para justificar la decisión ha sido objeto de una discusión entre las partes y por conclusiones de una de ellas se le haya pedido al juez decidirla mediante adecuadas consideraciones, la sentencia que omitiera el examen de dicha condición carecería de motivo, pues incurriría en un error de forma que sanciona el artículo 141 del Código de Pr. Civil.

En fin, cuando uno o algunos de los hechos esenciales que sirven de base a la decisión, son explicados con insuficiencia, con omisión de circunstancias o detalles indispensables para su correcta comprensión; con ambigüedad tal que no se sepa si expone cuestiones de hecho o de derecho; en términos tan vagos y generales que en realidad no digan nada, o, en fin, con un motivo puramente frustratorio, que dificulte el control que sobre la aplicación de la ley tiene la Suprema Corte, se incurre en la falta de base legal. Pero si hay ausencia absoluta de motivos de hecho, la casación no sería entonces por falta de base legal sino por falta de motivos.

Tal es, a nuestra manera de ver, el criteio que permite distinguir esos tres diferentes medios de nulidad de una sentencia.

La cuestión que importa dilucidar, además, es la de saber en virtud de qué texto de ley se considera autorizada la Suprema Corte, en función de Corte de Casación, para anular un fallo por falta de base legal.

Según Marty, en Francia "se ha creído autorizada la Suprema Corte a apoyar numerosas casaciones por falta de base legal, en una interpretación muy audaz extensiva del texto de la ley del 20 de abril de 1810, denominada Ley sobre Organización del Orden Judicial y la Administración de la Justicia".

Dicho artículo dice que "cuando los fallos están revestidos de las formas prescritas a pena de nulidad, no pueden ser casados sino por una contravención expresa a la ley". Y agrega que "los fallos que no han sido dictados por el número prescrito de jueces o por jueces que no han comparecido a todas las audiencias de la causa; que no han sido dictados públicamente o que no contienen los motivos, son declarados nulos".

Para los fines de la casación por falta de base legal ha sido bastante entre nosotros el artículo 141 del Código de Proc. Civil, el cual, como ya lo ha consagrado la Suprema Corte, si es verdad que no

aparece sino entre las regulaciones correspondientes a los tribunales de primera instancia, puede ser aplicado a las sentencias que dicten las Cortes de Apelación. Dicho artículo dice que toda sentencia debe contener "los fundamentos". Estos fundamentos o motivos son de dos clases: de hecho y de derecho. Cuando los primeros adolecen de los vicios ya apuntados, imprecisión, insuficiencia, etc., hay falta de base legal; cuando faltan los segundos o ambos, la casación se impondrá por falta de motivos.

En cierta oportunidad se sometió a la Suprema Corte un medio de casación por falta de base legal, y el recurrente hizo constar que ese medio de casación lo amparaba la violación que había hecho la sentencia recurrida del artículo 1º de la Ley sobre Procedimiento de Casación. La Suprema Corte rechazó el recurso e implícitamente declaró que la falta de base legal no tenía asidero propio en tal disposición de ley. (Véase B. J. número 307, página 82, 29 de febrero, 1936).

La expresión base legal, además de ser, como dicen los autores citados, "bastante oscura" es un tanto arbitraria, pues no corresponde a su sentido propio. Nuestra Suprema Corte ha aplicado esa expresión, por otra parte, a otras situaciones jurídicas. Así, por ejemplo, la sentencia de fecha 9 de agosto de 1929. B. J. número 229, página 7, rechaza un recurso que "carece de base legal" por "no indicar textos legales han sido violados en la sentencia impugnada". Y en la decisión de fecha 6 de febrero de 1931, B. J. número 247, página 4, dice que "la sentencia carece de base legal" y la casa, por haber impuesto una condenación en virtud de una ordenanza que no tenía fuerza de ley.

La jurisprudencia de nuestra Suprema Corte por falta de base legal es copiosísima. Algunas sentencias que en los boletines figuran como casaciones por falta de motivos, lo han sido en puridad por falta de base legal. Pero ya, de cierto tiempo a esta parte, la jurisprudencia tiene una orientación fija, y la distinción no ofrece, en cuanto a su denominación, confusión alguna. Pero si bien los jueces, con una intuición admirable, descubren las más ligeras faltas en la motivación de las sentencias al censurarlas por falta de base legal, es innegable que a veces exceden su poder de vigilancia sobre la aplicación de la ley y pronuncian casaciones por ese medio que parecen convertir a la Suprema Corte en un tercer grado de jurisdicción.

Febrero 8, 1941

(De la "Revista Jurídica Dominicana", de Ciudad Trujillo).

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

SOCIEDAD EN LIQUIDACION—ERROR DE HECHO—INSTRUMENTOS NEGOCIABLES

1—El estado de liquidación quiere decir que la sociedad no puede ya celebrar los contratos para los cuales fue constituída ni ejercer las actividades de su vida regular; pero eso no significa que por medio de su liquidador no pueda ejecutar los actos tendientes a su liquidación, entre los cuales están comprendidas las ventas, porque entonces ésta se dificultaría muchas veces. Tiene entonces esa sociedad, por medio de su liquidador, la capacidad suficiente, la personería, para celebrar los actos jurídicos tendientes a la liquidación. 2—Aunque la personería de una sociedad en liquidación radica en el liquidador como quien tiene el poder para verificar todas las operaciones concernientes a la liquidación, los socios, de común acuerdo, pueden hacer la liquidación de la compañía, y entonces la personería radica en éstos, en esa calidad de liquidadores (art. 544 C. Co.). 3—El error de hecho para que sea operante en casación debe aparecer de manifiesto en los autos, y puede provenir ya de la interpretación errónea de una prueba, o ya de la falta de apreciación de un elemento probatorio capaz de demostrar una evidencia contraria. 4—El vale o pagaré, como las libranzas comerciales, como las letras de cambio, son promesas incondicionales de pago hechas por escrito y sometidas en cuanto a su endoso, negociación, rechazo, protesto, etc., a las disposiciones del C. de Comercio. Esta clase de instrumentos, que se refieren al contrato de cambio, no son susceptibles de ser heridos, en virtud de la incondicionalidad de la obligación, por algunas de las excepciones que pueden oponerse cuando se trata de hacer exigible una obligación no proveniente de una letra, pagaré o vale. Dos comerciantes que contratan pueden otorgarse una letra, vale o pagaré o libranza, instrumentos configurados por el C. de Comercio, o una simple obligación de deber, instrumento de índole civil y que se reglamenta por las disposiciones de ese Código, para los efectos de la prescripción. Un ejemplo aclara lo anterior: un comerciante que suscriba a favor de otro una obligación proveniente de una compraventa de mercancías, puede cuando se le demanda para el pago de aquéllas, proponer ciertas excepciones, como lá de *non adimpleti contractus*, como sería si alegara que o no le habían sido entregadas todas las mercancías o se le habían entregado otras de distinta calidad. Mas si en lugar de ese documento gira el comerciante comprador una letra o un pagaré al comerciante vendedor, la excepción de que se viene tratando no sería admisible, sencillamente por la orden incondicional de pago que contiene la letra, el pagaré o la libranza. Como la letra de cambio, el pagaré o vale, especies de un mismo género comercial, están cobijadas por unas mismas disposiciones del C. de Comercio en cuanto al vencimiento, endoso, solidaridad, avalúo, pago, protesto y recambio, operaciones algunas de éstas de que no son susceptibles los simples documentos de deber, de carácter civil, es lógico que el legislador, en el artículo 902 del C. Co., haya establecido que la pres-

cripción respecto de los vales o pagarés es la de cuatro años, estatuída por el artículo 894 del C. Co. Y teniendo en cuenta que un pagaré o vale en el sentido del C. Co. es muy diferente de un documento que aunque de procedencia comercial no tenga la configuración legal del vale o pagaré comercial, se concluye que la prescripción para los primeros, o sea, para los vales o pagarés a que se refiere el C. de Comercio, o sea cuatro años, no es la misma que para los segundos, o sea, para los documentos comunes que entonces es de veinte años, respecto de la acción ordinaria. La confusión de que se ha hablado depende, además de lo anterior, que es fundamental, en que no se han parado mientes en que los comerciantes pueden, en el giro de sus operaciones, hacer constar éstas por medio de instrumentos negociables o de instrumentos que no tengan ese carácter. La doctrina de los autores y la jurisprudencia al respecto antes de la expedición de la ley 46 de 1923, era también la que acaba de exponerse. La ley 46 de 1923 elevó a la categoría de norma esa doctrina y esa jurisprudencia. La promesa incondicional de un pagaré comercial, que es lo que lo caracteriza, está consagrada por el artículo 185 de dicha ley, los pagarés comerciales, letras de cambio, cheques, los giros, las libranzas y los cupones, forman la categoría de los instrumentos negociables, según el artículo 1º de dicha ley, que se diferencian de los demás documentos de deber; el tenedor en debida forma de un instrumento negociable posee el instrumento libre de excepciones que puedan proponerse las partes entre sí y puede exigir el pago por el monto total contra todas las partes obligadas (art. 59). Al citar la ley 46 de 1923 la Corte no la aplica al caso del pleito, sino que se refiere a ella como elemento que corrobora y aclara la antigua doctrina de que ya se ha hecho mérito y que es la que se sigue en esta sentencia. 5—Para que el error en la apreciación de la prueba incida en casación, debe aparecer de manifiesto en los autos, error que puede provenir de falta de apreciación o de mala apreciación de la prueba.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Julio Fadul Z. demandó a Pedro Chedraue, para que, previa la tramitación de un juicio ordinario, fuera condenado a pagarle la suma de siete mil trescientos cuarenta pesos con ochenta y un centavos ($ 7.340.81) moneda corriente más los intereses legales sobre esta cantidad, desde el 13 de mayo de 1920 hasta el día del pago.

El Juez del conocimiento. 1º del Circuito de Girardot, en sentencia de 30 de agosto de 1939, decidió el pleito de acuerdo con las peticiones de la parte actora. El demandado apeló de la sentencia y el Tribunal Superior de Bogotá, en fallo de 27 de junio del año próximo pasado, reformó el del inferior, condenando al demandado al pago de $ 3.670.40, más sus intereses legales respectivos a partir del 13 de mayo de 1920 hasta que se haga el pago. Declaró no probadas las excepciones propuestas en el juicio y no hizo condenación en costas.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, el que pasa hoy a decidirse.

Los antecedentes que dieron lugar al litigio, son éstos: Por escritura 292 de 10 de junio de 1908 de la Notaría 1ª de Bogotá, Ignacio Fadul, Julio Fadul y Teófilo Fadul organizaron una sociedad colectiva de comercio con domicilio en Bogotá y Girardot. y bajo la razón social FADUL HERMANOS. El término de la duración se fijó en el de dos años. hasta el 1º de julio de 1910, prorrogable por otros tres, "si en el curso del último semestre de los primeros dos años, ninguno de los socios manifestare a los otros, por escrito, su in-

tención de ponerle término a la compañía".

De la escritura 821 de 28 de noviembre de 1919, de la Notaría de Girardot, suscrita por los expresados Fadul, aparece lo siguiente: a) que la sociedad formada por éstos or medio de la escritura 292 ya mencionada se prorrogó por el término de cinco años, que expiró el 5 de julio de 1918, y b) que el mismo día de corrida la escritura 821 y mediante ella los Fadul declararon disuelta la sociedad **Fadul Hermanos** y procedieron a liquidarla de la siguiente manera: Ignacio y Julio Fadul se hicieron cargo de todo el activo y el pasivo de la sociedad disuelta, y Teófilo Fadul recibió por su aporte en la sociedad la suma de $ 25.000 moneda corriente.

El 14 de noviembre de 1919 Pedro Chedraue se declaró deudor de la sociedad FADUL HERMANOS por la suma de siete mil trescientos cuarenta pesos con ochenta y un centavos ($ 7.340.81) moneda corriente, procedente de mercancías que le compró a crédito y que declaró recibidas a su completa satisfacción. Se obligó a pagar dicha suma a la sociedad el día 13 de mayo de 1920.

Catorce días después de suscrita esta obligación, FADUL HERMANOS declararon disuelta y liquidada, según ya se expresó, la sociedad formada por ellos mediante la escritura 292 ya mencionada, y en esa liquidación Ignacio y Julio Fadul se hicieron cargo de todo el activo y pasivo de la sociedad disuelta.

Julio Fadul promovió este juicio en que cobra la totalidad del crédito contra Chedraue, pues se considera como dueño exclusivo de éste. El Juez de primera instancia estuvo de acuerdo con el concepto del demandante, mas no así el Tribunal, el cual estimó que el actor es dueño sólo de la mitad y a eso limitó la condenación. El fallador de segunda instancia estudió y declaró no probadas las excepciones de prescripción de la obligación, ilegitimidad sustantiva en la parte demandante, inexistencia o nulidad de la obligación y transacción.

Por vía de método, la Corte entra en primer término a estudiar los cargos hechos a la sentencia por el apoderado de la parte recurrente demandada, por cuanto ellos van enderezados a destruír todos los fundamentos de la sentencia y a obtener en cambio la casación total del fallo y por ende la absolución del demandado, al paso que el apoderado de la parte demandante recurrente, está de acuerdo en gran parte con el fallo, y su demanda de casación se dirige únicamente a obtener que se vuelva a la condenación total que hizo el fallador de primera instancia, en lugar de la condenación parcial que hizo el Tribunal Fallador.

En virtud de la disposición contenida en el artículo 537 del Código Judicial, la Corte entra a ordenar las causales aducidas y se refiere en primer término a la acusación del fallo por violación de los artículos 484 y 541 del Código de Comercio y 1494, 1502, 1523, 1741, 1849 y 1851 del Código Civil, disposiciones violadas, según el recurrente, por no haber sido declarada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor.

El Tribunal partió de la base de que cuando Chedraue suscribió el documento a favor de FADUL HERMANOS, esta sociedad había entrado ya en estado de ser liquidada. Esta premisa es exacta y partiendo de ella el fallador de segunda instancia entendió que la operación celebrada entre la sociedad, en estado de liquidación y Chedraue, tenía por objeto realizar esa liquidación. Esta ha sido la doctrina de la Corte, que en sentencia publicada en la "Gaceta Judicial" número 1.933, páginas 133 y siguientes se expresó así: "Disuelta, pues, una sociedad, la personería de ésta subsiste y se prolonga, pero para los efectos de la liquidación, entre ellos llevar a término las operaciones iniciadas durante su existencia. De manera que operaciones no encaminadas a ese ob-

jeto no son válidas, porque la sociedad disuelta termina para la relación de todo negocio nuevo, de toda operación que no tienda a la liquidación".

Entendió, pues, el Tribunal que al suscribirse por Chedraue el documento que es materia de este juicio en favor de FADUL HERMANOS no lo fue propiamente para dicha sociedad en funcionamiento, sino para ella pero en estado de liquidación, y que por lo tanto el valor de ese crédito entró o debía entrar a su haber, porque tratándose de la realización de efectos, como lo era la venta de mercancías de que proviene la deuda, esa operación era de las que podían celebrarse válidamente, porque tendía por su naturaleza a la liquidación social (numeral 6º del Art. 540 del C. de Comercio), y consecuencia necesaria del estado de disolución en que se encontraba en el tiempo en que la venta se formalizó.

El personero de la parte recurrente objeta esa conclusión del Tribunal y se expresa así: "Si se trata de un contrato de compraventa, como el pagaré lo dice y las pruebas del proceso lo demuestran, como cuando fue otorgado al vendedor de las mercancías y acreedor de su importe no tenía existencia jurídica, puesto que había desaparecido del escenario de sus actividades legales, por disolución, entonces ese pretendido contrato no ha existido y el valor que representa mal pudo ingresar al haber social de una sociedad disuelta, ni tampoco ser objeto de adjudicación efectiva". La Corte observa al respecto: La sociedad FADUL HERMANOS o estaba en ejercicio de sus actividades regulares cuando suscribió el documento que hoy se cobra a Chedraue y celebró con él el contrato de compraventa de las mercancías, o estaba en estado de liquidación. No hay medio al respecto. Si se considera el primer extremo, es claro que no podía actuar como sociedad regular en ejercicio de sus funciones, porque ya se hallaba en estado de liquidación; si se considera el segundo, podía celebrar el contrato y recibir el documento, tendiente todo esto a verificar las operaciones conducentes a su liquidación. El Tribunal partió del segundo postulado, y en esto obró jurídicamente por lo ya expresado antes. Ahora bien: Si se sostiene que no podía obrar ni como sociedad regular en el ejercicio de sus funciones ordinarias ni como sociedad en estado de liquidación, se tendría entonces el fenómeno del enriquecimiento sin causa, porque resultaría que no obstante haber recibido Chedraue las mercaderías, no habría hoy nadie con personería para cobrarle el valor de ellas, lo cual es absurdo. No puede demandar el valor del documento la sociedad prenombrada por lo ya dicho, pero sí puede demandarlo quien obtuvo ese crédito en virtud de la liquidación de la sociedad.

El Tribunal reconoció que cuando se hizo la venta de las mercancías a Chedraue y éste suscribió la obligación respectiva por el valor de aquéllas, la sociedad estaba en estado de liquidación, lo cual es exacto. Interpretó, pues, el alcance de ese contrato en cuanto era una convención celebrada entre FADUL HERMANOS en estado de liquidación, y el demandado Pedro Chedraue, y en esto también procedió jurídicamente, por cuanto al pacto era menester darle algún alcance efectivo y real que no lo tendría si hubiera considerado que cuando se celebró el pacto la sociedad FADUL HERMANOS existía legalmente.

Una sociedad en estado de liquidación no desaparece por ese solo hecho. El estado de liquidación quiere decir que la sociedad no puede ya celebrar los contratos para los cuales fue constituída ni ejercer las actividades de su vida regular; pero eso no significa que por medio de su liquidador no puede ejecutar los actos tendientes a su liquidación entre los cuales están comprendidas las ventas, porque entonces ésta se dificultaría muchas veces. Tiene entonces esa sociedad, por medio de su liquidador, la capacidad suficiente, la personería, para celebrar los actos jurídicos tendientes a la liquidación.

Consideradas así las cosas, no han podido ser violadas, por el aspecto que se considera el asunto, las normas sustantivas a que se refiere el recurrente.

Es cierto que la personería de una sociedad en liquidación radica en el liquidador como quien tiene el poder para verificar todas las operaciones concernientes a la liquidación. Pero es cierto también que los socios, de común acuerdo pueden hacer la liquidación de la compañía, y entonces la personería radica en éstos, en esa calidad de liquidadores (Art. 544. C. de C.).

Tal acontece en el caso de autos: Los socios Ignacio, Julio y Teófilo Fadul procedieron directamente a hacer la liquidación de la sociedad FADUL HERMANOS, según se ve claramente de la escritura 821 ya mencionada, y en esa liquidación Ignacio y Julio se adjudicaron y se hicieron cargo del pasivo y activo de la sociedad, luego en ellos radicó desde el momento de la liquidación, la personería para demandar los créditos, así como quedaron obligados a la solución de las obligaciones, entre aquéllos el constituído por Chedraue, y esa liquidación y esa adjudicación les dieron la personería para reclamar en juicio el crédito cuya efectividad hoy se demanda.

Vistas así las cosas, tampoco encuentra la Corte violación de las normas sustantivas citadas en el cargo que se estudia.

En cuanto a que FADUL HNOS. hubieran endosado el crédito, para el cobro, al Banco Mercantil Americano, es un asunto que no incide en casación ni en el litigio, porque el Banco lo reendosó a los endonsantes, de manera que es el titular el que cobra el valor de la obligación, el que tiene la personería, y ese reendoso deja las cosas en el estado anterior, como si el endoso primitivo no hubiera nunca existido.

Por último, no puede sostenerse que el documento cuya efectividad se demanda en este juicio, sea aún de la sociedad FADUL HERMANOS, por dos razones: a) porque cuando se otorgó, dicha sociedad había terminado por la expiración del plazo fijado para su existencia; y b) porque bien claramente se ve en la escritura 821 que esa sociedad se liquidó, que cuando esto se hizo ya estaba suscrito el pagaré que hoy se demanda y que el activo y pasivo de tal compañía fue adjudicado a los socios Ignacio y Julio Fadul. Por todo lo anterior no se aceptan los cargos a que se refiere el capítulo que acaba de estudiarse.

El recurrente sostiene que hay inexistencia o nulidad de la obligación que hoy se demanda y por ese concepto acusa la sentencia del Tribunal en cuanto éste sostiene la tesis contraria y estima como violadas las disposiciones que señaló en el capítulo que acaba de estudiarse.

La Corte considera: La excepción de inexistencia o nulidad de la obligación que se demanda se funda en que el documento suscrito por Chedraue a favor de FADUL HERMANOS no fue otorgado a una persona existente sino a una sociedad disuelta, contra expresa prohibición de la ley y por lo tanto el contrato es nulo o ineficaz.

Pero si se tiene en cuenta que el documento, mejor el contrato, debe interpretarse celebrado con la sociedad FADUL HERMANOS en estado de liquidación, y si se considera que el liquidador puede celebrar las convenciones tendientes a la realización de aquélla, se concluye que el cargo no puede prosperar. Además se observa, en corroboración a lo anterior, que no es la extinguida sociedad FADUL HERMANOS la que demanda el pago del crédito, sino un adjudicatario en parte de ese crédito, en virtud de la liquidación de esa compañía.

Este cargo tampoco puede triunfar.

El demandado propuso la excepción de transacción o pago y el Tribunal no la declaró probada. Ese extremo de la sentencia ha sido impugnado por el recurrente demandante, quien acusa la sentencia al respecto por violación de los artículos 2469, 2483, 1625 y 1634 del Código Civil.

violaciones provenientes del error de hecho, en que en su concepto incurrió el fallador al apreciar las pruebas que sustentan la excepción de que se ha hecho mérito.

El demandado Chedraue, para demostrar la transacción presentó un documento en el cual se declara deudor de Julio Fadul Z. por la cantidad de mil pesos moneda corriente, suma esta, según se dice en el contrato, "que forma parte de la de quince mil quinientos pesos moneda corriente por la cual hemos arreglado en la fecha la ejecución que mi acreedor Fadul me seguía ante el Juzgado Primero del Circuito de Girardot". El Tribunal observó al respecto que como no se demostró que la acreencia que hoy se cobra en este juicio, hubiera sido la misma que se demandaba ejecutivamente, mal puede declararse establecida la transacción o comprobado el pago de lo que hoy se demanda.

La Corte considera: El error de hecho para que sea operante en casación debe aparecer de manifiesto en los autos, y puede provenir ya de la interpretación errónea de una prueba, o ya de la falta de apreciación de un elemento probatorio capaz de demostrar una evidencia contraria. Ahora bien: al deducir el Tribunal que no se demostró que la ejecución que sigue Fadul contra Chedraue hubiera sido iniciada para obtener la efectividad del crédito que hoy se cobra, no encuentra la Corte el error de hecho manifiesto requerido para casar la sentencia por dos razones: a) porque efectivamente del documento presentado para sustentar la excepción, no puede desprenderse que se refiera al crédito que hoy se demanda; y b), porque no existe ningún dato o elemento en el proceso que demuestre que la ejecución ya mencionada hubiera sido por causa del crédito que hoy se cobra. Refuerzan lo anterior las siguientes consideraciones: no aparece que el documento cuyo valor se demanda en este juicio, haya figurado en ningún otro, y parece natural, mientras no haya una explicación al respecto, que no se encuentra en autos, que si la ejecución seguida por Fadul contra Chedraue, fue motivada, en parte por esa obligación, el documento hubiera figurado en ese ejecutivo y estuviera por lo tanto desglosado. Además, si el mismo recurrente ha alegado la prescripción de la obligación, ese hecho está indicando que ésta no había sido extinguida por transacción o pago.

El demandado propuso la excepción de prescripción de la acción fundado en los artículos 894 y 902 del C. de Comercio, alegando que han transcurrido mucho más de cuatro años desde que se venció el pagaré que se cobra en este juicio.

El fallador encontró que esta defensa no podía prosperar y se expresó así, en lo pertinente: "Ahora bien: La acción de cobro que el señor Fadul dedujo en este juicio, lo ha sido con base en un pagaré que demuestra, no sólo el contrato de cambio, sino el que dio origen a la emisión de dicho instrumento, o sea la compra de unas mercancías hecha por los beneficiarios al obligado; luego si bien es verdad que la acción nacida del instrumento se halla prescrita por haber transcurrido mucho más de cuatro años desde la fecha del vencimiento a la en que se notificó la demanda, no alcanzó a ser la de veinte años que rige para el precio de las mercancías vendidas, por lo cual la excepción de prescripción de la acción que se considera, no puede prosperar".

El recurrente ataca la conclusión del Tribunal y sostiene que esa parte del fallo viola los artículos 902 y 894 del C. de Comercio, relacionados con el 900 de la misma obra. Agrega además que la Ley 46 de 1923 que reglamentó lo concerniente a instrumentos negociables no puede ser traída ni aplicada a este litigio porque su vigencia es posterior en muchos años al otorgamiento del pagaré y a su vencimiento.

El opositor sostiene que el cargo hecho "no hiere eficazmente el fallo, es por lo menos notoriamente deficiente", y se

funda en que el Tribunal no dio en rigor de verdad aplicación a ninguno de los preceptos de la Ley 46 citada sino que apenas se refirió a ella, para afirmar que como dicho estatuto nada preceptuó en lo tocante a la prescripción de las acciones surgidas de los instrumentos negociablse, ésta se cumple de conformidad con los principios del C. de Comercio.

La Corte estima que el opositor está en lo cierto al sostener que el Tribunal no se fundó para negar la excepción de prescripción en la Ley 46 de 1923 sino que apenas se refirió a ella para ilustrar la materia y para aseverar, lo cual es exacto, que dicha ley no habló sobre prescripción de las letras de cambio, pagarés y en general de los instrumentos negociables y que por lo tanto rigen al respecto las disposiciones del Código de Comercio.

Si lo anterior es aceptable, también lo es que el cargo hecho a la sentencia, en la parte que se estudia, está técnicamente formulado, con toda claridad y precisión y el recurrente señala como violados, por varios conceptos, los artículos 902, 894 y 900 del C. de Comercio y desde su punto de vista argumenta en pro de su tesis.

Estando, pues, debidamente formulado el cargo, la Corte debe estudiarlo y para esto se considera: Lo que existe en el fondo es una confusión entre los vales o pagarés a que se refiere el artículo 899 del C. de Comercio y las simples y comunes obligaciones de deber. El vale o pagaré, como las libranzas comerciales, como las letras de cambio, son promesas incondicionales de pago hechas por escrito y sometidas en cuanto a su endoso, negociación, rechazo, protesto, etc, a las disposiciones del C. de Comercio. Esta clase de instrumentos, que hacen relación al contrato de cambio, no son susceptibles de ser heridos, en virtud de la incondicionalidad de la obligación, por algunas de las excepciones que pueden oponerse cuando se trata de hacer exigible una obligación no proveniente de una letra, pagaré o vale. Dos comerciantes que contratan, pueden u otorgarse una letra, vale o pagaré o libranza, instrumentos configurados por el C. de Comercio, o una simple obligación de deber, instrumento de índole civil y que se reglamenta por las disposiciones de ese Código, para los efectos de la prescripción. Un ejemplo aclara lo anterior: Un comerciante que suscriba a favor de otro una obligación proveniente de una compraventa de mercancías, puede cuando se le demande para el pago de aquéllas, proponer ciertas excepciones, como la non **adimpleti contratus** como sería si alegara que o no le habían sido entregadas todas las mercancías o se le habían entregado otras de distinta calidad. Mas si en lugar de ese documento el comerciante comprador gira una letra o un pagaré al comerciante vendedor, la excepción de que se viene tratando no sería admisible, sencillamente por la orden incondicional de pago que contiene la letra, el pagaré o la libranza. Como la letra de cambio, el pagaré o vale, especies de un mismo género comercial, están cobijadas por unas mismas disposiciones del C. de Comercio en cuanto al vencimiento, endoso, solidaridad, aval, pago, protesto y recambio, operaciones algunas de éstas de que no son susceptibles los simples documentos de deber, de carácter civil, es lógico que el legislador en el artículo 902 del C. de Comercio, haya establecido que la prescripción respecto de los vales o pagarés es la de cuatro años estatuída por el artículo 894 del C. de Comercio.

Los expositores colombianos sobre instrumentos negociables, como el profesor Emilio Robledo Uribe, y los extranjeros como Wiliston y Richardson, hacen notar las diferencias sustanciales de fondo, forma y negociación entre los instrumentos negociables de que se viene tratando y las demás obligaciones aún de naturaleza comercial que no tienen ese carácter. El expositor primeramente citado al anotar una de esas diferencias se expresa así: "El cecionario de un instrumento civil no nego-

ciable, está sujeto a todas las excepciones que el deudor podría oponer contra el cedente. El cesionario, por negociación regular de un instrumento negociable, adquiere el instrumento libre de las excepciones que se puedan alegar contra el cedente. En tratándose de instrumentos negociables, el tenedor en debida forma adquiere un mejor derecho que su transferente, no solamente por cuanto dicho cesionario está libre de las excepciones a las cuales estaba expuesto el cedente, sino también por cuanto está libre de las acciones que contra éste pudieran promoverse". Lo anterior es exacto.

La promesa incondicional del pago, la relación a un contrato de cambio, la responsabilidad del endosante, las excepciones que pueden oponerse, son entre otras las diferencias que caracterizan y diferencian los instrumentos a que se refiere el Código de Comercio, letras, pagarés o vales y libranzas y los documentos de deber, que aún procediendo de operaciones comerciales, no reúnen las condiciones de instrumentos negociables. Y esas diferencias determinan que no sólo su modo de ser negociados o transferidos, sino la manera de pago y de extinción, se rijan por normas distintas; por el Código de Comercio en unos casos, por el Civil en otros".

Consideradas así las cosas y teniendo en cuenta que un pagaré o vale en el sentido del C. de Comercio es muy diferente de un documento que aunque de procedencia comercial no tenga la configuración legal del vale o pagaré comercial, se concluye que la prescripción para los primeros, o sea los vales o pagarés a que se refiere el C. de Comercio, o sea cuatro años, no es la misma que para los segundos, o sea para los documentos comunes que entonces es de veinte años, respecto de la acción ordinaria.

La confusión de que se ha hablado, depende además de lo anterior, que es fundamental, en que no se ha parado mientes en que los comerciantes pueden, en el giro de sus operaciones, hacer constar éstas por medio de instrumentos negociables o de instrumentos que no tengan ese carácter.

La doctrina de los autores y la jurisprudencia al respecto antes de la expedición de la Ley 46 de 1923, era también la que acaba de exponerse. La Ley 46 de 1923 elevó a la categoría de norma esa doctrina y esa jurisprudencia. La promesa incondicional de un pagaré comercial, que es lo que lo caracteriza, está consagrada por el artículo 185 de dicha Ley, los pagarés comerciales, letras de cambio, el cheque, los giros, las libranzas y los cupones, forman la categoría de los instrumentos negociables, según el artículo 1º de dicha Ley que se diferencian de los demás documentos de deber; el tenedor en debida forma de un instrumento negociable posee el instrumento libre de excepciones que puedan proponerse las partes entre sí y puede exigir el pago por el monto total contra todas las partes obligadas (artículo 59). Al citar la Ley 46 no es que la Corte la aplique al caso del pleito, sino que se refiere a ella como elemento que corrobora y aclara la antigua doctrina de que ya se ha hecho mérito y que es la que se sigue en esta sentencia.

Ahora bien: Como el documento cuyo pago hoy se demanda no es un vale o pagaré de aquellos a que se refiere el artículo 899 del C. de Comercio, por lo ya dicho —basta la lectura de ese documento para corroborar lo anterior— queda entonces en la categoría de un documento de deber, sometido a las disposiciones del C. Civil y por ende a la prescripción en la forma establecida por éste, y como entre la fecha en que se venció el documento y la notificación de la demanda no transcurrieron los veinte años a que se refiere el artículo 2.356 de la obra citada, se concluye que la excepción de prescripción no puede deducirse y entonces por los conceptos expresados en el estudio de este cargo, se llega al respecto a la misma conclusión del fallador, cuya doctrina queda

en esta parte rectificada por cuanto no es aceptable la dualidad contractual que pretendió establecer en un mismo instrumento.

No pudieron por lo expuesto ser violados los artículos que el recurrente señala como quebrantados en el cargo en que se ocupa la Corte, el cual se declara, por lo tanto, no fundado.

El apoderado del demandante recurrente, limita su recurso en cuanto la sentencia no condenó sino la mitad de lo pedido. Para dicho apoderado la condenación debe ser al monto de lo demandado y por eso se expresa así: "Creo haber dejado establecido que la sentencia en que me ocupo, al negar al actor el derecho de cobrar la totalidad de la obligación contraída por el demandado, incide en error de derecho y viola leyes sustantivas. En tal virtud, solicito se infirme dicha sentencia, y en su lugar se confirme la que desató la litis en primera instancia, proferida por el Juzgado de Circuito de Girardot el treinta de agosto de mil novecientos treinta y nueve".

En este concepto acusa la sentencia fundado en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, y cita como violados los artículos 1620, 1618, 1622, 1759, 1928, 1929 y 1634 del C. Civil.

La Corte considera: Después de disuelta la primitiva sociedad FADUL HERMANOS y liquidada por la escritura 821 ya mencionada, Julio e Ignacio Fadul constituyeron una sociedad regular colectiva de comercio, con domicilio en Girardot y bajo la razón social "Fadul Hermanos", según consta de la escritura 524 de 23 de junio de 1930 corrida ante el Notario de Girardot. Esta sociedad se fundó con un capital de $ 6.000 moneda corriente aportado por partes iguales por los socios y fue elevado a $ 75.000, aportados también por partes iguales, según se ve de la escritura 530 de 26 de junio del citado año y de la misma Notaría. Por instrumento público 380 de 14 de junio de 1921 de la Notaría de Girardot, Ignacio y Julio Fadul declararon disuelta la sociedad que habían constituído por medio de la escritura 524 ya citada y declararon que el socio Julio Fadul queda hecho cargo del activo y pasivo de la sociedad y responderá en todas las obligaciones contraídas por ella.

Sobre estas bases el Tribunal dice lo siguiente: "Así, pues, al suscribirse por el señor Chedraue el pagaré que es materia de este juicio en favor de "Fadul Hermanos", no lo fue propiamente en favor de dicha sociedad en funcionamiento, sino en favor de ella, pero en estado de liquidación; el valor de ese crédito entró o debía entrar a su haber, porque tratándose de la realización de efectos, como lo era la venta de mercancías de que proviene la deuda, esa operación era de las que podían celebrarse válidamente, porque tendía por su naturaleza a la liquidación social consecuencia necesaria del estado de disolución en que se encontraba en el acto en que la venta se formalizaba. Y aun cuando es verdad que ésta no aparece hecha por el liquidador, tampoco aparece demostrado que lo haya sido por uno de los socios, por lo cual ha de reputarse que lo fue con el acorde consentimiento de todos; y si "en el caso de hallarse todos conformes, podrán encargarse los socios de hacer la liquidación colectivamente" (artículo 536 del C. de C.), entre otras razones porque nada hay tan natural que las cosas se deshagan de la misma manera que se han hecho, es obvio que ningún reparo fundado puede hacerse a la validez de la operación que dio origen a la acreencia que por medio de este juicio se persigue.

"De consiguiente, si el valor de la citada acreencia válidamente debía entrar al haber de la sociedad "Fadul Hermanos" en liquidación" aquella suma tenía necesariamente que hacerse objeto de la distribución como hubieran tenido que serlo las mercancías enajenadas por ese precio, por lo cual no puede menos de considerarse como válida la adjudicación que de ella se hizo a los socios Ignacio y Julio Fadul

en la escritura de liquidación número 821 de 28 de noviembre de 1919 antes citada, y en la cual se les adjudicó **tanto el activo** como el pasivo de la sociedad.

"Así las cosas, y por cuanto a falta de pruebas en contrario debe presumirse igualdad de derecho entre los socios, cada uno de los citados señores hubo de adquirir en razón de dicha liquidación, la mitad del valor del expresado pagaré, sin que tal situación se modificara por concepto de la organización de la nueva sociedad "Fadul Hermanos" acordada por escritura pública número 524 de 25 de junio de 1920, y modificada luégo en cuanto a capital, por la número 530 del día siguiente; por la sencillísima razón de que en dicha organización los socios no llevaron a la nueva sociedad esta acreencia ni otra alguna, sino sumas determinadas de dinero; ni es posible deducir tal cosa del hecho de haberse convenido en el contrato social, que 'de todas las operaciones comerciales llevadas a cabo por Julio e Ignacio Fadul responde por completo la casa "Fadul Hermanos" que hoy se constituye y legaliza, por el presente instrumento público'; porque ni aquí se expresa que el acuerdo se refiera a operaciones pasadas, ni la de que se trata aparece acordada por uno de los contratantes, sino por la sociedad misma, ni ella generaba una obligación a cargo sino en favor de la misma sociedad".

El recurrente sostiene que el fallador interpretó erróneamente algunas de las cláusulas de las escrituras públicas 524 y 380 ya citadas, error de hecho que lo llevó a la violación de las normas sustantivas ya mencionadas. Para el recurrente el crédito que se demanda ingresó al patrimonio de la nueva sociedad "Fadul Hermanos" y de ahí pasó al dominio exclusivo de Julio Fadul Z. en virtud de la liquidación y disolución de que da cuenta la escritura 380. En síntesis ésta es la argumentación del recurrente:

Para que el error en la apreciación de la prueba incida en casación, debe aparecer de manifiesto en los autos, error que puede provenir de falta de apreciación o de mala apreciación de la prueba. Según se ve de la demanda del recurrente demandante, su argumentación se enfoca sobre el extremo de la apreciación errónea de algunas de las cláusulas de las escrituras 524 y 380 citadas ya.

La cláusula tercera de la escritura 524 dice así: "El capital de la sociedad es de seis mil pesos moneda corriente introducido o aportado por partes iguales por los socios, pudiendo aumentarse ese capital cuando así lo resuelvan los socios, haciendo constar el aumento en los libros de la sociedad o en escritura pública debidamente registrada". La cláusula única de la escritura 530 dice así en lo pertinente: "Comparecieron los señores Julio Fadul e Ignacio Fadul, varones mayores de edad, vecinos de Girardot a quienes conozco personalmente y expusieron que por instrumento público número quinientos veinticuatro (524) otorgado en esta Notaría el veintitrés del presente mes, los comparecientes constituyeron con domicilio en esta ciudad una sociedad regular colectiva de comercio que gira bajo la razón social de "Fadul Hermanos". Que hoy por la presente escritura modifican el contrato social en el sentido de elevar a setenta y cinco mil pesos ($ 75.000) moneda corriente el capital de la casa mercantil, aportando para ese aumento sumas iguales los dos socios. Que en todo lo demás quedan vigentes las estipulaciones de la escritura constitutiva".

El Tribunal sostiene que a la nueva sociedad "Fadul Hermanos" no llevaron los socios la acreencia que se demanda en este juicio ni ninguna otra, sino sumas determinadas de dinero. De la transcripción de las cláusulas anteriores se concluye rectamente que el Tribunal no erró en esa apreciación, porque en efecto consta en esos instrumentos que el aporte de los socios fue en dinero y esa declaración hace fe contra ellos. No hay por este concepto error de hecho, que lleve a la violación de ninguna norma sustantiva.

Mas el recurrente cree ver y sostiene que por el hecho de que en la escritura 524 se dijo que "De todas las operaciones comerciales llevadas a cabo por Julio e Ignacio Fadul desde que se liquidó y disolvió la sociedad que en este lugar tenían con Teófilo Fadul, responde por completo la casa "Fadul Hermanos" que hoy se constituye y legaliza por el presente instrumento público y por el hecho de que al haberse liquidado la nueva sociedad "Fadul Hermanos" Julio Fadul hubiera quedado con el activo y pasivo de esa sociedad, el demandante Julio Fadul Z. llegó a ser dueño de la totalidad del crédito que hoy se demanda.

No encuentra la Corte tampoco error manifiesto en el Tribunal al llegar a la conclusión contraria a la sostenida por el recurrente, en el aparte del fallo que ya quedó transcrito y esa conclusión se respalda con las siguientes observaciones: a) En la cláusula décima transcrita se dijo que de todas las operaciones comerciales llevadas a cabo por Julio e Ignacio Fadul, desde que se disolvió la primitiva sociedad "Fadul Hermanos" respondería la nueva sociedad. Obsérvese que no se estipuló, ni se dijo que de las operaciones llevadas a cabo por la antigua sociedad "Fadul Hermanos", respondería la nueva sociedad, sino de las llevadas a término por dos de los socios, y es sabido que los socios forman una persona distinta a la sociedad. No puede deducirse ciertamente que el alcance de esa cláusula pueda ser la incorporación en su activo del crédito que hoy se demanda, máxime si se tiene en cuenta, que está establecido que Julio e Ignacio Fadul no aportaron créditos sino dinero a la nueva sociedad; b) al liquidarse la nueva sociedad "Fadul Hermanos" y hacerse cargo Julio Fadul del activo y pasivo de ella no puede concluírse que por este hecho quedó dueño exclusivo del crédito que hoy se cobra, porque ya se vio que ese crédito no ingresó al activo de la nueva sociedad "Fadul Hermanos".

El fallador partió de una presunción legal, que no está desvirtuada en el proceso, a saber: que en la liquidación de la primitiva sociedad "Fadul Hermanos" el crédito que hoy se demanda se adjudicó por iguales partes a Ignacio y Julio Fadul, y esa presunción debe mantenerse, a menos de prueba en contrario. Si esto es así, y si no está establecido que Julio Fadul es el dueño exclusivo del crédito, es claro que no puede cobrar sino la mitad de él como lo resolvió el Tribunal.

En las conclusiones del fallador, por lo visto y analizado, y por el concepto que se estudia, tampoco encuentra la Corte violación de las normas citadas en el recurso, debida a una errónea apreciación de las pruebas.

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. Sin costas por haber recurrido ambas partes.

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 propiedad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

En la culpa contractual la sola falta de uno de los contratantes, aunque a ella enfrente el otro un estricto cumplimiento de lo de su cargo, no es suficiente para demandar esta indemnización, sino que le es preciso comprobar que con aquello se ha perjudicado. De ahí que siempre el demandante por perjuicios tenga que demostrarlos, salvo casos excepcionales de que da ejemplo el artículo 1617 del C. C. en su regla 2ª, que los presume.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor Hermides Padilla por medio de apoderado demandó a la Westinghouse Electric International Company, sociedad comercial domiciliada en Nueva York, número 150 de la calle Broadway, a fin de que en sentencia dictada en vía ordinaria se la condene a pagarle, con más los intereses corrientes desde el 1º de agoto de 1936 y las costas del juicio, "la suma de veintinueve mil dóllars de los EE. UU. o su equivalente en moneda colombiana al tipo de cambio que rija en la Bolsa de Bogotá el día del pago para las operaciones entre particulares, —o la suma que en definitiva resulte probada en este juicio, que puede ser mayor o menor que la anunciada— por concepto de comisiones, indemnizaciones o compensaciones a consecuencia de los hechos que se probarán en este juicio".

Como fundamentales expone los que se resumen así: entre la casa demandada, productora de equipos de Rayos X y de aparatos electromédicos, y el señor Padilla, cuya profesión es la de comisionista para vender, se perfeccionó un contrato en cuya virtud aquélla dio su representación a éste con el carácter de distribuidor o comisionista para vender, mediante la remuneración del 45% sobre la cuantía de cada negocio en Colombia; en ejecución de ese contrato Padilla adelantó negocios de esa casa hasta el 1º de agosto de 1936 en que ella lo rompió unilateralmente sin razón justificativa alguna de que Padilla fuese responsable; para esa fecha Padilla tenía iniciadas y adelantadas en vía de realización varias operaciones de venta de productos de esa casa, así: una por valor de $ 9.625 dóllars con el doctor Carlos Quintero Hernández; una por valor de $ 12.750 dóllars, con el Departamento Nacional de Higiene; una con el Departamento de Antioquia, por $ 4.500 dóllars; una con el doctor Paulo Emilio Falla, por $ 2.950 dóllars; una con el doctor Gonzalo Esguerra Gómez, por $ 7.495 dóllars; una con el Ministerio de Guerra, por $ 9.790 dóllars, y una para el Hospital de Honda por $ 1.700 dóllars; estos negocios suman $ 48.810, cuyo 45% de comisión es $ 21.964.50 en dicha moneda; en desempeño de sus comisiones y el interés de la Compañía Padilla hizo gastos varios, inclusive viajes en Colombia y a los Estados Unidos, que suman más de $ 2.000; con la cancelación intempestiva del contrato y otros actos ejecutados en nombre de la Compañía y por ella, ésta causó a Padilla perjuicios que él estima en $ 5.000 dóllars. Estas partidas forman el total demandado.

A estos hechos agrega la demanda los

referentes a la diligencia y consagración de Padilla al servicio de la casa comitente por largos años, al expreso reconocimiento por ella del carácter de agente o comisionista o distribuidor suyo en el señor Padilla, a lo indebido e intempestivo del rompimiento por ella del contrato existente entre ella y él, así como a que tal rompimiento frustró las más de las operaciones a la sazón en curso y, en la que no frustró, sí apartó a Padilla de toda ingerencia posterior a dicho 1º de agosto con ánimo de privarlo de su remuneración.

Se agrega también como hecho una operación realizada antes en que la casa pagó su comisión a Padilla, dato confirmatorio del contrato.

El Juzgado desató el litigio en fallo de 3 de mayo de 1938 que condena a la Compañía a pagar a Padilla por concepto de comisiones $ 2.563.11 en moneda colombiana y los gastos de correspondencia epistolar y cablegráfica, cuya fijación remitió a la ejecución de la sentencia.

Ambas partes apelaron, y después de su tramitación legal, la segunda instancia se cerró el 12 de noviembre de 1940 con la sentencia del Tribunal materia del presente recurso, que revoca la del Juez y absuelve a la parte demandada.

El demandante en su alegato de casación acusa de error de hecho y de derecho en la apreciación de ciertas pruebas y en la consiguiente violación de las disposiciones sustantivas que indica, y acusa también por violación directa de disposiciones legales sustantivas, igualmente indicadas en su demanda. Cuáles sean tales pruebas y disposiciones, se irá viendo en el estudio de los cargos, que se resumen como pasa a verse siguiendo el orden en que el recurrente los formula.

I. Como la cuestión cardinal está en si hubo o nó entre las actuales partes litigantes el contrato afirmado por el actor, es lo natural que éste sea en su demanda de casación el tema primario. Y en efecto, en el primer capítulo en que agrupa y expone sus cargos analiza las cartas cruzadas entre Padilla y la Compañía en forma encaminada a hacer ver que ellas demuestran la celebración del contrato y que, por ende, el Tribunal erró en la apreciación de esta prueba al no reconocerlo así.

El alegato de casación las cita una a una y transcribe las más, insistiendo sobre las frases que más se adecúan a su propósito en referencia. En lo esencial o principal son éstas, dirigidas por la Compañía a Padilla: en primer lugar, la de 16 de noviembre de 1932, en la cual en tono que implica aceptación se refiere ella al pedido o negocio adelantado por él con el doctor Esguerra Gómez, carta en la cual la casa hace la salvedad de que sus conceptos y actuación no implican reconocimiento de Padilla como su agente o representante; y la de 10 de mayo de 1934 en que, si bien la casa le advierte que es costumbre suya estudiar o ensayar previamente los candidatos para su representación, por lo cual no se la confiere aún, le agrega que está dispuseta, eso sí, a que él venda sus productos, para lo cual le suministrará "los catálogos necesarios y los descuentos de distribuidor", y termina diciéndole que si recibe referencias financieras satisfactorias de Padilla, le escribirá confirmando la opinión de ella respecto de que la Compañía de él actúe como distribuidora de dichos productos en Colombia. El recurrente anota contraste entre esas dos cartas, en cuanto en la primera se hace la advertencia antedicha encaminada a resguardarse la casa contra la posible creencia de que Padilla se tenga por su representante, y en la segunda le habla de confirmar, esto es, de reafirmar un hecho existente y de ahí deduce aquél el concepto de que lo que faltaba para mayo de 1941, no era del todo una vinculación contractual, sino sólo un contrato estable o de duración fija.

El 11 de junio de 1935 la casa le presenta excusas por la demora en contestarle cables y cartas sobre los negocios allí aludidos, le ofrece que ésto no se repetirá y le hace presente la conveniencia de no repetirlo por el interés de la casa misma y su experiencia en el comercio de exportación que la lleva a darse cuenta

de que "el servicio adecuado es esencial para el buen éxito del distribuidor" y agrega: "y nosotros, como fabricantes, no podemos tener buen éxito si el distribuidor no lo tiene". Adelante le dice la misma carta que vendrá a Colombia el señor Rogers, quien complementará el servicio de la oficina en Medellín y que la casa en conjunto quedará en excelente posición para "ayudar a usted en el desarrollo de este negocio de los Rayos X". Esa carta contiene este concepto: "Nos ha impresionado la activa y dinámica manera con que usted ha tomado el asunto de la distribución, y sentimos que haya ocurrido el incidente que dio ocasión a su carta del 1º de julio".

En la de 21 del mismo junio, respondiendo la exigencia de pago de ciertos gastos que le hace Padilla, le dice: "El señor Rogers discutirá toda la cuestión con usted... gastos incidentales como sus cables y correspondencia, están normalmente a cargo del distribuidor en tales casos, y creo que después de considerar el punto en su más amplio sentido, usted estará de acuerdo con nosotros".

La de 22 de octubre de ese año (1935) contiene este párrafo: "Hemos estado contestando a muchas cartas suyas de fechas pasadas, y queremos advertirle que esto no es solamente atención a la vieja correspondencia no contestada, sino el principio de una nueva política que pensamos seguir con usted y todos nuestros demás distribuidores y que consistirá en respuestas inmediatas y oportunas".

Trasladado Padilla a los Estados Unidos en mayo de 1936, la casa dirigió a su sucursal en Kansas una carta que dice: "Sirve la presente para introducir al señor Hermídes Padilla, distribuidor de los Rayos X para la Westinghouse Electric International Company en Bogotá, Colombia".

Advierte el recurrente que esas cartas por el modo como figuran en autos y por estar algunas expresamente reconocidas, como la de Kansas, tienen el valor probatorio que les asignan los artículos 637 y 645 del C. J., que el Tribunal les desconoció, y que con esto erró en la apreciación de esa prueba y consiguientemente violó los artículos 2149 del C. C. y 182, 183, 331 y 333 del C. de C. que permiten ajustar un mandato en esa forma y que, de otro lado, autorizan a los comerciantes para contratar válidamente así, salvo sólo cuando la ley exija solemnidades especiales, de que no se trata o a que no hay lugar en el presente caso.

II. Aquí formula el cargo de violación de estas disposiciones por error de hecho manifiesto en la apreciación de las mencionadas cartas, manifestando que sólo no tomándolas en cuenta o leyéndoles lo que no rezan fue como se desconoció la existencia de ese contrato.

III. Aquí analiza la documentación relativa al contrato anterior que tuvo su pleno desarrollo y en el cual recibió Padilla su comisión, o sea el que se hizo con la Casa de Salud de Marly. Lo aduce el recurrente como comprobación de la vinculación contractual entre los actuales litigantes y para formular el cargo de error por no haber reconocido esta prueba y consiguientemente el de violación de los artículos 331, 333, 334, 338 y siguientes del C. Co., en el mismo sentido ya expresado.

IV. Aquí estudia la documentación del pedido del doctor Quintero Hernández de 23 de julio de 1936 y formula el cargo de error en su apreciación en relación, tanto con la realidad del pedido y de su fracaso por el intempestivo rompimiento citado de 1º de agosto, cuanto con la existencia de este contrato y su rompimiento por la casa. De ahí deduce el cargo de error de hecho y de derecho en la apreciación de este elemento probatorio que en parte no tomó en cuenta y que en parte no acogió con todo su valor a la luz de los artículos 207, 637, 645 y 663 a 665 del C. J.

V. Aquí del estudio de las pruebas referentes al pedido de la Higiene Nacional deduce el cargo de error de derecho y de hecho en su apreciación y el de consi-

guiente violación del artículo 632, entre otros, del C. J., 2150 y 2184 del C. C. y 333, 341, 361, 379 y 381 del C. Co., por cuanto el Tribunal a pesar de todo niega a Padilla su remuneración de comisionista, la que debe reconocérsele en este negocio, en el de Quintero y en el del Hospital de Honda entre otros, remuneración a que hay lugar aunque el negocio se frustre en casos como éste.

VI. Del propio modo e incurriendo en dicha violación, el Tribunal erró en la apreciación de la carta de 24 de julio de 1936 en que la casa por sí y ante sí y sin culpa alguna achacable a Padilla, rompe el contrato en momentos en que Padilla tenía iniciados, adelantados y asegurados los pedidos antedichos y, con ellos, su remuneración, la que el Tribunal le desconoce.

VII. Estudia aquí el pedido del Hospital de Honda, con cargos iguales a los antedichos por errores en la apreciación de las pruebas, negación del contrato de comisión y desconocimiento del derecho del comisionista.

VIII. Bajo el epígrafe "Errores de hecho en la interpretación de la demanda", formula estos cargos: el Tribunal, creyendo necesario un contrato formal y no hallándolo en la correspondencia, partió de su inexistencia como base de su razonamiento y, además, no halló nada en los pedidos iniciados y adelantados por Padilla, por no haberse consumado o porque el que se consumó no culminó en sus manos, y con esto el Tribunal, a más de incurrir en los errores anotados en los capítulos precedentes, desconoció que uno de los fundamentos de la demanda es cabalmente el haber frustrado la Compañía esas operaciones; de suerte que el actor se refiere a ellas ante las disposiciones legales que autorizan al comisionista y en general al mandatario para recibir su remuneración aunque el respectivo negocio no se realice, en casos como los del presente juicio. De ahí que quebrantara, de un lado el artículo 471 del C. J. en su inciso final, y de otro, el 381 del C. Co., así como el 2149 del C. C. Ante este último puede bastar para que haya mandato "la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otro", y el Tribunal incurre en la contradicción de negar que lo hubo entre los actuales contendores, a pesar de reconocer expresamente que hubo por parte de la Compañía aquiescencia para que el demandante actual le buscara clientes e hiciese propaganda a sus productos con el halago del referido 45 por 100 de comisión.

IX. En este capítulo final de sus grupos de cargos formula el recurrente el de violación directa de estas disposiciones: 1º Del artículo 341 del C. Co. que prohibe al comitente revocar a su arbitrio la comisión aceptada; lo quebranta el Tribunal aceptando lo hecho por la Compañía para romper la comisión, no obstante que su proceder implica revocación de este contrato, existente por lo menos en razón de la aquiescencia tácita que el Tribunal sí encuentra; 2º Del artículo 2149 del C. C. en concordancia con el 2184 del mismo en su inciso final y con el 338 del C. Co., en cuanto el Tribunal no halla el referido contrato a pesar de haber al menos aquella aquiescencia, la que bastaría, aun en el evento de que las cartas analizadas no se tuviesen por comprobante eficaz; 3º Del artículo 381 del C. Co., por no haberse aplicado, negando a Padilla la reparación solicitada, sobre la cual la Compañía reconoció que sí debía pagarle algo; 4º De los artículos 2º del C. Co. y 20 de la ley 28 de 1931, porque el Tribunal desoyó lo comprobado con certificaciones de Cámaras de Comercio, en especial la de Bogotá, donde tuvieron lugar las transacciones respectivas, pues niega el pago demandado, y esa costumbre, demostrada aquí legalmente, establece que el distribuidor es un comisionista para vender con los derechos y obligaciones de éstos y que el contrato de comisión se puede probar por la correspondencia respectiva, que es lo hecho por el demandante en este juicio.

Queda así resumida la acusación del abogado demandante contra la sentencia

de segunda instancia que forma la materia de este recurso.

Se considera:

P. Es verdad que la Casa declaró neta y repetidamente a Padilla, sin que éste arguyese en contrario, que para la situación formal y permanente a que él aspiraba no procedería ella sin ensayarlo como candidato y sin informes satisfactorios sobre su posición financiera, y es verdad que no se llegó a contrato de aquella categoría; pero de ahí no puede deducirse que entre ellos no hubo contrato alguno. Y para la demanda no era necesaria la celebración de aquel preciso contrato solicitado por Padilla y diferido por la Casa para cuando quedase satisfecha sobre los aludidos puntos planteados como condición, pues bastaba demostrar que sí fue él comisionista de ella para vender, mediante alguna de las diversas formas en que nuestra ley permite ajustar un mandato en general o el especial llamado comisión, para concretar al de que aquí se trata.

Es de distinguir desde luego entre un contrato formal y de duración fija consignado, así sea innecesariamente, en documento privado y hasta en escritura pública si a tánto quieren las partes recurrir, y un contrato meramente transitorio y aun ocasional. Claro es que la posibilidad de aquél no es óbice para éste, y claro es asímismo que la existencia de éste no requiere la celebración de aquél. Así, en lo que mira a la presente controversia, el hecho incuestionable de no haberse ajustado un convenio permanente y general sobre representación de la Casa por Padilla o designación de éste por ella como su distribuidor o agente en esa calidad y pie, no puede significar que entre los dos no cupiese vinculación alguna de esa índole.

El Tribunal, al hallar que la Casa no confirió a Padilla la representación general y estable que éste deseaba y que antes bien se denegó a ello, no sin dejarle entrever un asentimiento ulterior, deduce de ahí que Padilla no fue su comisionista, y sobre este concepto basa la sentencia absolutoria.

Si el mandato puede entenderse conferido por cualquiera de los medios de que habla el artículo 2149 del C. C., entre los cuales figuran las cartas y se llega hasta la mera aquiescencia antedicha; si a otro tanto autorizan los artículos 184 y 338 del C. Co.; si éste en su artículo 2º acoge las costumbres mercantiles con autoridad de ley y ellas, demostradas aquí en legal forma, concurren a dar a la correspondencia fuerza probatoria plena para el contrato de comisión, y si, por otra parte, las cartas cruzadas entre los actuales litigantes demuestran que existió entre ellos este contrato, no puede menos de reconocerse que efectivamente el Tribunal erró al apreciarlas y violó consecuencialmente estas disposiciones sustantivas, lo que vale como decir que se justifica este cargo.

Pero esta circunstancia no determinaría por sí sola la infirmación del fallo recurrido, pues si del estudio del fondo de la controversia no se dedujera condena a cargo de la Compañía demandada y, por lo mismo, hubiera de llegarse a su absolución, inoficioso e inexplicable sería casar para reemplazar esa sentencia con otra de idéntica parte resolutiva. Ha sido por lo mismo práctica de esta Sala limitarse en casos tales a corregir los yerros de doctrina en la parte motiva de su fallo y concluír no casando el recurrido, y al propio tiempo no condenar en costas al recurrente, aplicando por analogía el art. 575 del C. J. en la parte final de su numeral 2º.

En otras palabras: para llegar a conclusión distinta del Tribunal condenando a la Casa demandada en todo o parte de lo pedido por el actor, no basta reconocer que éste fue su comisionista y que sin culpa ni motivo de él ella rompió por su sola voluntad ese contrato, sino que es preciso establecer que con su rompimiento unilateral Padilla sufrió el quebranto porque se queja y demanda.

En la culpa contractual la sola falta de una de los contratantes, aunque a ella en-

frente el otro un estricto cumplimiento de lo de su cargo, no es suficiente para demandar éste indemnización, sino que le es preciso comprobar que con aquello se ha perjudicado. De ahí, que siempre el demandante por perjuicios tenga que demostrarlos, salvo casos excepcionales de que da ejemplo el artículo 1617 del C. C. en su regla 2ª, que los presume.

Que la Casa rompió así el contrato, es hecho comprobado con su citada carta de julio de 1936, corroborada por las que dirigió después al mismo señor Padilla insistiendo en la prescindencia de él y haciéndole la oferta, que se estudiará adelante, de algún arreglo sobre lo que él le reclamaba en relación con las operaciones frustradas, según él, por su retiro intempestivo e inmotivado.

Concurre a comprobar ese rompimiento el aviso dado por el nuevo agente de la Casa en la prensa periódica de 1º de agosto de aquel año (1936).

Este paso de la Compañía impone desde luego un concepto de culpa. Pero como en algunos casos afortunadamente sucede que, aun con ésta, no se han generado perjuicios y, por tanto, aun existiendo la causa, por faltar el efecto no hay materia sobre la cual recaiga una condena a indemnizar es preciso un análisis de las pruebas para saber si está demostrado que Padilla recibió perjuicio y, caso afirmativo, cuál es éste.

Como ya se dijo, este estudio es complemento indispensable de lo expuesto atrás sobre existencia de la comisión, a fin de determinar si la sentencia recurrida se infirma y, si ha de infirmarse, cómo debe pronunciarse la que la sustituya.

De los varios sumandos con que el libelo forma los $ 29.000 moneda americana que totalizan su demanda, el primero consiste en el 45% sobre el valor de los pedidos que aquél discrimina como ya se vio. Respecto de ellos, según sus afirmaciones, sólo el del Hospital de Honda culminó meses más tarde, y los demás fracasaron, sin que esto pueda privar al demandante de su remuneración, en su sentir, porque si no culminaron en una realidad, fue por su retiro.

El derecho de Padilla a remuneración y la obligación concomitante de la Compañía de pagársela dependían de la realidad de cada negocio, al punto de que, por decirlo así, el pago de la cuota de Padilla en que su remuneración consistía, prácticamente podía considerarse tomado o deducido de lo que por el total del respectivo pedido hubiese recibido la Compañía previamente. Esto hace ver la calidad de condicional de aquella obligación. Aunque en este sentido no han discutido las partes, no sobrará citar en corroboración las cartas cruzadas entre ellos, algunas de las cuales se citaron ya aquí al resumir los cargos del recurrente y además son de citarse por su pertinencia las de 16 de noviembre y 22 de diciembre de 1932 y 21 de junio de 1933 y 10 de mayo de 1934, cuya traducción se lee en el cuaderno 5º, folios 29 a 32.

De paso se advierte que, tanto el tono inequívoco de esas y demás cartas aludidas, como declaraciones expresas de la Casa en las que dirigió a los doctores Falla Orozco y Esguerra López y al señor Ernesto V. Duperly, clientes presentados a ella por Padilla (folios 33, 41 a 44 y 116 **ibídem**), demuestran que la Casa consideraba a Padilla como su comisionista, al punto de indicárselo como tal a su clientela designándolo con la palabra **distribuidor.** La relación entre este vocablo y el de **comisionista,** en pie de igualdad, está afirmada por las Cámaras de Comercio cuyos informes y conceptos, solicitados como prueba para establecer la costumbre general, se citarán adelante.

El recurrente halla erróneo el razonamiento en cuya virtud se considera libre a la Compañía del pago de la remuneración porque las operaciones no se realizaron, porque, según reclama, su demanda misma advierte que no hubo tal realización en las más de ellas, y no se funda en que la hubiera sino en que dejó de ha-

berla, partiendo, para demandar sobre esta base, de que si se frustraron fue por la culpa de la Compañía, la cual no puede defenderse por este motivo, en fuerza del consabido **meno auditur.**

En efecto, su demanda tiene ese punto de partida y no puede la negativa fundarse en que no hubo operaciones realizadas, sino que para fallar, dada la forma como el debate se planteó y ha sostenido, forzoso es indagar si las que estaban en curso al ser retirado Padilla se hallaban adelantadas por él en un estado que lógicamente conduzca a conceptuar que se habrían realizado sin su retiro. Como ya se vio, a su remuneración no había lugar sino sobre negociaciones efectuadas.

La iniciativa y tenacidad de Padilla condujo a un pedido del doctor Paulo Emilio Falla Orozco, quien exigió para contratar sobre los objetos y precios indicados en la respectiva nota, como condición, una rebaja de cuya concesión no da fe el proceso. Si, pues, la negociación fue condicional y la condición no se cumplió, no puede darse aquélla por realizada o siquiera por firme. Además, en la carta en que el doctor Falla contesta ciertas preguntas de Padilla, apenas sugiere como una probabilidad su idea de que la permanencia de éste hubiera llevado ese proyecto a su culminación. Al declarar como testigo dice: "Me incliné" a contratar por las gestiones de Padilla, y añade: "Probablemente habría hecho yo el pedido, de no haber sido Padilla privado de la agencia de la Casa"; y al reconocer su aludida carta, manifiesta: "No recuerdo si el pedido no se hizo o porque no nos avinimos en el precio o por la retirada de la Casa del señor Padilla". (Folio 12, cuaderno 8º).

Análoga es la negociación adelantada con el doctor Gonzalo Esguerra Gómez según la carta de éste del folio 19 del cuaderno 5º, reconocida ante el Tribunal (cuaderno 8º, folios 14 v. y 15) y según su declaración como testigo (folio 35, cuaderno 9º).

Iguales reflexiones caben sobre las negociaciones con el Ministerio de Guerra, en cuanto no se hallaban en estado de darlas por cerradas o firmes cuando sobrevino el retiro de Padilla (cuaderno 1º, folio 41 y siguientes, cuaderno 5º, folios 41 a 44).

Con la Dirección Nacional de Higiene llegó Padilla al pedido de 28 de julio de 1936, cancelado el 5 de noviembre del mismo año (cuanderno 5º, folio 20, cuaderno 6º, folio 9 y cuaderno 9º, folios 14 y 15). El sostiene que la cancelación se debió a su reemplazo por personas menos capacitadas por no estar al tanto de lo necesario para que la operación se concluyese y culminara y también menos activas, que se dejaron ganar de mano por otros fabricantes con quienes después dicha Dirección vino a contratar. Pero a más de que éstas conjeturas y afirmaciones del demandante no están fundamentadas en el proceso, obra el certificado (cuaderno 6º, folio 9) que acredita que no se insistió sobre compra a la Westinghouse por motivos de orden técnico que hicieron preferibles los productos de la Casa con que después se contrató. La pieza que se está citando contiene detallado informe al respecto.

Los comprobantes sobre la negociación con el Departamento de Antioquia indican también para ésta una situación análoga a la de las anteriores. El doctor Emilio Jaramillo declara (folio 15, cuaderno 6º) que el Departamento no compró ningún aparto a la Westinghouse y añade: "ni siquiera tuve tiempo para rendir a la Junta de Higiene el informe escrito que hubiera sido necesario para esa negociación"; y el informe oficial (folio 4 v. **ibídem**) afirma que la compra se hizo a otra casa, en pedido de 28 de mayo de 1935. Como se ha visto aquí, el retiro de Padilla ocurrió en julio de 1936.

Con el doctor Carlos Quintero Hernández se llegó a la nota de pedido acompañada original a la demanda (cuaderno 1º, folios 49 y 50). El afirma haber cerrado ese negocio y también haber desistido por el retiro de Padilla, tanto en su carta al respecto (folio 58 **ibídem**), como al de-

clarar como testigo (cuaderno 6º, folio 13), a lo que agrega que a buena cuenta adelantó $ 500; y al declarar en la segunda instancia (cuaderno 9º, folio 10) afirma haber comprado después un aparato de Rayos X de fabricación alemana. Esa nota de pedido aparece formulada y suscrita por ambos (Padilla y Quintero) el 23 de julio de 1936, es decir, días después de que Padilla había recibido la notificación de su retiro, pues ésta se le hizo en carta de 10 de ese julio, respondida con protesta o reclamo de él este mismo día. El detalle corroborador de la seriedad del negocio consistente en el pago de los $ 500 sólo tiene como prueba el dicho de ese testigo, y además, por sí solo, aunque estuviese acreditado, no bastaría a justificar lo sucedido y más bien contribuye a hacerlo inaceptable, porque no se ve la razón por la cual el retiro de la persona del mandatario determine el de una negociación, si ésta ha quedado cerrada y consiste en el despacho de elementos respecto de los cuales en sí mismos ninguna influencia tiene la persona de aquél. Claro es que en este razonamiento se mira a las calidades científicas de los objetos y a las circunstancias comerciales del negocio.

La negociación con el Hospital de Honda sí se realizó o, por mejor decir, para marzo de 1937 compró él elementos a la Westinghouse, de donde Padilla deduce la injusticia de que no sea él quien coseche el resultado de sus esfuerzos, dando por sentado que fue por obra de éstos como se realizó esa compra. Pero esto no se halla demostrado, pues aunque el médico del Hospital declara (cuaderno 5º, folio 78 v.) que Padilla trabajó para colocarle artículos o equipo de esa Casa, el Síndico del Hospital, que fue quien intervino en dicha compra, dice (cuaderno 6º, folios 17 v. y 18) que esta operación se realizó sin tener en cuenta para nada las posibles diligencias y demostraciones que antes hubiera hecho el señor Padilla; y en la misma fecha que rinde el informe a que acaba de aludirse (junio 9 de 1937) dirigió a Padilla una carta en que le pone de presente que no pudo encontrar comunicación de éste relacionada con oferta de equipo de la Westinghouse y que por tal motivo no se atrevió a declarar que sí existían en su oficina comprobantes de las gestiones de Padilla al respecto, de las cuales ha venido a saber después por informaciones de terceros. Se advierte que según el Síndico, su negociación de 1937 fue por $ 6.800 moneda colombiana, y que el demandante al referirse al nombrado Hospital la señala o indica una por valor de $ 1.700 americanos.

Confrontadas como quedan una a una dichas negociaciones o proyectos con sus respectivos comprobantes, bien se ve que no pueden considerarse como base efectiva de remuneración y de demanda para pago de ésta.

A esta conclusión se llega por el estudio de los hechos y, en cuanto al derecho, considerando al demandante en calidad de comisionista, que es en la que se colocó al demandar y sobre la cual erige su demanda de casación. Con más veras, si posible, se llegaría a ese mismo resultado negativo de sus pretensiones si se le considera como **corredor**, a la luz de los artículos 65 y siguientes del C. Co.

La operación efectuada con la Casa de Salud de Marly no es el caso de estudiarla como las analizadas, porque ella no figura en són de reclamo sino de comprobante de haber existido relaciones contractuales entre los actuales litigantes y de haberse convenido la remuneración afirmada por el actor, quien la adujo así cabalmente por habérsele cubierto en oportunidad su cuota.

La respuesta de la Casa a los reclamos de Padilla por su retiro y, en especial, la oferta de pago que le hizo entonces en razón de las negociaciones a la sazón en curso, a que atrás se aludió, está precisada en la carta que ella le dirige el 24 de julio de 1936, según la cual ella insiste inequívocamente en que la remuneración está sometida a la realización de

las operaciones. En efecto, allí (cuaderno 5º, folio 49 v.) se lee que, tras de poner de presente la lealtad y grandeza que dice haber observado con él y la conveniencia para ella de contratar con otros, agrega: "Sin embargo, sobre negociaciones abiertas hasta esta fecha en que usted ha tenido cierta participación y que resulten en un pedido de equipo Westinghouse de Rayos X para dentro de seis meses contados desde la fecha, nosotros pagaremos a usted una comisión cuyo monto lo determinaremos al completarse la transacción".

Los comprobantes a que se aludió atrás, allegados por las partes para establecer la costumbre de conformidad con la Ley 28 de 1931, artículo 20, consisten en los informes y conceptos de las Cámaras de Comercio de Cúcuta, Manizales, Cartagena, Barranquilla, Medellín, Bogotá y Honda (cuaderno 8º, respectivamente, folios 16 y 17, 19 y 20, 23 y 24, 32, 34 y 35, 38 y 45), complementados con los que rindieron a solicitud de la parte demandada (cuaderno 9º, folios 19, 20, 24, 25, 31, 36, 37 y 41 a 43). Las más de ellas están de acuerdo en que el comitente debe pagar cuando sin justa causa retira la comisión, aunque el negocio cometido no se realice, y todas ellas están acordes en que el contrato de comisión es acreditable con la correspondencia y, más aún, en que es en esta forma como se celebra de ordinario.

La Casa demandada solicitó y obtuvo como prueba las declaraciones que acerca de estos puntos se leen en el cuaderno 9º, folios 10 a 17 y 34, las que sería inoficioso traer detalladamente a cuento y que concurren a conceptos iguales en su mayoría.

La intención o parte petitoria de la demanda formula la exigencia de pago de $ 29.000 moneda americana, como ya se vio, descompuestos en estos tres elementos o sumandos: 1º El 45% de los pedidos ya analizados aquí, 2º $ 2.000 por gastos varios, inclusive viajes, y 3º $ 5.000 por perjuicios.

Estudiado ya lo tocante a lo primero, pasa a estudiarse lo relativo a los otros dos sumandos de que acaba de hablarse.

La Casa fue muy explícita al denegarse a pagar los gastos de cables, portes de correo, etc., invocando lo cuantioso de la remuneración (el referido 45%), en carta que Padilla aduce entre sus comprobantes como ya queda visto. No obra ninguno sobre que él insistiera en aquella exigencia. Tampoco lo hay acerca de sus viajes en Colombia, ni de que el que hizo a los Estados Unidos fuera ordenado por la Compañía. El se lo anunció y ella se limitó por entonces a expresarle su agrado por ponerse al habla con él y a manifestar la conveniencia de ésto, sin que aparezca oferta alguna de ella de sufragarlo siquiera en parte. Por el contrario, en la carta de 12 de octubre de 1935 (cuaderno 5º, folios 36 v. y 37), se halla la rotunda negativa del representante de la Casa a presentar a ésta esa solicitud, en estos términos: "no puedo hacer esto concienzudamente, puesto que usted naturalmente irá atendiendo muchos otros asuntos de negocio mientras esté allá, y dudo que los otros fabricantes que usted visite contribuyan en la misma forma". Le recuerda en seguida el 45%, le advierte que un 10% haría considerar afortunado al que lo consiguiese, y concluye el respectivo párrafo así: "por lo cual creo que la Compañía no podrá ser llamada a asumir una carga adicional como la que usted sugiere".

Es terminante también sobre ello la negativa del Presidente de la Compañía al absolver posiciones a solicitud del demandante (cuaderno 5º, folios 101 a 104).

Padilla **motu proprio** se encargó de procurarle a la Westinghouse compradores de sus productos y ella le aceptó en el pie de una remuneración consistente en alta cuota de lo que por precio de tales ventas efectivamente ella recibiese, cuota a que no había lugar sino en este evento y que cubriría el trabajo y los gastos de Padilla. Estas estipulaciones, de un lado, y de otro la situación de los proyectos adelantados por él cuanlo la Casa lo retiró,

determinan la negativa que ya queda vista respecto de remuneración por ellos, sin que sean parte a alterar estos hechos y aquellos convenios los esfuerzos del abogado que, si como tales muy laudables en sí, no pueden lograr eficacia en el sentido de la condena que suplican.

El capítulo de perjuicios se descompone así: en lo tocante a remuneración, de un lado, y esto contiene a la vez el daño emergente de los gastos y el lucro cesante por lo que hace al trabajo, y de otro lado, la influencia del retiro sobre el buen nombre del mandatario. Lo primero queda estudiado ya; lo segundo, que viene a constituír lo que se entiende por perjuicios morales, no está demostrado en autos, en los cuales no aparece lesionada por el retiro la buena fama de Padilla o alterado desfavorablemente para él el concepto social y comercial que de él se tuviese antes de dar ese paso su actual demandada, como no aparece tampoco, volviendo al perjuicio material, que ese paso le disminuyese su clientela restante o sus negocios o, en general, su capacidad productiva.

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

Sin costas. (C. J. Art. 575, numeral 2º **in fine**).

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Emilio Prieto Hernández, Secretario Interino.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

Para la procedencia del recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición es necesario que las objeciones al trabajo de partición hayan sido materia de controversia anterior en el juicio y no medios nuevos; por eso la Corte ha resuelto siempre que en la demanda de casación no pueden proponerse, ni en el fallo estudiarse, objeciones que no fueron presentadas oportunamente cuando se corrió el traslado del trabajo de partición. La materia de casación, no es entonces sino el estudio del fallo de segunda instancia, pero en cuanto éste aprueba la partición, por haber encontrado infundadas alguna o algunas de las objeciones propuestas. Puede suceder, y sucede, que la Corte encuentre fundada una objeción y entonces al casar la sentencia y sustituír al Tribunal, como juzgador de instancia, debe estudiar las demás y declararlas fundadas o nó, según el caso, es decir, reabre, en esas condiciones el proceso, el debate sobre las objeciones.

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

Alfredo Botero y Cecilia Hoyos de Botero demandaron a Nepomuceno Vallejo E., Luis Fermín Candela y Sinforoso Ocampo (hijo) para que con su citación y audiencia se dividiera materialmente el indiviso denominado "El Real", situado en el Municipio de Ansermanuevo, del Circuito de Cartago.

En auto de 25 de mayo de 1937 el Juez del conocimiento, el de Circuito de Cartago, decretó la división del predio mencionado y como llegado el tiempo de nombrar partidor los comuneros no estuvieron de acuerdo respecto del nombramiento, el Juez nombró para tal cargo al doctor Pedro Tobón Uribe a quien se le entregó el expediente y presentó luégo su trabajo de partición.

Puesto éste en conocimiento de los comuneros, no lo objetaron y el **Juez a quo** aplicando el artículo 964 del C. Judicial aprobó, en sentencia del 8 de octubre del año próximo pasado dicho trabajo.

De esa sentencia apeló el apoderado del comunero Nepomuceno Vallejo y llegados los autos al Tribunal Superior de Buga, donde se tramitó debidamente el recurso de apelación, allí, en sentencia de 19 de diciembre postrero se confirmó la del inferior adicionándola en el sentido de que las inscripciones que sean del caso se hagan en el libro de Registro respectivo donde estén ubicados los inmuebles adjudicados.

El expresado comunero Vallejo, por medio de su apoderado, interpuso el recurso de casación el cual pasa a decidirse.

Tanto el Juez como el Tribunal, partieron del hecho acreditado en los autos consistente en que aun cuando el partidor entregó su trabajo después de vencido el término que le fue señalado, tal circunstancia no es óbice para aprobarlo. El Tribunal estima al respecto que como no

hubo ningún reclamo sobre ese particular, el silencio de las partes debe interpretarse como una ampliación tácita de ese término ya que era a los comuneros a quienes les correspondía hacer la manifestación del caso, puesto que sobre el particular predominaba su voluntad.

Lo anterior lo anota la Corte por vía de mera ilustración, porque no es materia del presente debate. En efecto: El recurrente con base en las causales primera y segunda del artículo 520 del C. Judicial acusa la sentencia por tres motivos, que se sintetizan así: 1º—Violación del artículo 2338 del C. Civil por interpretación errónea o falta de aplicación por cuanto, en su concepto, no fue avaluado, para luégo partirlo, el indiviso de "El Real", de donde concluye que no había base entonces para dividirlo y adjudicarlo entre los distintos comuneros. 2º—Error de hecho, que aparece de manifiesto en el proceso, al apreciar la diligencia pericial, que corre en autos, y con lo cual se violó el artículo 2338 citado por cuanto en tal diligencia no se expresa el valor total del terreno materia de la división. 3º—Error de hecho manifiesto en la apreciación de las distintas pruebas en que constan los derechos de los comuneros en el indiviso ya mencionado, con lo cual se violó el artículo 2338, por cuanto la distribución entre los comuneros debe hacerse en proporción a sus derechos.

La Corte considera: Para la procedencia del recurso de casación, en casos como el presente, es necesario que las objeciones al trabajo de partición hayan sido materia de controversia anterior en el juicio y no medios nuevos; por eso la Corte ha resuelto siempre que en la demanda de casación no pueden proponerse, ni en el fallo estudiarse, objeciones que no fueron presentadas oportunamente cuando se corrió el traslado del trabajo de partición. La materia de casación, no es entonces sino el estudio del fallo de segunda instancia, pero en cuanto éste aprueba la partición por haber encontrado infundadas alguna o algunas de las objeciones propuestas. Puede suceder, y sucede, que la Corte encuentre fundada una objeción y entonces al casar la sentencia y sustituír al Tribunal, como juzgador de instancia, debe estudiar las demás y declararlas fundadas o nó según el caso, es decir, reabre, en esas condiciones el proceso, el debate sobre las objeciones.

La anterior ha sido la doctrina de esta Corporación en varios fallos, entre otros los del 27 de marzo de 1933, G. J. número 1894, página 303; 18 de septiembre de 1936, G. J. número 1917, página 335; 28 de abril de 1938, G. J. número 1934, página 321; 25 de julio de 1939, G. J. número 1940, página 421. De este último fallo es el siguiente aparte: "En jurisprudencia constante ha sostenido la Corte que en el recurso de casación son inadmisibles alegaciones que tiendan a suscitar discusión sobre puntos o aspectos de una partición, constitutivos de objeciones no propuestas oportunamente ante el Juez en el incidente respectivo. Si ese procedimiento es incompatible aún en el recurso de apelación, con mayor razón lo será en casación, en donde existe menos amplitud para admitir discusión sobre hechos nuevos, por ser un recurso extraordinario".

Teniendo en cuenta todo lo anterior y considerando que, según aparece de autos (fojas 168 del cuaderno principal) que por proveído de 13 de septiembre de 1940 el Juez dio traslado a los interesados del trabajo de partición por el término de diez días, que éstos no lo objetaron y que el Secretario volvió al Despacho el negocio el 8 de octubre del año mencionado, informando que no se hicieron objeciones, por lo cual el Juez aprobó el trabajo, se concluye que como no las hubo, no pudo haber controversia sobre el particular y por lo tanto no hay materia para fundar el recurso de casación. Por este aspecto, éste es improce-

dente, y también lo es si se consideran los cargos hechos por el recurrente como medios nuevos, como son en realidad, por lo que ya se ha expresado.

Lo anterior lleva a la Corte a sostener el fallo recurrido, siendo oportuno observar, como lo observa el opositor, que aun cuando el recurso hubiera sido procedente, los hechos en que se fundan los cargos no están acreditados; todo lo contrario: aparece el avalúo dado al indiviso y aparece también que el partidor tuvo en cuenta los títulos de los comuneros para hacer las correspondientes adjudicaciones. Basta ver dicho trabajo, para concluír que el error manifiesto de hecho, no está comprobado.

En cuanto al cargo que se apoya en la segunda causal y teniendo en cuenta el concepto de la acusación, la Corte observa, en primer término, como lo hace notar la parte opositora, que la acusación es improcedente porque suponiendo que Luis Fermín Candela y Sinforoso Ocampo (hijo), fueran interesados en el juicio, como dichos señores no objetaron la partición ni interpusieron recurso alguno, no podrían acusar el fallo en casación, por lo que ya quedó explicado. Además como el recurrente no es apoderado de dichos señores, es obvio que carece de personería para hablar y demandar en nombre de ellos. Por último, en el trabajo de partición están expresadas las razones por las cuales no se hizo adjudicación a dichos señores, el partidor señaló los motivos para ello, basado en el estudio e interpretación de los títulos que existen en los autos, estudio e interpretación, que como no fue materia de objeción, debe mantenerse en pie.

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—Emilio Prieto C., Secretario Interino.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

1.—La violación del artículo 593 del C. J. no da motivo a casación por cuanto él encierra una regla de conducta general que el legislador le fija al fallador para dictar sus decisiones judiciales, y la infracción de esa disposición no daría lugar a la casación si no se acusan igualmente las pertinentes disposiciones del C. J. que establecen los medios de probanza en los procesos y el valor que a esas probanzas les señala la ley, y los correspondientes de la sustantiva. Es evidente que el artículo 697 del C. J. dá valor de plena prueba al dicho de dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, pero también es evidente que esa fuerza probatoria se desvirtúa si el testigo se contradice notablemente en una o varias declaraciones, en cuanto al hecho mismo o sus circunstancias importantes.

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

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Como en la sucesión de Alejandro Vanegas no se inventariara un crédito a favor de Guillermo del mismo apellido, el apoderado judicial de éste estableció juicio ordinario, ante el Juez Civil del Circuito de Armenia, para que condenara a la sucesión a pagar a Guillermo Vanegas Q., las siguientes cantidades:

"1º La suma de cinco mil pesos de capital que consta en el documento privado de fecha dos de enero de mil novecientos treinta y siete.

"2º Los intereses de la expresada suma a la rata legal desde el 2 de mayo de 1937 hasta que se verifique el pago y las costas del juicio.

"Subsidiariamente, que se hagan las mismas declaraciones contra la sucesión en liquidación de Alejandro Vanegas representada por la señora Sara Yepes de Vanegas y en favor de la sucesión ilíquida de Luis M. Vanegas V.".

SENTENCIAS

El Juez del conocimiento absolvió a la parte demandada de todos los cargos de la demanda, fundándose principalmente, en que no se había acompañado la partida de defunción del señor Luis M. Vanegas V. y porque en el documento, que sirvió de base a la demanda, no figura como acreedor el demandante Guillermo Vanegas Q.

Planteada la prueba en segunda instancia relativa a la muerte del señor Vanegas V., el Tribunal Superior de Pereira declaró probada la tacha de falsedad propuesta por el apoderado de la parte demandada contra el documento privado de fecha 2 de enero de 1937, y no hizo, en consecuencia, las declaraciones solicitadas en la demanda.

Basó su fallo en la inspección ocular practicada por el Magistrado sustanciador, y en la exposición de peritos llevada a cabo durante la misma diligencia de inspección. De estas probanzas dedujo el Tribunal que la firma del señor Alejandro Vanegas puesta al pie del documento de 2 de enero de 1937, no era la misma que acostumbraba el presunto deudor en

sus actos públicos y privados. Estas dos pruebas principales están respaldadas, a juicio del sentenciador, con otras pruebas indiciales que las refuerza y complementan.

RECURSO

No se conformó con este proveído el señor Vanegas Q., y contra él interpuso el correspondiente recurso de casación, que admitido y tramitado en forma regular, se procede a decidirlo:

CAUSALES ALEGADAS

El apoderado del recurrente acusa la sentencia fundándose en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, y los motivos en que la basa son los siguientes:

Primero—Error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la prueba testimonial de Gerardo Arias V. y Joaquín Castaño, y por haber omitido valorar el testimonio de Alfredo Arcila L. Estos errores indujeron al sentenciador a violar los artículos 692, 697, 593, 701, y 702 del Código Judicial; 91 de la Ley 153 de 1887 y los artículos 1502 y 2221 del Código Civil.

Segundo—Violación de los artículos 662, 663, 665 y 666 a consecuencia de error manifiesto de hecho por no haberse apreciado los testimonios de Juan Córdoba, Domingo Quintero, Horacio Botero, Gabriel Arbeláez, Enrique Samper, Ricardo Alvarez y Arturo Flórez, relativos a los antecedentes morales de Guillermo Vanegas, Gerardo Arias y Joaquín Castaño; y de las cartas reconocidas y presentadas por la contraparte, escritas y dirigidas por el demandante a su tío Alejandro.

Tercero—Violación de los artículos 656, 593, 601, 716, 722, 723 y 730 del Código Judicial a consecuencia del error en que incurrió el fallador al apreciar las pruebas de cotejo y la grafológica.

Cuarto—Violación directa de los artículos 11 del Código de Procedimiento Penal; 467 y 473 del Código Judicial por cuanto el Tribunal falló el incidente de la falsedad del documento en sentencia definitiva de segunda instancia, ya que lo ajustado a derecho sería suspender el pronunciamiento de la sentencia definitiva, mientras la justicia penal decidiera lo relativo a la falsedad del documento.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Desde luego habrá que descartar lo relativo a la violación de los artículos 593 y 692 del Código Judicial, por cuanto el primero es una regla de conducta general, que el legislador le fija al fallador para dictar sus decisiones judiciales, y la infracción de esta disposición no daría lugar a la casación si no se acusa igualmente las pertinentes disposiciones del Código Judicial que establecen los medios de probanza en los procesos y el valor que a esas probanzas le señala la ley, y los correspondientes de la sustantiva.

El artículo 692 no tiene aplicación al caso de autos, porque el recurrente no se queja de que al testigo no se le permitió hacer adiciones o enmiendas al leerse su declaración, o se le hubiera prohibido, antes de salir de la pieza donde declaró, aclarar o mejorar su exposición.

Es evidente que el artículo 697 dá valor de plena prueba al dicho de dos testigos hábiles, que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, pero también es evidente que esa fuerza probatoria se desvirtúa si el testigo se contradice notablemente en una o varias declaraciones, en cuanto al hecho mismo o sus circunstancias importantes.

Cierto que los testigos Castaño y Arias aseveran que vieron al señor Alejandro Vanegas cuando firmó el documento que sirve de base a esta demanda, pero el Tribunal no les dio valor de plena prueba, porque el testigo Castaño declara igualmente que él vio firmar también a don Guillermo Vanegas, presunto acreedor, que no tenía porque hacerlo y que no fir-

mó; y después, en la misma declaración, dijo que no podía afirmar con precisión si había visto firmar a don Guillermo.

Esta contradicción del testigo Castaño dio base al Tribunal para rechazar su testimonio porque consideró que se contradecía en un punto sustancial (artículo 701 del C. J.).

El fallador al apreciar los testimonios en estudio, aplicó los artículos 701 y 702 del Código Judicial y no le dio fe al testigo Castaño porque consideró que se había contradicho respecto de circunstancias importantes, y porque en relación con el hecho capital de la firma del documento por don Alejandro Vanegas, no hay un grupo de testigos para que el Juez atienda a la calidad, número, fama o ilustración de ellos, pues sólo existen declaraciones de Arias y Castaño, este último rechazado por el Tribunal.

El fallo del Tribunal no contiene resolución alguna que contradiga el ordenamiento del artículo 91 de la Ley 153 dé 1887, que manda que deben constar por escrito los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos, y que no se admite la prueba de testigos en cuanto adicione o altere lo que se expresa en el acto o contrato.

Nada hay tampoco en el fallo que desconozca lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil sobre actos o declaraciones de voluntad, ni ninguna de las condiciones que exige ese artículo para que una persona se obligue a otra. Estos extremos no han sido materia de discusión en el presente litigio.

No ha sentado el Tribunal premisa alguna que desvirtúe la definición que del contrato de mutuo consagra el artículo 2221. Se limitó a declarar que ese contrato no estaba probado, sin entrar a decidir si el préstamo de consumo se había o no realizado.

Aun cuando la Corte coincidiera con los reparos formulados por el recurrente en este capítulo de acusación, tampoco se podría llegar a la infirmación del fallo, porque él se sustenta en pruebas y razonamientos distintos, que se estudiarán al examinar los reparos que el recurrente le hace a esos fundamentos de la sentencia.

En el capítulo segundo de los agravios formulados por el recurrente al proveído del Tribunal, se acusa el fallo por el quebrantamiento de los artículos 662, 663, 665 y 666 del Código Judicial, a consecuencia del error manifiesto en que incurrió el fallador de segundo grado, al omitir apreciar los testimonios de los testigos memorados en el respectivo cargo.

No se acepta este reparo del recurrente, por cuanto el Tribunal fundó su fallo, principalmente, en la exposición pericial y en la inspección ocular, y por tanto no tenía para qué apreciar esos testimonios, traídos a los autos para comprobar los antecedentes de honorabilidad y honradez de los señores Arias y Quintero quienes firmaron como testigos el documento cuya firma se tacha de apócrifa o suplantada.

En cuanto a las cartas presentadas por la contraparte, éstas más bien arrojan un indicio desfavorable para la parte actora, porque por ellas reconoce el demandante que tanto él como su padre Luis María Vanegas, atravesaban en los tiempos en que se dice que el señor Alejandro Vanegas contrajo una deuda para con su hermano Luis, una situación económica bastante precaria que hacía, si no físicamente, sí casi imposible, que el señor Luis Vanegas tuviera facilidades de suministrarle a su hermano Alejandro, una suma relativamente crecida, cual es la de cinco mil pesos.

Táchese el fallo por error de derecho en la apreciación de las pruebas de cotejo y la grafológica, y quebrantamiento, a consecuencia de ese error, de los artículos 656, 593, 601, 716, 722, 723 y 730 del Código Judicial.

Ya se ha dicho que los artículos 593 y 601 son normas generales que la ley procesal dá a los juzgadores para apreciar y valorar las pruebas aportadas por las

partes al debate, y que la violación de esas disposiciones no comporta casación, sino en tanto que se quebranten las respectivas disposiciones que establecen esas pruebas, como medios probatorios, y que le señalan determinado valor.

El Tribunal en su fallo no estampó el concepto de que el cotejo no fuera una prueba pericial como lo afirma el recurrente, por el contrario consignó allí "que a la prueba de cotejo no se le había asignado carácter de prueba concreta por las deficiencias que ofrece el dictamen de peritos calígrafos que comparan entre sí las manifestaciones externas y más de bulto de la escritura". Esto guarda consonancia con el mandamiento del artículo 656 del Código Judicial que preceptúa que la prueba resultante del cotejo es incompleta.

Dijo el fallador en su sentencia de segundo grado:

"Pero aún dando por sentado que las dos pruebas, la testimonial y la de cotejo, sobre las cuales el demandante ha pretendido establecer la autenticidad del documento privado de que se ha hablado, arrojaran una prueba plena de autenticidad, entonces cabe el análisis del conjunto de pruebas allegadas por el demandado, en apoyo de su tacha de falsedad contra el documento de fecha 2 de enero de 1937, porque si el demandante establece la autenticidad, esta circunstancia no excluye el que el demandado la destruya probando en contra.

"Entre estas pruebas aportadas por la parte demandada, está la inspección ocular practicada por el Tribunal en asocio de peritos y que lleva por fecha 26 de marzo del año en curso".

Los peritos de común acuerdo llegaron a estas conclusiones: "1º Que la mano que estampó las firmas primeramente estudiadas, no fue la misma que estampó la firma que aparece en el documento de 2 de enero de 1937; y 2º Que la firma que aparece en el mencionado documento y que reza: "Alejandro Vanegas" es una imitación desafortunada, de la cual se apenaría el más modesto principiante en las lides criminosas sobre falsificación de firmas".

El Magistrado que practicó la inspección ocular hizo constar, por propias y directas percepciones, "que el señor Alejandro Vanegas tuvo en su firma características constantes que no se observan en la firma "Alejandro Vanegas" que aparece al pie del documento de fecha 2 de enero. Observándose además, que la firma estampada en el cheque que lleva la misma fecha del documento tampoco guarda relación con la firma del instrumento que se ha tachado, pero sí conserva las mismas características de las demás firmas que se tuvieron a la vista durante la inspección ocular. Esta observación directa lleva, pues, a la conclusión de que la firma "Alejandro Vanegas" que aparece al pie del documento del 2 de enero de 1937 es apenas una imitación de la firma auténtica que Alejandro Vanegas acostumbraba en la vida".

A estas premisas o fundamentos en que apoyó el sentenciador su fallo, le anota el recurrente estas deficiencias: Que el Tribunal le dio a la prueba grafológica el alcance legal del artículo 722, y que estimó ese referido dictamen grafológico no obstante que los peritos no deliberaron juntos.

La exposición pericial a que se refiere el recurrente, llena a juicio de la Corte, los requisitos que exige el artículo 722 para que constituya plena prueba, ya que ese dictamen fue uniforme; versó sobre hechos sujetos a los sentidos, cuales eran: la forma de la letra, su inclinación, sus perfiles, sus rasgos y demás modalidades que le imprimen a la escritura de un individuo determinados caracteres que la distinguen de las demás, características que individualizan la escritura y le dan un tinte de permanencia y de autenticidad indiscutibles.

Los peritos que asistieron a la inspección ocular no fueron tachados, ni su dictamen, al ponerse en conocimiento de las partes, objetado por las causas que reco-

noce la ley, de donde hay que deducir que hicieron su exposición de acuerdo con su arte o profesión, y por ello sus apreciaciones tienen el valor de plena prueba.

Suponiendo que el dictamen de los peritos no encajara en la disposición del artículo 722 del Código Judicial porque su exposición no se basara sobre principios fundamentales de su arte, profesión u oficio, para que se pudiera afirmar, sin la menor duda, que sus asertos eran consecuencia ineludible de los hechos por ellos verificados, es el caso de advertir que de acuerdo con el artículo 723, la fuerza probatoria del dictamen pericial, respecto de las inferencias o deducciones que hagan los peritos, ha de apreciarse por el Juez conforme a la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeña el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y conclusiones a que lleguen.

Esto, efectivamente, fue lo que el Tribunal hizo en su fallo. Las partes manifestaron su confianza en los peritos desde el momento en que los nombraron espontáneamente y ninguno fue tachado; gozan de buena fe, y con precisión, y casi con certidumbre expresaron su opinión acerca de la diferencia que encontraron entre la firma que aparece al pie del documento de 2 de enero, con las demás que tuvieron de presentes, puestas en documentos públicos y privados por el señor Alejandro Vanegas, inclusive un cheque de ese mismo día, requisitos, todos éstos, que el Juez apreció para valorar la exposición pericial.

Es bueno recordar para reforzar las apreciaciones periciales, que en una diligencia de inspección ocular practicada en la ciudad de Armenia por el Magistrado ponente en el presente negocio, se hizo comparecer al señor Teodoro Velásquez como testigo, quien juramentado por el señor Magistrado expuso: "Que fue notario en la ciudad de Armenia desde el año de 1924 hasta el mes de mayo de 1937; que en ese carácter conoció mucho la firma del señor Alejandro Vanegas, que por el conocimiento que tuvo de la firma de don Alejandro Vanegas puede afirmar que la que aparece en el documento que se le puso de presente no es la autógrafa del dicho señor Vanegas". Para llegar a esta conclusión el señor Velásquez anotó las diferencias que existían en las letras que forman el nombre de Alejandro Vanegas puestas en los documentos extendidos en su Notaría y la que figura al pie del documento de 2 de enero de 1937.

Todos estos antecedentes sumados a la constancia que dejó el Magistrado, por sus propias y directas percepciones, dan a la exposición de los peritos la certidumbre o certeza a que puede aspirarse en esta especie de probanza, y en estos eventos no puede decirse que el Tribunal hubiera incurrido en un error de hecho que apareciere de manifiesto al apreciar la exposición pericial.

Del acta de inspección ocular aparece que los peritos, en asocio del Juez y en presencia de él, compararon las firmas del señor Alejandro Vanegas, que figuraban en varios actos públicos y privados del mismo, con la que aparece en el documento del 2 de enero, y que para rendir dictamen solicitaron del Magistrado un término prudencial, y en memorial presentado en 29 de marzo de 1940 los peritos, de común acuerdo, llegaron a las conclusiones atrás transcritas.

De estos documentos se desprende que los peritos deliberaron juntos sobre las cuestiones sometidas a su pericia, y la tacha que hoy les pone el señor recurrente de no haber deliberado juntos, no está comprobada y sin esa comprobación se presume que se ajustaron en un todo a los términos del artículo 716.

Respecto del acta de inspección ocular, ella hace plena fe acerca de los hechos y circunstancias observadas por el Magistrado en las distintas firmas del señor Alejandro Vanegas que se compararon entre sí, para anotar la diferencia que

había con la firma puesta al pie del documento de 2 de enero de 1937. El Magistrado prolijamente comparó cada una de las letras de la firma del documento con las firmas que aparecían en otros públicos y privados, su inclinación, sus rasgos, sus perfiles, etc., y de todo ese cúmulo de circunstancias concluyó afirmando que la firma puesta al documento es apenas una imitación de la firma auténtica del señor Alejandro Vanegas.

En consecuencia se rechazan los cargos expuestos en el capítulo tercero de la demanda de casación.

Respecto de la acusación por violación de los artículos 467 y 473 el Código Judicial y 11 del Código de Procedimiento Penal, la Corte observa:

El recurrente considera que la decisión del incidente relativo a falsedad de un documento es un auto interlocutorio y que el Tribunal falló la incidencia en sentencia definitiva quebrantando con este proceder los artículos mencionados.

Se repara: Ninguna de las disposiciones invocadas por el recurrente ordenan al Juez que la tacha de falsedad de un documento ha de sustanciarse y decidirse por auto interlocutorio en cuaderno separado. Anótase que la parte demandada no estableció articulación para comprobar la falsedad de la firma puesta al pie del documento en disputa, sino que se limitó, al contestar la demanda, a negar la autenticidad del documento presentado con ella y a decir que la firma puesta al pie de él no era autógrafa. El Juez no consideró estas afirmaciones del recurrente como un incidente que debía tramitarse especialmente y se limitó a ordenar que se diera cumplimiento al artículo 650 del Código Judicial en la resolución de junio 22 de 1937 suscrita por el respectivo juez y secretario.

Pero hay más, si el Tribunal hubiere violado las disposiciones citadas por el recurrente, esa violación en nada influiría sobre la decisión final de este pleito, ya que una informalidad o error de esa clase no está erigido por la ley en motivo de casación y porque es principio general que el mérito de todas las pruebas debe ser apreciado en la sentencia que decida definitivamente el litigio.

No es el caso de aplicar en el presente litigio el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal invocado por el recurrente, porque hasta la hora presente no se ha iniciado investigación criminal respecto de la suplantación de la firma del señor Vanegas y no habiéndose iniciado esa investigación, no era el caso de suspender la solución de la controversia civil.

Por lo anteriormente 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:

1º No se infirma la sentencia de fecha ocho de agosto de mil novecientos cuarenta, proferida por el Tribunal Superior de Pereira.

2º Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la "Gaceta Judicial", publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Emilio Prieto H., Secretario Interino.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SIMULACION.—REQUISITOS PARA QUE UN ACREEDOR PUEDA PEDIR LA SIMULACION DE UN CONTRATO CELEBRADO POR SU DEUDOR

Si el demandante no prueba que el acto tachado de nulo o simulado aminora la capacidad económica del deudor para cubrir sus deudas, es decir, si el acto tachado de nulo o simulado deja en el patrimonio del deudor bienes suficientes con qué cubrir el crédito que persigue el acreedor,, éste naturalmente no tiene interés, ni jurídito que persigue el acreedor, éste patrimonio del deudor un bien cuya enajenación no perjudica sus intereses. La palabra *interés* traída en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936, no puede tomarse en un sentido amplísimo. Ella ha de interpretarse con criterio restrictivo: que el acto o contrato tachado de nulo o de simulado produzca la insolvencia total o parcial del deudor, de suerte que si ese bien no vuelve al patrimonio del deudor, se haga imposible al acreedor la eficacia de su crédito, en todo o en parte. También es de rigor y de justicia, para que la acción prospere, que se demuestre la colusión entre el comprador y el vendedor deudor, porque el principio generalísimo que informa los contratos es el de respetar la buena fe de los contratantes, condición indispensable para la estabilidad de los tratos humanos y de las convenciones jurídicas. El comprador de buena fe no puede ser perjudicado en sus legítimos intereses por una acción de nulidad o simulación, sino en tanto que se pruebe que se coludió con el vendedor, y en este evento desaparece la buena fe y no hay por tanto por qué protegerla.—2. Fijar el valor de bienes muebles o inmuebles es función que rebasa, por regla general, la órbita testimonial y que cae bajo la jurisdicción de los expertos o peritos.—3. La acción de simulación intentada por el acreedor sólo prospera cuando por la simulación desaparece o disminuye en tal cantidad el haber o patrimonio del deudor, que lo incapacita para cancelar ese crédito; pero si a pesar de la simulación el acervo patrimonial del deudor da asidero para cubrir el crédito de su acreedor, éste carece de interés y por lo mismo no puede ejercitar la acción de simulación.

Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, septiembre diez y siete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Antecedentes

Luis Vergara Zapata, en su calidad de gerente de la sociedad anónima "Agro Urbana S. A.", demandó a Pablo Pinzón C. y a la sociedad Jiménez Hermanos, representada ésta por su liquidador Francisco de P. Jiménez, para que se declarara por la justicia lo siguiente, que son las peticiones fundamentales de la demanda:

"Primera—Que el contrato que consta en la escritura número 2711, de 26 de diciembre de 1930, de la Notaría Cuarta de Bogotá, es aparente y no real, pues ni la sociedad Jiménez Hermanos quiso vender la finca Bélgica, determinada en el hecho undécimo de esta demanda, ni el se-

ñor Pablo Pinzón dio por ella la cantidad de $ 45.000, ni otra ninguna en calidad de precio.

"Segunda.—Que la compraventa aparente a que se refiere el punto petitorio anterior no existe y es absolutamente nula por carecer de los elementos esenciales a ese contrato: Causa, objeto y consentimiento.

"Tercera.—Que esa compraventa fue simulada, por lo cual la hacienda Bélgica arriba mencionala, pertenece aún al patrimonio de la sociedad Jiménez Hermanos y por tanto al patrimonio que respalda a sus acreedores.

"Cuarta.—Que el contrato oculto pero real que sustituye al que consta en la escritura 2711 citada en el primer punto petitorio, es un convenio accesorio cuyo objeto fue garantizar el crédito de $ 8.000 a favor del señor Pinzón e impedir que el inmueble pudiera ser perseguido por otros acreedores".

Estas peticiones, principales de la demanda. están apoyadas en una serie de hechos que alcanzan a treinta y siete, que no se citan ni se transcriben, por no ser necesario para resolver el recurso de casación.

Sentencias

El Juez que conoció del asunto en primera instancia, consideró que ninguno de los hechos en que se apoyaba la acción de simulación intentada, aparecían comprobados, y en consecuencia absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda.

A la compañía "Agro Urbana" no le satisfizo la decisión del juez. y se alzó en apelación para ante el Tribunal Superior de Bogotá. entidad ésta que confirmó el fallo de primer grado, basándose primordialmente en que el tercero, acreedor, que demanda la simulación de un contrato celebrado por su deudor con detrimento de sus legítimos derechos, tiene que demostrar previamente, para que su acción tenga buen éxito, los dos requisitos que exige la jurisprudencia para fundamentarla, fuera de su calidad de acreedor: el **consilium fraudis** y el **eventum damni**, es decir, la colusión entre el comprador y el vendedor para perjudicar a los acreedores, y el daño real y efectivo que la enajenación del bien o bienes, cause al acreedor por la disminución total o parcial del activo del deudor, que haga imposible la efectividad de los créditos que el acreedor demandante tenga contra el deudor perseguido.

Recurso de casación

La sociedad demandante ha considerado que el anterior proveído quebranta disposiciones de la ley sustantiva a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, y por falta de apreciación de éstas, como pasa a verse al estudiar las tachas que se le hacen al fallo del Tribunal en recurso de casación, reparos que se estudiarán en el mismo orden en que fueron aducidos por el recurrente.

En el aparte señalado con la letra A, se tacha el fallo por violación directa, por no haberlos aplicado al caso del juicio, de los artículos 15 de la Ley 95 de 1890, sustituído hoy por el segundo de la Ley 50 de 1936 y el 2488 del Código Civil.

Funda el acusador su reparo en que la sentencia. a pesar de que reconoce que el demandante es un acreedor indiscutible, exige que compruebe, además, el perjuicio que el contrato simulado le aparejaba, por mermar el patrimonio de su deudor, y que la Compañía Jiménez Hermanos y Pinzón habían procedido en la negociación de la finca Bélgica a sabiendas de que esa operación perjudicaba a su acreedor, la "Agro Urbana", decisión que contraría la sentencia de la Corte de fecha 30 de noviembre de 1935. en la cual se estampó este concepto:

"Insiste la Corte en sostener que los acreedores tienen derecho para alegar la nulidad abosluta de las enajenaciones fic-

ticias de sus deudores. El interés del acreedor no está excluído del sentido y alcance que a esta palabra interés, da el artículo 15 de la Ley 95 de 1890. Es obvio que si a alguien interesa que no merme o decrezca el patrimonio de otro es a quien de éste es acreedor. Basta al efecto, a más de innumerables razones que saltan a la vista recordar el derecho que al acreedor, por solo serlo, confiere el artículo 2488 del Código Civil sobre todos los bienes de su deudor, raíces o muebles, sean presentes o futuros".

Basado en esa doctrina, cree el recurrente que al acreedor sólo le basta probar que el contrato simulado merma el patrimonio de su deudor, para que tenga interés en pedir su nulidad.

Esta jurisprudencia, que conserva toda su autoridad. ha sido complementada, sin contradecirla, por otros fallos posteriores en que se señala, de manera perentoria, las condiciones que tiene que llenar el demandante al impetrar la nulidad de un contrato celebrado por su deudor en perjuicio de sus derechos, así:

"Si Zapata hubiera demandado esa nulidad (la absoluta) su acción no habría prosperado porque ésta no depende únicamente de su calidad de acreedor. sino que debe demostrar su interés jurídico o sea que en virtud de ese contrato se le hace imposible perseguir la efectividad de su crédito." (G. J. número 1940).

En el pleito de Avilés de Sánchez contra Avilés (G. J. número 1953 y 1954) se lee lo siguiente:

"Quien se presenta, pues, ejercitando una acción de nulidad, la pauliana o la simulación, invocando su carácter de acreedor por una obligación de dar, hacer o pagar, o no hacer, debe demostrar, primero la existencia plena de ese carácter, aun cuando el crédito no sea de plazo vencido, y segundo establecer, también plenamente, que el acto acusado no le perjudica, por cuanto en virtud de él queda en incapacidad para hacer efectivo su derecho. por no poseer el obligado otros bienes".

Estas decisiones de la Corte de Casación tienen hoy la aprobación irrestricta de la actual Sala, porque si el demandante no prueba que el acto tachado de nulo o simulado, aminora la capacidad económica del deudor para cubrir sus deudas, es decir, si el acto tachado de nulo o simulado deja en el patrimonio del deudor bienes suficientes con qué cubrir el crédito que persigue del acreedor, éste naturalmente no tiene interés, ni jurídico ni material, en hacer volver al patrimonio del deudor, un bien cuya enajenación no perjudica sus intereses. La palabra interés traída en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936, no puede tomarse en un sentido amplísimo. Ella ha de interpretarse con criterio restrictivo: que el acto o contrato tachado de nulo o de simulado produzca la insolvencia total o parcial del deudor, de suerte que si ese bien no vuelve al patrimonio del deudor, se haga imposible al acreedor la eficacia del su crédito, en todo o en parte.

También es de rigor y de justicia. para que la acción prospere, que se demuestre la colusión entre el comprador y el vendedor deudor, porque el principio generalísimo que informa los contratos, es el de respetar la buena fe de los contratantes, condición ésta indispensable para la estabilidad de los tratos humanos y de las convenciones jurídicas. El comprador de buena fe no puede ser perjudicado en sus legítimos intereses por una acción de nulidad o simulación, sino en tanto que se pruebe que se coludió con el vendedor, y en este evento desaparece la buena fe y no hay por tanto por qué protegerla.

De lo dicho se concluye que el sentenciador aplicó correctamente los artículos 15 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936. Se dice esto desde el punto de vista técnico o jurídico, porque como adelante se verá, como cuestión de hecho, no se comprobó que la enajenación de la finca Bélgica hubiera mermado el patrimonio de Jiménez Hermanos hasta

el punto de no poder cubrir la deuda de la "Agro Urbana". parcial o totalmente, ni que el señor Pinzón se hubiera coludido con aquéllos para sustraer de su acervo la finca Bélgica, en perjuicio de su acreedor, "Agro Urbana".

Es verdad que el artículo 2488 del Código Civil da al acreedor la facultad de perseguir todos los bienes, raíces o muebles, del deudor, presentes o futuros, pero en el caso de autos, tocábale al demandante comprobar que la hacienda Bélgica era un bien de pertenencia de Jiménez Hermanos, demostrando para esto que el contrato por el cual fue enajenado, era nulo o simulado. Sin esta declaración judicial, la Bélgica no pertenecía al patrimonio de Jiménez Hermanos y por lo tanto la "Agro Urbana" no tenía facultad para perseguirla como parte del patrimonio de su deudor, y en tales condiciones no puede deducirse la violación de este precepto.

Visto lo anterior, la Sala rechaza las acusaciones por violación de los artículos 15 de la Ley 95 de 1890, 2 de la Ley 50 de 1936 y 2488 del Código Civil.

En el aparte "B" acusa el recurrente la sentencia por violación del artículo 604 del Código Judicial que define la confesión. Este ataque se refiere al pasaje de la sentencia del Tribunal, que reza:

"Tan no se halla establecida la insolvencia de Jiménez Hermanos en los autos, que, de acuerdo con las apreciaciones que hizo el actor en sus interrogatorios a los testigos, la sociedad Jiménez Hermanos tenía tres fincas rurales que valían $ 153.000; los lotes de "La Esmeralda", que valían $ 98.600; acciones en la "Estrella del Norte, por valor de $ 60.200 y semovientes por $ 5.000, o sea un activo de $ 315.800 y en cuanto al pasivo resulta que no pasaba de $ 89.300, lo que dá un exceso a favor del activo de más de $ 200.000".

Como se ve por lo transcrito. el sentenciador no dijo que las preguntas hechas en el interrogatorio de que se trata fueran confesión, al tenor del artículo 604 del Código Judicial. Esta inferencia del Tribunal ha de considerarse como un argumento subsidiario, para reforzar la conclusión a que había llegado, de que no estaba probada la insolvencia de Jiménez Hermanos. Y tiene su valor accidental, porque cuando una persona interroga a otras como testigos sobre determinados puntos, es para que contesten afirmativamente partiendo del supuesto que lo preguntado es la verdad. pues sería inusitado que se interrogara a los testigos sobre hechos que el preguntante considera que son falsos, ó sobre algo que no estuviera de acuerdo con su propio concepto o estimación, es decir, que se les interrogara sobre un hecho que el preguntante considerá mentiroso e inexacto. Se rechaza, pues, este capítulo de acusación.

En el capítulo segundo considera el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho, y en error de hecho, que aparece de manera evidente en los autos, por no haber apreciado las siguientes pruebas o por haberlas apreciado erróneamente. Estas acusaciones se contestarán en el orden en que fueron propuestas.

a) El Tribunal no apreció las declaraciones de Julio Núñez, Eliécer Ortega, Alberto Talero, Elías Correa y Antonio María Forero que comprueban. en primer lugar. el precio de los inmuebles y de las acciones pertenecientes a los señores Jiménez Hermanos; en segundo, el número de juicios que se promovieron contra ellos; los depósitos y embargos llevados a efecto en esas ejecuciones; las ventas de lotes y el monto del pasivo. Estas probanzas no fueron examinadas nominalmente por el sentenciador, pero en el fallo las apreció de manera general para concluír que no aparecía probada la insolvencia, ni mucho menos la relación de causalidad entre la venta hecha a Pinzón y la mala situación de la compañía enajenante. A esas probanzas un grave reparo les hizo el Tribunal. y fue el considerar que los testigos tenían interés en que prosperara la acción, por ser acreedores de Jiménez

Hermanos. Esta aseveración, que no ha sido atacada en casación, conserva toda su fuerza, y desvirtúa, por lo tanto la exposición de los testigos.

Además, las declaraciones de los testigos aducidas por el recurrente no son pruebas suficientes para comprobar, ni el valor de los inmuebles; ni el número de embargos y depósitos llevados a cabo en los juicios ejecutivos iniciados contra Jiménez Hermanos; ni las ventas de los lotes del terreno "La Esmeralda", ni el monto del pasivo de la casa demandada. Fijar el avalúo de bienes muebles o inmuebles es función que rebasa, por regla general la órbita testimonial y que cae bajo jurisdicción de los expertos o peritos; en cuanto a los embargos y depósitos, la prueba pertinente serían las copias auténticas de esas diligencias judiciales y el certificado del respectivo registrador; las enajenaciones de lotes en "La Esmeralda" han debido comprobarse con las respectivas escrituras públicas y el pasivo de la sociedad, con la exhibición de los libros de la misma o con la relación anténtica de las deudas que pesaban en su contra.

La buena o mala apreciación, o la no apreciación de esas pruebas, en nada influiría respecto de la comprobación de los hechos mencionados, porque ellos exigen, para su demostración, otra nómina de pruebas. Esto basta para rechazar el cargo formulado bajo la letra "A". Súmase a lo expuesto el hecho de que los testigos, a excepción de Eliécer Ortega, no saben cuál sería el precio de la hacienda Bélgica y así lo declararon.

En la letra "B" alega el recurrente error de hecho evidente cometido por el Tribunal al no apreciar las posiciones absueltas por Pinzón, confesión que prueba la desaparición de trescientas acciones en la "Estrella del Norte" en poder de Pinzón, sin compensación en el activo de Jiménez Hermanos, por lo cual se violó el artículo 604 del Código Judicial.

No señala el recurrente en cuál de las diligencias de posiciones absueltas por Pinzón éste confesó que en su poder habían desaparecido las trescientas acciones de "La Estrella del Norte", sin compensación en el activo de Jiménez Hermanos.

En el expediente figuran las siguientes diligencias de absolución de posiciones: Las absueltas el 17 de octubre de 1934 en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá; las rendidas el 2 de noviembre de 1938 ante el Tribunal Superior de Bogotá y las absueltas el 17 de octubre de 1934 en el Juzgado 3º de esa misma ciudad. En ninguna de esas diligencias aparece que el señor Pinzón confesara que en su poder habían desaparecido trescientas acciones en el molino "La Estrella del Norte", por el contrario en ella dice el señor Pinzón que las acciones las adquirió a título de compra y que le donó a Francisco de P. Jiménez trescientas de las que había comprado (pregunta 18ª y 19ª). En 2 de noviembre de 1938 dijo que no había girado cheque a favor de Jiménez Hermanos para pagarles el precio de las seiscientas acciones en mención porque las había pagado con cédulas del Banco Central Hipotecario (contestación a la 18ª pregunta). En la diligencia de 17 de octubre, contestando la 19ª pregunta sobre si había devuelto a los señores Jiménez Hermanos las seiscientas acciones, contestó: "No es cierto. Doné a Francisco de J. Jiménez trescientas acciones de las seiscientas que había comprado".

De lo dicho se desprende con toda evidencia que el señor Pinzón no ha hecho la confesión que le atribuye el recurrente relativa a las acciones de "La Estrella del Norte" y por ello hay que concluír que el Tribunal no erró de hecho evidente al apreciar esas pruebas.

En los apartes marcados con las letras C, D, E, F, G, H e I el recurrente acusa el fallo por errores evidentes de hecho en que incurrió el Tribunal al no apreciar las pruebas allí señaladas o por dejar de apreciarlas y con las cuales pretendía com-

probar: la confianza absoluta entre los Jiménez y Pinzón; el interés de éste en que los Jiménez le pagaran o le aseguraran una deuda a su favor; la imposibilidad de Pinzón para pagar el precio de la finca Bélgica y permitir que el inmueble quedara hipotecado por una deuda de deudores insolventes y morosos; que con el pago del precio mediante el cheque girado por Pinzón a favor de Jiménez Hermanos el haber de aquél no disminuyó ni en un centavo; y que Pinzón pagó las hipotecas siendo obligación de los vendedores hacerlo.

Con estas pruebas indiciales pretende el recurrente demostrar la simulación relativa del contrato de venta de la hacienda Bélgica.

Hay que reparar primeramente que el recurrente, apartándose de la técnica del recurso de casación, no precisa los errores en que hubiera incurrido el fallador al apreciar esos indicios, y además incurre en contradicción, al sostener que el Tribunal erró de hecho al apreciar la prueba, y también por dejarla de apreciar, extremos que se excluyen, porque si cometió el error de derecho o de hecho, fue porque apreció la prueba y si no la apreció cometió error por esa falta de apreciación, pero no por haberle dado un valor distinto del que le señala la ley o, por negar un hecho demostrado con esa prueba.

Admitiendo que el sentenciador hubiera incurrido en los errores de hecho y de derecho que le apunta el recurrente al apreciar las pruebas en mención, es lo cierto que ese error podría servir para declarar la simulación del contrato de venta de la hacienda Bélgica, pero hecha esta declaración, ella no le bastaría para obtener una decisión judicial acorde con sus pretensiones, porque el hecho de que el contrato memorado fuera simulado, no implica necesariamente que el deudor por esa venta, hubiera quedado imposibilitado para cubrir a sus acreedores el valor de sus créditos, y por tanto falta uno de los requisitos que se exigen para que un acreedor pueda pedir la simulación de un contrato celebrado por su deudor, acción que sólo prospera cuando por la simulación desaparece o disminuye en tal cantidad el haber o patrimonio del deudor, que lo incapacita para cancelar ese crédito; pero si a pesar de la simulación el acervo patrimonial del deudor da asidero para cubrir el crédito de su acreedor, éste carece de interés y por lo mismo no puede ejercitar la acción de simulación.

Adviértese que no hay en el expediente prueba alguna respecto del monto del haber de Jiménez Hermanos, ni tampoco a cuánto asciende su pasivo, para que pudiera deducirse, con toda certeza, que la enajenación de la hacienda Bélgica, mermó tanto el patrimonio de Jiménez Hermanos que los imposibilitó para cubrir las deudas de que es cesionaria la compañía "Agro Urbana", hoy demandante.

No debe apartarse de la memoria el hecho fundamental de que el fallador, antes de ocuparse de la simulación del contrato de enajenación de la Bélgica, estudió, como asunto primordial de previa y especial resolución en la sentencia, la personería sustantiva del actor, a saber: si tenía la acción de simulación en su carácter de acreedor, y de ese estudio concluyó que hacía falta un requisito indispensable para el logro de las pretensiones, cual era la prueba de que esa enajenación hubiera mermado tanto el patrimonio del deudor que se hubiera hecho imposible el cobro y pago de sus créditos, que vencieron, el día 24 de noviembre de 1929, un año antes de la venta de la hacienda Bélgica, créditos que montaban la cantidad de $ 2.000. Ahora, faltando esa comprobación, era cuando menos ocioso entrar a estudiar la simulación.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la Repúbli-

ca 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 veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta.

2º Condénase al actor en las costas del recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, 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.

VENTA DE SUCESION HEREDITARIA.—DECLARACION DE HEREDEROS.—CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS

1.—El Código Civil en su artículo 1857 hace solemne la venta de una sucesión hereditaria exigiendo escritura pública para reputarla perfecta, y en su art. 1760 no permite suplir esa prueba por otra, disposición ésta corroborada por el artículo 632 del C. J. que, al referirse a los demás instrumentos provenientes de funcionario con autoridad pública, expedidos en ejercicio de sus funciones, en manera alguna extiende la fuerza probatoria que allí les da hasta hacer innecesaria la escritura pública para actos y contratos en que la ley la requiere. 2. La declaración de heredero a favor de alguien o el reconocimiento de que lo es no requiere escritura pública, sino que es materia de una providencia judicial que, de un lado, no hace tránsito a cosa juzgada ni perjudica a terceros, sin que, de otro, deje de tener su fuerza legal, en cuya virtud, por ejemplo, cuandoquiera que ese heredero necesite acreditar que lo es, lo hace eficazmente con copia de ese auto, de conformidad con el artículo 632. A diferencia de esa declaración y probanza, la cesión de derechos hereditarios tiene que hacerse por escritura pública, la que es la obligada prueba de este contrato; de suerte que quien invoca su calidad de cesionario tiene que comprobarla con la copia notarial registrada de esa escritura pública.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El doctor Gonzalo D. Otero demandó en vía ordinaria al señor Pedro C. Cordero con los fines que se verán adelante. Seguida la causa en el Juzgado Civil del Circuito de Málaga terminó allí con sentencia absolutoria del demandado, sin condenación en costas, fechada el 23 de junio de 1939, de la que apeló el demandante, por lo cual cursó en el Tribunal Superior de Bucaramanga la segunda instancia, que éste decidió declarando probada la excepción perentoria de carencia de acción y llegando por esta senda a la absolución de Cordero, también sin condenación en costas, en fallo de 3 de diciembre último.

Contra éste interpuso casación el demandante. Concedido, admitido y tramitado el recurso, se procede a decidirlo.

Dicho Juzgado declaró abierta la causa mortuoria del señor Javier Quintero y reconoció como herederos del causante a su hermana legítima Indalecia Quintero y a los hijos legítimos de su hermana Aniceta, premuerta, Lucas, Florinda y Angustias Higuera Quintero, por derecho de representación; asímismo reconoció como cesionario de los derechos de todas estas personas en tal calidad de herederos en la referida sucesión al doctor Gonzalo D. Otero, citando al efecto la escritura número 187 de 12 de julio de 1936, otorgada en la Notaría 1ª de ese Circuito, como contentiva del contrato de cesión. Esa providencia es de 26 de julio de 1937.

Con copia de ella y de la escritura número 167, otorgada ante el Notario 2º de Málaga el 1º de julio de 1932, en la que Javier Quintero aparece vendiendo a Cordero por $ 2.000 que dice recibidos los varios bienes allí detallados, el doctor Otero demanda en el presente juicio la

declaración de nulidad de esta compraventa, la cancelación del registro de tal escritura y la restitución de los aludidos bienes, en su antedicha calidad de cesionario.

El Tribunal funda su decisión cardinalmente en que Otero no acreditó esa calidad de cesionario con que se presenta a demandar y de la que deriva su personería en razón de asistirle por razón de aquélla la acción que ejercita. Ello, por no haber traído al proceso la escritura pública correspondiente, pues es de advertirse que al respecto se limitó a la ya citada copia del auto de apertura de la sucesión de Quintero en el que, como ya se dijo, el Juzgado de esa causa le reconoce tal calidad de cesionario citando la escritura respectiva, como aquí se dijo también ya.

La demanda de casación formula varios cargos, como es lo natural, por uno encaminado a infirmar a aquel concepto y a demostrar a tal fin que el reconocimiento en referencia es suficiente para comprobar en el presente juicio esa calidad, tanto por la plena fuerza probatoria de instrumento emanado de un Juzgado, cuanto porque desde luego es de suponerse que, cabalmente por ser esa cesión contrato solemne, ese reconocimiento judicial implica la presentación de la escritura pública registrada en que la solemnidad consiste.

El problema, como se ve, se reduce con sencillez notoria a si es precisa o nó la presentación de la respectiva escritura de cesión en su copia notarial registrada para reconocer la personería de quien se presenta a demandar como cesionario, o si basta que acredite que esta calidad de cesionario de los herederos se le reconoció en la causa mortuoria del causante.

Sobre este tema la acusación del abogado del recurrente se formula, en suma, así: violación de los artículos 1008 a 1011, 1155 y 1967 del C. C., en cuanto el Tribunal dejó de aplicarlos al negar a los herederos cedentes, en la persona de su cesionario, los derechos que les corresponden en ese carácter, esto es, en el de continuadores de la persona del de cujus y sucesores de su patrimonio transmisible; así como de los artículos 1746 y 1751 de esa obra y 2º de la Ley 50 de 1936, en cuanto a Javier Quintero le asistía la acción aquí incoada, de manera que asiste ella a sus herederos, sin embargo de lo cual se les niega. Este cargo se complementa con el de violación de tales disposiciones y también de los artículos 1757 a 1759 de ese Código y 632 del Judicial, por negar su fuerza probatoria plena a la referida providencia de 1937 que reconoció a Otero como cesionario.

Se considera:

El Código Civil en su artículo 1857 hace solemne la venta de una sucesión hereditaria exigiendo escritura pública para reputarla perfecta y en su artículo 1760 no permite suplir esa prueba por otra, disposición ésta corroborada por el artículo 632 del C. Judicial que, al referirse a los demás instrumentos provenientes de funcionario con autoridad pública, expedidos en ejercicio de sus funciones, en manera alguna extiende la fuerza probatoria que allí les da hasta hacer innecesaria la escritura pública para actos y contratos en que la ley la requiere.

La providencia judicial dictada en la causa mortuoria y para ella obliga en ella, sin imperio en actuación distinta. El reconocimiento de la calidad de cesionario de los herederos hecho en favor de Otero ha de regir allí mientras no sea infirmado. Pero esa providencia que, de paso sea dicho, no es una sentencia definitiva, de por sí no tiene la finalidad ni la calidad de elemento probatorio de la cesión ni el alcance de desalojar o suplir la escritura pública indispensable para este contrato.

El reconocimiento de herederos y el de su cesionario se pronunciaron en el juicio

mortuorio en un mismo auto; pero esto no los identifica, esto no impide ver las marcadas diferencias que hay entre los dos, entre las cuales resaltan las a que acaba de aludirse. La declaración de heredero a favor de alguien o el reconocimiento de que lo es no requiere escritura pública, sino que es materia de providencia judicial que, de un lado, no hace tránsito a cosa juzgada ni perjudica a terceros, sin que, de otro lado, deje de tener su fuerza legal, en cuya virtud, por ejemplo, cuandoquiera que ese heredero necesita acreditar que lo es, lo hace eficazmente con copia de ese auto, de conformidad con el citado artículo 632. A diferencia de esa declaración y probanza, la cesión de derechos hereditarios tiene que hacerse por escritura pública, la que es la obligada prueba de este contrato; de suerte que quien invoca su calidad de cesionario tiene que comprobarla con la copia notarial registrada de esa escritura pública.

En el presente juicio esto fue lo que echó menos el Tribunal, no hallando procedente ni suficiente para tener al actor como cesionario de los herederos del vendedor Quintero la simple circunstancia de que como tal lo reconociese el Juzgado de la causa mortuoria, que fue lo único que Otero adujo como comprobante de esa calidad suya.

Las precedentes consideraciones demuestran que el Tribunal aceptó en su concepto básico y decisivo aquí analizado y que, por lo mismo, el cargo en estudio no se justifica.

Los cargos restantes no sería lógico ni conducente estudiarlos, porque en la hipótesis de hallarlos justificados en sí mismos, nada adelantaría con ello el recurrente, puesto que tales conclusiones en supuesto tan favorable no podrían pasar de meramente teóricas o, por decirlo así, académicas, ya que, a pesar de ellas seguiría en pie la valla que impide entrar, con algo que les diese alcance práctico, en el fondo de una cuestión suscitada por quien no comprueba la calidad con que la suscita.

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 Bucaramanga el tres de diciembre 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 propiedad.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION DE NULIDAD DE UNA LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

En la breve reseña que va a hacerse se encuentran los hechos que sirven de origen y explicación a este litigio.

El día 11 de enero de 1913, ante el cura de la Parroquia de San Pedro de esta ciudad, contrajeron matrimonio católico Adolfo Pinzón y Graciela Rico, formándose entre ellos, como consecuencia legal, sociedad de bienes.

Antes de cumplir cinco años de matrimonio, demandó el marido a su esposa ante la Curia Primada de Bogotá en juicio de divorcio en el cual fue vencida. La sentencia con que terminó este proceso lleva fecha 26 de noviembre de 1917, y dice en su parte resolutiva: "... Primero. Decretamos el divorcio perpetuo quoad thorum et cohabitationem entre los esposos Adolfo Pinzón y Graciela Rico, por adulterio cometido por la esposa. (S. Mateo V 31 32—XIX—9; Cap. 9 X de Spons. 1 V. 1; Cap. 19 X de Convens Conjung. 111-32)... Segundo. Absolvemos al señor doctor Adolfo Pinzón de los cargos que le hace su esposa por no haberlos probado. Tercero. Pague el señor doctor Adolfo Pinzón las costas del proceso por ser el administrador de los bienes. Lo relativo a los derechos meramente civiles debe litigarse ante la autoridad civil competente."

Ejecutoriada y debidamente inscrita en el registro público la sentencia de divorcio, Graciela Rico promovió ante el Juzgado 4º Civil de este Circuito el juicio correspondiente para obtener la liquidación de la sociedad conyugal habida con Adolfo Pinzón y disuelta por efecto del divorcio. En este juicio fueron inventariados y avaluados los bienes sociales denunciados por la esposa demandante, y una vez aprobados judicialmente los inventarios y avalúos, los dos cónyuges llevaron a efecto la liquidación y partición de su sociedad en forma extrajudicial y amigable. Presentada al juicio la escritura pública en que verificaron la liquidación y distribución de los bienes sociales, el Juzgado aprobó la partición en sentencia definitiva cuya ejecutoria fue declarada, y ordenó la protocolización del juicio en la forma legal. El instrumento público en que los esposos Pinzón-Rico hicieron constar la liquidación y partición de su sociedad conyugal lleva el número 450 y fue otorgado el 12 de febrero de 1920 ante el Notario 1º de este Circuito de Bogotá.

Ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la partición social (1º de julio de 1920) y protocolizado el juicio de liquidación de la sociedad conyugal en la Notaría 1ª de Bogotá, bajo la escritura número 751 de 25 de abril de 1922, transcurridos más de quince años, consideró la cónyuge Rico que podía alterar la situación jurídica patrimonial creada con su esposo con la liquidación social a que se ha hecho referencia, porque a pesar o contra lo declarado en el instrumento público otorgado por ambos esposos sí hubo gananciales en el matrimonio a cuya mitad tiene derecho porque la pena civil que establecía el artículo 163 del C. C. para la mujer adúltera fue abolida por el artículo 5º de la Ley 8ª de 1922.

Con este objeto y los mencionados fundamentos, en libelo del 27 de enero de

1938 que Graciela Rico suscribe personalmente y que correspondió en repartimiento al Juzgado 7º de este Circuito, demandó a Adolfo Pinzón, con quien está casada y legalmente divorciada, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se decrete:

"1º Que es nulo o contrato o convención (sic) que consta en la escritura pública número 450 de 12 de febrero de 1920, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito por medio de la cual se llevó a cabo la liquidación extrajudicial de la sociedad conyugal que hubo entre el doctor Adolfo Pinzón y Graciela Rico y la partición de dicha comunidad;

"2º Que es nula la sentencia aprobatoria de esta liquidación y partición extrajudicial que pronunció el señor Juez 4º Civil de este Circuito, que lleva fecha 26 de marzo de 1920, y que quedó ejecutoriada el 1º de julio del mismo año;

"3º Que la sociedad conyugal que existió entre los cónyuges Pinzón y Rico está todavía ilíquida y debe procederse a su liquidación;

"4º Que Graciela Rico tiene derecho a la mitad de los gananciales habidos en la sociedad conyugal con su marido el doctor Adolfo Pinzón, mientras tal sociedad duró legalmente;

"5º Que todos los intereses adquiridos por el doctor Pinzón en la compañía de Energía Eléctrica de Zipaquirá, Compañía organizada por la escritura número 302 de 21 de julio de 1911 y reformada por las escrituras números 338 de 23 de mayo de 1913 y 91 de 12 de febrero de 1923, otorgadas en Zipaquirá, pertenece a la sociedad conyugal que existió entre el doctor Adolfo Pinzón y Graciela Rico de Pinzón;

"6º Que Graciela Rico de Pinzón tiene derechos sobre todos los frutos civiles y naturales producidos por los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal que existió entre ella y el doctor Adolfo Pinzón en la medida legal, o sea en una mitad;

"7º Las costas del presente juicio si se opusiera el demandado a las pretensiones de la actora.

"En subsidio pido que se decrete:

"1º Que la liquidación y partición de la sociedad conyugal que hubo entre el doctor Adolfo Pinzón y Graciela Rico de Pinzón, la cual liquidación y partición consta en la escritura número 450 de 12 de febrero de 1920 otorgada en la Notaría Primera de este Circuito, debe ser adicionada o complementada incluyendo el valor de los gananciales que existieron;

"2º Que Graciela Rico de Pinzón tiene derecho a la mitad de los gananciales que existieron durante la sociedad conyugal que hubo con su marido el doctor Adolfo Pinzón;

"3º Que los derechos adquiridos por el doctor Adolfo Pinzón por razón del contrato que consta en la escritura número 47 de 27 de febrero de 1914 y las acciones que hubo en la compañía de Energía Eléctrica de Zipaquirá, son bienes sociales y, por lo tanto, deben ser incluídos en la liquidación de la sociedad conyugal que existió entre el expresado doctor Pinzón y Graciela Rico de Pinzón;

"4º Que el doctor Adolfo Pinzón debe pagar a Graciela Rico de Pinzón la mitad del valor de los derechos y acciones dichos, más la mitad de los frutos civiles o naturales que hayan producido o podido producir desde el día 6 de febrero de 1918 en que se ejecutorió la sentencia de divorcio hasta el día del pago;

"5º Las costas del presente juicio si el doctor Pinzón se opone a las pretensiones de la actora".

Se opuso el demandado a las pretensiones de la actora al contestar la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó algunos y negó los relacionados con existencia de bienes sociales al tiempo de la liquidación social, añadiendo que es evidente que en la partición extrajudicial y amigable que llevaron a cabo no incluyeron gananciales, tanto porque no existieron como por haberlo así convenido los

cónyuges en virtud de que la demandante carecía de derecho a ellos por su adulterio, y propuso las excepciones perentorias que denominó de renuncia de gananciales, transacción, desistimiento, cosa juzgada, carencia de acción y prescripción.

Trabado sobre estas bases el litigio fue resuelto por el Juzgado del Circuito, después de agotado el procedimiento del grado, en sentencia de fecha primero de septiembre de 1939, en la cual negó todas las peticiones de la demanda tanto principales como subsidiarias, absolviendo, en consecuencia, de todos los cargos al demandado Adolfo Pinzón. Sin costas.

FALLO ACUSADO

El recurso de apelación que oportunamente interpuso la actora contra el fallo de primera instancia dio lugar al segundo grado del juicio que se tramitó ante el Tribunal Superior de Bogotá y se decidió definitivamente en sentencia fechada el 17 de mayo de 1940, confirmatoria completamente del fallo recurrido y condenatoria de la apelante por las costas del grado.

Son breves y sencillas las razones que consigna el Tribunal en su sentencia, acusada hoy ante la Corte por recurso de casación legalmente interpuesto por la parte demandante. Considera en primer término que la base del pedimento de nulidad de la partición extrajudicial recogida en la escritura número 450 y que se hace extensivo a la sentencia que la aprobó, con la cual persigue la actora restaurar el estado ilíquido de su sociedad conyugal para en una nueva liquidación participar en los gananciales que según su afirmación existieron, es de acuerdo con la demanda, el precepto del artículo 5º de la Ley 8ª de 1922 que subrogó el 163 del C. C. y conforme al cual la mujer que ha dado causa al divorcio por adulterio conserva su derecho a los gananciales, en contraposición a lo que estatuía la disposición subrogada, bajo cuyo imperio fue liquidada y partida la sociedal conyugal Pinzón-Rico.

Carece de todo fundamento, en concepto del sentenciador, la tesis central de la demandante de que por virtud de la derogatoria del artículo 163 citado readquirió el derecho a los gananciales en su disuelta sociedad conyugal, porque la disposición de la Ley de 1922 no tenía por qué producir ningún efecto sobre una situación jurídica consumada definitivamente de acuerdo con las leyes vigentes a la época en que se produjo y conforme a las cuales la esposa causante del divorcio por adulterio perdía todo el derecho a los gananciales. El derecho adquirido por el marido sería vulnerado, y el carácter esencialmente civil que corresponde a la pena excluye el concepto, sólo aplicable en materia penal, de que la ley favorable es de preferente aplicación aunque sea posterior al hecho punible. No menos infundado considera la sentencia el argumento de que la pérdida de los gananciales no ha sido decretada en una decisión judicial pronunciada contra Graciela Rico, porque esa pérdida fue el efecto legal correspondiente al hecho de haber dado ella causa al divorcio con su adulterio y ese hecho fue demostrado con la sentencia proferida por la autoridad eclesiástica, capaz, según la ley, de producir efectos civiles.

Lo dicho es suficiente —dice la sentencia— para concluír que la demandante carece de interés jurídico para proponer la demanda origen de este proceso, ya que las disposiciones de la Ley 8ª de 1922 no tienen, no pueden tener el efecto que en este caso se ha pretendido por la señora Rico, puesto que los hechos sucedidos y narrados en este informativo ocurrieron en vigencia de otras disposiciones legales que determinaban en forma clara y precisa la sanción civil que dio como resultado que en la liquidación de la sociedad conyugal no se incluyeran los gananciales a que se refiere la demanda. Y siendo esto así, la confirmación de la sentencia de primer grado se impone ya que

las pretensiones de la parte demandante no tienen asidero legal".

EL RECURSO

Se apoya el recurso en el primero de los motivos legales de casación (numeral 1º del artículo 520 del C. J.) y se sustenta en demanda cuya mayor parte está destinada a consideraciones de carácter general en torno del pleito, mal halladas dentro del recurso de casación cuyos fines no consultan y procedentes más bien para fundar y sostener una decisión de instancia. Tres cargos por violación de ley sustantiva se formulan contra la sentencia del Tribunal, los cuales se enuncian y consideran en seguida.

a) El Tribunal violó por falta de aplicación los artículos 1821, 1822, 1823, 1826, 1828, 1830 y 1832 del C. C., disposiciones sustantivas que regulan la liquidación de la sociedad conyugal y partición de gananciales, porque no habiéndose hecho en el caso de autos inventario, ni tasación, ni adjudicación de los bienes que formaron la sociedad por el matrimonio Pinzón-Rico, lógicamente hay que concluír que dicha sociedad, aunque disuelta, está ilíquida. El Tribunal ha debido dar aplicación a los artículos citados de nuestra ley civil —dice el recurrente— para deducir que no había habido liquidación, que ésta no se verificó ni en ningún momento tuvo lugar, y por no haberlos aplicado quebrantó esos preceptos de imperativo cumplimiento en toda liqudación social.

Se considera el cargo.

De acuerdo con los términos y propósitos claramente precisados en la demanda la actora solamente enfocó en el pleito las cuestiones de nulidad como petición principal, y adición como subsidiaria, de la liquidación y partición de su sociedad conyugal que de acuerdo con su esposo llevó a cabo e hizo constar convencionalmente en la escritura pública número 450 de 12 de febrero de 1920, de la Notaría 1ª de este Circuito. Los demás pedimentos tanto principales como subsidiarios tienen un carácter meramente consecuencial. No expresa la demandante concretamente cuál es la causa que alega como fundamento jurídico de su acción de nulidad, pero de las consideraciones que contiene su libelo se deduce que señala estas dos: la falsedad de la declaración que contiene la escritura precitada sobre inexistencia de gananciales al tiempo de la liquidación social, y la superveniencia del artículo 5º de la Ley 8ª de 1922, conforme al cual readquirió su derecho a la mitad de los gananciales por haber desaparecido la pena civil que para la mujer adúltera establecía el artículo 163 del C. C. Teniendo en cuenta este emplazamiento de la controversia judicial, el Juez del primer grado consideró la cuestión desde el punto de vista de omisión de gananciales en la partición social, y el Tribunal, como se vio al compendiar la motivación de su fallo, llegó a igual solución que el Juzgado estudiando y decidiendo el negocio por el aspecto planteado en relación con la reforma legislativa del artículo 5º de la Ley 8ª citada para concluír que ni aún en el supuesto de haber existido gananciales su omisión en la partición no es inductiva de nulidad porque tal cosa se ajustó perfectamente a la legislación que entonces regía. Y ante la Corte, al formular la acusación contra la sentencia definitiva de segunda instancia, se abandonan estas tesis esenciales de la litis para colocar la controversia sobre bases diferentes de las que se le dieron en la demanda original y se debatieron en el juicio. Ya no se alega, en efecto, la nulidad de la partición convencional que de su sociedad verificaron los cónyuges, ni la de la sentencia que la aprobó y que ordenó protocolizar el juicio correspondiente, para de este modo poder considerar la sociedad ilíquida, ni nada se alega tampoco respecto del pedimento de partición adicional sino que se emplaza la cuestión en forma totalmente distinta afirmando que la sociedad conyugal Pinzón-Rico no ha sido liquidada todavía y que por no haberlo sido su liquidación ha de hacerse bajo el imperio

del citado artículo de la Ley 8ª de 1922. "No se trata, pues, en el fondo —dice el recurrente— de analizar una acción de nulidad, porque para que haya la nulidad se requiere la existencia del acto, y en este caso la ausencia de ese acto es lo que motiva la demanda". Y agrega: "Aún ilíquida esa sociedad vino la Ley 8ª de 1922 y sorprendió a esa sociedad sin que hubiera sido partida. Al demandar con posterioridad a esta ley que levantó la sanción impuesta a la mujer adúltera, deberá aplicarse el artículo 163 del Código Civil o la Ley 8ª de 1922?"

Desquiciado de esta manera el problema del pleito con el abandono de sus afirmaciones iniciales y básicas, la Corte podría abstenerse de considerar el cargo por asentarse en aspecto o cuestión que por no haber sido condición del litigio ni punto debatido, es indudablemente constitutivo de medio nuevo, inaceptable como argumento de casación; sin embargo, no quiere dejar de advertir, con la cita de las piezas pertinentes del proceso, que el cargo de violación de las disposiciones legales que se indican se hace reposar sobre hechos que no coinciden con la realidad que ofrecen los autos.

Siguiendo las reglas para la partición de los bienes hereditarios, como lo manda el artículo 1832 del C. C., uno de los que se citan como infringidos, fue liquidada la sociedad conyugal Pinzón-Rico y distribuídos sus bienes previo el inventario y tasación que de ellos se hizo dentro del juicio correspondiente que finalizó con la sentencia ejecutoriada que aprobó la partición, sometida legalmente a registro, y protocolizada con toda la actuación judicial en una Notaría pública. "La suscrita —dice la actora en su demanda— vencida en el juicio de divorcio, promovió ante el Juzgado 4º Civil de este Circuito el juicio o las diligencias judiciales encaminadas a obtener la liquidación de la sociedad conyugal que existió entre el doctor Pinzón y la que habla y en tales diligencias llegó hasta inventariarse, por denuncio de la suscrita, como crédito de la sociedad conyugal y a mi favor la cantidad de $ 2.320 oro que probó haber aportado al matrimonio... Posteriormente, por medio de la escritura número 450 de 12 de febrero de 1920, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, el doctor Pinzón y la suscrita convinieron en liquidar amigable y extrajudicialmente la sociedad conyugal que existió entre nosotros... la liquidación convencional que los cónyuges divorciados Pinzón y Rico solemnizamos por medio de la escritura 450, fue presentada ante el señor Juez 4º Civil de este Circuito por el doctor Pinzón el día 23 de marzo siguiente, pidiendo al Juez nombrado que aprobara la liquidación y partición efectuada extrajudicialmente y ordenara su protocolización y registro. El Juez 4º del Circuito, pronunció entonces la sentencia de 26 de marzo de 1920 por la cual aprobó la liquidación y partición y ordenó la protocolización de lo actuado".

Estas aseveraciones de la demandante, contradichas por apoderado ante la Corte, están, además, plenamente demostradas en el expediente con la prueba adecuada que es la copia auténtica de la correspondiente actuación judicial, expedida por el Notario que guarda el juicio, y traída a los autos por el demandado con su contestación de la demanda. Ella da testimonio fehaciente de que en el juicio, según el acta correspondiente, se llevó a cabo la diligencia de inventario y avalúo de los bienes de la sociedad conyugal en referencia y que tales bienes se enumeraron con base en el denuncio juramentado que dio Graciela Rico de Pinzón. Allí está el auto del Juzgado que dice que por haberse practicado en forma legal los inventarios y avalúos de los bienes que usufructuaba y de que era responsable la sociedad conyugal y por no haberse objetado por las partes en el traslado legal se aprueban, disponiendo que si no se solicita la partición correspondiente se protocolice el expediente en la respectiva No-

taría. Allí obra también copia del instrumento número 450, por medio del cual y autorizados por la ley, verificaron de acuerdo los cónyuges la liquidación y entrega de bienes de su sociedad conyugal y en cuya cláusula séptima se lee: Que en los términos anteriores dejan los otorgantes disuelta y liquidada la sociedad conyugal que existió entre ellos, dejando constancia, además, la otorgante Graciela Rico de Pinzón de que queda a paz y salvo con su esposo el señor doctor Adolfo Pinzón, por razón de toda cuenta habida entre los dos, ya por razón de la sociedad conyugal o por cualquiera otra causa". También dan fe esas copias de que llevada esta escritura al juicio como partición convencional de los bienes sociales con el pedimento de que fuera judicialmente aprobada, lo fue en sentencia definitiva y ejecutoriada en que se ordenó el registro de la partición, que se cumplió, la entrega de los bienes a cada uno de los cónyuges y la protocolización del juicio en la Notaría respectiva.

Se desnaturaliza así del todo el cargo que se estudia con la destrucción de las afirmaciones en que se apoya, porque, según lo visto, la sociedad sí fue liquidada y el acto de partición con que terminó, anulable y rescindible solamente de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, no se afecta por las acusaciones hechas en ninguna de sus condiciones de validez.

b) Se acusa aquí al Tribunal por violación del artículo 163 del C. C. y 5º de la Ley 8ª de 1922, el primero por errónea interpretación y aplicación indebida y por no haberse aplicado el último. Sostiene el recurrente que habiendo dicho la sentencia de divorcio que los efectos civiles emanados de ese fallo eran de la exclusiva competencia de las autoridades civiles, "era preciso seguir el juicio de liquidación de la sociedad conyugal, y obtener que en vista de la prueba de la pérdida de los gananciales, así lo declarara el Juzgado por sentencia, a fin de que pudiera hacerse la adjudicación del total de los bienes sociales al cónyuge inocente". Dice el recurrente que si la sociedad conyugal se hubiera liquidado y se hubieran decidido por la justicia los derechos de los cónyuges al haber social durante la vigencia del artículo 163, Graciela Rico no tendría ningún derecho a lo que demanda, "pero —añade— la liquidación no tuvo lugar, en ningún momento se verificó, precisamente por no haber habido inventario, tasación ni adjudicación de bienes sociales, ni en ningún momento hubo tampoco la declaración judicial por sentencia de que la señora Rico, en vista de la prueba que suministraba la sentencia de divorcio, había perdido su derecho a los gananciales; ahora cuando el H. Tribunal ha querido aplicar esa disposición, que se aplica solamente llegado el caso de la liquidación, se encuentra con que ha sido derogada desde el año de 1922 por la Ley 8ª; y que ha sido levantada la sanción que se imponía a la mujer adúltera; confundiendo la disolución de la sociedad conyugal con su liquidación, quiere dar vigencia a aquella disposición cuando hay una nueva ley que se opone. El fallador ha fallado contra ley expresa, contra el artículo 5º de la Ley 8ª de 1922, y ha aplicado indebidamente una disposición ya derogada".

Se considera.

Lo primero que sugiere este cargo, para reducirlo a su exacto significado, es la advertencia, que sólo el confusionismo de la demanda hace necesaria, de que el juicio que está al actual conocimiento de la Corte no tiene por objeto la liquidación y partición de la sociedad conyugal Pinzón-Rico, sino la nulidad y adición de las que ya fueron hechas, según se vio al estudiar el cargo precedente. Inútil aquí, por consiguiente, volver sobre la rectificada afirmación que hace la demanda de que la mentada sociedad conyugal no ha sido liquidada.

Se refiere la sentencia acusada al artículo 163 del C. C. para decir que bajo su vigencia fue disuelta y liquidada la sociedad Pinzón-Rico, de tal manera que la

pérdida de gananciales que esa disposición estatuía en relación con la mujer que había dado causa al divorcio con su adulterio, pena civil para la mujer y derecho para el marido, era un efecto inmediato que se producía y se produjo como consecuencia del fallo eclesiástico que decretó el divorcio por la causa referida; e hizo alusión al artículo 5º de la Ley 8ª de 1922 para negarle aplicabilidad y operancia sobre una situación jurídica definitivamente consolidada bajo el imperio de una norma legal diferente.

Ningún reparo merecen, en concepto de la Sala, estas conclusiones de la sentencia recurrida, porque es evidente que la sociedad conyugal de que aquí se trata se disolvió y fue liquidada con total observancia y en ajuste con las disposiciones legales vigentes a la ocurrencia de tales fenómenos, y entre esas disposiciones estaba el artículo 163 precitado que señalaba uno de los efectos civiles determinados por el divorcio, causado por adulterio de la mujer. Ese precepto legal consagra la pena civil, y la sentencia eclesiástica transcrita en su parte resolutiva al principio de esta decisión, capaz de producir todos sus efectos civiles y políticos al tenor del artículo 18 de la Ley 57 de 1887, era la prueba perfecta del divorcio decretado en las condiciones que debía determinar el efecto indicado. No era necesaria decisión judicial especial que viniera a causar esa consecuencia determinada por ministerio de la ley. Pero es que en realidad resultan impertinentes para el caso estas consideraciones, porque si en verdad hubo gananciales, cosa negada en la escritura de partición con fe plena contra quienes la otorgaron, lo que allí se decidió al respecto fue producto de una convención válida entre personas capaces, y entonces no hay por qué pensar siquiera en sentencia de Juez que privara a Graciela Rico de sus gananciales porque ella celebró un contrato sobre eso y al contratar dio realidad jurídica a una situación legal claramente establecida en el artículo 163 del C. C., que no es posible desconocer sin antes invalidar la fuente contractual.

"El día 12 de febrero de 1920 —escribe la propia demandante en su demanda—, la que habla no tenía derecho alguno a sus gananciales porque entonces estaba vigente el artículo 163 del C. C. que castigaba a la mujer que daba causa al divorcio con la pérdida de todo derecho a los gananciales, pero poco después la Ley 8ª de 1922, en su artículo 5º, abolió esta pena civil impuesta a la mujer. Por esta razón la suscrita tiene hoy derecho a su mitad de gananciales, o sea, a la mitad de los derechos de toda clase de bienes adquiridos por la sociedad conyugal durante el tiempo en que ésta existió". Apenas es preciso advertir, para destacar el acierto con que el Tribunal negó aplicabilidad a la precitada disposición de la Ley de 1922, que es completamente improcedente pensar que tal regla legal pudiera considerarse en relación con una sociedad conyugal inexistente ya a la fecha en que fue promulgada. La claridad de esta conclusión haría redundante la exposición de más razones en defensa de la sentencia del Tribunal.

c) Este último cargo se hace consistir "en error de derecho cometido por el Tribunal al apreciar el valor o alcance legal de la sentencia de divorcio proferida por la autoridad eclesiástica, error que lo condujo a la aplicación indebida de la disposición ya derogada del artículo 163 del Código Civil y a la no aplicación del artículo 5º de la Ley 8ª de 1922".

A las razones enunciadas antes solamente hay que añadir, para no dar acogida a esta última acusación, la de que el Tribunal no hace en su sentencia ninguna apreciación probatoria equivocada del fallo que decretó el divorcio. Se limitó a considerar que con tal sentencia se acreditaba el hecho del divorcio, que éste es causal de la disolución de la sociedad conyugal y que fue decretado por causa del adulterio de Graciela Rico, con lo cual se mantuvo dentro de las normas de derecho probatorio que señalan a resoluciones de

tal naturaleza y procedencia, si están en firme y debidamente registradas, la capacidad de producir todos sus efectos civiles. No se puede decir, pues, que hubo apreciación excesiva o defectuosa del mérito de tal prueba. Por lo demás, no sobra repetir que el efecto civil correspondiente a la sentencia eclesiástica se lo dieron los mismos cónyuges en la partición convencional que llevaron a efecto, y que tal voluntad jurídicamente eficaz no ha sido destruída por ninguna causa legal.

Con apoyo en lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 17 de mayo de 1940, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, 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, Secretario en propiedad.

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO POR LESION ENORME—CESION DEL DERECHO DE DEMANDAR LA RESCISION—CESION DE DERECHOS

1.—Los derechos personales, que como es obvio, forman parte del patrimonio individual, van investidos para su efectividad de la acción correspondiente. Por eso la acción, como sostienen los expositores, es el derecho en ejercicio. El derecho y la acción, como bienes patrimoniales, entran en el comercio en general y sólo por excepción dejan de seguir esta regla. Los únicos derechos, las únicas acciones intrasmisibles que no pueden ser materia de cesión, son aquellos que tienen esa limitación por disposición expresa de la ley, y se sostiene al respecto por varios autores que tal limitación proviene de que esos derechos tienen por base el elemento personal exclusivamente, el factor *intuitu personae*. Como ejemplos de derechos no cesibles, no trasmisibles, pueden citarse entre otros, los de uso y habitación, intrasmisibles a los herederos, y no cesibles a ningún título (art. 878 del C. C.); el de los alimentos (art. 424); el que se deriva o nace del pacto de retroventa (art. 1942 ibídem), y el mismo de usufructo, cuando su trasmisibilidad es el acto testamentario (art. 832 ibídem). No estando prohibido el traspaso de la acción, del derecho que nace de un contrato que adolezca de lesión enorme, debe seguirse entonces la regla general de que se ha hecho mérito, de donde se deduce que esa acción o ese derecho pueden cederse. Si el derecho a pedir la nulidad relativa puede ser cedido (art. 1743 ibídem), también puede serlo el derecho para demandar la lesión enorme. 2—Un derecho se entiende litigioso desde que se notifica judicialmente la demanda (art. 1969 del C. C.). Mientras eso no suceda, la acción o derecho trasmitido no entra en esa categoría.

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón).

Los antecedentes operantes en este juicio son éstos: 1º Por escritura pública 459 de 12 de septiembre de 1934 de la Notaría de Girardot, Manuel Villoria Polanía vendió a Arcadio Carvajal el derecho de dominio que tiene sobre un lote de terreno, que hace parte de la finca llamada "La Rivera", ubicada en jurisdicción del Municipio de Suárez (Tolima), lote que se llamará "El Encanto" y que linda como se determinó en tal escritura. La venta fue hecha por la suma de $ 2.100 moneda corriente.

2º Por escritura 214 de 22 de septiembre de 1935, Notaría del Espinal, el expresado Villoria Polanía vendió a José Joaquín González y José Vicente Morales "los derechos que tenga y le correspondan como vendedor en la venta que le hizo al señor Arcadio Carvajal por escritura número 459 de 12 de septiembre de 1934, de la Notaría de Girardot, en el lote denominado "El Encanto" tomado de la finca llamada "La Rivera" por los linderos que en la escritura 459 citada quedaron consignados. Tiene por objeto o motivo ésta venta el que mis compradores Morales y González hagan uso del derecho que la ley le concede al vendedor para demandar la rescisión de la venta por lesión

enorme, o la nulidad del contrato por falta de pago, por simulación o por cualquiera de los medios que la ley concede y cuyas causas hayan concurrido al contrato o surjan de él. Aunque en la escritura 459 citada aparece que el precio de la venta fue el de dos mil cien pesos moneda corriente, el precio real fue el de setecientos pesos moneda corriente que fue el convenido y el que recibí. Es decir, esta venta comprende no sólo el traspáso de las acciones que a mí me corresponden sino todos mis derechos en el terreno que fue materia de ese contrato".

Con base en esta última escritura los señores Morales y González demandaron a Arcadio Carvajal para que se declare rescindido por lesión enorme el contrato de que da cuenta la escritura 459 ya citada, y en subsidio para que se declare resuelto, por falta de pago ese contrato. Tanto respecto de la acción principal, como de la subsidiaria, se hicieron las peticiones consecuenciales a cada una de ellas.

El Juez de Circuito del Espinal en sentencia de 4 de agosto de 1938 negó la petición y decretó la resolución del contrato de venta.

El Tribunal Superior de Ibagué, que conoció del negocio por apelación de ambas partes, en sentencia de 31 de julio de 1940, absolvió al demandado de los cargos de la demanda, revocando por lo tanto, en lo que era del caso, la sentencia del inferior.

La parte demandante recurrió en casación y pasa a decidirse el recurso.

El fallador negó la acción rescisoria fundado principalmente en que la parte actora carece de personería para ello y sustenta su tesis en dos extremos: a) que la acción de amparo que la ley da a quien ha sufrido la lesión, hace pensar que tal acción es **intuitu personae** "por cuanto a que el lesionado fue quien individualmente sufrió el peso de la necesidad" y b) que lo que Villoria Polanía podía ceder a Morales y González en orden a la lesión enorme, era el evento de que ésta se declarara. "Luego la personería que adquirieran por la cesión del derecho litigioso, no les sirve a éstos para el ejercicio de la acción que otorga el artículo 1948 del C. Civil, sino la del artículo 1971 ibídem, y por tanto, erraron en la escogencia de la acción".

El recurrente, fundado en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, acusa esta parte de la sentencia por violación directa de varios textos legales, entre otros los artículos 1886, 1946, 1947, 1948, 1950, 1969 del C. Civil.

La Corte considera: Los derechos personales que, como es obvio, forman parte del patrimonio individual, van investidos, para su efectividad de la acción correspondiente. Por eso la acción, como sostienen los expositores, es el derecho en ejercicio. El derecho y la acción, como bienes patrimoniales, entran en el comercio general y sólo por excepción dejan de seguir esta regla. Los únicos derechos, las únicas acciones intransmisibles, que no pueden ser materia de cesión, son aquellas que tienen esa limitación por disposición expresa de la ley y se sostiene al respecto por varios autores, que tal limitación proviene de que esos derechos tienen por base el elemento personal exclusivamente, el factor **intuitu personae**. Como ejemplos de derechos no cesibles, no transmisibles, pueden citarse entre otros, los de uso y habitación, instranmisibles a los herederos, y no cesibles a ningún título (artículo 878 del C. Civil); el de los alimentos (artículo 424); el que se deriva o nace del pacto de retroventa (artículo 1942 ibídem), y el mismo de usufructo, cuando su transmisibilidad es el acto testamentario (artículo 832 ibídem). No estando prohibido el traspaso de la acción, del derecho que nace de un contrato que adolezca de lesión enorme, debe seguirse entonces la regla general de que se ha hecho mérito, de donde se deduce que esa acción, que ese derecho, puede transferirse, puede cederse.

La conclusión anterior basada en principios generales, se corrobora y reafirma, a juicio de la Corte, con lo siguiente:

Indudablemente la acción de lesión enorme no se identifica hasta confundirse, con la de nulidad relativa; pero ambas tienen características especiales de analogía, en cuanto al tiempo en que prescriben, en cuanto a las personas que pueden ejercitarlas, y están ambas configuradas en beneficio o en interés particular de quienes han sido víctimas o de la nulidad o de la lesión y por eso pueden sanear tales vicios. El derecho a pedir la nulidad relativa puede ser cedido (artículo 1743 ibídem), luégo por lo dicho también puede ser materia de cesión, el derecho para demandar la lesión enorme.

Un derecho se entiende litigioso, desde que se notifica judicialmente la demanda (artículo 1969 del C. Civil). Mientras esto no suceda, la acción o derecho transmitido no entra en esa categoría. Cuando Villoria Polanía vendió à Morales y a González el derecho de pedir la lesión enorme y les vendió la misma finca cuyo precio dice que es inferior a la mitad de su justo valor al tiempo de la venta, la demanda no se había iniciado, luego no puede concluírse como el fallador de Ibagué, que lo que adquirieron Morales y González fue un derecho litigioso y que por eso carecen de personería sustantiva para demandar en este juicio.

Teniéndose, pues, que el derecho a demandar la lesión enorme es cesible y considerándose que Morales y González adquirieron ese derecho, y no uno litigioso, se concluye que son fundados los dos primeros cargos de la demanda.

No por esto puede dejarse de estudiar el tercer cargo, que ataca el otro fundamento del Tribunal, para negar la acción incoada. Sostiene el fallador de Ibagué que como en realidad de verdad lo que Villoria Polanía pudo vender a Carvajal fueron derechos y acciones derivados en definitiva de la sucesión de don Antonio Villoria y que como los peritos avaluaron como cuerpo cierto, lo vendido por el primero al segundo, o sea el predio delimitado que denominaron "El Encanto", el avalúo no sirve ni es adecuado para demostrar la lesión porque faltó establecer la relación entre el valor de lo vendido y los derechos **ad valorem** que tenga Villoria Polanía en la comunidad de "La Granja".

El recurrente acusa esta parte del fallo por violación directa de los artículos 1602, 1603, 1609, 1849, 1880, 1882, 1887, 1868, 756, 757 y 765 del C. Civil y además asevera que el Tribunal interpretó erróneamente la prueba, lo cual lo llevó a la violación de los artículos 765, 757, 1500, 1757, 1759, 1849, 1857 y 1868 ibídem.

La prueba a que se refiere el recurrente es la escritura pública 459 de 12 de septiembre de 1934, en la que consta que Villoria Polanía vendió a Arcadio Carvajal por la suma de $ 2.100 el derecho que tiene sobre un lote de terreno que hace parte de la finca llamada "La Rivera", lote que se llamará "El Encanto".

Dados los términos y estipulaciones del contrato, lo que debe estudiarse son las relaciones que de ese pacto nacieron entre los contratantes: Villoria Polanía vendió un cuerpo cierto y delimitado a Carvajal, y cumplió con la obligación de entregárselo; Carvajal tenía la obligación de pagar el precio estipulado. Las consecuencias de esa venta relacionadas con adjudicaciones posteriores, si se hace la partición de la comunidad de "La Granja", nada tienen que ver en este pleito respecto de las relaciones que del contrato mencionado nacieron entre el comprador y el vendedor. Lo que vendió Villoria Carvajal fue, como se ha dicho un cuerpo cierto y determinado, y a eso debe atenerse el juzgador al fallar esta litis. Si ese predio así determinado resultó que fue vendido en un precio inferior a la mitad de su verdadero valor el día de la venta, y si tal predio fue avaluado como cuerpo cierto por los peritos, en una suma casi tres veces mayor a la en que fue vendido, síguese que el experticio se concretó a lo que fue objeto de la venta y lo es del litigio y por tanto no tenía por qué buscar ninguna relación entre el precio del lote y lo que valieran

los derechos de Villoria en la comunidad de "La Granja", porque éste no vendió ni sus derechos y acciones en esa comunidad ni parte de éstos, sino un cuerpo cierto y determinado.

Dedúcese de lo anterior que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba, la escritura 459 citada, y por eso violó los artículos señalados por el recurrente.

Ahora: prosperando los cargos contra la sentencia, en cuanto en ésta se niega la acción de lesión enorme, es preciso casar el fallo y entrar a proferir el de instancia.

El predio de "El Encanto" fue vendido por Villoria Polanía a Carvajal en $ 2.100. La cláusula tercera de la escritura 459 citada, fojas 5 Vta. del cuaderno número 4 dice así:

"3º Que hace esta venta por la cantidad de dos mil cien pesos moneda corriente ($ 2.100), que tiene recibidos a su satisfacción de manos del comprador". Los peritos avaluaron dicho predio y le fijaron el valor de seis mil pesos ($ 6.000) moneda corriente, el día del contrato. En lo pertinente se expresan así: "En atención pues a que los precios que acabamos de dar conceptuamos el día de hoy o mejor con base del precio actual de esta finca, no han tenido variación apreciable en esta región del Departamento del Tolima, desde el doce de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro hasta hoy, ni en aumento ni en disminución, creemos que la finca sometida a nuestros conocimientos, en cuanto a los puros terrenos, valía en la fecha que se acaba de mencionar lo mismo que vale hoy, o sea un total de seis mil pesos moneda corriente". (Fojas 17 del cuaderno número 4).

El dictamen fue puesto en conocimiento de las partes, por auto de 13 de mayo de 1936 y quedó en pie. Dados los fundamentos del experticio, identificación de la finca, distinción entre las diversas clases de terreno, fijación del valor de cada una de ellas por hectáreas y comparación de precios, además de ser unánime, es preciso darle el valor probatorio que le asigna el artículo 721 del Código Judicial. No es inoficioso agregar que no hay en autos ningún factor que desvirtúe lo aseverado por los peritos.

Comparando entonces el precio de la venta $ 2.100 con el verdadero valor del predio $ 6.000 y teniendo en cuenta lo que enseña el artículo 1947 del C. Civil, es preciso concluír que el vendedor sufrió lesión enorme al celebrar el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura cuatrocientos cincuenta y nueve. Pero como se ha discutido en el pleito si el precio fue el de setecientos pesos o el de dos mil cien, es preciso estudiar este extremo. Tanto el Juez como el Tribunal, estuvieron de acuerdo y sentenciaron en que el precio fue de dos mil cien pesos, y a esa misma conclusión llega la Corte, por lo que pasa a expresarse.

De acuerdo con el artículo 1759 del C. Civil el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha y en cuanto a la verdad de las declaraciones respecto de los interesados, y ya se vio que los contratantes Villoria y Carvajal acordaron el precio de $ 2.100 por la finca y que el primero se dio por recibido de ellos.

Interrogado Carvajal en posiciones dijo lo siguiente: "Es cierto que yo le di a don Manuel de contado por la compra que le hice la cantidad de setecientos pesos moneda corriente, pero el precio convenido por el expresado lote de terreno fue el de dos mil cien pesos moneda legal; de tal suerte que habiéndole dado yo los setecientos pesos, quedé debiéndole la suma de mil cuatrocientos, comprometido yo a pagársela en contados anuales anticipados de doscientos pesos, es decir, me fue concedido el plazo de siete años, que es el término del arrendamiento, para abonársela en su totalidad". Con esta confesión, que es indivisible, no se desvirtúa lo aseverado en la escritura respecto del precio sino que se afirma que existió un convenio entre los contratantes sobre la forma del pago. Ahora bien: esa modali-

dad está plenamente establecida en los autos: al folio 1º del cuaderno número 5 aparecen esos dos recibos, que por su importancia se insertan en este fallo: "Recibí del señor Arcadio Carvajal la suma de cien pesos ($ 100) moneda corriente para pagar el valor del arrendamiento del trimestre comprendido del primero de febrero al primero de mayo del presente año y para abonar al resto del precio de la finca llamada "El Encanto" y de unos derechos en la sucesión de Juana Páez de Villoria, según acuerdo celebrado con Carvajal, quien se ha obligado a pagarme el resto de los precios de tal finca y derechos junto con el valor del arrendamiento de la hacienda de "La Rivera". En constancia firmo ante testigos, en Suárez a primero de febrero de mil novecientos treinta y seis.—Manuel Villoria. Testigos, Evangelista Páez, Segundo Rodríguez."—"Recibí del señor Arcadio Carvajal la suma de cien pesos moneda corriente por concepto del valor del arrendamiento que me corresponde en el trimestre comprendido del primero de noviembre del presente año al primero de febrero de mil novecientos treinta y seis, quedando también abonado parte del precio de las ventas que le hecho (sic) por escritura públicas (sic), según arreglo privado. — Girardot, noviembre de 1935. Manuel Villoria. — Testigos: Anastasio Chinchilla G., J. Eduardo Calvo P.".

En auto de 3 de diciembre de 1938, y previa la articulación correspondiente, el Tribunal (fojas 5ª del cuaderno número 10) resolvió tener por reconocidos por Manuel Villoria los recibos que se acaban de copiar. Con tales recibos está más que demostrado el convenio celebrado entre Villoria y Carvajal y resulta entonces que si el precio fue el de $ 2.100, los contratantes convinieron que fuera abonado por partes. La anterior convicción de la Corte queda confirmada, si es posible, con las declaraciones de varios testigos presenciales los que afirman la existencia del convenio entre Villoria y Carvajal en la forma dicha por éste. Ahora: si Carvajal no ha cumplido estrictamente tal convenio, es cuestión que está fuera del límite del litigio y del debate.

La importancia de establecer cuál fue el verdadero precio pactado, no es otra sino la de fijar uno de los extremos indispensables cuando prospera una acción de lesión enorme.

Como es obvio, al decretarse la rescisión del contrato y al llevarse a cabo ésta, las cosas vuelven al estado anterior, es decir, el predio de "El Encanto" vuelve al dominio de los sucesores de Manuel Villoria Polanía, los demandantes en este juicio, o quienes representen sus derechos. Es claro entonces que tal predio no puede entrar en la comunidad de "La Granja", pues para tal petición, no tiene personería la parte actora y en este juicio se ha partido de la base de que lo que Villoria Polanía vendió a Carvajal, fue un cuerpo cierto. Debe además tenerse en cuenta, para el completo del precio, si a esto llegaron las partes, de que el valor del predio vendido, el precio de la venta, fue determinado por las partes en la suma de dos mil cien pesos que el comprador abonó, parte de contado, setecientos pesos el día del contrato y el resto se comprometió a abonarlo por cuotas de las cuales aparecen pagadas dos en este juicio.

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 primera instancia y FALLA así este pleito:

Primero.—Declárase que Manuel Villoria Polanía, como vendedor, sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa del predio "El Encanto", celebrado con Arcadio Carvajal, como comprador, contrato de que da cuenta la escritura cuatrocientos cincuenta y nueve (459) de doce (12) de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro (1934) corrida ante el Notario Principal del Circuito de Girardot y registrada el treinta (30) de oc-

tubre de dicho año, en la Oficina de Registro del Espinal.

Segundo.—En consecuencia, declárase la rescisión de dicho contrato y por lo tanto se condena a Arcadio Carvajal a devolver a los demandantes José Vicente Morales y José Joaquín González, o a sus sucesores, el predio de "El Encanto", purgado de toda hipoteca o derecho real que hubiera constituído aquél en dicho predio. Esta restitución la hará seis días después de ejecutoriado el auto de obedecimiento y cumplimiento que el **Juez a quo** debe dictar en virtud de este fallo, siempre que el demandado no opte por el completo del precio, en la forma indicada en este fallo.

Tercero.—Condénase a los demandantes José Vicente Morales y José Joaquín González o a sus sucesores, a devolver a Arcadio Carvajal, dentro del mismo plazo fijado para la restitución del predio "El Encanto", en el numeral anterior, las sumas que a cuenta del precio de dicho predio, haya pagado a Manuel Villoria Polanía, y siempre que no se opte por el completo del precio, en la forma indicada en este fallo.

Cuarto.—El comprador Carvajal debe los frutos naturales y civiles que haya producido "El Encanto" desde la fecha de la demanda y los demandantes deben los intereses legales del dinero, que Carvajal haya entregado como parte del precio de dicho predio, desde las fechas de las respectivas entregas. Estas prestaciones tendrán lugar siempre que no se opte por el completo del precio,

Quinto.—Queda a opción del comprador Arcadio Carvajal, o consentir en la rescisión decretada o completar el justo precio de "El Encanto", con deducción de una décima parte. El citado comprador tendrá el plazo de sesenta días, contados desde la ejecutoria del auto de obedecimiento y cumplimiento que debe dictar el **Juez a quo** en virtud de este fallo, para completar dicho justo precio.

Sexto.—Si el demandado Carvajal consintiere en la rescisión del contrato, se oficiará por el **Juez a quo**, a la Notaría de Girardot y a la Oficina de Registro del Espinal, para la cancelación de la escritura cuatrocientos cincuenta y nueve de doce de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, ya mencionada y para la cancelación de la inscripción de dicha escritura en la Oficina de Registro del Espinal, pero cuando los demandantes hayan hecho las restituciones del caso al demandado.

Séptimo.—No se hacen las demás declaraciones de la demanda y por lo tanto respecto de ellas se absuelve al demandado.

Octavo.—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 — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—El Secretario en propiedad, Pedro León Rincón.

OPOSICION A UN DESLINDE APRECIACION DE PRUEBAS

Está dicho por la Corte, a través de jurisprudencia constante, que no puede variarse la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal sentenciador sino en los casos de error de derecho o de hecho, siempre que este último aparezca de modo evidente en los autos.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

ANTECEDENTES

1º—El señor Alberto Garcés Navas solicitó al Juez del Circuito de Patía, en escrito de 24 de enero de 1935, el deslinde y amojonamiento entre su predio llamado "Sajandí" o "Luna" y el del señor Gregorio Cárdenas denominado "El Culebrero" o "Las Tallas", en aquella parte que los divide y que es lindero sur para el predio del demandante y lindero norte para el fundo del demandado cuyas especificaciones son tomadas de los términos de las escrituras números 51, de 1º de abril de 1856, de la Notaría de Popayán y Nº 3, de 23 de febrero de 1916, de la Notaría de El Bordo.

2º—La diligencia de deslinde se llevó a cabo en los días 12 y 13 de julio de 1939 y el Juzgado señaló la siguiente línea divisoria entre los predios mencionados: "El nacimiento de la quebrada Luna, aguas abajo hasta su desembocadura en el río Patía".

3º—Los diversos títulos agregados al juicio que acreditan el dominio sobre el predio de Luna, que es parte de la hacienda de "Sajandí", establecen como línea divisoria con la finca de "El Culebrero" o "Las Tallas" la siguiente: "De la boca de la quebrada Luna al río Patía, siguiendo el cauce principal de su primitiva corriente, aguas arriba hasta dar a las juntas de la quebrada Caparrosal, siguiendo ésta hasta su origen atrás del cerro llamado Cascajal..." El lindero anterior es el que dá la escritura número 51 de 1856, demarcación que ha venido conservándose por todas las personas que han adquirido derechos de dominio en "Sajandí", ya por causa de sucesión, ora por transmisiones a título oneroso.

JUICIO ORDINARIO

En libelo fechado el 24 de julio de 1939 y dirigido al Juez del Circuito de El Bordo, Alberto Garcés Navas objetó el deslinde practicado y se opuso de modo formal a que quedara subsistente como línea limítrofe entre las fincas de "Sajandí" o "Luna" y "El Culebrero" o "Las Tallas" la señalada por aquel Juzgado en la diligencia antes mencionada. En consecuencia, suplicó que con citación y audiencia de Gregorio Cárdenas y previos los trámites de un juicio ordinario se fijara como linderos entre los indicados fundos esta línea:

"Comenzando en la bocana ancha que hay en la margen derecha del río Patía, y que queda frente al boquerón de Potrerillo, se asciende por el cauce que tiene algo de agua corriente, buscando la depresión natural del terreno a través del monte, hasta llegar a un alambrado y siguiendo luégo por el mismo cauce hasta salir a unos cachimbos que están en un

rincón del potrero del señor Cárdenas, cerca al cacaotal; de este punto hacia arriba, hasta unas dos (2) cuadras abajo del actual paso del camino público en la quebrada de Luna, en donde hay una depresión de la barranca que indica que en tiempos anteriores, por este punto y atravesando los potreros del señor Cárdenas corrió la quebrada de Luna y por éste aguas arriba hasta las juntas de la quebrada Caparrosal".

Fundó su oposición, entre otros varios hechos, en que el curso que lleva actualmente la quebrada de Luna podrá tener más o menos cierto número de años, pero no es el que señaló como lindero entre "Sajandí" y "Culebrero" la escritura número 51 de 1856; en este instrumento se fijó "el cauce principal de su primitiva corriente"; ni tampoco es la que señalan los instrumentos públicos mediante los cuales se le ha transmitido el dominio que tiene actualmente sobre la hacienda de "Sajandí". En otro de los hechos fundamentales de su libelo de oposición dice textualmente el demandante:

"En los últimos sesenta (60) u ochenta (80) años la quebrada de Luna no ha variado del cauce por donde corre en la actualidad, pero éste no es lindero que fijan los títulos de dominio".

Surtida la primera instancia fue fallada por el Juez del conocimiento en sentencia fechada el 8 de febrero de 1940, cuya parte resolutiva, debidamente extractada es de este tenor: 1º No es el caso de señalar como línea divisoria sur de "Sajandí" o "Luna" y norte de "Culebrero" o "Las Tallas", la que determina el demandante; 2º Se fija como línea divisoria de los mismos predios y por los mismos lados la que trazó el Juzgado en la diligencia de deslinde y que se determinó así: "El nacimiento de la quebrada de Luna, aguas abajo hasta su desembocadura en el río Patía"; 3º Apruébase la línea divisoria antes descrita; y 4º No es procedente decidir sobre la excepción extraordinaria de dominio (sic) propuesta por el apoderado del demandado.

Funda su fallo el Juez de primer grado en la consideración básica de que el mismo actor Garcés Navas asevera en el hecho 6º que en los últimos sesenta u ochenta años la quebrada Luna no ha variado del cauce por donde corre en la actualidad; y sentado lo anterior se pregunta: si la línea divisoria trazada por el Juzgado, que es la misma de los precitados títulos, no es la verdadera sino la que pretende el actor, por qué los distintos adquirentes de la hacienda de "Sajandí", inclusive el demandante, y los compradores del "Culebrero" o "Las Tallas", desde el año de 1856 a 1925, no hicieron constar en los respectivos títulos que la línea de separación discutida hoy era el antiguo cauce de la quebrada de Luna, luégo abandonado, determinando la línea que ahora persigue el mismo demandante?

La sentencia acusada

Apeló del fallo anterior el actor y tramitada la segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, esta entidad le puso término en sentencia de 8 de agosto de 1940, en la cual confirma en todas sus partes la apelada de primer grado.

Funda su providencia confirmatoria el Tribunal en la consideración de que habiéndose encontrado en la diligencia de inspección ocular otro cauce distinto al actual de la quebrada de Luna, era lógico que el Juzgado, de acuerdo con los títulos, señalara esa quebrada como lindero entre los dos predios. Esta resolución del Juzgado está en armonía con lo aceptado por Garcés en su demanda cuando dice que en los últimos sesenta u ochenta años la quebrada de Luna no ha variado del cauce por donde corre en la actualidad. Agrega el Tribunal que si dicha quebrada, en los años que dice el demandante, no ha variado de cauce y los títulos traídos por ambas partes son posteriores a ese lapso de tiempo, claro es que esos títulos tenían que referirse al cauce actual de la quebrada dicha; si así no fue-

ra los otorgantes habrían dicho terminantemente que el lindero no era por el cauce actual sino por otro.

Además, a juicio del Tribunal no existe en el proceso prueba alguna que demuestre que el actual cauce de la quebrada de Luna no sea el principal, ni que la corriente que discurre por tal cauce no sea la primitiva a que se refieren los títulos. Faltando esta prueba sustancial no es posible señalar otra línea que el cauce de aguas vivas de la quebrada de Luna, que fue la que señaló el Juez a quo.

También funda su decisión el Tribunal en que los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular no estuvieron de acuerdo en sus dictámenes, ya que al cotejarse sus respectivos experticios salta a la vista que, aunque el perito Paredes afirma que se adhiere al dictamen del perito Ayerbe, es lo cierto que en los términos de su exposición no coincide con la de Ayerbe, ya que este último señala como lindero un cauce de la quebrada de Luna, mientras que Paredes se refiere al cauce de la quebrada de "Las Tallas". Por este motivo considera el Tribunal que a esa diligencia no puede asignársele el valor de plena prueba a que se refiere el artículo 722 del Código Judicial.

El recurso

Interpuso recurso de casación el apoderado del actor Garcés Navas. En una larga y erudita demanda, cuya factura guarda cierta semejanza con las alegaciones de instancia, acusa la sentencia del Tribunal por los motivos 1º y 2º de los consagrados en el artículo 520 del C. J. Procede esta Sala a la tarea de ordenar en lo posible los cargos formulados en casación, que pueden extractarse así:

Estudio de los cargos

Primer cargo. Invoca la primera causal de casación y funda la pretendida violación de la ley sustantiva en que "son varios los errores de derecho o de hecho del Tribunal, en lo que mira a las probanzas".

Tanto el actor como el demandado invocaron las escrituras que les sirven de títulos y en los autos nada aparece que haga pugnar sus términos con la realidad; luego el criterio del Tribunal ha debido ser el de dar preferencia a esas escrituras, tomando su contenido como piedra de toque del valor de las otras pruebas, y no al revés como lo hizo, adoptando el criterio contrario, con lo cual violó directamente los artículos 1759 y 1765 del C. C. y 603, 604, 606 y 607 del C. J., así como los artículos 862, 868 y 869 del mismo Cdigo, en el sentido indicado de la primacía que en el deslinde tienen los títulos.

De modo, continúa el recurrente, que si los títulos determinan como lindero el cauce antiguo de la quebrada de Luna, el juzgador no ha podido señalar como lindero otro cauce que no sea el antiguo, sin quitar y dar dominio sobre una porción de la zona limítrofe y sin violar los arts. 756, 760, 1857, 1760 y 2577 del C. C. y 862, 866, 868 y 869 del C. J.

Segundo cargo. Dice el recurrente que en el plano secundario en que el Tribunal colocó la prueba preferente de las escrituras públicas, cometió una errada interpretación del texto de ellas, incurriendo en cuatro errores de hecho graves y palmarios, a saber: 1º si las escrituras hablan de cauce antiguo debió el Tribunal acoger sus términos, para darles cabida en lo que fuere posible y racional y tal error de hecho sobre la prueba lo condujo a la violación de los artículos 756, 760, 1759, 1760, 1620, 1877 y 2577 del C. C., y 603, 604, 606, 607, 862, 866 y 869 del C. J.; 2º las expresiones "cauce principal de la primitiva corriente" de la quebrada de Luna y "cauce antiguo" de la misma quebrada, empleadas en la escritura que sirve de título al demandado, tienen una significación especial, revaluada, unívoca, que no permite dar al predio de "Las Tallas" el lindero del cauce actual de la mis-

ma quebrada, sin cometer un error protuberante que subvierte el valor legal de las pruebas y produce la violación de los mismos textos legales antes indicados; 3º de la expresión "aguas arriba" de los títulos citados saca el Tribunal la conclusión de que "éstos se refieren a un cauce de agua corriente y no a otro que hubiera sido abandonado por las aguas"; este mismo error de hecho tuvo por efecto la violación de los preceptos legales ya citados; 4º otra errada apreciación de las pruebas es el argumento del Tribunal de que "no existe en el proceso prueba alguna que demuestre que el actual cauce de la quebrada de Luna no sea el principal, ni que la corriente que discurre por tal cauce no sea la primitiva a que se refieren los títulos". Lo único sujeto a discusión es cuál es el cauce antiguo de que hablan las escrituras y si encontró que el dictamen pericial era deficiente debió enderezar la investigación a los otros elementos de prueba para decidir si ellos daban evidencia sobre el verdadero cauce. Al no hacerlo así, violó directamente los preceptos antes mencionados.

Al estudiar los dos cargos anteriores la Corte considera:

a) Alega como motivo de acusación el recurrente "los varios errores de derecho o de hecho del Tribunal en lo que mira a las probanzas", pero a renglón seguido agrega que "la forma de la sentencia dificulta precisar si los errores de derecho del Tribunal violan directamente las disposiciones sustantivas indicadas o si en lo que ha incurrido es en falta de aplicación o en mala apreciación de las pruebas referidas". Bastaría esta falta de técnica en el ejercicio del recurso para desestimar el primer cargo formulado, ya que al tenor del artículo 531 del C. J. la demanda de casación debe expresar la causal que se aduzca, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella. Pero como las ha presentado todas, en forma subsidiaria, se pasa a estudiarlas.

b) El Tribunal no ha dejado de apreciar, ni de tener por cierto los términos de las escrituras públicas traídas al proceso, en lo atañedero al punto debatido del lindero sur de "Sajandí" o "Luna" y norte de "Culebrero" o "Las Tallas". Tampoco ha dejado de darle preferencia y de reconocerle el debido valor probatorio a las declaraciones de esos instrumentos escriturarios en lo relativo al mencionado lindero. Justamente lo que hizo el Tribunal fue respetar esos elementos de demarcación contenidos en tal prueba documental y conservar, de acuerdo con ello, en firme el lindero señalado por el Juzgado en el juicio especial de deslinde, lindero que en su esencia y en su demarcación topográfica es precisamente el mismo que indican las citadas escrituras.

Al efecto, el Juzgado fijó como tal alinderación "el nacimiento de la quebrada de Luna, aguas abajo hasta su desembocadura en el río Patía". Las escrituras numerosas donde constan las sucesivas ventas de los dos fundos o parte de éstos, señalan como demarcación del límite en disputa "de la boca de la quebrada de Luna al río Patía, siguiendo el cauce principal de su primitiva corriente, aguas arriba hasta dar en las juntas de la quebrada Caparrosal". Esas dos demarcaciones —la fijada por el Juzgado y la señalada en los instrumentos escriturarios— son en su esencia idénticas y así lo ha aceptado el demandado Cárdenas al acoger la línea fijada en el deslinde, como una correcta interpretación de la respectiva cláusula escrituraria. Pero el actor Garcés Navas la rechaza, como viene visto, fundado en que se ha interpretado erradamente la demarcación escrituraria porque "el cauce principal de su primitiva corriente" no es el cauce actual por donde discurre la quebrada de Luna, sino que la alusión de la escrituras se refiere a un "cauce antiguo", que ha sido ahora abandonado, y que ese cauce antiguo de su primitiva corriente es el auténtico límite divisorio de las dos fincas rurales.

Considera la Corte que tal aseveración

del actor y recurrente, fundamento básico de su acusación en casación, no viene demostrada en el proceso. El mismo recurrente lo ha negado cuando en el hecho 6º de su demanda de oposición al deslinde, base de esta litis, dijo textualmente que "en los últimos sesenta u ochenta años la quebrada de Luna no ha variado del cauce por donde corre en la actualidad, pero agrega que éste no es el lindero que fijan los títulos de dominio".

Ahora bien, si el mismo actor reconoce el hecho de que la quebrada ha conservado en los últimos ochenta años su actual cauce, de manera invariable, hay que interpretar como lo hizo el Tribunal que "el cauce principal de su primitiva corriente", a que aluden las escrituras públicas, es el actual y no algún otro "cauce antiguo" ya abandonado, como lo pretende el recurrente. Téngase en cuenta que los instrumentos públicos a que se refiere el fallo acusado y que señalan esa alinderación son los números 709 de 1919; 487 de 1919; 88 de 1920; 627 de 1925; 636 de 1897; 38 de 1935; 3 de 1916 y 519 de 1890, todos posteriores en su fecha al período cronológico de ochenta años que señala el actor para sostener la invariabilidad del actual cauce de la quebrada de Luna. Y esa intensa prueba documental ha sido bien interpretada por el fallador al considerar el cauce actual como aquel a que aluden esas escrituras, pues de haberse realizado variación en el discutido "cauce principal de su primitiva corriente", lo natural, lógico y conducente hubiera sido que los sucesivos vendedores de ambos fundos, al fijar el límite en disputa, rectificaran debidamente el lindero y expresaran con claridad que el cauce principal de la primitiva corriente a que aluden los títulos de propiedad anteriores no era ya el antiguo, sino otro nuevo formado por la desviación de la corriente viva de la susodicha quebrada de su lecho principal.

Afirma el recurrente que las escrituras que sirven de títulos de propiedad "hablan de cauce antiguo". Se hace la rectificación de que esos instrumentos, con una sola excepción, emplean la frase **"cauce principal de su primitiva corriente"**, la que sin base probatoria alguna en el proceso interpreta el recurrente en el sentido de que se refiere a otro cauce antiguo distinto del actual. La escritura número 3 de 1916, que sirve de título primario de dominio al demandado Cárdenas, es la única que al cerrar la alinderación del fundo vendido emplea la locución de **"cauce antiguo"**; pero tal expresión no ha podido tener la intención y el significado que pretende darle el actor y recurrente, porque en la fijación total del lindero se vuelve a hablar de **"cauce principal de su primitiva corriente"**. Bien puede interpretarse tal frase incidental en el sentido de que, como en época de crecientes las aguas de esa quebrada se desbordan adoptando transitoriamente otros cursos afluentes y secundarios, sin perjuicio de que luégo vuelva a normalizarse su curso y regrese al cauce principal, es posible que a la repetición de tal fenómeno se haya debido esta exclusiva calificación de **"antiguo"** al cauce principal de la quebrada.

Pero es que hay algo más que evidencia que no hubo error manifiesto de hecho en la estimación de esa prueba ni de ninguna otra traída a los autos para demostrar ese elemento material de delimitación y es que en la inspección ocular realizada por el Juzgado, asociado de peritos, no se pudo dejar establecido con toda claridad y nitidez que efectivamente la quebrada de Luna hubiera cambiado de cauce principal y que su primitiva corriente discurría entonces por un lecho ahora abandonado y distinto del actual. Al estudiarse el próximo cargo se verá cómo tal diligencia no fue mal o indebidamente apreciada por el Tribunal, en términos de haber podido incurrir en error de derecho o de hecho manifiesto en su estimación.

De modo tal que la locución usada por

las escrituras y que dice "siguiendo el cauce principal de su primitiva corriente" estuvo bien interpretada por el Tribunal al aceptarla como el lindero a que se refieren los instrumentos y títulos de ambas propiedades y como el cauce principal por donde actualmente discurren las aguas vivas de la quebrada de Luna; cauce principal que no debe confundirse con otros cauces secundarios y derivados producidos por los desbordamientos que periódicamente sufre tal vía acuática.

c) Agréguese a lo dicho que según testimonios de José Castro Ibarra, Jenaro Valdés e Ismael Garcés, entre otros, en los desbordes que sin abandonar su cauce principal tiene y ha tenido esa quebrada, en las épocas de crecientes, las aguas se derraman y encaminan sobre el lado derecho, esto es, sobre el predio de "El Culebrero" o "Las Tallas", de propiedad del demandado Cárdenas, y no sobre el de "Sajandí" o "Luna", de propiedad del actor Garcés Navas, lo que se debe sin duda a la topografía del terreno y a fenómenos de gravedad. En forma tal que basado en esa prueba real, no le es posible al demandante fundarse en tales testimonios ni en la diligencia de inspección ocular para aspirar a aumentar su predio, invocando un cambio en el curso de las aguas de la corriente principal de la quebrada de Luna; de haberse realizado esa variación en el cauce principal el perjudicado sería en este caso el demandado Cárdenas, quien, sin embargo, acepta la demarcación hecha por el Juzgado y la estima acorde con el lindero fijado en los títulos tanto de él como del actor.

Es de rigor aceptar que no se ha evidenciado en los autos que la quebrada de Luna haya variado de cauce en los últimos ochenta años; y el actor así lo reconoce; que bien hizo el Tribunal al afirmar que "no existe en el proceso prueba alguna que demuestre que el actual cauce de la quebrada de Luna no sea el principal, ni que la corriente que discurre por tal cauce no sea la primitiva a que se refieren los títulos". Es claro que faltando esta prueba sustancial, no es posible señalar otra línea divisoria que el actual cauce de aguas vivas.

De lo expuesto concluye esta Sala que son infundados los dos cargos que acaban de estudiarse y es procedente rechazarlos.

Tercer cargo. Así concreta este cargo el recurrente: "Creo haber demostrado que al apreciar el dictamen pericial, el Tribunal incurrió en un manifiesto error de hecho que acarreó, consecuencialmente, la violación de los artículos 601, 722, 723 y 730 del Código Judicial, en su parte sustantiva, y el artículo 900 del Código Civil, en cuanto el Juzgador no está obligado a señalar la línea pedida por la parte actora, sino la que estime legal (Jurisprudencia de la Corte Suprema, número 1273. volumen de 1888 a 1913), y número 755 (volumen de 1914 a 1919), si la línea sostenida por el reo está contraindicada por las pruebas".

Fundado en lo dicho estima el recurrente que se incurrió en error de hecho en la apreciación del dictamen pericial al sostener el Tribunal que no hubo uniformidad en los peritazgos de los señores Ayerbe y Paredes, por cuanto, como dice la sentencia acusada, "el primero se refiere a la quebrada de Luna y el segundo a otra quebrada distinta denominada "Las Tallas".

La Corte considera:

Es evidente que el Tribunal desechó los dictámenes de los peritos Ayerbe y Paredes basado en que, si bien el último manifestó estar de acuerdo con el primero en todas las partes de su concepto, "es lo cierto que en los términos de exposición no coincide con la de Ayerbe. En efecto, este último señaló como lindero un cauce de la quebrada Luna, mientras que Paredes se refiere al cauce de la quebrada de "Las Tallas".

Si se hace un estudio atento y pormenorizado de los dos experticios mencionados se concluye que el Tribunal tuvo razón al desestimarlos como plena prueba,

por la circunstancia antes apuntada de que no guardan la debida uniformidad, en términos de no dejar lugar a la menor duda respecto de los hechos sometidos a su pericia, por la circunstancia de expresar con toda precisión, claridad y exactitud los fundamentos de su dictamen y las conclusiones a que lleguen.

Al efecto, mientras el perito Paredes señala como límite el curso que a su parecer ha tenido el cauce principal de la quebrada de Luna, el perito Ayerbe indica como tal demarcación el curso de las aguas que corren por la quebrada de "Las Tallas". También si se sigue con detención el desarrollo topográfico que cada uno de ellos señala a la línea divisoria entre los fundos, puede apreciarse que son las dos descripciones distintas una de otra, a través de los accidentes del terreno descrito. Pretende el recurrente que Ayerbe incurrió en un simple **"lapsus calami"** al redactar su dictamen y que donde dijo "Las Tallas" quiso expresar "Luna". Pero fuera de que no ha podido demostrarse tal error de redacción, y de que tampoco queda abonado por la diferencia en el desarrollo de las dos líneas dictaminadas, tal error, de existir en realidad, sería suficiente para restarle a los dictámenes el valor de plena prueba, según la norma del artículo 722 del C. J., por no reunir los requisitos allí señalados, uno de los cuales es que no dejen la menor duda respecto de la existencia del hecho o circunstancia sometido al experticio.

Fuera de lo antes expresado, en el acta de la diligencia de deslinde consta que "después de rendido el concepto y escrito que fue del perito Julio Manuel Ayerbe, fue éste repreguntado por el señor Juez si afirmaba rotundamente que la línea por él fijada era la que dividía los predios de "Sajandí" con el de "Culebrero" y "Las Tallas", dijo: —me parece". Esta locución demuestra que el perito no quiso expresar y sostener una verdad inconcusa, una certidumbre definitiva y fundada, sino una mera probabilidad o hipótesis. En términos que tal dictamen no es de los que se rinden sin dejar lugar a la menor duda, como lo pregona el art. 722 del C. J.; y en caso de que efectivamente el otro perito Paredes hubiera adherido sin reticencias al primer experticio, tampoco el suyo reunía los requisitos legales para constituír plena prueba.

En tan precarias condiciones como se ha presentado la prueba real y pericial, no aparece cometido por parte del Tribunal el error de hecho manifiesto en su estimación que le imputa el recurrente. Y ya viene dicho por la Corte, a través de constante doctrina, que no puede variarse la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal sentenciador sino en los casos de error de derecho o de hecho, siempre que éste último aparezca de modo evidente en los autos.

Forzoso es concluír que no le era posible al fallador aceptar como línea de demarcación las dos diversas señaladas por los peritos. No le era permitida una solución distinta de la adoptada, consistente en confirmar la línea fijada por el Juez, que era en sustancia la misma indicada en los títulos de dominio exhibidos por ambas partes. No ha podido el actor y recurrente demostrar que "el cauce principal de su primitiva corriente", a que aluden las escrituras, es distinto del actual cauce de aguas vivas de la quebrada de Luna. Si se desestimaron los dictámenes periciales fue porque no reunían los requisitos de los artículos 716 y 722 del C. J.

Es de rigor desestimar este cargo por infundado.

Cuarto cargo. Sostiene el recurrente que el Tribunal desechó las pruebas de las escrituras públicas y de las varias confesiones del reo, por la apreciación errónea que hizo, y quiso dar aplicación a los artículos 234 y 601 (parte final) del C. J., con lo que violó la primera parte de este último precepto y los otros textos legales de los Códigos Civil y Judicial antes mencionados. Y agrega también: "Si alguna razón de ser tiene el artículo 472 ibídem, para que no sean sacrifica-

das la ley y la justicia en casos como el que acabo de plantear, en los que es indefectible la acogida de términos incuestionables, como que de otro modo se cae en el absurdo, como el de señalar por lindero el cauce actual de la quebrada de Luna contra todas las escrituras públicas".

La Corte considera:

a) Ya se ha refutado a espacio el cargo que con insistencia repite el recurrente y que hace consistir en que el Tribunal desestimó la prueba de las escrituras públicas que sirven de títulos de propiedad de ambos fundos deslindados, o que incurrió en error de hecho manifiesto en su apreciación. Viene dicho que el fallo sí apreció debidamente los referidos instrumentos y consideró que la línea divisoria trazada por el Juzgado era en esencia la misma que señalaban los mencionados títulos. Lo que no podía aceptar el Tribunal, ni lo puede hacer la Corte, sin una plena prueba y concluyente, era que la quebrada que sirve de límite hubiera variado de cauce principal y que el actual era distinto de un cauce antiguo ya abandonado. Ante la deficiencia de la prueba pericial lo pertinente era darle a la testimonial el mérito probatorio suplementario que se le dio y con vista de los otros elementos documentales demostrativos confirmar la delimitación del Juzgado.

b) No aparece de autos que el demandado Cárdenas, en virtud de confesión judicial, hubiera aceptado como verdadera la línea divisoria que señaló como probable el perito Ayerbe y que luégo presentó el actor como auténtica en su memorial de oposición al deslinde. El demandado siempre aceptó la línea del Juzgado, por estimarla acorde con la fijada en los títulos exhibidos por ambas partes. Lo ocurrido fue que el apoderado de Cárdenas, en su memorial de pruebas de 31 de agosto de 1939, con la mira de demostrar la posesión continua ejercida por su mandante sobre la zona disputada, en más de veinte años, hizo una mera referencia a la demarcación que señalaba el actor en su demanda de oposición al deslinde, copiándola textualmente. Pero ni esa simple referencia puede constituír confesión de parte del demandado, ni las manifestaciones o confesiones que hagan los apoderados judiciales obligan a sus poderdantes sino cuando para hacerla hayan recibido autorización, la que sólo se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas (art. 607, inciso 2º, C. J.).

No es fundado el cargo que acaba de estudiarse. Se rechaza.

Quinto cargo. Sostiene en este cargo el recurrente que el Juez no se redujo a lo pedido en las demandas especial de deslinde y de oposición, esto es, a determinar el lindero hasta la quebrada de Caparrosal, sino que hizo el deslinde hasta el nacimiento de la quebrada de Luna, lo que estaba fuera de las pretensiones de las partes.

Alega la causal consistente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de las partes, a que alude el numeral 2º del artículo 520 del C. J. y señala como violados los artículos 900 del C. C.; 471, 869 y 871 del C. J.; 15 y 22 de la Constitución Nacional.

La Corte considera:

El actor Garcés Navas, en la demanda especial de deslinde y amojonamiento solicitó que se determinara y fijara sobre el terreno el verdadero lindero entre los dos predios; y especifica a continuación que tal línea divisoria era "el cauce principal de la primitiva corriente de la quebrada de Luna o el cauce antiguo de esta quebrada, desde la desembocadura en ella de la quebrada llamada Caparrosal hasta su propia desembocadura en el río Patía por el cauce antiguo".

El Juzgado, tanto en el juicio de deslinde como en el ordinario de oposición a éste señaló como límite el siguiente: "el nacimiento de la quebrada de Luna, aguas abajo hasta su desembocadura en el río Patía".

En la demanda de oposición al deslinde el actor mencionado exige como demar-

cación de los dos fundos una línea que la inicia en la bocana ancha que hay en la margen derecha del río Patía y la termina subiendo por la quebrada de Luna y luégo por ésta, aguas arriba, hasta las juntas de la quebrada Caparrosal.

Como quiera que de las varias escrituras ya citadas y exhibidas en el juicio y de los testimonios igualmente numerosos aparece demostrado que la quebrada de Luna nace de la confluencia o juntas de las quebradas "Cascajal" y "Caparrosal" y expira o muere al desembocar en el río Patía, no aparece por parte alguna la supuesta incongruencia entre lo pedido y lo fallado, que presenta como motivo de acusación el recurrente, porque eso precisamente es lo fallado por el Juzgado y confirmado por el Tribunal, o sea que sirva de límite entre los fundos, por esa parte, la quebrada de Luna, desde su nacimiento (léase confluencia de Cascajal y Caparrosal), hasta su desembocadura en el río Patía. Nada más ni nada menos es lo pedido por el actor cuando textualmente la señala como lindero "desde la desembocadura en ella de la quebrada Caparrosal hasta su propia desembocadura en el río Patía". Eso mismo y nada más y nada menos es la línea arcifinia fijada en las sentencias de instancia. Por lo demás, la causal alegada no versa sobre prosperidad o fracaso de las pretensiones del actor sino sobre la consonancia del fallo con las bases del pleito y en este caso tal base versó sobre la fijación de una línea limítrofe.

No es fundado el cargo. Se rechaza.

Sexto cargo. Se refiere este cargo al rechazo o desestimación que hizo el fallador de Popayán de la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio que propuso a su favor el demandado Cárdenas. En el convencimiento de que sería quebrada la sentencia del Tribunal y de que entraría esta Sala a decidir del pleito en instancia, estimó del caso abordar ese problema para que, llegado tal caso, fuera desechado tal medio defensivo por falta de pruebas.

Como quiera que la Corte, por las razones que acaba de exponer, tendrá que conservar en todo su imperio el fallo acusado en casación, carece de oportunidad y operancia el estudio de este cargo, que sólo pudo presentarse con carácter subsidiario, ya que el recurrente carece de interés jurídico para pedir toda reforma en ese sentido, por tratarse de una defensa de la parte demandada y haberse conformado con el fallo acusado.

Fallo:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 8 de agosto de 1940.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, 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, Secretario en ppdad.

ACCION SOBRE DECLARACION JUDICIAL DE DOMINIO, CONFORME A LA LEY 120 DE 1928

De los términos claros de la ley 120 de 1928, lo mismo que del fin perseguido con la acción, se ve que al usucapiente corresponde la determinación o escogencia de su demandado, que tiene que ser la persona contra quien pretenda hacer valer su adquisición por pretender o temerse que pretenda ese demandado algún derecho a la cosa que se ha prescrito, y para producir en relación con él los efectos señalados en el artículo 12 de dicha ley. A falta de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se quiera hacer valer la prescripción, el que tenga a su favor una usucapión legalmente cumplida y quiera hacerse a un título de dominio con la sentencia judicial de pertenencia, seguirá el juicio ordinario con audiencia del Ministerio Público en la forma prescrita en los artículos 6 a 11 de la precitada ley.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En libelo fechado el 21 de marzo de 1939, suscrito personalmente y dirigido al Juzgado del Circuito Civil de Ocaña, Isabel Casadiego V. de Jácome demandó a Abel Quintero para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario de mayor cuantía "se declare que he ganado por prescripción extraordinaria el dominio o propiedad de una casa construída de paredes, tapia apisonada, madera y tejas, ubicada en el barrio de El Tamaco de esta ciudad, comprendida....., y como consecuencia, se ordene por usted excluír dicha casa del inventario y partición de los bienes pertenecientes a la sucesión intestada de Encarnación García de Armesto, juicio sucesorio que cursa en su Juzgado a petición de dicho señor Quintero, y que fue abierto por auto de fecha que se determina en los hechos de esta demanda. Que, cómo consecuencia de lo anteriormente pedido, se mande tomar razón de esta demanda en el libro de registro correspondiente (artículo 42 de la ley 57 del 87, en relación con el artículo 740 del C. de P. C.) y se tome también nota de esta demanda en la sucesión de la mencionada señora Encarnación García de Armesto, para que, de conformidad con el artículo 1388 del C. C., no entre esa casa en la masa partible o no se apruebe la partición y adjudicación de tal inmueble, porque según lo preceptuado por el art. del C. C. que invoco, afecta totalmente la masa partible habida consideración de que el demandado, en dicho sucesorio, denunció dicha casa como único bien relicto de la misma; y que, finalmente, se condene al demandado en las costas del presente juicio".

La demanda se funda en estos dos hechos principales: en que la actora ha venido poseyendo como dueña exclusiva la casa particularizada en la demanda de manera pacífica, continua, ininterrumpida, pública, viviendo en ella, haciéndole reparaciones y arrendando algunas de sus piezas por un lapso mayor de treinta años que arrancan desde 1899, sin oposición ni contradicción de nadie; y en que el de-

mandado Quintero, diciéndose cesionario de algunos derechos herenciales de Encarnación García de Armesto por venta que le hicieron sus herederos, pidió la apertura de la sucesión de esta señora, fallecida en 1901 o 1902, y en ese juicio denunció e hizo incluír en el inventario de bienes la referida casa del barrio de El Tamaco, en la ciudad de Ocaña.

Se opuso el demandado en la contestación a la demanda a que se declare la prescripción pedida alegando que la casa pertenece a la sucesión de la señora García de Armesto, juicio en el cual la actora es parte, como cesionaria de un heredero, de donde deduce que la demandante ha poseído el inmueble como comunera, "y según la ley no ha poseído sino la parte que pudiera corresponderle como tal". Negó el primero de los hechos fundamentales de la demanda y aceptó el segundo como cierto.

Sobre estas bases se desarrolló el litigio, con término probatorio aprovechado por ambas partes. El Juzgado del Circuito lo sentenció en primer grado el 11 de abril de 1940, así: "No se declara que la señora Isabel Casadiego viuda de Jácome ha ganado por prescripción el inmueble a que se refiere el presente juicio". La razón esencial de este fallo consiste en que habiéndose demostrado que la señora Casadiego de Jácome posee derechos y acciones en la sucesión ilíquida de Encarnación García de Armesto, por compra a un asignatario entre cuyos bienes relictos figura la casa en cuestión, precisa considerarla como comunera que ha poseído para sí y para los otros copartícipes, contra los cuales, por consiguiente, no puede alegar prescripción.

Sentencia acusada

Contra la decisión del Juzgado interpusieron recurso de apelación ambas partes, la demandada solamente en razón de no haberse condenado a la actora al pago de las costas como correspondía a su temeridad, y por esta causa se surtió la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, que la decidió, luégo de agotar el procedimiento del caso, en sentencia del 28 de noviembre de 1940, confirmatoria de la del Juzgado del Circuito, pero por razón de haber reconocido como establecida la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de quien se señaló como demandado.

Considera el Tribunal en primer término que la acción que se ha ejercitado en este caso por la señora Casadiego viuda de Jácome es la de pertenencia consagrada y reglamentada en la ley 120 de 1928 con el objeto de obtener una sentencia que le sirva de título de dominio por haber cumplido las condiciones legales de la prescripción adquisitiva extraordinaria, y asienta que dicha acción, de conformidad con las normas legales, no puede dirigirse, fuera del caso de desconocidos regido por el artículo 6° ib., sino contra el último dueño o poseedor de la cosa que se pretende prescrita, únicos contra los cuales se puede alegar la prescripción.

Sentado esto, se pregunta el Tribunal: ¿"Y contra quién se pretende aquí hacer valer la prescripción?".

Y responde asímismo en su sentencia: "Del contexto de la demanda y los alegatos traídos al juicio, se desprende que contra la sucesión intestada de Encarnación García de Armesto. Por ello se pide la exclusión de la casa materia de la litis, de los inventarios de aquella sucesión. No obstante esto, que surge con claridad meridiana, los herederos de Encarnación García de Armesto, no han sido los demandados en el presente juicio...", y agrega: "Según los elementos de juicio que tiene el Tribunal parece que el último poseedor de la casa que pretende haber adquirido por prescripción la señora Isabel Casadiego de Jácome lo fue la señora Encarnación García de Armesto. Muerta ésta, la acción ha debido dirigirse contra la sucesión o sea contra todos sus herederos. Estos son los que tienen sobre los bienes sucesorales el derecho

real denominado de herencia, que radica sobre la universalidad jurídica y que no se concreta en bien determinado sino luégo de verificada la partición. Y como no se hizo así, precisa reconocer la excepción perentoria de falta de personería sustantiva del demandado".

En recurso de casación legalmente interpuesto con apoyo en el motivo definido en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., la parte actora acusa ante la Corte la sentencia definitiva de segunda instancia por ser violadora de leyes sustantivas. La demanda de casación contiene diversos y numerosos cargos por infracción legal, la mayor parte inconducentes, que la Sala ha sometido a cuidadoso estudio; pero la circunstancia, prevista en el artículo 538 del C. J., de haber encontrado fundada una acusación vinculada a la cuestión principal y suficiente para producir la infirmación del fallo, permite dejar de lado la consideración de las restantes, encerrando y circunscribiendo dentro de la cuestión que plantea tal cargo la decisión del recurso.

La acusación que se estudia y prospera se hace consistir en que el Tribunal de Pamplona violó directamente por errada interpretación el artículo 4º de la Ley 120 de 1928 al sostener y expresar como fundamento principal de la excepción perentoria en que basó su sentencia, que la acción no debió dirigirse contra Abel Quintero sino contra la sucesión ilíquida de Encarnación García de Armesto, que es contra quien pretende hacerse valer la usucapión como última poseedora que fue de la casa, según parece, pues la demandante Casadiego v. de Jácome, procediendo de acuerdo con la ley, tuvo en cuenta, precisamente para enderezar su demanda como lo hizo, que el demandado Quintero es el único que ha intentado controvertirle el dominio de la casa para lo cual ha iniciado un juicio sucesorio con el solo objeto de hacerla inventariar y adjudicar para crearse así un título que oponer a la usucapiente.

Se considera el cargo.

Por medio de la Ley número 120 de 1928, sobre reformas civiles y judiciales se consagró en nuestro derecho positivo la acción sobre declaración judicial de pertenencia, conforme a la cual todo aquél que tenga a su favor una prescripción adquisitiva de dominio cumplida en las condiciones legales puede pedir al Juez del Circuito de la ubicación del inmueble que declare en sentencia definitiva de un juicio ordinario que la cosa le pertenece, haciéndose de esta manera a un título que antes de la reforma era difícil obtener porque el derecho de alegar la prescripción como modo de adquirir los bienes raíces ajenos estaba destinado por su naturaleza más a medio de defensa o excepción que a fuente de acción judicial.

Esta acción, encaminada como se ve a consolidar legalmente una situación de hecho por los motivos de orden público que justifican la prescripción, se ejercita, según lo dispone el artículo 4º de la Ley, por la vía de un juicio ordinario en que se demanda la declaración de pertenencia con audiencia de la persona o personas contra quienes se pretenda hacer valer la prescripción". De los términos claros de la ley, lo mismo que de la finalidad perseguida con la acción, se ve que al usucapiente corresponde la determinación o escogencia de su demandado, que tiene que ser la persona contra quien pretenda hacer valer su adquisición por pretender o temerse que pretenda ese demandado algún derecho a la cosa que se ha prescrito, y para producir en relación con él los efectos determinados en el artículo 12 de la Ley citada. A falta o en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se quiera hacer valer la prescripción, el que tenga a su favor una usucapión legalmente cumplida y quiera hacerse a un título de dominio con la sentencia judicial de pertenencia, seguirá el juicio ordinario con audiencia del Ministerio Público en la forma prescrita en los artículos 6 a 11 de la pre-

citada Ley 120 de 1928. 'El derecho de alegar la prescripción como modo de adquirir los bienes raíces —dijo la comisión del Senado que estudió el proyecto de ley para segundo debate con acogida de las observaciones que al respecto formuló la Corte Suprema— está reconocido en nuestra legislación como medio de defensa, no como acción. Y está bien que se corrija este vacío, consagrando en un texto legal tal procedimiento, el que dada la importante trascendencia de la materia, debe ser en juicio ordinario. Y la parte demandada debe ser la persona o personas contra quien se pretende hacer valer la prescripción, que será, verbigracia, el último poseedor inscrito, o el último poseedor material, antecesor del prescribiente, y en general contra aquél o aquéllos que se tema pretendan derechos al bien que se prescribe'.

Nada justifica en este caso la afirmación que hace la sentencia acusada de que la demandante Isabel Casadiego v. de Jácome ha pretendido en este juicio hacer valer su prescripción de la casa cuestionada contra la sucesión intestada de Encarnación García de Armesto. Inequívocamente está escrito en el libelo de demanda que la acción de pertenencia se dirige contra Abel Quintero por ser éste quien pretende derecho al inmueble como cesionario de derechos herenciales de la señora García de Armesto, y contra él se quiere hacer prevalecer el dominio adquirido, pidiendo que se declare en una sentencia judicial que no funda la autoridad de cosa juzgada sino contra él exclusivamente. El demandado Quintero confirma a su turno esta situación que da base legal al juicio, cuando al contestar la demanda dice: 'Es cierto que la casa descrita en el libelo de demanda es la misma casa que yo denuncié como único bien perteneciente a la sucesión de Encarnación García de Armesto, la cual me pertenece como cesionario de los derechos y acciones de todos los herederos...'

Deducida de las consideraciones que anteceden la viabilidad de la acción judicial de pertenencia en las condiciones en que fue propuesta y en que se ha desarrollado, respecto de la personería sustantiva de quien se ha señalado como demandado, surge la ilegalidad de la sentencia que la declaró improcedente con quebranto de la disposición legal indicada por el recurrente, y la necesidad consecuencial de reemplazar la decisión acusada para lo cual precisa estudiar probatoriamente el proceso.

'La demandante pide la declaración de pertenencia fundada en la prescripción extraordinaria a que se refiere el artículo 2531 del C. C., que se basa únicamente en la posesión no interrumpida de la cosa durante treinta años (en este caso todavía la treintena), y para la cual no es necesario título alguno y se presume de derecho la buena fe.

En demostración del hecho fundamental de su posesión en las condiciones de la ley la demandante Casadiego v. de Jácome presentó al juicio con su demanda las declaraciones testimoniales rendidas por Hermógenes Jácome, Gregorio Posada, Campo Elías Mogollón, José Antonio Guerrero y Pedro Prince ante el Juzgado del Circuito, antes del juicio. Durante éste, en el término probatorio correspondiente de la primera instancia, solamente se obtuvo la ratificación de los testimonios de Mogollón, Jácome y Prince, quienes de modo uniforme y con el lleno de los requisitos legales aseveran (Cuaderno número 3):

Que sí conocen de vista y prácticamente la casa que ocupa la señora Isabel Casadiego de Jácome como dueña hace más de treinta años contados desde la guerra civil de 1899 y que ocupa hasta la fecha, casa ésta que está construída de paredes de tierra apisonada cubierta de madera y tejas, situada en el barrio de "El Tamaco" de la ciudad de Ocaña y comprendida por los siguientes linderos (expresan los mismos de la demanda). Que sí les consta por propias y directas percepciones, que hace más de treinta años contados desde la guerra civil de 1899, a

la fecha, que Isabel Casadiego de Jácome ha estado en posesión quieta, pacífica, continua y pública, sin ninguna interrupción; tiempo durante el cual ha venido ocupando la mencionada casa, sin reconocer dominio a nadie y de manera pública y notoria, ejecutando en ella actos de dominio, sin oposición ni contradicción de nadie, como hacerle reparaciones urgentes y necesarias, arrendando piezas y cuartos de la misma, cambiándole maderas y puertas dañadas y demás actos a que sólo da derecho el dominio..."

A continuación de estas afirmaciones testimoniales, en el cuerpo mismo de las declaraciones, aparecen las respuestas que los testigos dieron a algunas repreguntas formuladas por el demandado Quintero, aunque el pliego del contrainterrogatorio no figura en autos, respecto del hecho de si los deponentes presenciaron los contratos celebrados por la actora para las reparaciones en la casa y fechas en que fueron éstas verificadas. Con ocasión de estas repreguntas los testigos se reafirman sobre los hechos principales de su exposición, y en nada debilita el mérito de su testimonio la circunstancia de no recordar las fechas en que se hicieron las rerapaciones ni la de no haber presenciado el ajuste de los contratos. Al respecto dicen todos que es verdad que no presenciaron la celebración de ninguna convención acordada entre la demandante y los obreros para realizar trabajos en la casa, pero repiten que vieron las reparaciones que se hicieron y vieron los obreros cuando trabajaban en blanquimientos, composición de embaldosados, techos y puertas. Añaden así mismo los prenombrados testigos que la referida casa fue primeramente de la señora Encarnación García de Armesto y que antes de la guerra del noventa y nueve conocieron viviendo en ella al finado Francisco Jácome y a su esposa Isabel Casadiego de Jácome, casa que esta señora ocupa hasta la fecha; y, finalmente, que ese inmueble no ha sido ocupado por ninguna otra persona distinta de los esposos Jácome. Respecto de esta última aseveración testifical de que el inmueble fue con anterioridad al año de 1899 de la señora García de Armesto, tampoco disminuye la fuerza de los testimonios ni desnaturaliza la prueba de la prescripción, porque si tal propiedad fuera susceptible de probarse testimonialmente, apenas se demostraría que la casa fue ajena, que es precisamente la calidad que se destruye por el efecto jurídico de la prescripción que transforma al poseedor en propietario.

Las declaraciones de estos tres testigos, que el propio demandado al evacuar el traslado de la demanda califica como hombres de indiscutible honorabilidad, constituyen prueba plena o completa de que la demandante ha poseído exclusivamente el inmueble a que se refiere su petición de pertenencia sin interrupción de ninguna clase, pública y tranquilamente, ejecutando los actos de dueña, durante un lapso que excede en mucho al término treintenario de la prescripción extraordinaria aplicable al caso.

El demandado no ha desvirtuado en forma alguna la posesión fehacientemente demostrada por la actora con ninguna de las pruebas aducidas al juicio. Se ha limitado simplemente a negarla, pero no intentó siquiera acreditar interrupción ni otra circunstancia que le impidiera producir sus efectos jurídicos de apropiación al cabo del lapso legal.

Trajo el demandante Quintero a los autos durante el término probatorio del primer grado (en segunda instancia no hubo pruebas), copias debidamente registradas de las escrituras públicas, todas de la notaría de Ocaña, números 490 de 9 de septiembre de 1913, por medio de la cual Jovita Armesto vende a Gilberto Jácome una casa situada en el barrio de El Tamaco, en Ocaña, por linderos que no coinciden exactamente con los de la demanda, que dice haber adquirido por compra a su madre Encarnación García de Armesto; de la número 548 del 14 de noviembre de 1921, en que Gilberto Jácome vende a Isabel Quintero la casa ad-

quirida por el instrumento precitado, y de la número 622 del 22 de noviembre de 1922 que da fe de que Pedro Armesto y Cristina Armesto de Sánchez vendieron al demandado Quintero los derechos herenciales en la sucesión de su madre Encarnación García de Armesto, excepción hecha de los terrenos y campos que tenga la herencia. A más de estos instrumentos públicos adujo también Quintero copia auténtica de la actuación del juicio sucesoral de Encarnación G. de Armesto de la cual aparece que la actora Isabel Casadiego de Jácome figura como parte interesada en su calidad de cesionaria de los derechos hereditarios de la heredera Jovita Armesto.

Con esta prueba instrumental que representa todo el acervo defensivo del demandado tampoco se puede detener la prosperidad de la acción de declaración de pertenencia que hoy se decide, fundada en la posesión treintenaria, porque esos títulos no demuestran nada en relación con la posesión material del inmueble de que se trata, posesión que la actora hace arrancar probadamente de fecha anterior a la muerte de Encarnación de Armesto, a cuya sucesión vincula inútilmente Quintero sus pretensiones de dominio. El hecho de que la demandante haya sido tenida como parte interesada en el juicio sucesorio de la señora de Armesto a propia solicitud, no destruye, como lo pretende el demandado, el ánimo de dueña con que ha poseído la casa desde época que se remonta a la muerte de esa causante, porque la verdad es que ella no ha vinculado en ninguna forma sus pretensiones de dominio a esa mortuoria, ni en coposesión con nadie. Esta última circunstancia pone de presente la impertinencia de tratar problemas relacionados con prescripción entre comuneros, porque ya se dijo que está completamente demostrado que la actora Casadiego de Jácome ha poseído exclusivamente la casa con ánimo y actos de dueña desde antes de que se produjera la comunidad herencial por la muerte de Encarnación García, acaecida en 1901 o 1902. Por lo demás, no sobra advertir que el proceso no contiene la prueba de que la casa en cuestión fuera de propiedad de la causante García de Armesto.

Respecto de la petición que como consecuencial de la declaración de pertenencia contiene la demanda de que se ordene excluír del inventario de los bienes relictos en el sucesorio de Encarnación García de Armesto la casa que la demandante ha prescrito, se advierte que en realidad carece de importancia, porque estando tal casa poseída en manos de la demandante, su enlistamiento en el inventario sucesoral no quita ni pone nada desde el punto de vista del derecho de dominio que hoy se declara en favor de la actora. La acción para excluír bienes indebidamente inventariados en una causa mortuoria por haber sido denunciados como de su propiedad, tiene interés real para el dueño cuando se hallan tales bienes en poder de los herederos, porque entonces se trata de cuestiones sobre propiedad de cosas en que alguien alega un derecho exclusivo y que no deben por tanto entrar en la masa partible de acuerdo con el art. 1388 del C. C., constitutiva de una verdadera acción de dominio que ha de dirigirse contra quien sea poseedor por tenerla con ánimo de señor y dueño. En este caso, la exclusión simplemente literal del enlistamiento del bien, acertadamente pedida contra quien hizo el denuncio y tiene interés en hacerlo figurar como bien herencial, se ofrece realmente como una obvia consecuencia de la declaración principal de que la casa pertenece a la actora.

Por tanto, con apoyo en 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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el 28 de noviembre de 1940, revoca la de primera instancia pronunciada por el Juz-

gado del Circuito de Ocaña el 11 de abril del mismo año, y en su lugar decide:

Pertenece en dominio a la demandante Isabel Casadiego v. de Jácome, por haberla adquirido por prescripción extraordinaria de treinta años, la casa a que se refiere la demanda, construída de paredes de tapia apisonada, madera y teja, ubicada en el barrio de El Tamaco de la ciudad de Ocaña, comprendida dentro de los siguientes linderos: por el frente, calle al medio con casa de Rosa Peña; por el norte, con casa y solar que fue de José Vicente Pacheco; por el sur, con casa que fue de Ricardo Ramírez; y por el occidente, con solar de la casa de las señoritas Rosalía y Elvira Rizo. En consecuencia, la mencionada casa debe excluírse del inventario de los bienes herenciales en el juicio de sucesión de Encarnación García de Armesto, cursante en el Juzgado del Circuito de Ocaña.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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 ppdad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

OBJECIONES A UNA PARTICION—PARTIDOR—DEUDAS DE LA SUCESION O DE LA SOCIEDAD CONYUGAL—CUANDO PUEDE ALEGARSE VICTORIOSAMENTE LA CAUSAL 2ª DE CASACION

1—La misión del partidor es taxativa y circunscrita a la vez: taxativa en cuanto debe conformarse al realizar su trabajo a las disposiciones contenidas en el Título X del Código Civil, por mandato del artículo 1391, y circunscrita porque la base para verificar la partición no es otra sino la diligencia de inventarios y avalúos, siendo el valor de tasación por peritos el extremo sobre el cual procede el partidor para la adjudicación de las especies (artículo 1392 ibíd.), salvo que los coasignatarios hayan convenido en otra cosa. En la liquidación de lo que a cada uno de los coasignatarios se le deba, procede el partidor con cierta libertad, porque está condicionada a las reglas contenidas en el artículo 1394 ibídem, cuya violación puede acarrear la improbación del trabajo, previa la objeción correspondiente, propuesta y demostrada. El partidor no es ni puede ser juez para decidir cuestiones atañederas al dominio de los bienes que debe partir y de ahí las disposiciones contenidas en los artículos 1387 y 1388 del C. C. Esas cuestiones se deciden por la justicia ordinaria en juicio separado. 2—Respecto de las deudas de la sucesión o de la sociedad conyugal, se incluyen en los inventarios ya por la fuerza o mérito probatorio del instrumento en que consten, o ya por voluntad de los herederos (art. 941, C. J.). El artículo 1393 del C. C. da al partidor la facultad de formar la hijuela o lote para el pago de las deudas conocidas, lo cual es claro, tanto por una razón de justicia, amparo a los derechos de los acreedores, como por la misma naturaleza de la partición, puesto que no es dable liquidar técnicamente una sucesión sin el pago del pasivo. 3—De acuerdo no sólo con el texto de las reglas 7ª, 8ª y 9ª del artículo 1394 del C. C., sino con la doctrina y la jurisprudencia, el contenido de las dos primeras no puede entenderse como un imperativo absolutamente rígido y de una conclusión tan exacta cual si se tratara de cálculos matemáticos tan perfectos como los que se requieren en ciertas ciencias, por ejemplo, en las astronómicas. No: dentro de los conceptos de semejanza, igualdad y equivalencia, el partidor, de acuerdo con esas reglas, tiene un campo de alguna amplitud, porque si esto no fuera así, sería muy difícil llevar a cabo una partición y el error matemático más insignificante daría al traste con ella. En la generalidad de los casos, y para evitar esos peligros, sería menester, para liquidar una herencia, hacer adjudicaciones en común y respecto de todos los herederos, es decir, variar la comunidad herencial por tantas comunidades singulares como bienes después de la partición, y esto, que es inconveniente, no ha sido querido por el legislador ni admitido por los doctrinantes. Las expresiones de que se vale el legislador en las reglas 7ª y 8ª no son absolutas, sino que dan una norma de esfuerzo que debe realizar el partidor dentro de lo posible, para buscar la equivalencia y la igualdad. Claro es que en muchos casos y en virtud de las pruebas que aducen los interesados, se demuestra plenamente que dentro de esa posibilidad ha podido el partidor acercarse más a la equivalencia y a la igualdad, que por no haberlo hecho así ha lesionado el derecho de uno o varios interesados y entonces prospera la objeción. La cuestión es de hecho en esos casos y la prueba debe suministrarla el objetante. 4—

En un incidente de objeciones a una partición no puede atacarse el avalúo dado en los inventarios. 5—El afirmar un recurrente que la partida formada por el partidor para gastos futuros es incompleta no da asidero para una objeción que conduzca a improbar el trabajo del partidor, porque por una parte esos gastos, como futuros que son, no se han causado, y por la otra, no se puede en la generalidad de los casos proceder al respecto sino por aproximación y por eso cuando sobra dinero de la partida fijada entre los interesados a prorrata, y cuando falta, los mismos interesados, también a prorrata, suplen el déficit, precisamente porque a ellos es a quienes conviene finalizar el juicio de sucesión. Sería en verdad muy difícil que una partición pudiera aprobarse si se aceptara que el partidor debe de una manera matemática calcular el importe de los gastos futuros. 6—Los gastos causados por honorarios de los abogados o apoderados de las partes no entran dentro de los gastos generales de la partición, sino que las partes interesadas son las que tienen que pagar esos emolumentos u honorarios. De no ser así, la sucesión en general debería pagar los honorarios de cada uno de los abogados que hubieran asistido a las partes, lo que es inadmisible. 7—La causal 2ª de casación no es operante sino cuando el sentenciador deduce en el fallo conclusiones y resoluciones que no están en consonancia con la acción o acciones ejercitadas en el libelo o excepciones ya propuestas en el juicio, o deducidas, en los casos que autoriza la ley, por el juzgador. Es menester, por lo tanto, una sentencia de condena o declarativa para que la segunda causal incida en casación; de ahí que no tenga nunca operancia cuando el fallo es absolutorio. Pero la doctrina y la jurisprudencia no se han atenido al principio rígido, sino que han encontrado aplicable la segunda causal no sólo en el caso dicho sino cuando ha habido omisión en fallar alguna de las pretensiones incoadas en la demanda. Lo sintético de un concepto del Tribunal, cuando éste decide sobre todas las cuestiones sometidas a su estudio, no da base para acusar la sentencia por la causal segunda.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Jacobo Torres contrajo matrimonio con Magdalena Rincón el 11 de mayo de 1881. De este matrimonio hubo seis hijos.

Magdalena Rincón de Torres murió el 1º de febrero de 1926 y Jacobo Torres contrajo matrimonio en segundas nupcias con Fideligna Medina el 7 de abril de 1926, y de este matrimonio hubo cuatro hijos.

Jacobo Torres murió el 13 de abril de 1936.

Se siguieron entonces las sucesiones acumuladas de Jacobo Torres y de su primera esposa Magdalena Rincón, de las que conoció en primera instancia el Juez Segundo del Circuito de Sogamoso.

Se practicó la diligencia de inventarios y avalúos en dichas sucesiones, se dio traslado de éstos y los interesados no los objetaron. Pagado el impuesto de sucesiones y donaciones y pedida y decretada la partición de los bienes relictos, como los interesados no se pusieron de acuerdo en la designación de partidor, el Juez nombró para tal cargo al doctor Carlos Borda, quien presentó su trabajo el 13 de junio de 1938.

Durante el término del traslado el doctor Pedro L. Gámez Roa, como apoderado de la viuda Fideligna Medina, presentó cinco objeciones al trabajo del partidor y lo mismo hizo el doctor Antonio M. Santos como representante de Manuel Ignacio, Leonor, Luis Antonio y Francelina Torres Medina quien presentó tres objeciones.

Sustanciado el incidente, el Juez a quo en sentencia de 3 de noviembre de 1939 declaró infundadas todas las objeciones propuestas y por lo tanto aprobó el trabajo de partición disponiendo el registro

de la sentencia y la protocolización del expediente.

Apelado este fallo por los objetantes el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo lo confirmó el 21 de septiembre del año próximo pasado.

Los objetantes Gámez y Santos interpusieron recurso de casación que concedido y tramitado, pasa a decidirse.

Para mayor orden y claridad, pasan a examinarse las objeciones, una por una, como lo hace el Tribunal y las razones que tuvo éste para desecharlas, para luégo analizar tales razones y fundamentos a la luz de la acusación.

Objeciones del doctor Gámez y Rôa

Primera—Haber liquidado en contra de la sociedad conyugal Torres Medina el crédito a favor del heredero David Torres Rincón, por la cantidad de $ 720, disponiendo que dicho crédito debe ser pagado con bienes de la misma sociedad conyugal Torres Medina, sin estar obligada dicha sociedad a pagarlo, desde luégo que no fue contraída la deuda dentro del matrimonio de Jacobo Torres y Fideligna Medina.

El Tribunal para rechazar esta objeción dijo lo siguiente: "Carece de fundamento legal porque como lo dice el señor Juez a quo, el partidor no puede separarse de la diligencia de inventarios, pues, el crédito reconocido a favor del señor David Torres y en contra de la sociedad conyugal Torres Medina fue reconocido en la diligencia le inventarios, y en estas circunstancias el partidor hizo muy bien en tenerlo en cuenta de acuerdo con lo inventariado; por otra parte el señor doctor Balaguera, en su escrito que corre al folio 11 del cuaderno Nº 4 explica de una manera satisfactoria de dónde proviene el crédito, cómo y cuándo se recibió el dinero, y que el día de los inventarios se discutió largamente entre los herederos y que la señora Fileligna Medina aceptó; tampoco se objetaron los inventarios en cuanto a la inclusión de esa partida".

El recurrente apoyado en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, acusa la sentencia, por el concepto que acaba de expresarse por ser violatoria, por mala interpretación y por aplicación indebida de los artículos 1781, 1782, 1783, 1796 numeral 2º del C. Civil y artículos 1º, 2º y 4º de la Ley 28 de 1932, incurriendo el Tribunal en error de derecho y también de hecho por la mala apreciación de las pruebas del incidente de objeciones a la partición.

Sostiene el recurrente, en síntesis, que como la deuda de los $ 720 fue contraída por el marido únicamente, es una deuda propia de él porque no está exceptuada al tenor del artículo 2º de la Ley 28 de 1932. Deduce entonces que tal crédito no ha debido inventariarse contra la segunda sociedad conyugal.

La Corte considera: Consta de autos que el mencionado crédito de los $ 720 fue incluído en los inventarios como deuda de la segunda sociedad conyugal, y que los inventarios no fueron objetados. Además, de la misma exposición del recurrente aparece que tal crédito fue contraído por el causante Jacobo Torres durante dicha sociedad. Así parece deducirse rectamente del siguiente aparte de la demanda de casación: "Como no le hubiera otorgado la escritura de venta, en artículo mortis se destrataron, otorgando el causante un documento de deber por los $ 720 a favor de David Torres, quien devolvió el terreno cuya posesión tenía desde entonces".

La Corte considera también lo siguiente: La misión del partidor es taxativa y circunscrita; taxativa en cuanto debe conformarse al realizar su trabajo a las disposiciones contenidas en el Título 10º del Código Civil, por mandato del artículo 1391 de dicha obra; y circunscrita porque la base para verificar la partición no es otra sino la diligencia de inventarios y avalúos, siendo el valor de tasación por peritos, el extremo sobre el cual procede el partidor para la adjudicación de las especies (artículo 1392 ibíd.) salvo que los coasignatarios hayan convenido en otra cosa. En la liquidación de lo que a cada uno de los consignatarios se le deba, pro-

cede el partidor con cierta libertad, porque está condicionada a las reglas contenidas en el artículo 1394 ibídem, cuya violación puede acarrear la improbación del trabajo, previa la objeción correspondiente propuesta y demostrada.

La diligencia de inventarios y avalúos, como se ha expresado, es la base para el trabajo del partidor, quien distribuye y liquida, de acuerdo con lo inventariado y avaluado; por eso la partición no puede hacerse sino cuando los inventarios están en firme (artículo 953 del C. Judicial) y esa es la razón, por qué la tasación por peritos, es base para la adjudicación de las especies (artículo 1392 ibíd.).

Si la misión del partidor, como se ha visto, es restringida, si el inventario lo obliga, se deduce rectamente que el partidor no es ni puede ser juez para decidir cuestiones atañederas al dominio de los bienes que debe partir y de ahí las disposiciones contenidas en los artículos 1387 y 1388 del C. Civil. Esas cuestiones se deciden por la jurisdicción ordinaria, en juicio separado.

La ley brinda a las partes los medios adecuados para la defensa de sus derechos, cuando al verificarse los inventarios y avalúos, estimen que sus intereses han sido lesionados; por eso en el artículo 943, del C. Judicial se dispone que si hay desacuerdo entre las partes, el punto o puntos se resuelven mediante una articulación. Mas no es sólo éste sino que la misma partición se suspende, cuando se suscitan controversias sobre derechos a la sucesión o sobre cuestiones cuya propiedad se litiga. Como es obvio, son los interesados los que pueden promover los incidentes o litigios del caso, dentro de las oportunidades que la ley brinda al respecto, de modo que ni pueden éstas ser suplidas por el partidor como tampoco incoadas por los interesados, fuera de los términos legales.

Respecto de las deudas de la sucesión o de la sociedad conyugal, se incluyen en los inventarios ya por la fuerza o mérito probatorio del instrumento en que constan, o ya por la voluntad de los herederos; (artículo 941 del C. J.). El artículo 1393 del C. Civil, da al partidor la facultad de formar la hijuela o lote para el pago de las deudas conocidas, lo cual es claro, tanto por una razón de justicia, amparo a los derechos de los acreedores, como por la misma naturaleza de la partición puesto que no es dable liquidar técnicamente una sucesión, sin el pago de su pasivo.

Las anteriores consideraciones llevan a las conclusiones siguientes: a) incluída en los inventarios la partida de $ 720 a cargo de la segunda sociedad conyugal; aceptada esta inclusión por las personas a quienes perjudicaba y no objetados ni el inventario ni tal inclusión, el partidor debía ceñirse, como lo hizo, a aquélla; b) no siendo el partidor juez en materia de dominio, de los bienes que debe partir, ni siendo esa su misión, está fuera de su alcance y de su radio de acción decidir en la partición sobre cuestiones de esa índole, las cuales competen, por lo que se ha expuesto, a la justicia ordinaria; c) siendo así las cosas, el cargo que se estudia no incide en casación y los problemas que al respecto estudia el recurrente, entrañan cuestiones de fondo respecto de la procedencia de la deuda, de su inclusión en la forma que se hizo y del agente pasivo de ella, asuntos todos que no pueden debatirse sino en un juicio distinto, por la vía ordinaria, dado el momento en que se reclamó contra esa inclusión, que es materia de un juicio, pero no de una objeción.

En cuanto a la enmendatura o sobreescrito a que se refiere el recurrente, si por una parte es una observación hecha por éste, que no constituye un verdadero cargo en casación, por la otra la explicación o aclaración del opositor es aceptable, a juicio de la Corte.

Segunda objeción.—"Hacer figurar, dice el recurrente, el terreno vendido a David Torres de donde proviene el crédito a favor de ese señor como de la sociedad conyugal Torres Rincón, sin pertenecerle, puesto que dicho terreno es de la ex-

clusiva propiedad del causante Jacobo Torres y por consiguiente debe figurar como bien propio de este señor y no tiene por qué liquidarse en favor de la sociedad conyugal Torres Rincón, como aparece del trabajo de partición".

El Tribunal, para rechazar esta objeción se fundó en las mismas razones que tuvo para rechazar la primera.

El recurrente ataca la conclusión del fallador de Santa Rosa, por las mismas razones y fundado en las mismas disposiciones que adujo respecto de la primera objeción.

La Corte considera: Es cierto que el partidor estimó que el terreno era de la primera sociedad conyugal y lo adjudicó a la heredera María de Jesús Torres Rincón. Esa estimación la fundó en que así fue inventariado en la diligencia. Tenía entonces, por lo expresado al estudiar el primer cargo, que ceñirse a lo que aparece en los inventarios, que como se ha dicho no fueron objetados, y también no estaba dentro de sus facultades hacer una disquisición jurídica y legal sobre a quién corresponde ese inmueble y variar lo dicho por los interesados y aceptado por ellos en la diligencia de inventarios.

Es entonces jurídico el argumento del Tribunal que consiste en rechazar la objeción por las mismas razones que no aceptó la primera. Pero hay más: El objetante doctor Pedro L. Gámez, y Roa sostiene que ese inmueble era de la exclusiva propiedad del causante Jacobo Torres y que por consiguiente debe figurar como bien propio de este señor. Planteada así la objeción, es exacto entonces lo que dice el opositor doctor Balaguera, a saber: que la objetante señora Fideligna Medina v. de Torres, de quien es apoderado el doctor Gámez, carece al respecto de personería, por cuanto si se sostiene, y en eso se funda la objeción, que el terreno era de propiedad exclusiva del difunto Jacobo Torres, al prosperar la objeción en nada se beneficiaría la objetante puesto que entonces dicho predio se repartiría entre todos los hijos del causante, pero no entraría a formar en ningún caso en el acervo de la segunda sociedad conyugal.

Tampoco, por lo dicho, puede triunfar el cargo que acaba de estudiarse.

Tercera objeción.—Consiste ésta en que, según el objetante, se le adjudicaron a su poderdante Fideligna Medina v. de Torres, por sus gananciales, los bienes de peor clase y de menos valor real y efectivo.

El Tribunal se refirió y acogió los conceptos emitidos por el Juez de primera instancia al decidir sobre la suerte adversa de esta objeción; por eso en busca de la claridad, la Corte inserta en este fallo lo fundamental de esos conceptos. "Además, dice el Juez, es de verse que esta objeción envuelve dos cosas completamente distintas, a saber: una que denominamos objeción a los avalúos de los bienes relictos y otra que en realidad constituye una objeción a la partición. Se informa la primera en el hecho de que el doctor Gámez, objeta el valor real de los predios adjudicados a la señora Fideligna Medina v. de Torres, cuestión que como lo dijimos arriba debió discutirse oportunamente dentro de un artículo especial sobre objeciones a los avalúos y que por extemporánea, el Juzgado rechaza. Se informa la segunda en el hecho de que el doctor Gámez alega que, a su mandante se adjudicaron predios de la peor calidad. Para desatar esta cuestión tendremos que recurrir a las piezas probatorias y de ellas no podremos derivar seguramente la conclusión de que los predios adjudicados a la señora Fideligna Medina v. de Torres son los de peor calidad. Así resulta de la diligencia de inspección ocular practicada por la Oficina como del dictamen pericial rendido por los señores Luis A. Spolidore y Gabriel Durán (v. c. número 5, folios 14 y siguientes). Y es de anotar que la Oficina le concede pleno valor probatorio de acuerdo con los artículos 722 y 723 al concepto de los señores Spolidore y Medina sobre estos hechos ya por las condiciones, ya por el modo como fue rendido. En estas cir-

cunstancias la tercera objeción debe desecharse".

El recurrente ataca ese extremo de la demanda sobre la base de que el partidor no guardó en el trabajo la equivalencia e igualdad, en las adjudicaciones que le hizo a su representada la señora Fideligna Medina de Torres. Además, impugna la conclusión del fallador al haberse atenido al dictamen pericial pues encuentra una contradicción entre éste y el acta de la inspección pericial que lo precedió. Muestra además su disconformidad por la adjudicación que se le hizo a dicha señora de la casa situada en la población de Mongua.

Señala por todos esos motivos como violados por mala interpretación los artículos 1394, reglas 7ª, 8ª y 9ª; 1392 y 1832 del C. Civil; y los artículos 723, 724, 727 y 730 del C. Judicial, que por su mala interpretación indujeron al error de hecho por la mala apreciación de las pruebas de la recurrente en el incidente de objeciones; diligencia de inventarios, hijuelas y adjudicaciones y actas de inspección ocular. Esta acusación está desarrollada en cuatro capítulos de la demanda.

La Corte considera: En tesis general la exposición del recurrente sobre la interpretación de las reglas 7ª, 8ª y 9ª del artículo 1394 del C. Civil es jurídica. Esto no obsta para que se haga notar que de acuerdo no sólo con el texto de esas reglas, sino con la doctrina y la jurisprudencia, el contenido de las dos primeras, no puede entenderse como un imperativo absolutamente rígido y de una conclusión tan exacta cual si se tratara de cálculos matemáticos tan perfectos como los que se requieren en ciertas ciencias, por ejemplo, en las astronómicas. Nó: dentro de los conceptos de semejanza, igualdad y equivalencia el partidor, de acuerdo con esas reglas tiene un campo de alguna amplitud, porque si esto no fuera así, sería muy difícil llevar a cabo una partición y el error matemático más insignificante, daría al traste con ella. En la generalidad de los casos, y para evitar esos peligros sería menester, para liquidar una herencia hacer adjudicaciones en común y respecto de todos los herederos, es decir, variar la comunidad herencial, por tántas comunidades singulares como bienes después de la partición y esto, que es inconveniente, no ha sido querido por el legislador ni admitido por los doctrinantes.

La regla 7ª mencionada enseña que en la adjudicación de una herencia se ha de guardar la posible igualdad y la regla 8ª preceptúa que en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza. Las expresiones verbales de que se vale el legislador, no son absolutas, sino que dan una norma de esfuerzo que debe realizar el partidor, dentro de lo posible, para buscar la equivalencia y la igualdad. Claro es que en muchos casos y en virtud de las pruebas que aducen los interesados, se demuestra plenamente que dentro de esa posibilidad ha podido el partidor acercarse más a la equivalencia y a la igualdad, que por no haberlo hecho así ha lesionado el derecho de uno o varios interesados y entonces prospera la objeción.

La cuestión es de hecho en esos casos, y la prueba debe suministrarla el objetante.

Así se hizo en el caso presente, de donde ha resultado que las pruebas aducidas por la señora Medina de Torres, no sólo no respaldan su pretensión, sino que le han sido adversas, según pasa a verse: La parte objetante pidió la práctica de una inspección ocular con peritos, tendiente a demostrar que los bienes adjudicados a Fideligna Medina, por sus gananciales, son los de peor clase y calidad, al paso que los adjudicados a los Torres Rincón son de muy buena clase y de mayor valor intrínseco y real; que los bienes adjudicados a la señora Medina de Rincón no guardan proporción por su calidad, valor real efectivo y situación topográfica con los adjudicados a los Torres Rincón; que la casa situada en la población de Mongua, adjudicada a dicha señora, no tiene el valor real y efectivo que reza la adjudicación.

Previa la inspección ocular verificada en Mongua el 31 de agosto de 1938 y el reconocimiento de los predios, los peritos conceptuaron en síntesis: Los terrenos adjudicados a Fideligna Medina v. de Torres y a sus menores hijos no son los de más mala clase o calidad ni de menor valor intrínseco real y efectivo de cuantos pertecen a la sucesión de Jacobo Torres y Magdalena Rincón, porque a los herederos Torres Rincón les fue adjudicado en la sucesión el terreno denominado **El Volcán**, por $ 11.200 el cual, según los peritos, es el de inferior calidad de los bienes dejados por los causantes Torres y Rincón; que dada la situación de la casa de Mongua, su extensión y otras circunstancias, no es alto el precio por el cual fue adjudicada; que comparando los bienes raíces adjudicados a los herederos Torres Rincón, a los herederos Torres Medina y a la viuda Fideligna Medina v. de Torres, encuentran que a todos ellos les correspondieron en la partición terrenos de buena y de mala clase; los terrenos de "La Duraznera" adjudicados a la señora Medina v. de Torres y a sus hijos, tienen lotes de primera clase, como también de tercera; que a los menores Torres Medina se les adjudicó más de la mitad de la finca denominada **Lagunillas**, que es de primera clase; que a los herederos Torres Rincón se les adjudicó la totalidad de la finca denominada "El Volcán" que es de mala clase; que los lotes de "La Duraznera" necesitan de la servidumbre de acueducto y regadío procedentes de las fincas denominadas "Susavita" y "Lagunillas", por ser servidumbre establecida desde tiempo atrás por el señor Jacobo Torres, el causante.

La prueba del dictamen pericial y de la inspección ocular la tuvo en cuenta el Tribunal para deducir que no estaba comprobada la obejción que se estudia y en esa apreciación no encuentra la Corte ningún error manifiesto de hecho, ningún eror de derecho en que hubiera incurrido el fallador.

El recurrente cree ver una contradicción entre lo observado en el acto de la inspección ocular y el dictamen pericial, pero si se confrontan las dos piezas, que corre la primera a los folios 13 a 15 y la segunda a los folios 16 a 17 del cuaderno número 5, se concluye que el aserto no está comprobado. Los peritos identificaron las fincas materia de la inspección, y se hicieron algunas observaciones sobre ellas, y luégo rindieron su dictamen sobre la calidad de las tierras, que era lo esencial del experticio, y sobre lo cual, como es obvio, el Juez no podía pronunciarse ni dictaminar.

Mas suponiendo que se pudiera hacer caso omiso de esa prueba, resultaría entonces que tampoco prosperaría la objeción que se estudia, porque fuera de aquélla no se encuentra en autos ninguna otra que pueda respaldar la aseveración del objetante.

No es inoficioso observar además que la casa de la población de Mongua le fue adjudicada a la viuda Medina por la tasación que se le dio en los inventarios, a la que tenía que ceñirse el partidor por lo ya expresado. En un incidente de objeciones, ya se ha dicho, no puede atacarse el avalúo dado en los inventarios.

El partidor al adjudicar el predio de "La Duraznera" expresó claramente que las servidumbres existentes en los predios de cualquier clase que ellas sean, los predios son "Susavita" y "Lagunillas" tendrán el mismo vigor entre los terrenos ya adjudicados, de tal manera que en nada se perjudiquen su cómoda administración, uso y goce. El partidor, como lo afirma el opositor, observó la existencia de una servidumbre y la dejó establecida, lo cual cuadra con lo observado en la inspección ocular, que dice al respecto: "Estos terrenos de "La Duraznera", se benefician con una servidumbre de acueducto y regadío constituída desde la vida del causante sobre los predios de "Susavita" y "Lagunillas"; la acequia por donde ésta servidumbre se ejercita está actualmente abandonada".

Se trata indudablemente de una servidumbre de las llamadas por destinación

del padre de familia, que el partidor encontró, que reconoció a favor de los adjudicatarios de "La Duraznera" y cuya existencia se comprobó en la inspección ocular. Luego la objeción consistente en el no establecimiento de la servidumbre, no puede triunfar, porque la servidumbre está establecida.

Se rechazan, pues, los cargos contenidos en los capítulos que se estudian y en el capítulo sexto, que se refiere precisamente a esa servidumbre. El partidor no violó entonces la regla 5ª del artículo 1334 del Código Civil.

Objeciones del doctor Antonio María Santos

Consiste la primera objeción de este representante de los menores Torres Medina, en que el partidor no señaló partida suficiente para todos los gastos del juicio hasta su terminación. Observó el Juez a quo que un trabajo de partición es objetable cuando el partidor no ha respetado la voluntad de los interesados según lo prescrito por el artículo 1392 del C. Civil o cuando no se ha ceñido a las disposiciones restantes del Título 10º del Libro 3º del C. Civil y especialmente cuando ha contravenido las normas establecidas en el artículo 1394 y que el hecho de qué la partida señalada para gastos particulares como lo es la que ha constituído el motivo o razón de la objeción, no es fundamento bastante para impugnar el trabajo de partición.

El Tribunal por su parte sostiene que el partidor se conformó con lo dispuesto por el artículo 1390 del C. Civil, pues señaló una partida para los gastos generales y además los interesados manifestaron que los estaban haciendo a prorrata.

El recurrente acusa esta parte de la sentencia y señala como violados los artículos 1016, 1390 y 1399 del C. Civil, porque dice, "aun cuando el partidor formó el lote de gastos ordenado por esas disposiciones lo hizo de manera incompleta, interpretando o estimando que había cumplido a cabalidad dicho mandato".

La Corte observa: El mismo recurrente afirma que el partidor formó la partida que indican esos artículos, y que juzga incompleta, por los gastos futuros que deben hacerse. Esto no da asidero para una objeción que conduzca a improbar el trabajo del partidor, porque por una parte esos gastos, como futuros que son, no se han causado, y por la otra, no se puede en la generalidad de los casos proceder al respecto sino por aproximación y por eso cuando sobra dinero de la partida fijada por el partidor para tales gastos, se reparte el excedente entre los interesados a prorrata, y cuando falta, los mismos interesados también a prorrata suplen el déficit, precisamente porque a ellos es a quienes conviene finalizar el juicio de sucesión. Sería en verdad muy difícil que una partición pudiera aprobarse, si se aceptara que el partidor debe de una manera matemática calcular el importe de los gastos futuros.

Si el cargo que se estudia, pudiera refirse acaso a la segunda objeción del doctor Santos, o sea a la tacha del trabajo del partidor por cuanto no incluyó los honorarios de aquél, como curador ad lítem de los menores que representa, no sería viable, porque esta clase de gastos, como los causados por los honorarios de los abogados o apoderados de las partes, no entran dentro de los gastos generales, sino que las partes interesadas son las que tienen que pagar esos emolumentos u honorarios. De no ser así, la sucesión en general debería pagar los honorarios de cada uno de los abogados que hubieran asistido a las partes, lo que es inadmisible. Además, el punto fue ya resuelto por el Juez a quo en su auto de 15 de mayo de 1939, en el cual fijó al doctor Santos, como honorarios, la suma de doscientos pesos, disponiendo que deben ser pagados por la señora Fideligna Medina v. de Torres, representante legal de los menores

a quienes asiste el doctor Santos (folios 109 vt. del C. principal).

Se rechaza la objeción que no puede tener lugar sino en casos o en que el partidor no ha hecho la hijuela de gastos o en que habiéndola hecho, se demuestra claramente que es insuficiente para el pago de los gastos causados.

Segunda objeción. — Consiste ésta en que el partidor violó la regla 7ª del artículo 1394 del C. Civil por haber adjudicado los bienes muebles a sus representados. El Tribunal acogió, para rechazar la objeción, el concepto del Juzgado que es éste: "Según aparece de la diligencia de inventarios (folio 85) los bienes muebles pertenecen al haber de la segunda sociedad conyugal, es decir, la denominada Torres Medina. Es posible pensar en estas condiciones, que el señor partidor quebrantó la equidad al adjudicar exclusivamente a los partícipes en el haber de la sociedad conyugal Torres Medina, los bienes muebles que a ella precisamente correspondían? En ningún caso: Este criterio en la adjudicación no puede ser más equitativo".

El recurrente acusa en esta parte la sentencia del Tribunal por violación del artículo 1394 del C. Civil en su regla 7ª.

La Corte considera: Leyendo el cargo se ve claramente que la impugnación no es por la adjudicación en sí misma, que en sentir de la Corte, es inobjetable, porque si esos muebles fueron inventariados como de la segunda sociedad conyugal, correspondían a los intereses de ésta. El recurrente ataca el fallo en esta forma: "Si dichos bienes muebles existieran, la objeción sería de poca significación, pero debe tenerse en cuenta... que todos esos bienes muebles se hicieron figurar en el inventario porque el representante del lazareto así lo exigió, pero no porque existiesen en esa época; los créditos activos eran incobrables, los animales no existían y los interesados habían dispuesto de los demás muebles".

Este cargo no es materia ni para una objeción ni operante en este recurso, por estas razones: Porque el partidor debía atenerse a lo que constaba en los inventarios, y si los muebles fueron inventariados como de la segunda sociedad, la adjudicación correspondía a los interesados en ésta; porque si los interesados, como dice el recurrente, dispusieron de esos muebles, lo que quiere decir es que se anticiparon a los efectos de la partición, y nada más; y porque el hecho de afirmar que unos créditos, son incobrables, no es óbice para que los tenga en cuenta el partidor, y los adjudique a quien legalmente corresponde.

Se rechaza el cargo.

El recurrente, doctor Santos, acusa además la sentencia por la segunda causal de casación, no estar aquélla en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, numeral 2º del artículo 520 del C. Judicial.

La fundamenta así: "Sin haber hecho mención alguna de mis objeciones, pero como si ya las hubiera analizado se lee al final de la sentencia este aparte: "Las otras objeciones presentadas por el doctor Santos y analizadas en la primera instancia no hay (sic) reparo que hacer, además analizadas las unas, se puede decir que dicho análisis se puede aplicar a las otras.

"Desde luego es de observar que mis objeciones son distintas de las que hizo el apoderado del cónyuge sobreviviente, y en cierto modo van encontradas, de modo que mal podría el Tribunal decir que con el análisis de aquéllas quedan analizadas las mías, ni esa es la manera de decidir en la segunda instancia un asunto de bastante trascendencia, sin recordar lo dispuesto por los artículos 470 y 471 del Código Judicial".

Apoya su argumentación en la sentencia del 16 de abril de 1936 en la que dijo la Corte: "Si el sentenciador excusa por cualquier motivo el estudio de las objeciones a la partición y sin entrar en el debate se pronuncia aprobando la parti-

ción, el medio o vía para restablecer el derecho es atacar el fallo por incongruencia entre lo pedido y lo fallado".

La Corte considera: Técnica y rigurosamente la causal segunda no es operante sino cuando el sentenciador deduce en el fallo conclusiones y resoluciones, que no están en consonancia con la acción o acciones ejercitadas en el libelo o excepciones ya propuestas en el juicio, o deducidas, en los casos que autoriza la ley, por el juzgador. Es menester por lo tanto una sentencia de condena o declarativa, para que la segunda causal incida en casación; de ahí que no tiene nunca operancia, cuando el fallo es absolutorio. Pero la doctrina y la jurisprudencia no se han atenido al principio rígido sino que han encontrado aplicable la causal no sólo en el caso dicho sino cuando ha habido omisión en fallar alguna de las pretensiones incoadas en la demanda; el concepto de incongruencia se ha extendido, y con razón, hasta el extremo que acaba de mencionarse y ese es el sentido de la sentencia a que el recurrente se refiere en su demanda.

Como es obvio, es necesario en ese caso que el fallador haya guardado silencio, no haya fallado sobre un punto o cuestión de la demanda; mas, cuando esto no es así, por sintético que sea el concepto del fallador sobre un extremo del libelo, la causal segunda no tiene aplicabilidad.

En el caso presente se tiene lo siguiente: Una de las objeciones del apoderado de la Sra. Medina es exactamente la misma que otra de la propuesta por el recurrente doctor Santos; luego al estudiar la primera quedó también estudiada la segunda y así lo dice el Tribunal claramente, de donde se deduce que a este respecto no puede triunfar la acusación.

Otra de las objeciones del doctor Santos fue estudiada en la sentencia, con conceptos propios del Tribunal y respecto de las demás el fallador se refirió y acogió los conceptos del **Juez a quo**, de manera que en éstos fundamentó su resolución, igual a la del inferior, y falló en forma negativa todas las objeciones propuestas tanto por el apoderado de la viuda, doctor Gámez, como por el apoderado de los menores, doctor Santos.

Lo sintético de un concepto del Tribunal, cuando éste decide sobre todas las cuestiones sometidas a su estudio, no da base para acusar la sentencia por la causal segunda. Es la omisión completa de un extremo, o la resolución incongruente por exceso o diferencia con lo pedido, lo que da asidero para invocar dicha causal.

El cargo que se estudia no es por lo tanto fundado.

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 los recurrentes, por partes iguales.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Ricardo Hinestrosa Daza — Liborio Escallón—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REIVINDICACION. — MEJORAS EN TERRENOS BALDIOS.—REIVINDICACION DE MEJORAS EN BALDIOS

De acuerdo con el artículo 656 del Código Civil las mejoras o aberturas hechas por colonos en tierras baldías de la Nación son inmuebles o fincas que no pueden transportarse de un lugar a otro y por consiguiente están dentro de la clasificación que hace ese artículo. Los edificios que construyan los colonos en sus mejoras destinadas a casas de habitación u otros menesteres domésticos, para el desarrollo y beneficio de las mejoras, como establos, bebederos, silos, etc., etc., son también bienes raíces o inmuebles (artículo 656). Los pastos y sementeras permanentes como el café, el plátano, la caña, que se siembran para ser disfrutados indefinidamente, han de reputarse igualmente bienes inmuebles, de acuerdo con el artículo 657 del C. C. De suerte que el terreno, los edificios, las plantas que adhieren permanentemente al suelo por sus raíces, los utensilios de labranza, los animales destinados al cultivo y beneficio de la finca, que es lo que constituye la mejora, son bienes que caen bajo la denominación y clasificación de bienes raíces de que habla nuestro Código Civil. El colono no derriba la montaña, no edifica su casa, no siembra sus sementeras con ánimo de abandonarlas a la primera cosecha, sino con el fin primordial de radicarse allí definitivamente, haciendo de esas mejoras y de esas plantaciones una cosa permanente de la cual derive la subsistencia para él y para los suyos, y que le reditúen un beneficio proporcional al trabajo y dinero allí invertidos, es decir, finca en la estabilidad de esas mejoras su porvenir y el de los suyos. El carácter permanente de las mejoras hechas en tierras baldías se manifiesta más nítidamente a la luz de las disposiciones del Código Fiscal sobre adquisición de baldíos. Para que el colono adquiera derecho de dominio sobre el terreno baldío de la Nación es necesario que se establezca permanentemente en él, con casa de habitación, pastos artificiales para ganados, labranzas y cultivos estables, tales como plantaciones de café, cacao, caña, etc., todo lo cual está indicando que la ley, tanto civil como fiscal, considera que las mejoras en tierras baldías y sus accesorios, son bienes raíces. Pudiera argüírse que a pesar del art. 65 del Código Fiscal que preceptúa que la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o por su ocupación con ganados, el colono no viene a ser verdadero dueño de las parcelas cultivadas sino en tanto que la Nación no le haga la respectiva adjudicación, de acuerdo con las disposiciones fiscales, pero no debe perderse de vista que el colono, en todo caso, es un poseedor que tiene las mejoras con ánimo de señor y dueño y que se reputa como tal para todos los efectos legales, mientras otra persona no justifique serlo, y en esta condición es hábil para reivindicar. La Corte de casación ha dicho ya que un potrero de pasto permanente, el cual está vinculado a la tierra que lo sustenta de tal modo que no puede separarse de ella sin desaparecer, es un bien raíz y este concepto de la Corte puede extenderse con idéntica razón a todas las plantaciones que se reputan permanentes como el café, el cacao, el plátano y a todos los demás árboles y yerbas que adhieren al suelo por sus raíces, de acuerdo con el mandamiento del artículo 657 del Código Civil. 2.—En tratándose de reivindicación de mejoras en terrenos baldíos ha dicho la Corte que la acción de dominio de tales mejoras,

entre particulares, queda limitada por su misma naturaleza a resolver cuál de las dos partes acredita su mejor derecho a la propiedad de las mejoras, por haberlas establecido directamente o por haberlas adquirido de quien las estableció. Siempre que se trate de un juicio reivindicatorio de mejoras en baldíos, entre colonos, no es necesario que se precise el área o cabida del terreno donde tales mejoras existan ni que éstas se señalen o individualicen una a una, en riguroso inventario. Basta con que se determine la situación y linderos precisos de esas mejoras, la naturaleza de cada una de éstas y su delimitación dentro de un terreno determinado. 3.—La hipoteca que grava un bien raíz que se trata de reivindicar no inhibe al verdadero dueño para ejercitar directamente la acción reivindicatoria, sin que haya necesidad de demandar primeramente la nulidad del gravamen, porque él se constituyó en virtud de un contrato ajeno en un todo al reivindicante, que no le liga jurídicamente y respecto del cual éste ha de considerarse como un tercero extraño al contrato a quien no pueden perjudicarle las estipulaciones a las cuales fue completamente ajeno. De otro lado, el que una finca esté o no hipotecada es detalle del todo extraño a la reivindicación en sí.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Miguel Arango)

Origen del litigio

Julio García se había establecido como colono en tierras baldías de la nación, en el paraje de "Santa Cruz", del Distrito de Puerto Berrío, en el departamento de Antioquia.

En 23 de octubre de 1922, por medio de la escritura número 260, García le vendió al señor Elías A. Zapata G. el "derecho de dominio que como colono cultivador le correspondió en la mitad de unas aberturas de su propiedad, situadas en terrenos baldíos de la nación, consistentes en casa de habitación y rastrojeras, que íntegramente se alinderaron así: "Por el oriente con terrenos baldíos de la nación, por el occidente con propiedad de Manuel Puerta, por el norte con terrenos baldíos de la nación y por el sur con la quebrada de la Malena". Estas mejoras o aberturas las hubo por haberlas plantado a su costa en terrenos baldíos de la nación, como colono cultivador.

Muerto Zapata, la mitad de ellas pasaron a sus herederos Elías y Guillermo Zapata, quienes las vendieron a la sociedad comercial "E. González Ceballos y Compañía", que las reclama hoy día en reivindicación.

Por escritura número 595 del 25 de octubre de 1927, Julio García, primitivo fundador de las mejoras, le vendió al señor Cecilio Orrego "el derecho que tiene y le corresponde en un lote de mejoras situadas en el paraje denominado "Santa Cruz", en el trayecto del kilómetro seis y medio al siete, en el distrito de Puerto Berrío, en terrenos baldíos de la nación, consistentes dichas mejoras en rastrojeras, pastos artificiales y algunas plantaciones de plátano, caña y yuca, cuyas mejoras se demarcan en general por estos linderos: "Por la parte de abajo, con mejoras de Jesús Giraldo; por otra parte, con mejoras de Julio Zuloaga y Pablo Serna; siguiendo el mismo costado con aberturas del comprador; por la parte de arriba, con mejoras de Luis Aguirre; y por la otra parte, en donde hay unas lagunas, linda con mejoras de Ramón Rodríguez".

Orrego, a su turno, para garantizar al señor Francisco Luis Montoya una deuda por $ 1.300, le hipotecó lo que había adquirido por compra hecha al señor Julio García mediante la escritura 595 ya citada. Como Orrego no pudiera cumplir la obligación contraída para con Montoya, "Orrego Hermanos", cesionario de ese crédito, establecieron la correspon-

diente acción ejecutiva y persiguieron la finca hipotecada, la cual remataron para la misma compañía "Orrego Hermanos", quien con posterioridad se la enajenó al señor don Emilio Restrepo.

"E. González Ceballos y Compañía", considerando que don Emilio Restrepo era el poseedor actual de las mejoras que ellos habían adquirido de Julio García, establecieron el correspondiente juicio reivindicatorio, para que se hicieran estas declaraciones:

"1º Que la sociedad "E. González Ceballos y Compañía" es dueña de la mitad de las mejoras o aberturas situadas en el distrito de Puerto Berrío, en el paraje llamado "Santa Cruz", comprendidas dentro de un lote de terreno baldío de propiedad nacional y encerrado todo el lote por los linderos descritos en el hecho primero fundamental de esta demanda.

"2º Que el demandado está en el deber de restituír a la sociedad "E. González Ceballos y Cía.", la mitad de dichas mejoras o aberturas, objeto de este juicio, inmediatamente después de ejecutoriada la sentencia que ordene la restitución, o dentro del plazo que dicha sentencia fije.

"3º Que el demandado debe pagar a la sociedad "E. González Ceballos y Compañía", no sólo los frutos percibidos de la mitad de las mejoras o aberturas, desde la ocupación que se hizo de ellas, hasta que se verifique la entrega, sino de los frutos que dicha compañía demandante hubiera podido percibir, con mediana inteligencia y cuidado, teniendo la cosa en su poder".

Las demás peticiones de la demanda son subsidiarias, y no se hace preciso transcribirlas para el estudio y decisión del recurso de casación.

Sentencias

El Juez 3º del Circuito de Yolombó negó las declaraciones solicitadas, y apelada esta sentencia por el demandante, el Tribunal Superior de Medellín, en proveído de 27 de abril de 1940, revocó el fallo y en su lugar dispuso:

"La sociedad "E. González Ceballos y Compañía" es dueña de la mitad de las mejoras o aberturas situadas en el distrito de Puerto Berrío en el paraje llamado "Santa Cruz", comprendidas dentro de un lote de terreno que tenía el carácter de baldío el 9 de septiembre de 1936, fecha de la demanda presentada en este juicio, de propiedad nacional y alindado así: "Por el oriente, con terrenos baldíos de la nación; por el occidente, con mejoras que son o fueron de Manuel Puertas; por el norte. con terrenos baldíos de la nación; y por el sur, con la quebrada Malena.

"2º Emilio Restrepo está en el deber de restituír a la sociedad de "E. González Ceballos y Compañía", la mitad de dichas mejoras o aberturas inmediatamente después de ejecutoriada esta sentencia.

"3º Emilio Restrepo está en la obligación de pagar a la sociedad demandante, la mitad de los frutos percibidos desde la notificación de la demanda, de las mejoras alinderadas en el numeral primero y no sólo los frutos percibidos, sino los que la sociedad demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, teniendo la mitad de esas aberturas en su poder, pues para el efecto, se considera al demandado como poseedor de buena fe.

"4º Emilio Restrepo no puede cobrar a la sociedad demandada lo que valgan las mejoras que se hayan hecho en la mitad de las aberturas alindadas en el numeral primero, desde la fecha de la notificación de la demanda, hasta que se verifique la entrega.

"5º No se hacen las demás declaraciones pedidas en la demanda. No se condena en costas".

El recurso

La sociedad "Orrego Hermanos", a quien el demandado denunció el pleito, considera que el fallo del Tribunal quebranta,

por error de hecho y de derecho, varias disposiciones sustantivas y por ello interpuso el correspondiente recurso de casación, que aparejado en debida forma se estudia a continuación.

Sostiene el recurrente, en su primer capítulo de reparos al fallo, que el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 754, 755, 756, 673, 740, 1494, 1495, 2637 y 946 del Código Civil por haber reconocido al demandante la acción reivindicatoria cuando no había comprobado dominio sobre dichos bienes.

Para fundamentar este reparo, considera el recurrente que las mejoras plantadas por los cultivadores en terrenos baldíos de la nación, no pueden considerarse como bienes raíces, sino como muebles, y que por consiguiente la tradición de éstos no puede efectuarse sino por los medios especiales que la ley señala para la tradición de las cosas corporales muebles, en su artículo 754, y que ninguno de esos medios se ha comprobado en el expediente para que pueda considerarse efectuada la tradición de las mejoras que Julio García le vendió a Elías Zapata, y que por lo tanto ni éste, ni sus herederos, ni "E. González Ceballos y Compañía" pudieron adquirir el dominio de ellas.

El recurrente hace una disquisición tendiente a comprobar que las obras y mejoras hechas por los colonos en tierras baldías de la nación, como construcción de casas, regadíos, establos, sementeras o plantaciones permanentes son bienes muebles para cuya enajenación, por tanto, no se necesita escritura pública y que requieren para la tradición alguno de los modos a que se refiere el artículo 754 del Código Civil.

No comparte la Sala de Casación la opinión del abogado recurrente.

La división de las cosas en muebles e inmuebles obedece a una consideración, única, de carácter puramente físico: la de la mobilidad o facultad que posee una cosa de poder ser desplazada de un lugar a otro.

La ley civil reconoce cuatro clases de inmuebles, así:

1º Por su naturaleza, que son los que no pueden transportarse de un lugar a otro como las tierras y las minas.

2º Inmuebles por adherencia, que son los que adhieren permanentemente a la tierra, como los edificios, los árboles y las plantas mientras prendan al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro.

3º Por destinación, que son las cosas que aunque por su naturaleza no son inmuebles, se reputan tales, porque están destinadas permanentemente al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento, como son las señaladas en el artículo 658 del Código Civil.

4º Por radicación, que son las cosas de comodidad u ornato que se clavan o fijan en las paredes de las casas de manera que forman un mismo cuerpo con ellas, aunque puedan separarse sin detrimento.

De acuerdo con estas categorías y divisiones que trae la ley civil, las mejoras o aberturas hechas por colonos en tierras baldías de la nación, son inmuebles o fincas, que no pueden transportarse de un lugar a otro y por consiguiente están dentro de la clasificación que hace el artículo 656 del Código Civil.

Los edificios que construyen los colonos en sus mejoras, destinados a casas de habitación u otros menesteres domésticos, para el desarrollo y beneficio de las mejoras, como establos, bebederos, silos, etc., etc., son también bienes raíces o inmuebles (artículo 656).

Los pastos y sementeras permanentes como el café, el plátano, la caña, que se siembran para ser beneficiadas indefinidamente, han de reputarse igualmente bienes inmuebles, de acuerdo con el artículo 657 del Código Civil

De suerte que el terreno, los edificios, las plantas que adhieren permanentemente al suelo por sus raíces, los utensilios de labranza, los animales destinados al cultivo y beneficio de la finca, que es lo que constituye la mejora, son bienes que

caen bajo la denominación y clasificación de bienes raíces de que habla nuestro Código Civil.

El colono no derriba la montaña, no edifica su casa, no siembra sus sementeras con ánimo de abandonarlas a la primera cosecha, sino con el fin primordial de radicarse allí definitivamente, haciendo de esas mejoras y de esas plantaciones, una cosa permanente de la cual derive la subsistencia para él y para los suyos, y que le reditúen un beneficio proporcional al trabajo y dineros allí invertidos, es decir, finca en la estabilidad de esas mejoras, su porvenir y el de los suyos.

El carácter permanente de las mejoras hechas en tierras baldías, se releva más nítidamente a la luz de las disposiciones del Código Fiscal sobre adquisición de baldíos. Para que el colono adquiera derecho de dominio sobre el terreno baldío de la nación, es necesario que se establezca permanentemente en él, con casa de habitación, pastos artificiales para ganados, labranzas y cultivos estables, tales como plantaciones de café, cacao, caña, todo lo cual está indicando que la ley, tanto civil como fiscal, considera que las mejoras en tierras baldías y sus accesorios, son bienes raíces.

Pudiera argüírse, que a pesar del artículo 65 del Código Fiscal que preceptúa que la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o por su ocupación con ganados, el colono no viene a ser verdadero dueño de las parcelas cultivadas sino en tanto que la nación le haga la respectiva adjudicación, de acuerdo con las disposiciones fiscales, pero no debe perderse de vista que el colono, en todo caso, es un poseedor que tiene las mejoras con ánimo de señor y dueño y que se reputa como tal para todos los efectos legales, mientras otra persona no justifique serlo, y en esta condición es hábil para reivindicar.

La Corte de Casación ha dicho ya, que un potrero de pasto permanente, el cual está vinculado a la tierra que lo sustenta de tal modo que no puede separarse de ella sin desaparecer, es un bien raíz y este concepto de la Corte puede extenderse con idéntica razón a todas las plantaciones que se reputan permanentes como el café ,el cacao, plátano y a todos los demás árboles y yerbas que adhieren al suelo por sus raíces, de acuerdo con el mandamiento del artículo 657 del Código Civil.

Sentado que las mejoras que un colono hace en tierras baldías donde se establece con casa de habitación, con cultivos permanentes y con pastos artificiales para la cría y ceba de ganados, son bienes raíces, es forzoso declarar que el recurrente no tiene razón en los reparos que le hace al fallo, porque como bien raíz que ellas son, se necesita escritura pública para que el contrato de venta se repute perfecto ante la ley, y para su tradición, es necesario el registro de la respectiva escritura, condiciones éstas que se llenan en el presente litigio, pues consta, como se ha visto, que las ventas hechas por García y Zapata y por los herederos de éste a la Cía. demandante, lo fueron por escrituras públicas debidamente registradas, de suerte que el Tribunal aplicó correctamente los artículos 756, que ordena cómo se efectúa la tradición de los bienes raíces, y el 2637 que preceptúa cuál es el objeto del registro, y procedió correctamente al no aplicar los artículos 754 y 755 que se refieren a la tradición de las cosas corporales muebles, ni los 673 y 740 de la misma obra, que señalan los modos de adquirir el dominio, porque ya se vio que la sociedad demandante adquirió el dominio de las parcelas que reivindica, mediante escrituras públicas y sus correspondientes registros, que es el modo de adquirir el dominio, denominado tradición.

Los artículos 1494 y 1495 del Código Civil tampoco fueron infringidos, porque el sentenciador no dijo nada que contrariara lo que esas disposiciones mandan, o sea el modo como nacen las obligaciones, y menos aún el 946 que da la acción de dominio al dueño de una cosa de que no

está en posesión, para que el poseedor sea condenado a restituírla, y ya se ha visto, en primer término, que la sociedad demandante adquirió esas mejoras por compra que de ellas hizo a los causahabientes de su primitivo fundador señor Julio García, y en el curso de esta sentencia se verá que la compañía llena los demás requisitos que exige la ley para que se le considere como dueño.

En el segundo capítulo, sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho, evidente en los autos, al dejar pasar inadvertidas las distintas alinderaciones de las mejoras reclamadas en reivindicación, lo que le resta la condición de cosa singular que establece la ley para que pueda prosperar la acción reivindicatoria, con quebrantamiento a consecuencia de este error, de los arts. 946 y 949.

Dice al respecto, que las alinderaciones que figuran en la demanda como las señaladas en la escritura 773 de 24 de marzo de 1936, por la cual Elías y Guillermo Zapata le vendieron a "E. González Ceballos y Compañía" y las especificadas en la número 270 por la cual Julio García le vendió a Elías Zapata, son unos mismos, al paso que los linderos fijados en las escrituras de los antecesores del demandado Emilio Restrepo, son distintos de los señalados en la demanda, de donde se concluye que los linderos dados al fundo reivindicado son distintos de los linderos que figuran en los títulos de propiedad del demandado Restrepo, de lo cual se origina una confusión, pues no se sabe si se trata de un mismo lote o de otro distinto, y que donde hay diversidad de linderos no hay identidad de la cosa reivindicada.

Se advierte: El señor Julio García, primitivo colono en el paraje denominado "Santa Cruz", hizo dos ventas de sus mejoras, así: Una a Elías Zapata de la mitad de ellas y la otra mitad al señor Cecilio Orrego.

Es, pues, natural que las dos ventas que comprendieron cada una de ellas una mitad del terreno global, según lo expresa la escritura 260, tengan alinderación diferente, pues distintas eran las porciones vendidas. Párese la atención en que el terreno que se reivindica fue el adquirido por "E. González Ceballos y Compañía" por compra a los herederos de Elías Zapata, quien lo hubo de Julio García, el cual está perfectamente singularizado por linderos en las respectivas escrituras de venta, y que él es distinto del lote de mejoras comprado por el señor Restrepo.

El sentenciador sólo tenía que atenerse a la primera alinderación, que es el terreno que se pretende reivindicar, sin que tuviera que tener en cuenta los linderos de la segunda venta, que se refieren a una porción distinta de la primeramente enajenada.

Adelante se verá que dentro del lote ocupado por el demandado Restrepo se hallan radicadas las mejoras que hoy reclama la Compañía "E. González Ceballos", como aparece de las inspecciones oculares, de que luégo se hablará.

Aparecen en el expediente las declaraciones de varios testigos, que por constancia personal, afirman que las dos mitades de las mejoras vendidas por García, están situadas en el paraje de "Santa Cruz", en el distrito de Puerto Berrío, frente al kilómetro siete de la línea férrea, y que todo el lote se encuentra actualmente en poder del demandado Emilio Restrepo. Así mismo declaran que el lote de mejoras alinderado en la demanda, es el mismo que Julio García le vendió a Elías Zapata y que desde la compra de él, Zapata lo entró a poseer materialmente como comunero sin interrupción hasta su muerte, y que después de ésta, siguieron poseyéndolo sus herederos hasta que le vendieron a "E. González Ceballos y Compañía" y que dentro de la finca que ocupa el señor Emilio Restrepo se halla el lote de mejoras que García le vendió a Zapata y que hoy reclama la compañía demandante.

Esta no se conformó con la prueba testimonial, y solicitó que se practicaran sen-

das inspecciones oculares, una por el juez y otra por el Tribunal.

En la primera inspección se trató de establecer cuál era el lote de aberturas o mejoras que los señores Julio García y Elías Zapata tenían en comunidad y si ese lote señalado por sus linderos estaba íntegramente ocupado por el señor Emilio Restrepo, demandado.

Los peritos respondieron: "Que es la misma finca a que se refiere la especificada en los linderos que se dejan determinados atrás, y los cuales, difieren de los que trae el exhorto, en cuanto a la fijación de los puntos cardinales, con las siguientes advertencias: que Julio García fue el que abrió las primeras aberturas; que después le vendió la mitad de esas mejoras a Elías Zapata, con quien siguió como compañero poseyéndolas en comunidad; que más tarde Julio García le vendió la mitad de que era dueño al señor Cecilio Orrego'.

En la segunda diligencia practicada por el Tribunal los peritos conceptuaron que el lote de mejoras determinado sobre el terreno es el mismo a que se refiere la escritura número 773, de 24 de marzo de 1936, por la cual los señores Elías y Guillermo Zapata vendieron a "E. González Ceballos y Compañía" los derechos que les correspondieron en la sucesión de su padre Elías Zapata, y que son las mismas mejoras que Zapata compró a Julio García, y que dentro del terreno que posee el señor Emilio Restrepo están ubicadas las mejoras que se reivindican.

Es evidente que hay alguna diferencia entre la alinderación que trae la demanda y la dada por los peritos en la inspección ocular, pero esa diferenciación proviene del cambio de los dueños de los predios colindantes, y no influye para nada en la identificación del bien reivindicado, puesto que está demostrado que el demandante Restrepo posee un globo de terreno dentro del cual están comprendidas las mejoras reivindicadas.

En tratándose de reivindicación de mejoras en terrenos baldíos, la Corte ha dicho que la acción de dominio de tales mejoras, entre particulares, queda limitada por su misma naturaleza a resolver cuál de las dos partes acredita su mejor derecho a la propiedad de las mejoras, por haberlas establecido directamente o por haberlas adquirido de quien las estableció. Siempre que se trate de un juicio reivindicatorio de mejoras en baldíos, entre colonos, no es necesario que se precise el área o cabida del terreno donde tales mejoras existan ni que éstas se señalen o individualicen una a una, en riguroso inventario. Basta con que se determine la situación y linderos precisos de esas mejoras, la naturaleza de cada una de éstas y su delimitación dentro de un terreno determinado. (G. J. número 1937-14/6—38).

Síguese de lo expuesto que el Tribunal no incurrió en el error de hecho evidente que le apunta el recurrente al apreciar los linderos de las mejoras reivindicadas y que no violó a consecuencia le este error los artículos 946 y 949 del Código Civil.

En el tercer capítulo de los reparos hechos por el recurrente al fallo del Tribunal de Medellín, se considera que el sentenciador erró de hecho al apreciar las escrituras números 595 de 1917, por la cual García vendió a Cecilio Orrego unas mejoras; la número 446, por la cual Cecilio Orrego hipotecó a favor de Francisco Luis Montoya dichas mejoras; la diligencia de remate a favor de Orrego Hermanos y la escritura número 103 por la cual Orrego Hermanos le vendieron a don Emilio Restrepo las mejoras en disputa. El error, a juicio del recurrente, consiste en que don Emilio Restrepo compró todas las mejoras que había plantado Julio García y no la mitad de ellas como lo afirma el sentenciador, ya que en los títulos de los antecesores del señor Restrepo no se habla de la mitad de las mejoras sino de su totalidad.

Si en el expediente sólo existieran los títulos traslaticios de dominio de los antecesores hasta el causante del señor Restrepo, la lectura de ellos pudiera dar asilo a la duda, en el juzgador, de que lo

vendido por esos instrumentos fue la totalidad de las mejoras, pues en ellos evidentemente no se habla de una cuota de ellas, como la mitad, sino de su totalidad.

Pero al comparar estos títulos con los de los antecesores de "E. González Ceballos y Compañía" se advierte, a simple vista de ojos, que cuando el señor Julio García vendió a Cecilio Orrego, causante del demandado Emilio Restrepo, las mejoras a que se refiere la escritura número 595, de 25 de septiembre de 1927, García no era dueño de la totalidad de ellas, porque ya anteladamente había vendido, por escritura 270 de 26 de octubre de 1922, la mitad de sus primitivas mejoras al señor Elías Zapata, reservándose para sí la otra mitad de la cual era dueño únicamente cuando la enajenó a Orrego, y en su segunda escritura, la de 1927, dice, como ya se vio, que vende "el derecho que tiene".

Cotejados estos títulos, se deduce que el Tribunal obró bien al considerar que la venta hecha por García al antecesor de Emilio Restrepo, se refería únicamente a la mitad de las mejoras, porque la otra mitad ya había sido enajenada. Sentado lo anterior, bien se ve que el Tribunal no pudo incurrir en error evidente de hecho al asegurar que don Emilio Restrepo no había adquirido sino la mitad de las mejoras que plantó el señor Julio García, porque con anterioridad a esa venta, aquél ya había enajenado la otra mitad al señor Elías Zapata.

Sostiene el recurrente que la venta que García hizo de todas las mejoras a Cecilio Orrego, causante de Emilio Restrepo, ha de reputarse como venta de cosa ajena, pero esta argumentación tampoco le sirve al recurrente para el logro de sus pretensiones judiciales, porque si la ley reconoce la venta de cosa ajena es sin perjuicio de los derechos de su legítimo dueño y en el caso de autos se ha demostrado que el legítimo dueño de las mejoras que se reivindican es la sociedad demandante, por haberlas adquirido con justo título oportunamente registrado, todo con anterioridad a la venta hecha por Orrego a don Emilio Restrepo; aún suponiendo que esa venta comprendiera íntegramente todas las mejoras que había plantado Julio García en terrenos de la nación en el paraje "Santa Cruz". No está por demás advertir que entre los derechos del verdadero dueño está ante todo la acción reivindicatoria, que es su consecuencia.

También acusa el recurrente la sentencia por haber reconocido el Tribunal la acción reivindicatoria, de manera directa sin antes haberse demandado la nulidad de la hipoteca, porque dice que cuando hay un contrato nulo de por medio, es necesario ejercer la acción de nulidad del gravamen para lograr la restitución del bien, como consecuencia de la nulidad declarada.

Para parar este argumento del recurrente, es de suma conveniencia recordar que la hipoteca que grava un bien que se trata de reivindicar no inhibe al verdadero dueño para ejercitar directamente la acción reivindicatoria, sin que haya necesidad de demandar primeramente la nulidad del gravamen, porque él se constituyó en virtud de un contrato ajeno en un todo al reivindicante, que no lo liga jurídicamente y respecto del cual éste ha de considerarse como un tercero extraño al contrato a quien no pueden perjudicarle las estipulaciones a las cuales fue completamente ajeno. De otro lado el que una finca esté o no esté hipotecada es detalle del todo extraño a la reivindicación en sí. Recuérdese que el gravamen desapareció por el ejercicio de la acción real que culminó con el remate de la cosa hipotecada.

Además, ya se vio al tratar de la acusación por error de hecho evidente en la apreciación de los títulos de dominio de las respectivas mejoras, que lo hipotecado es una parcela de tierra distinta de lo reivindicado. Fundada en estos razonamientos la Sala rechaza la acusación por los errores de hecho al apreciar las escrituras, tanto de venta como de hipoteca y

consecuencialmente el quebranto de los artículos 779, 1746, 1748 y 2443 del Código Civil, ya que no ha desconocido que la nulidad pronunciada judicialmente da acción reivindicatoria; tiene fuerza de cosa juzgada y da a las partes el derecho de ser restituídas al estado en que se hallaría si no hubiese existido el acto o contrato nulo, ni ha desconocido el precepto que manda que la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves.

Tomando pie en lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín de fecha veintisiete de abril de mil novecientos cuarenta.

2º 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 Secretario.

RESCISION POR LESION ENORME

Para que sea procedente la acción rescisoria por lesión enorme, vicio excepcional que da lugar a la invalidación de los contratos de venta y permuta de inmuebles y de las particiones de bienes cuando se rompe en la medida legal la equidad de las prestaciones, exige la ley, fuera de la oportunidad en su ejercicio dentro del plazo legal, que la cosa vendida exista en poder del comprador. Perdida la cosa en poder de éste, ya porque se haya destruído o porque no esté en el comercio, no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato, porque la destrucción del objeto deja sin base la rescisión, según el artículo 1951 del C. C. Tampoco procede la acción de nulidad relativa de lesión enorme cuando el comprador hubiere enajenado la cosa a un tercero de acuerdo con el precitado texto legal, que establece así una excepción a la regla general de que la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; pero este caso de enajenación no esteriliza totalmente y siempre el derecho de quien vendió sufriendo lesión enorme, porque la misma regla legal establece que si el comprador enajenó la cosa por más de lo que había pagado por ella, y en la primera venta hubo lesión, el vendedor primitivo puede reclamar el exceso de precio obtenido en la segunda venta, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte. En este caso, como es obvio, no hay derecho a obtener la rescisión, pues demostrada su existencia en juicio contra el primer comprador, el contrato de venta subsiste y la acción queda reducida a la especial que establece el inciso segundo del artículo 1951 del C. C., que podría denominarse de reclamo de exceso o complemento de pago. Lo que la ley exige para negar la acción rescisoria es que el comprador haya hecho enajenación de la cosa, de tal modo que es insignificante que este fenómeno jurídico se haya operado por virtud de otra venta o como consecuencia de una dación en pago que también produce el efecto de enajenar, transfiriendo el dominio de la cosa.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En libelo fechado el 20 de febrero de 1935, repartido al Juzgado 7º Civil de este Circuito de Bogotá, Elena Rojas, por medio de apoderado, demandó por la vía ordinaria a la sociedad comercial Vásquez Hermanos, con domicilio en esta ciudad y formada por Misael, Mamerto y Cesáreo Vásquez, y al primero y al último en su carácter particular, para que en sentencia definitiva se decrete:

1º La rescisión por causa de lesión enorme del contrato de compraventa que consta en la escritura pública número 301 de fecha 10 de febrero de 1933, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, por medio de la cual Elena Rojas transfirió a la sociedad Vásquez Hermanos la propiedad de un lote de terreno con sus anexidades y

edificaciones existentes en él, consistentes en una casa antigua marcada con el número 2 de la calle 67 de esta ciudad y cuatro casas a medido edificar marcadas con los números 7-22, 7-26, 7-32, 7-38 y 7-44 de la calle mencionada, situado en el barrio de Chapinero y comprendido dentro de los linderos que se expresan:

"2º La nulidad de la escritura número 233, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, el 31 de enero de 1935, por medio de la cual Misael Vásquez, obrando en nombre de la sociedad Vásquez Hermanos transfirió a Cesáreo Vásquez la propiedad de los mismos bienes raíces a que se refiere la solicitud anterior;

"3º Las cancelaciones de los registros en que constan las tradiciones a que se refieren las escrituras números 301 y 213 mencionadas".

Al final de la demanda, en forma de "otro sí", formula el actor la siguiente petición subsidiaria: "Que se condene a la sociedad demandada a pagar los perjuicios que resulten de la enajenación dolosa de la cosa, o el mayor valor de $ 25.000 que la misma propiedad obtenga, mediante avalúo pericial".

En apoyo de la acción se expresan los siguientes hechos: el lote que la demandante vendió a Vásquez Hermanos por la suma de $ 25.000, tenía un jardín en producción, una cabida de 8.300 varas cuadradas y las edificaciones a que se ha hecho referencia en cuya construcción invirtió la actora $ 16.000, que en mutuo con hipoteca del inmueble recibió de la sociedad demandada; el precio que Elena Rojas recibió en pago de la finca es inferior a la mitad de su justo precio en relación con el día del contrato, porque los bienes vendidos valían entonces más de $ 50.000.

Misael Vásquez contestó la demanda como socio gestor de la sociedad demandada, oponiéndose a las pretensiones de la actora, negando algunos de los hechos fundamentales y oponiendo la excepción perentoria que resulta del hecho, afirmado por la misma demandante, de que la sociedad demandada ya no es dueña del inmueble por haberlo enajenado a Cesáreo Vásquez. Evacuaron también el traslado de la demanda los dos Vásquez demandados personalmente, oponiéndose también en esa condición a la demanda y manifestando que ellos nada tienen qué ver individualmente en un contrato de la sociedad Vásquez Hermanos.

Desarrollado el litigio sobre estas bases, fue decidido por el Juzgado del Circuito en sentencia del 25 de octubre de 1938, en que negó todas las peticiones de la demanda, las principales y la subsidiaria, y absolvió, en consecuencia, a los demandados. Sin costas.

Por haber apelado el apoderado de la actora de la resolución de primer grado se surtió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la segunda instancia del juicio, que finalizó con sentencia del 27 de agosto de 1940, confirmatoria de la recurrida, y sin costas del grado.

La sentencia del Tribunal, a la actual consideración de la Corte por recurso de casación interpuesto por la parte demandante vencida en las dos instancias, es una breve página de motivación muy sencilla. Se reduce, en relación con el primer pedimento, a decir que estando plenamente probado que el comprador de la finca que se pretende vendida con lesión enorme la enajenó a su turno por el mismo precio de compra no hay lugar a la acción incoada de acuerdo con lo que dispone el artículo 1951 del C. C. en su inciso segundo. Y acerca de las otras peticiones —nulidad de la escritura número 213 e indemnización de perjuicios por la enajenación de que da fe ese instrumento— considera el Tribunal que no hay base para estudiarlas porque el libelo de demanda no contiene ningún hecho ni referencia relacionados con nulidad ni culpa que ofrecieran fundamento a consideraciones sobre estos extremos jurídicos que en rea-

lidad aparecen desconectados de las cuestiones fundamentales del pleito hasta el extremo de que respecto de ellas puede decirse que no hay nada **sub judice.**

El recurso

Invoca el recurrente el primero de los motivos legales de casación (numeral 1º del artículo 520 del C. J.) y formula contra la sentencia los siguientes cargos:

Violación de los artículos 1494, 1502, 1605, 1849, 1864, 1946, 1947 y 1951 del C. C. y 593 del C. J., unos por errada interpretación y otros como consecuencia de errores de derecho en la apreciación probatoria en que incurrió el Tribunal, por los conceptos que a continuación se expresan sintéticamente:

Por haber considerado que la sociedad Vásquez Hermanos vendió a Cesáreo Vásquez por igual suma o suma inferior que la pagada como precio a la demandante Elena Rojas, los mismos bienes que de ella había adquirido. De este modo se incurrió en el error de dar valor determinado a las utilidades de una sociedad sin liquidar, pues en el título escriturario de 1935, otorgado por Misael Vásquez como socio gestor de Vásquez Hermanos a Cesáreo Vásquez lo que consta es una dación en pago en cuenta de utilidades de socio y en manera alguna un contrato de compraventa como equivocadamente lo consideró el Tribunal al negar a la actora el derecho de pedir la rescisión de su contrato de venta con la nombrada sociedad por lesión enorme. "El Tribunal incurrió en error —dice finalmente el recurrente— al negar la nulidad de la escritura número 213 de 31 de enero de 1935 por no tener la demanda, según el Tribunal, hechos en que debiera apoyarse".

Se consideran los cargos.

Para que sea procedente la acción rescisoria por lesión enorme, vicio excepcional que da lugar a la invalidación de los contratos de venta y permuta de inmuebles y de las particiones de bienes cuando se rompe en la medida legal la equidad de las prestaciones, exige la ley, fuera de la oportunidad de su ejercicio dentro del plazo legal, que la cosa vendida exista en poder del comprador. Perdida la cosa en poder de éste, ya porque se haya detruído o porque no esté en el comercio, no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato, porque la destrucción del objeto deja sin base la rescisión según el artículo 1951 del C. C. Tampoco procede la acción de nulidad relativa por lesión enorme cuando el comprador hubiere enajenado la cosa a un tercero de acuerdo con el precitado texto legal, que establece así una excepción a la regla general de que la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; pero este caso de enajenación no esteriliza totalmente y siempre el derecho de quien vendió sufriendo lesión enorme, porque la misma regla legal establece que si el comprador enajenó la cosa por más de lo que había pagado por ella, y en la primera venta hubo lesión, el vendedor primitivo puede reclamar el exceso de precio obtenido en la segunda venta, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte. En este caso, como es obvio, no hay derecho a obtener la rescisión, pues demostrada su existencia en juicio contra el primer comprador, el contrato de venta subsiste y la acción queda reducida a la especial que establece el inciso segundo del artículo 1951 del C. C., que podría denominarse de reclamo de exceso o complemento de pago.

A la luz de estos preceptos legales y frente a lo que aparece de los instrumentos escriturarios aducidos al juicio, se ve claramente la legalidad de la resolución contenida en la sentencia recurrida.

En efecto: muy cerca de dos años después de adquiridos los bienes por compra a la demandante Elena Rojas la sociedad Vásquez Hermanos, por medio de la escritura pública número 213, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito el 31 de

enero de 1935, traída a los autos con la correspondiente nota de registro, enajenó a favor de Cesáreo Vásquez el dominio de los mismos inmuebles comprados por escritura número 301 de 10 de febrero de 1933, de la misma Notaría. Acreditada como está plenamente en autos esta enajenación hecha por el comprador, la acción de rescisión de la venta por lesión enorme a que se refiere el primer pedimento de la demanda es incuestionablemente improcedente. Lo que la ley exige para negar la acción rescisoria es que el comprador haya hecho enajenación de la cosa, de tal modo que es insignificante que este fenómeno jurídico se haya operado por virtud de otra venta o como consecuencia de una dación en pago que también produce el efecto de enajenar, transfiriendo el dominio de la cosa.

La petición subsidiaria, escrita en el libelo de demanda después de firmada y fechada, para que se condene a la sociedad demandada Vásquez Hermanos a pagar a la actora Rojas, su vendedora en la escritura 301 de 10 de febrero de 1933, "el mayor valor de $ 25.000 que la misma propiedad obtenga mediante avalúo pericial", no es precisamente la acción de reclamo de exceso que consagra el artículo 1951 del C. C. en su inciso segundo, que no se funda en el mero hecho de que el comprador haya enajenado la cosa por más de lo que la compró, sino en que la haya adquirido en condiciones de lesión enorme para el vendedor, esto es, cuando el precio que recibió éste es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende, y que no da derecho a reclamar el mayor valor o precio, como está demandado, sino sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte.

Pero ni aún aceptando que con este defectuoso pedimento se hubiera ejercitado la referida acción para obtener el complemento de pago que la ley autoriza sin invalidar el contrato de venta puede prosperar la petición subsidiaria, porque no está probado que Vásquez Hermanos enajenara los bienes que compró a la demandante por más de lo que pagó por ellos. Por el contrario, lo que reza fehacientemente la escritura que contiene el contrato (213 de 31 de enero de 1935, Notaría 2ª de Bogotá), es que tales bienes, el lote y las edificaciones inconclusas, fueron apreciadas en cifra igual a la de su compra, que no fue la de $ 25.000, como lo dice la demanda, sino la de $ 25.200 como lo expresa el instrumento escriturario, que en su parte pertinente dice: "CUARTO. Que la sociedad "Vásquez Hermanos enajena por la suma de $ 61.200 que se distribuye así: $ 25.200 el lote de terreno en total y la edificación en tal lote principiada que fue lo que la sociedad Vásquez Hermanos adquirió de la señorita Elena Rojas, según consta en la escritura pública número 301 de 10 de febrero de 1933, otorgada en esta misma Notaría y por la misma suma en que Vásquez Hermanos compraron a la señorita Rojas, que fue la de $ 25.200; $ 36.000 las cuatro casas que la sociedad terminó a su costa, pues, como queda dicho, las había principiado la señorita Rojas y la casa de la esquina número 7-22 de la calle 67 y 67-13 y 67-15 de la carrera 7ª, que la sociedad levantó íntegramente a sus expensas en parte del mismo terreno que adquirió de la señorita Rojas..."

No destruída con plenitud probatoria por la demandante la verdad que demuestra este instrumento en materia de precio, el indicado en la escritura es obligatorio para el primer vendedor. Y no existiendo, pues, la prueba de que la enajenación verificada por el comprador lo fuera en las condiciones de exceso que requiere la ley, falta la base para accionar, como acertadamente lo consideró el sentenciador, y resultaría inoportuno e inútil, faltando este requisito esencial, el análisis probatorio del proceso en averiguación de si en la venta de la actora a Vásquez Hermanos sufrió la vendedora lesión enorme, que sería otra condición indispensable pa-

ra reclamar provechosamente el exceso de precio.

Carece de eficacia el argumento que hace el recurrente contra las conclusiones de la sentencia sobre igualdad de precio en la segunda enajenación con fundamento en que habiéndose transferido el dominio por la sociedad a uno de sus socios a título de dación en pago a cuenta de sus utilidades en el negocio social, el precio carece de existencia real mientras no se haga la liquidación de la sociedad. Ya se dijo que el efecto de la enajenación o la tranferencia del dominio se operó como consecuencia de la dación en pago que es lo que en realidad contiene la escritura número 213 y que de este modo el caso quedó bien emplazado dentro del segundo inciso del artículo 1951 del C. C., y que el precio que para el efecto se determinó a los bienes fué el mismo de su adquisición por compra. La circunstancia, bien expresada en el instrumento, de que los bienes se enajenan a favor del socio Cesáreo Vásquez a cuenta de sus utilidades en la sociedad, no afecta la realidad de su apreciación para los efectos de determinar si la enajenación que hizo el comprador fue por más de lo que había pagado por ella. La consecuencias que pueden desprenderse del hecho de que no esté liquidada la sociedad son de otro orden y afectan la distribución entre los socios pero no incide sobre la validez de la dación en pago. El socio no tiene sino una expectativa de ganancia sobre las utilidades que se obtengan en el negocio social, pero la ley ha previsto el caso de que un socio reciba a cuenta de utilidades más de lo que le corresponde en el resultado definitivo y ha dispuesto que en tal evento estará obligado a devolver el exceso.

Respecto de la segunda petición principal de la demanda para que se decrete "la nulidad de la escritura número 213, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá el 31 de enero de 1935, el Tribunal, como se vio atrás, la negó porque en los hechos de la demanda ni en su respuesta ni en ninguna otra de las piezas del juicio se encuentra nada que pudiera servir de apoyo jurídico a esta pretensión de la actora. El cargo que en esta parte formula el recurrente contra la sentencia se hace consistir solamente en que, contra lo afirmado por el Tribunal, sí tiene la demanda hechos fundamentales.

Y es verdad que los tiene, y de ellos se hizo una breve reseña al principio de esta decisión; pero es verdad también que ninguno de esos hechos tiene la más leve relación con lo que pudiera alegarse legalmente como fundamento de la nulidad impetrada, y es esta ausencia absoluta de fundamentación el motivo en esta parte de la sentencia acusada. Es tan evidente que la pretensión sobre nulidad a que se hace referencia ha sido propuesta sobre el vacío de hechos y de pruebas, que el proceso no ofrece noticia ni para saber si la invalidación que se demanda se dirige contra el contrato de venta recogido en la escritura número 213 citada, o contra el instrumento por carencia de alguna de sus formalidades sustanciales. A esta última forma de invalidación, prevista en el artículo 2595 del C. C. como distinta de la nulidad de los actos o contratos que pasan ante los notarios, parece hacer alusión la forma del pedimento, repetida igualmente en la demanda de casación, encaminada a obtener la nulidad de la escritura. Pero cualquiera que haya sido la intención de la actora a este respecto, lo cierto es que su pretensión jurídica, para la cual, por otra parte, no es bien visible su interés legitimante, tiene que estar basada en hechos que legalmente la determinen y cuya existencia debe haber sido procesalmente demostrada por quien la demanda. "Toda decisión judicial, en materia civil —dice el artículo 593 del C. de P. C.— se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especifica-

dos en el presente Título y conocidos universalmente con el nombre de **pruebas**".

De lo expuesto se puede ya concluír que la sentencia del Tribunal, vistos y considerados sus fundamentos muy esquemáticos, no ha incurrido en violación de ninguna de las disposiciones legales sustantivas citadas en la demanda del recurso, ni directamente ni por consecuencia de desvalorización ilegal de ninguna de las pruebas aducidas al juicio.

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 27 de agosto de 1940, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Los Conjueces: **Arturo Salazar Grillo—Eduardo Rodríguez Piñeres.—Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

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

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

El Tribunal Superior de Pereira, en sentencia fechada el nueve de diciembre de mil novecientos treinta y siete, impuso a Marcos Fernández la pena de catorce años y tres meses de presidio, por homicidio en Jesús Antonio Alzate, delito contra empleado público y resistencia a la autoridad.

Venida esa sentencia a la Corte en casación, esta Sala hubo de invalidarla el veintidós de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, a solicitud del señor Procurador Delegado.

Prosperó entonces el recurso por la causal de nulidad del procedimiento motivada en el hecho de que el defensor que concurrió a la audiencia ante el Jurado no sólo renunció al uso de la palabra las dos veces que el Juez se la concedió, sino que ante la exhortación del mismo Juez para que no dejase desamparado al reo, manifestó que éste no merecía ser defendido por su extremada peligrosidad, por no hallarse nada que alegar en su favor, y por pesar ya sobre el mismo una condena de veinticinco años.

En cumplimiento de la sentencia de casación se repuso la parte anulada del procedimiento, del sorteo de Jurados en adelante.

De acuerdo con el veredicto del nuevo personal de jurados, el Tribunal Superior de Pereira absolvió a Marcos Fernández del cargo de delito contra empleado público y lo condenó a seis años de presidio por el homicidio y a tres meses de la misma pena por el delito de resistencia a la autoridad.

Contra esta segunda sentencia del Tribunal ha vuelto a recurrir en casación Marcos Fernández.

Observa el señor Procurador que el recurrente no menciona ninguna de las causales de casación, ni expone motivos que pudieran ser estudiados por la Corte a la faz de alguna de aquellas causales, "ni nombra siquiera los preceptos legales que pudieran ser pertinentes".

Y como tal observación es fundada, este recurso se halla en rigor desierto.

El señor Procurador Delegado, que hubiera podido limitarse a sugerir esa declaratoria, ha querido, sin embargo, oponerse a las alegaciones del reo y examina, al efecto, los tres puntos que éste propone en el memorial elevado a la Corte, a saber: que no hubo verdadero llamamiento a juicio y que si lo hubo, no le fue notificado; que la investigación se adelantó con parcialidad, y que algunas personas que declararon en contra del procesado no merecen crédito.

Como en la vista del Ministerio Público se analizan clara y jurídicamente estos puntos, la Sala, para evitar inútiles repeticiones, transcribe en seguida lo pertinente del concepto emitido por el señor Procurador, y que dice así:

"El Juzgado Superior de Pereira con fecha 5 de junio de 1933 dictó auto de

proceder contra Fernández, quien apeló. El Tribunal, en auto de 28 de septiembre de aquel año, revocó la providencia del inferior, por haber encontrado algunas irregularidades, y en su lugar dispuso que el negocio volviera al estado de sumario para que se calificara de nuevo reparando aquellas irregularidades.

"Con fecha 19 de octubre de 1933 el Juzgado calificó de nuevo el negocio y abrió causa criminal contra Marcos Fernández, por varios delitos que fueron más tarde contemplados en los cuestionarios, de conformidad con lo analizado en el mismo auto de proceder. Esta providencia del llamamiento a juicio le fue notificada personalmente al procesado; luego carece éste de razón en el primer motivo expuesto en su memorial.

"En cuanto al cargo hecho al investigador, debe observarse que no hay ninguna prueba de dicha aseveración. Y con respecto a los testimonios sucede otro tanto.

"De todos modos, estos últimos ataques a la sentencia se referirían a la injusticia del veredicto, cuestión que no fue debatida en las instancias, y que por lo mismo harían improcedente la causal de casación respectiva.

"Por último, hay prueba plena en el proceso de que Fernández dio muerte traidoramente a Alzate cuando éste le había quitado a aquél un cuchillo, en ejercicio de sus funciones de policía, y cuando ambos se dirigían ya tranquilamente a un lugar distinto de aquél en que había suscitado escándalo Fernández a causa de su embriaguez, entonces sorpresivamente el procesado sacó un revólver del bolsillo del pantalón y con él disparó a quemarropa al agente de la policía.

"Por lo brevemente expuesto, este Despacho pide con todo respeto a la H. Corte que no infirme el fallo recurrido".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no INFIRMA, la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, fechada el once de junio de mil novecientos cuarenta, que impuso a Marcos Fernández la pena principal de seis años y seis meses de presidio como responsable de la muerte de Jesús Antonio Alzate.

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.

NULIDAD DEL PROCESO POR NO HABERSE PRACTICADO LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA DEFENSA.—PRUEBAS EN EL LITIGIO CIVIL Y EN EL PROCESO PENAL.—PRUEBAS DEL JUICIO EN ESTADO DE SUMARIO Y EN ESTADO DE CAUSA. NATURALEZA JURIDICA DEL ENJUICIAMIENTO.—ALCANCE DE LA DOCTRINA SOBRE NULIDAD

1.—Siendo oficioso, por regla general, el procedimiento en asuntos penales, la justicia no ha de buscar solamente pruebas de cargo contra el acusado sino también las que puedan favorecerlo, puesto que en el juicio penal, a diferencia del civil, no se debaten meros intereses de particulares, sino que se trata de servir al más elevado interés público que es el de administrar justicia y por ese medio defender a la sociedad pero dando, al propio tiempo, seguridad y protección al procesado, que puede ser inocente y que, en todo caso, no ha de ser penado con rigor desproporcionado a su culpabilidad. Sería injurídico equiparar la sociedad y el reo a quien ella juzga con el demandante y el demandado que actúan en un litigio civil, en que el juez es un espectador de la contienda probatoria entre las partes. Pero dentro del juicio penal cabe también hacer una distinción fundamental, a saber: en el sumario el investigador está obligado a verificar las citas que en su favor haga el sindicado, y aún más, a practicar todas las diligencias y buscar cuantas pruebas puedan ser conducentes a establecer la irresponsabilidad del acusado. En todo caso la investigación sumaria tiende a esclarecer completamente el hecho delictuoso y a descubrir a los responsables del mismo, sin que el reo esté obligado a presentar las pruebas de sus descargos, pues le basta sugerírselas a la justicia, para que ésta las busque. Cuando el proceso ya ha salido del estado de sumario por auto firme de proceder, no le toca al juez continuar haciendo averiguaciones oficiosas en pro ni en contra del reo. El enjuiciamiento es el pliego de cargos que el poder social formula contra él y en esta nueva etapa del proceso, que es el juicio propiamente dicho, entran el reo y su defensa a proponer y demostrar los descargos. Es claro que el juez de la causa y sus auxiliares deben facilitar, con la mayor amplitud, al procesado todos los medios normalmente útiles para desvanecer la imputación materia del proceso o reducirla a sus justos límites. Pero el juzgador, en esta segunda etapa, y salvo el poder discrecional que el juez superior tiene en las audiencias, guarda más bien una actitud de expectativa, dirigiendo el debate probatorio entre el ministerio público y la defensa, actitud necesariamente diversa de la acuciosa que el investigador asume durante el sumario, cuando su oficiosidad está obligada aun a suplir la inercia del sindicado para defenderse. Sin embargo, tal actitud imparcial y de expectativa del juez durante la causa, no lo exime del deber legal de hacer efectiva la práctica de las pruebas que se le solicitan. Rehusarla arbitrariamente equivaldría a denegación de justicia y la sentencia dictada en un juicio que adoleciera de esa irregularidad, sería un fallo proferido sin las garantías reconocidas por la Constitución Nacional. 2.—En varias sentencias de casación ha dicho esta Sala que si la falta de notificación del auto que señala día para la audiencia es motivo de nulidad, *a fortiori* ha de serlo la celebración misma de la audiencia sin que el reo esté asistido por un defensor, al menos cuando éste haya omitido el cumplimiento de ese deber por grave causa que sea excusa legal. Igualmente será motivo de nulidad en el proceso penal, la omisión en la práctica de pruebas esenciales durante el plenario, con

tanto mayor razón cuanto que lo es, según acertadamente lo dice el señor Procurador, la falta de notificación del auto que abre la causa a pruebas. Ni cabe argüir 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. Entre las formas propias del juicio penal (artículo 26 de la Constitución Nacional), son de la mayor importancia aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos. La sentencia que condena a un reo sin que los jueces hayan oído su defensa o sin que se le hayan dado los medios de aducir sus pruebas, es violatoria no sólo de la ley de procedimiento sino también de la Constitución Nacional. Esta no estatuye normas muertas o ineficaces de los derechos fundamentales de la persona humana. Por algo estableció el legislador que en procesos penales será motivo de casación la ocurrencia de una nulidad "sustancial" en el procedimiento. Y una de las más notorias que pueden darse es la de no practicar las pruebas solicitadas por la defensa. 3.—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 hayan dejado de practicarse las pruebas en el plenario. Podría acontecer que se solicitaran pruebas no esenciales, o unas que fuesen inconducentes, que se citara a declarantes imaginarios, o que se emplease cualquiera otro ardid bajo la apariencia de labor probatoria, con el fin preconcebido de reclamar o quejarse más tarde, en el evento de que recaiga una sentencia condenatoria. Parece obvio que en tales hipótesis o en la de un manifiesto abandono de las pruebas por la parte que las pidió, la omisión en practicarlas no debe causar nulidad del procedimiento.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, dieciséis de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El Tribunal Superior de Pamplona impuso a Juan Jaime Maldonado la pena de veinte años de presidio como responsable de asesinato.

Por haber sido iniciado el proceso en el año de mil novecientos treinta y cinco se tramitó de acuerdo con la legislación anterior a la reforma penal. De ahí también que el señor Procurador de la Nación haya podido ejercitar la facultad que le confería el artículo 6º de la Ley 118 de 1931 para suplir la deficiencia del recurrente y fundar la casación que éste interpuso.

Dicho funcionario anota que aun cuando el escrito elevado por el reo no es una verdadera demanda de casación, sí puntualiza los cargos contra el fallo recurrido: injusticia del veredicto del Jurado y nulidad sustancial del procedimiento. El señor Procurador encuentra fundada la segunda de estas causales y después de presentar a la Corte sus razones manifiesta que "huelga ocuparse en la relacionada con la injusticia de los veredictos".

La Sala también estima que de las dos causales invocadas debe examinarse ante todo la de nulidad del procedimiento por ser la que afecta más radicalmente el juicio.

Para la mejor comprensión del caso que ahora estudia la Corte, conviene hacer un recuento de los hechos materia de este proceso.

El veintiocho de agosto de mil novecientos treinta y cinco Evaristo Arteaga dirigió un escrito al Prefecto de la Provincia de Ocaña en el cual reitera el denuncio que dice haber elevado "hace algunos días" contra Juan Jaime, por homicidio cometido en la persona de Justo Rodríguez en el punto denominado "San Antonio" del Corregimiento de "Mal Abrigo", jurisdicción municipal de Villa Ca-

to, Provincia de Ocaña, hecho que ocurrió, según el denunciante, el veinticuatro de febrero, es decir, seis meses antes del escrito que encabeza el sumario.

Sobre este memorial-denuncio de veintiocho de agosto dispuso el Prefecto levantar la investigación. Entre otras diligencias ordenó practicar la exhumación del cadáver de Justo Rodríguez "para el reconocimiento pericial"; pero del expediente no aparece que dicho reconocimiento se llevara a cabo, como tampoco la exhumación del cadáver. Con la circunstancia de que la inhumación la había hecho el corregidor de "Mal Abrigo" al día siguiente de la muerte de Rodríguez, "sin hacerle entierro eclesiástico" según expresa en su declaración el mismo corregidor, y sin sentar acta del levantamiento del cadáver con testigos actuarios que aun no siendo peritos hubiesen podido dar fe de las heridas que el cadáver presentara, aspecto de ellas, orificios de entrada y de salida de proyectiles, etc.

El denunciante Sepúlveda citó como testigos presenciales a Higinia Quintero, dueña de la casa donde ocurrió el homicidio, pero no se recibió declaración a dicha mujer; y a Isabel Quintero (hombre) quien sí rindió testimonio.

Dijo también en el denuncio que a María Durán le había confesado Juan Jaime ser el matador de Justo Rodríguez. Interrogada la Durán manifestó no haber conversado con Jaime sobre el particular (folio 20).

Por su parte el reo se ha sostenido en una negativa rotunda acerca de su responsabilidad en la muerte de Justo Rodríguez.

En resumen: sobre el testimonio del muchacho llamado Isabel Quintero, el cual asevera haber visto a Juan Maldonado disparar sobre Justo Rodríguez, quien cayó ahí mismo y murió "a los pocos momentos", se llamó a juicio a Juan Jaime Maldonado, y el auto de proceder le formula en su parte motiva el cargo de haber cometido el homicidio con premeditación y de haber disparado sobre la víctima por la espalda. "Todo esto nos está diciendo, agrega el auto de enjuiciamiento, cuáles son las condiciones personales de Jaime, individuo peligroso que esgrime sus armas a sangre fría, sin motivo coetáneo, como un criminal avezado, hiriendo por la espalda y sorpresivamente a quien en nada lo ofendía".

Durante el plenario solicitó que se abriese la causa a pruebas, así lo decretó el juez y la defensa pidió la práctica de varias, que al parecer pueden ser importantes, principalmente las relativas a la coartada y las que tienden a demostrar que había enemistad entre el procesado y el testigo único del hecho y de la responsabilidad atribuída al acusado.

Sobre este punto se expresa así el señor Procurador:

"El Juzgado ordenó la recepción de las pruebas y formuló también un interrogatorio inteligente para los testigos que debían declarar: tánta era la importancia de los hechos que trataba de establecer la defensa.

"Al comisionado —Alcalde de Bucarasica— se le libró el despacho respectivo. Pero es lo cierto que las pruebas no se practicaron, no obstante que el señor defensor reclamó por la demora en la devolución del exhorto y el señor Juez de la causa dispuso dirigirse al comisionado para que lo diligenciara. (Folio 67 del cuaderno principal). En la audiencia, el señor defensor volvió a hacer hincapié sobre la falta de las pruebas solicitadas. Con todo, el acto se celebró, sin que en el expediente haya la menor constancia de que el Juzgado reclamara al comisionado las pruebas, no obstante haber dispuesto que así se hiciera.

De esta omisión en la práctica de las pruebas se quejó el defensor después del fallo del Jurado, y antes de que el Juez profiriese su sentencia.

En memorial que obra a folio 67 solicitó que se declarara la nulidad de lo actuado alegando, entre otros motivos, "que no se dieron a Jaime Maldonado todos los medios adecuados de defensa, artículo 1620 del Código Judicial". Ante el Tri-

bunal Superior de Pamplona alegó de nuevo el defensor lo mismo, diciendo que Maldonado no ha sido oído y vencido en juicio, porque se pretermitieron formalidades esenciales en el procedimiento penal, y "esto acarrea nulidad del mismo".

El señor Procurador Delegado en lo Penal, encontrando que la omisión en la práctica de las pruebas pedidas constituye un motivo de nulidad sustancial, con el propósito de amoldar este grave reparo a la enumeración taxativa que de las nulidades hace la ley, razona así:

"Al tenor del artículo 264, numeral 4º, de la Ley 57 de 1887, es motivo de nulidad el 'no haberse notificado a las partes del auto en que se abre la causa a prueba'.

"En el presente caso, la formalidad material de la notificación se cumplió; pero la finalidad práctica, lo fundamental del auto —la recepción de las pruebas— no se realizó; y esta omisión es tan grave como no haberse notificado la providencia. De nada vale la notificación de un auto, si no se hacen efectivos por parte de la autoridad los derechos que en él se consagran, mayormente cuando de parte de la defensa sí hubo interés y gestión para que las pruebas se reclamaran y se trajeran a los autos. Tratándose de un procedimiento oficioso y de carácter penal, el funcionario tiene la obligación de allegar al proceso todos los elementos de juicio que sean necesarios para el esclarecimiento de la verdad, y de poner en juego todos los medios legales para que las peticiones de las partes, solicitadas en oportunidad y decretadas, se lleven a término cumplidamente. De lo contrario, al acusado no se le dan las debidas garantías y se le vence con menoscabo de la Constitución y de la justicia".

La Corte observa: siendo oficioso, por regla general, el procedimiento en asuntos penales, la justicia no ha de buscar solamente pruebas de cargo contra el acusado, sino también las que puedan favorecerlo, puesto que en el juicio penal, a diferencia del civil, no se debaten meros intereses de particulares, sino que se trata de servir al más elevado interés público, que es el de administrar justicia, y por ese medio defender a la sociedad pero dando, al propio tiempo, seguridad y protección al procesado, que puede ser inocente y que, en todo caso, no ha de ser penado con rigor desproporcionado a su culpabilidad.

Sería injurídico equiparar la sociedad y el reo a quien ella juzga, con el demandante y el demandado que actúan en un litigio civil, en que el juez es un espectador de la contienda probatoria entre las partes.

Pero dentro del juicio penal cabe también hacer una distinción fundamental, a saber: en el sumario el investigador está obligado a verificar las citas que en su favor haga el sindicado, y aún más, a practicar todas las diligencias y buscar cuantas pruebas puedan ser conducentes a establecer la irresponsabilidad del acusado. En todo caso la investigación sumaria tiende a esclarecer completamente el hecho delictuoso y a descubrir a los responsables del mismo, sin que el reo esté obligado a presentar las pruebas de sus descargos, pues le basta sugerírselas a la justicia, para que ésta las busque.

Cuando el proceso ya ha salido del estado de sumario, por auto firme de proceder, no le toca al juez continuar haciendo averiguaciones oficiosas en pro ni en contra del reo. El enjuiciamiento es el pliego de cargos que el poder social formula contra él, y en esta nueva etapa del proceso, que es el juicio propiamente dicho, entran el reo y su defensa a proponer y demostrar los descargos. Es claro que el juez de la causa y sus auxiliares deben facilitar, con la mayor amplitud, al procesado todos los medios normalmente útiles para desvanecer la imputación materia del proceso o reducirla a sus justos límites. Pero el juzgador, en esta segunda etapa, y salvo el poder discrecional que el Juez Superior tiene en las audiencias, guarda más bien una actitud de expectativa, dirigiendo el debate probatorio entre el Ministerio Público y la defensa, actitud necesariamente diversa de la acuciosa que el investigador asume durante

el sumario, cuando su oficiosidad está obligada aun a suplir la inercia del sindicado para defenderse.

Sin embargo, tal actitud imparcial y de expectativa del juez durante la causa, no lo exime del deber legal de hacer efectiva la práctica de las pruebas que se le solicitan. Rehusarla arbitrariamente equivaldría a denegación de justicia y la sentencia dictada en un juicio que adoleciera de esa irregularidad, sería un fallo proferido sin las garantías reconocidas por la Constitución Nacional.

Y aun cuando no puede equipararse a negativa de pruebas la simple negligencia en practicarlas, en el caso concreto de que ahora se trata, encuentra la Corte que tanto el recurrente como el señor Procurador están en lo cierto cuando consideran que hay una grave falla en este proceso, por no haberse practicado las que pedía la defensa. El Juez de la causa ordenó, a solicitud del defensor, reclamar la devolución del despacho comisorio de las pruebas; pero es lo cierto que no se reclamó tal devolución, ni ellas llegaron al expediente.

Si para llamar a juicio se hubiese dispuesto de un abundante y sólido acervo probatorio sobre el hecho delictuoso y sobre la responsabilidad del sindicado, o si se hubiesen agotado, al menos, las diligencias del sumario, recibiendo, por ejemplo, el testimonio de Higinia Quintero y careando al reo con los testigos, los esfuerzos de la defensa en el sentido de levantar pruebas para tachar un testigo o para demostrar la coartada, hubieran podido reputarse como el simple y obligado cumplimiento de un deber legal y profesional. Mas, siendo así que sobre el testimonio de una sola persona, acerca del hecho y de la responsabilidad, se procedió a enjuiciar formulando el cargo de premeditación no obstante la absoluta carencia de datos acerca de los móviles del delito, la circunstancia de basarse la imputación sobre aquel testimonio único, exigía de los juzgadores de instancia apoyo más eficaz a las actividades de la defensa, para que al producirse las pruebas, pudiesen confrontarse rigurosamente las del sumario con las del plenario antes de proferir una sentencia condenatoria a veinte años de presidio.

La causal 2ª de la Ley 118 de 1931, que ha sido invocada por el procesado y por el señor Procurador de la Nación tiene cabida en caso de "ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

En varias sentencias de casación ha dicho esta Sala que si la falta de notificación del auto que señala día para la audiencia es motivo de nulidad, a fortiori ha de serlo la celebración misma de la audiencia sin que el reo esté asistido por un defensor, al menos cuando éste haya omitido el cumplimiento de ese deber por grave causa que sea excusa legal.

Tesis semejante plantea el señor Procurador en los pasajes de su vista arriba transcritos, con referencia a la omisión en la práctica de pruebas esenciales durante el plenario, deficiencia que, con mayor razón sostiene el señor Procurador, debe ser motivo de nulidad puesto que lo es la falta de notificación del auto que abre la causa a pruebas.

Y no cabría argüir 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 Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". (Artículo 22 que reprodujo el artículo 26 de la Carta de 1886).

Entre las formas propias del juicio penal, son de la mayor importancia aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos.

La sentencia que condena a un reo sin

que los jueces hayan oído su defensa, o sin que se le hayan dado los medios de aducir sus pruebas, es violatoria, no sólo de la ley de procedimiento, sino también de la Constitución Nacional. Esta no estatuye normas muertas o ineficaces de los derechos fundamentales de la persona humana. Por algo estableció el legislador que en procesos penales será motivo de casación la ocurrencia de una nulidad "sustancial" en el procedimiento.

Y una de las más notorias que pueden darse es la de no practicar las pruebas solicitadas por la defensa.

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 hayan dejado de practicarse las pruebas en el plenario. Podría acontecer que se solicitaran pruebas no esenciales, o unas que fuesen inconducentes, que se citara a declarantes imaginarios, o que se emplease cualquiera otro ardid bajo la apariencia de labor probatoria, con el fin preconcebido de reclamar o quejarse más tarde, en el evento de que recaiga una sentencia condenatoria. Parece obvio que en tales hipótesis o en la de un manifiesto abandono de las pruebas por la parte que las pidió, la omisión en practicarlas no debe causar nulidad del procedimiento.

En virtud de los precedentes considerandos, la Corte Suprema, Sala de casación penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve INVALIDAR la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, fechada el veintitrés de julio de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Juan Jaime Maldonado a la pena principal de veinte años de presidio; declarar nulo el procedimiento desde el auto que abrió la causa a pruebas (folio 58) y ordenar la reposición de lo actuado desde ese auto, inclusive, en adelante.

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.

CUANDO DEBE ENTENDERSE QUE EXISTE HOMICIDIO CULPOSO CONFORME AL ARTICULO 370 DEL CODIGO PENAL DE 1936

El homicidio culposo de que trata el artículo 370 del Código Penal, es el que se perpetra cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de la previsión confió imprudentemente en poder evitarlos (inciso segundo del artículo 12 ibídem). Ni la culpa sin previsión de lo previsible, ni la culpa con previsión caben en este homicidio intencional que afirmó el jurado con amplia base probatoria.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, febrero diez y ocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Vistos

Justo o Abraham Pinchao le dio muerte a José Mesías del mismo apellido, por medio de una herida con lanza, el veinte de abril de mil novecientos treinta y nueve, en el paraje "Yanalá", del municipio de Ipiales, hecho que el Juez 2º Superior y el Tribunal de Pasto calificaron como simpletemente intencional.

De modo afirmativo contestó el Jurado las dos preguntas de fs. 121, y el Juez entonces impuso a Pinchao el mínimo de ocho años de presidio que señala el art. 362 del Código Penal, resolución que aquel Tribunal confirmó el veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y uno.

Recurrida en casación por el reo la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, ante éste adujo las causales de los números 3º, 4º y 7º del artículo 567 de la Ley 94 de 1938, y luégo, en la Corte, las causales 1ª y 5ª **ibídem.**

Cumplidos los trámites, la Corte pondrá fin al debate en el cual la Procuraduría pide que se deseche el recurso.

Para mayor claridad copiará la Sala los motivos de casación que invocó el procesado.

"1º Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma;

"2º .....

"3º Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado;

"4º Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad;

"5º Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados;

"6º .....

"7º Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

Confusos los memoriales de Pinchao y sin técnica alguna, siempre ofrecen mérito para estudiar los cargos que él hace al fallo del Tribunal, en el lógico orden que es preciso seguir.

Causal del número 4º—Alega el reo que está afectado el juicio por la nulidad de que habla el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, pues diz que se incurrió en error relativo al nombre e identidad del homicida, ya que el recurrente se llama Justo Pinchao, y la persona a quien se imputa el homicidio en el auto de proceder y en el cuestionario es Abraham Pinchao.

El sujeto que a última hora aparece con el nombre de Justo es el mismo que en toda la actuación se ha conocido con el nombre de Abraham Pinchao, no existiendo ni la más mínima duda sobre la identidad del matador de José Mesías Pinchao, identidad confesada por el recurrente en la demanda ante la Corte, y admitida por el defensor, de modo tácito, en el escrito de fs. 89 y en el acta de la celebración del juicio (fs. 122).

Causal del número 7º—Abraham o Justo Pinchao (con ambos nombres figura en el expediente), manifiesta que este motivo de casación lo apoya en que el veredicto del Jurado es contrario a la evidencia de los hechos.

Semejante reparo en nada se relaciona con aquel motivo.

Y por otra parte, las dos afirmaciones del Jurado acerca de que Abraham o Justo Pinchao realizó el hecho material y lo ejecutó con el propósito de matar, excluyen por completo la idea de una contradicción del veredicto.

Causal de nulidad número 5º—La formulación de la demanda en la Corte contiene esta frase: "....y además, porque en ambos fallos (se refiere el recurrente a los pronunciados en primera y segunda instancia, agrega la Sala), no se expresó clara y terminantemente cuál o cuáles de los hechos por los cuales se me detiene, se consideraron probados..."

El texto de las sentencias del Juez y del Tribunal Superior de Pasto (fs. 123 a 124, 133 a 136), muestra que en ellas, especialmente en la del Tribunal, fueron analizados con método concluyente y fácil de comprender, las materias del cuerpo del delito y de la responsabilidad, es decir, que sí se expresaron, como debían expresarse, los hechos que el Tribunal y el Juez consideraron probados.

Causal del número 3 —Ciertamente la sentencia está en consonancia con el cargo del auto de proceder y en armonía con el veredicto del Jurado.

En efecto, la sentencia condena por un homicidio común y a tal categoría de homicidios se circunscribieron el cargo del enjuiciamiento y el veredicto.

Y es inconducente sustentar la causal 3ª en el hecho que presenta el reo: que se condenó a Justo Pinchao en vez del Abraham sometido a juicio y a quien el Jurado declaró responsable, argumento que no sirve, como no sirvió para la causal de nulidad.

Causal número 1º — El concepto de la Procuraduría resume así las alegaciones del recurrente en torno a la causal 1ª.

"La hace consistir en estos motivos:

"a) Que el Tribunal violó el artículo 362 del Código Penal, puesto que reconoció la existencia del propósito de matar que no concurrió en la acción homicida. b) Que violó los artículos 24 y 25 de la misma obra, por no haber reconocido la legítima defensa en que obró el acusado. c) Que violó el artículo 370 **ibídem**, puesto que el recurrente, si delinquió, lo hizo en forma culposa, no intencional. Y d) En que le dio valor a los testimonios de Tobías Cualpa, Sofonías Rodríguez, Alfonso Pinchao, Ascensión Táquez y Bricenio Pinchao, siendo así que estos sujetos tenían interés en faltar a la verdad en favor del occiso y en contra del recurrente".

Para impugnar los argumentos del procesado, la Corte razona de la siguiente manera:

Punto a) Si el Tribunal acogió el propósito de matar fue porque el Jurado afirmó ese propósito. Y tenía que acogerlo para aplicar el artículo 362 del Código Penal, pues ninguna base había ni hay para oponerle al veredicto la tacha de una flagrante equivocación en quienes lo rindieron;

Punto b) Abraham o Justo Pinchao no cometió el homicidio en defensa legítima. Al contrario: él provocó al occiso con desafío y grave ofensa, obligando por ello a José Mesías Pinchao a darle un puñetazo, después de lo cual el reo le clavó su lanza en el muslo izquierdo;

Punto c) El homicidio culposo de que trata el artículo 370 del Código Penal, es el que se perpetra cuando el agente no

previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de la previsión confió imprudentemente en poder evitarlos (inciso 2º del artículo 12 ibídem). Ni la culpa sin previsión de lo previsible ni la culpa con previsión caben en el homicidio intencional de que responde Pinchao; y

Punto d) Extraño es aquí el reparo al valor de los testimonios que critica el recurrente, pues parciales o no los declarantes, ya el Jurado les otorgó crédito en uso de la racional soberanía que le asiste para apreciar las pruebas del proceso.

Ninguna de las causales resulta justificada, y por eso es de rigor la observancia del artículo 569 de la Ley 94 de 1938.

En mérito de lo expuesto y en armonía con la solicitud del señor Procurador delegado, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pasto que condenó a Abraham o Justo Pinchao a ocho años de presidio como responsable de la muerte de José Mesías Pinchao.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

Notifíquese y cópiese.

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

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE DELITOS COMUNES COMETIDOS POR JUECES DE CIRCUITO

Conforme al artículo 44, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), de las infracciones penales cometidas por los jueces de circuito, conocen los tribunales de distrito judicial cuando ellas se refieren a delitos de *responsabilidad*, llamados también delitos *oficiales*. Pero cuando, como en el caso a que alude el proceso, se trata de delitos comunes (calumnia e injurias públicas), su conocimiento corresponde, en primera instancia, a los jueces de circuito, al tenor de lo dispuesto en el artículo 47, ordinal 1º, ibídem.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

El doctor Manuel Cortés Martínez, en escrito fechado el 6 de noviembre de 1940, denunció ante el Tribunal Superior de Bogotá al doctor Manuel M. Rozo, a la sazón juez civil del circuito de Fusagasugá, por los delitos de calumnia e injurias públicas.

Dicha corporación, en auto de 25 de julio del año próximo pasado, calificó la respectiva investigación dictando sobreseimiento definitivo en favor del sindicado.

Contra tal providencia interpuso apelación la parte civil, representada por el propio denunciante.

Concedido el recurso, el expediente vino a la Corte, en donde, cumplida la correspondiente tramitación, se pasa a resolver.

Para ello, se considera:

Conforme al artículo 44, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), de las infracciones penales cometidas por los jueces de circuito conocen los tribunales de distrito Judicial cuando ellas se refieren a delitos de responsabilidad, llamados también delitos oficiales.

Pero cuando, como en el presente caso, se trata de delitos comunes (calumnia e injurias públicas), su conocimiento corresponde, en primera instancia, a los jueces de circuito, al tenor de lo dispuesto en el artículo 47, ordinal 1º, ibídem.

La circunstancia de que la calumnia o injuria se hubieren cometido por un juez en ejercicio de su cargo, (en este caso durante la práctica de una diligencia de lanzamiento), no imprime al hecho el carácter de delito oficial o de responsabilidad.

En su vista el señor Procurador Delegado en lo Penal, se expresa así:

"Las imputaciones hechas al doctor Rozo se refieren, por lo tanto, a delitos comunes, cuyo conocimiento no corresponde, en concepto de la procuraduría, como fallador de primera instancia, al Tribunal, sino al juzgado de circuito".

De suerte que la providencia apelada debe revocarse, por incompetencia del Tribunal que la dictó.

En casos análogos la Sala se ha pronunciado en idéntico sentido (autos de 12 de julio de 1940, sumario contra el doctor Benjamín Burbano, por delito electoral, y de 9 de septiembre del mismo año, sumario contra el doctor Domingo Sarasty, por estafa).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la Repú-

blica de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el auto de sobreseimiento definitivo apelado, y en su lugar ORDENA devolver este expediente al Tribunal Superior de Bogotá para que de allí sea enviado al juzgado de circuito correspondiente.

Cópiese y notifíquese. Publíquese en la "Gaceta Judicial" .

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

COMO DEBE PRESENTARSE EN CASACION EL CARGO DE SER CONTRARIO A LA EVIDENCIA UN VEREDICTO

El cargo de ser contrario a la evidencia un veredicto, no puede alegarse con base en la causal 1ª de casación; fallos recientes de la Corte han admitido la posibilidad de fundar el recurso en la notoria injusticia del veredicto, pero dentro de la causal 2ª y eso por la interpretación extensiva que la Corte le ha dado por motivos de equidad y de defensa social. En el caso a que aluden los autos se invocó únicamente la causal 1ª y de modo inequívoco; pero aún concediendo que en este caso pudiera aceptarse una alegación *implícita* de la causal 2ª (alegación que debe ser *expresa*), según lo ordena el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal), resultaría que el ataque al veredicto, de ser notoriamente injusto, no podría prosperar porque en los juicios por Jurado bástale al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo racional en las pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

Daniel Vergara Arango, condenado por el Tribunal Superior de Cali a la pena principal de ocho años de presidio como responsable de la muerte de Juan Valdés, ha recurrido en casación.

El señor Procurador Delegado en lo penal se abstuvo de contestar la demanda del recurrente alegando que el nuevo Código de Procedimiento Penal "no autoriza el traslado a la Procuraduría en el recurso de casación".

Aunque posteriormente el señor Procurador ha modificado su parecer al respecto, no se insistió en pasarle de nuevo el asunto por haber vencido los términos de traslado y de ahí que la Sala tenga hoy que fallar sin el ilustrado concepto del Ministerio Público.

Se trata de proceso iniciado el veintiocho de agosto de mil novecientos treinta y ocho, por delito ocurrido ese mismo día: es decir, que tanto el hecho como el proceso están sometidos al imperio de la nueva legislación penal.

La causal de casación alegada por el recurrente es la 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y en la demanda presentada a la Corte reproduce el interesado el respectivo texto legal, que dice haber lugar a casación "cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Pretende fundar Vergara Arango su recurso en esta causal en los siguientes motivos:

a) En que él se vio precisado a dar muerte a Juan Valdés en legítima defensa;

b) En que Valdés le irrogó injurias tan graves que suscitó en el procesado un estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación;

c) En que los médico-legistas aseveran que Vergara Arango es "individuo de sangre ardiente", impulsivo, agrega el recurrente y que pierde el control de la responsabilidad.

La Corte anota:

Desde el auto de proceder advirtieron el juez a quo y el Tribunal de apelación que había, según los testigos, dos versiones sobre la manera como ocurrieron los hechos entre Vergara Arango y Valdés: unos hablan de ofensas que éste hizo a Vergara, pero otros expresan que el homicidio ocurrió sin mediar tales ofensas.

En todo caso al Jurado se le sometieron las preguntas relativas a legítima defensa y a estado de ira causado por grave e injusta provocación y la mayoría del Jurado las negó.

Y la sentencia se basó en el veredicto del Jurado y aplicó la disposición penal aplicable según ese veredicto, luego no puede impugnarse válidamente de ser violatoria de la ley penal o de haber interpretado erróneamente dicha ley.

La decisión de los jueces de hecho imponía a los juzgadores de derecho calificar el delito como un homicidio simplemente intencional e imponer la sanción que para él establece el artículo 362 del Código Penal que fue el aplicado por cierto que imponiendo a Vergara el mínimo de la pena allí señalada.

No obstante haber invocado la causal 1ª que implica de suyo una cuestión de derecho, el recurrente ha planteado el debate sobre puntos de hecho, tratando de demostrar que éste no ocurrió como lo narran el auto de proceder y la sentencia sino en las circunstancias que el mismo interesado relató en su indagatoria.

Bueno es advertir que en dicha pieza declaró el acusado haberle tirado una sola vez a su víctima con el arma homicida; y que tal aseveración no está de acuerdo con la realidad puesto que en el cadáver de Valdés hallaron cuatro heridas los médicos que practicaron la autopsia.

De todas maneras, estas alegaciones sobre hechos no demuestran la existencia de la causal 1ª, toda vez que en el fallo recurrido se aplicó la disposición legal aplicable y no otra, al tenor del veredicto del Jurado.

Al final de su demanda dice Vergara Arango:

"Por consiguiente el veredicto pronunciado por los señores miembros del jurado, es evidentemente contradictorio a la responsabilidad que me incumbe en este ilícito, que fue producido involuntariamente, sin intención de matar, encontrándome en estado de legítima defensa, como se encuentra plenamente comprobado en el expediente. En ningún momento se me podrá hacer cargo de criminosidad en la muerte del señor Juan Valdés, cuando los motivos determinantes, fueron provocados por él, con la ofensa lanzada contra el honor de mi madre y el peligro de muerte en que me encontraba que legitima plenamente mi defensa".

Tampoco puede prosperar esta alegación por los siguientes motivos:

1º El cargo de ser contrario a la evidencia un veredicto no puede alegarse con base en la causal 1ª de casación; fallos recientes de esta Sala han admitido la posibilidad de fundar el recurso en la notoria injusticia del veredicto, pero dentro de la causal 2ª y eso por la interpretación extensiva que la Corte le ha dado por motivos de equidad y de defensa social; y en el presente recurso se ha invocado únicamente la causal 1ª y de modo inequívoco.

2º El artículo 568 del Código de Procedimiento Penal prohibe a la Corte "tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes".

3º Aun concediendo que en este caso pudiera aceptarse una alegación implícita de la causal 2ª (alegación que debe ser expresa según lo ordena el artículo 569 que acaba de citarse), resultaría que el ataque al veredicto de ser notoriamente injusto no podría prosperar porque en los juicios por Jurado bástale al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo racional en las

pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

Y con mayor razón en casos como el presente, en que la impugnación del veredicto por contrario a la evidencia ha pretendido basarse no en hechos de una realidad tan palmaria que sea evidentemente contraria al veredicto, sino en apreciaciones acerca del elemento moral o subjetivo —sentimiento de la necesidad de defenderse, estado de ira o de intenso dolor— que por su naturaleza debe apreciar el Jurado pues si así no fuese perdería esta institución su íntima y fundamental razón de ser.

Por 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, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Cali fechada el treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta, que impuso a Daniel Vergara Arango la pena principal de ocho años de presidio como responsable de la muerte de Juan Valdés y, en consecuencia, desecha el recurso de casación interpuesto por Vergara Arango contra dicha sentencia.

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—CONCURSO RECIPROCO

No está justificada la invocación que de la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931 formuló el defensor del recurrente, pues la forma traicionera de la complicidad de Carrillo no es, no puede ser, una actitud disculpable. El procesado premeditó la muerte de Joaquín Alvarez, y la premeditó guiado por el móvil bajo de una venganza disfrazada de miedo al enemigo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

Desvirtuando por completo el veredicto del Jurado que afirmó la responsabilidad de Luis C. García y Antonio José Carrillo como asesinos de Joaquín Alvarez, con los caracteres de autor principal y de simple cómplice, en su orden, el señor Juez 1º Superior de Medellín consideró que no eran sino reos del hecho que contempla el artículo 600 del Código Penal de 1890, e impuso, así, seis años de presidio a García y cuatro a Carrillo, es decir, las dos terceras partes del mínimo de aquel precepto conforme al artículo 27 ibídem.

Mas el Tribunal Superior del citado Distrito Judicial condenó a García y a Carrillo a quince años de presidio y siete años y medio de igual pena, respectivamente.

Recurrió en casación el defensor de Antonio José Carrillo y, sin personería para representar a Luis C. García, extendió el recurso a éste en el memorial ante la Corte. "Por tanto, expresa el señor Procurador Delegado, la casación sólo debe entenderse interpuesta para Carrillo, al tenor del artículo 4º de la Ley 78 de 1923".

Es la ocasión de anotar ahora que el delito en la persona de Joaquín Alvarez se cometió el 23 de agosto de 1935; que el Tribunal de Medellín revisó el fallo de primera instancia por apelación de la Fiscalía del Juzgado a quo, y por consulta, y que en la determinación de la pena el Tribunal escogió la favorable, que es la del Código de 1936.

Opina el señor Procurador que debe no infirmarse la sentencia recurrida, y al efecto alega que aun cuando el escrito del defensor, quien se apoya en el artículo 520 del Código Judicial (causales de casación en lo civil), es propio para una instancia, procediendo con amplitud es preciso interpretar que invoca la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, o sea **violación en el fallo de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma.**

Solicita el defensor recurrente que la Corte case la sentencia del Tribunal para sustituírla con la que había proferido el Juez 1º Superior, y expone, en síntesis, que el veredicto suprimió la premeditación frente al nuevo Código Penal, por no aparecer ese elemento acompañado de móviles innobles o bajos.

Y allí se concreta el error de la defensa y del Juez.

Sometidos a juicio García y Carrillo por un perfecto asesinato en concurso recíproco, ya que mediaron indiscutibles premeditación, previa asechanza, obrar sobreseguro, etc., el Jurado contestó la pregunta del folio 134, acerca de Carrillo, del modo siguiente:

"Sí, como cómplice, por temor, como

culminación de hechos que le hicieron ver en Joaquín Alvarez un peligro inminente para su vida".

De ese veredicto, poco justo por cuanto rebajó la cooperación de Carrillo a una complicidad secundaria, infirió el Juez que al reo no lo impulsó ningún motivo innoble o bajo, requisito esencial para que en el Código Penal de 1936 se configure la premeditación como constitutiva de asesinato.

Pero, acertadamente, el Tribunal enmendó la equivocación del Juez. El Jurado no hizo otra cosa que explicar el por qué participara Carrillo en la ejecución del homicidio, subsistiendo la integridad del impulso antisocial que ni un instante dejó de acompañarlos, a él y a García, para decidirse a suprimir, con entera reflexión, la vida de Alvarez, y para llevar a cabo su propósito, ocultos entre el monte y con una escopeta, en espera de la víctima que recibió en el corazón el alevoso disparo.

Premeditó Carrillo la muerte de Joaquín Alvarez, y la premeditó guiado por el móvil bajo de una venganza disfrazada de miedo al enemigo. Y la forma traicionera de su complicidad no es, no puede ser, una actitud disculpable.

Bastante benigno anduvo el Tribunal en la represión del asesinato: el mínimo del artículo 363 del Código de 1936 para García, y para Carrillo la mitad de los quince años (artículo 20 ibídem). Luego no está justificada la tácita invocación que de la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931 formuló el defensor del recurrente.

De acuerdo con lo dicho y 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, resuelve NO INVALIDAR la entencia del Tribunal Superior de Medellín que impuso siete años y medio de presidio a Antonio José Carrillo como cómplice no necesario en el asesinato de Joaquín Alvarez.

Notifíquese, cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE LOS JUECES SUPERIORES Y DE CIRCUITO POR DELITOS QUE ACARREAN RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

La competencia para el juzgamiento de los jueces superiores o de circuito, tratándose de cargos de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de la judicatura o con pretexto de ejercerla, no corresponde a la Corte Suprema de Justicia, sino al respectivo Tribunal Superior. La circunstancia de que un Juez de aquellos a quienes se acusa de la ejecución de delitos que acarrean responsabilidad, haya pasado después a ejercer el cargo de Magistrado de un Tribunal Administrativo tampoco daría por sí sola y en razón de tal empleo competencia legal a la Sala de lo Penal de la Corte para juzgarlo, puesto que el nuevo Código de Procedimiento Penal restringió los llamados *fueros*, o sea la jurisdicción especial para juzgar a ciertos funcionarios, y no le atribuyó a la Corte la facultad de juzgar a los Magistrados de esa clase de Tribunales ni siquiera por cargos de responsabilidad.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Vistos:

El Tribunal Superior de Pamplona, por auto de fecha treinta y uno de marzo último, resolvió enviar a la Corte las diligencias adelantadas para averiguar la responsabilidad en que hayan podido incurrir varios jueces por demoras en unos sumarios instruídos contra Luis Francisco Rangel, sindicado de homicidio.

Dice el Tribunal que como el doctor Horacio Carvajal Bonilla, uno de los ex-jueces sindicados de la demora, es hoy Magistrado del Tribunal Administrativo de Cúcuta, el conocimiento del sumario corresponde a la Corte Suprema.

Considera esta Sala que para evitar actuaciones vanas y más demoras en un proceso por demoras ocurridas en los años de 1928, 1932, 1934 y 1935, es indispensable ante todo definir si a ella compete o no la jurisdicción para conocer del negocio según la tesis del Tribunal Superior de Pamplona.

Al doctor Carvajal Bonilla no se le sindica como Magistrado sino por hechos u omisiones ocurridas cuando ejercía funciones de juez superior de Cúcuta; por consiguiente, en razón de la calidad que tenía el funcionario cuando ocurrió el hecho que se le imputa, la competencia incumbe no a la Corte sino al respectivo Tribunal Superior, por ser la entidad a quien la ley atribuye el juzgamiento de los jueces superiores o de circuito tratándose de cargos de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de la judicatura o con pretexto de ejercerla.

Y la circunstancia de que hoy esté el ex-juez doctor Carvajal Bonilla en un Tribunal Administrativo tampoco daría por sí sola y en razón de tal empleo competencia legal a esta Sala para juzgarlo, pues que el nuevo Código de Procedimiento Penal restringió los llamados fueros, o sea la jurisdicción especial para juzgar a ciertos funcionarios, y no le atribuyó a la Corte facultad de juzgar a los Magistrados de esa clase de Tribunales ni siquiera por cargos de responsabilidad.

Verdad es que la Ley 130 de 1913 (art. 100) y la 105 de 1931 (artículo 33), ampliando los términos de la Constitución, hacían juzgables por la Corte a las personas que estuviesen desempeñando los cargos de Magistrados de los Tribunales Seccionales Administrativos al tiempo en que debiera decidirse del mérito del sumario; y que la última de dichas leyes extendió aquella jurisdicción especial de la Corte aun al caso de que se tratara de delitos comunes. Pero es lo cierto que la jurisdicción de la Corte respecto de determinados funcionarios se funda no en una especie de privilegio o prerrogativa, extraños dentro del régimen jurídico de igualdad ante la ley, sino en la naturaleza misma del cargo de responsabilidad, según se desprende claramente del artículo 148 de la Constitución actual (151 de la de 1886).

Podría ser discutible el punto de la competencia en el presente caso si el doctor Carvajal Bonilla hubiese recibido la investidura de Magistrado Administrativo durante la vigencia de la Ley 105 de 1931 y continuando con ella hasta ahora; pero como se posesionó de ese cargo en septiembre de mil novecientos cuarenta, cuando esa ley había sido abrogada por el nuevo Código, es inaceptable la idea de darle efectos retrospectivos a este hecho —ingreso del doctor Carvajal Bonilla a un Tribunal Administrativo— a fin de aplicarle en materia de jurisdicción una ley que desde hacía años había dejado de regir.

Bastan estos considerandos para mostrar cómo es a la jurisdicción común y no a la especial de la Corte a quien corresponde conocer del presente sumario y resolverlo así de plano, sin más actuación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se declara INHIBIDA para conocer de las diligencias sumarias que por el cargo de demoras se han seguido a varios antiguos jueces superiores de Cúcuta, entre otros, al doctor Horacio Carvajal Bonilla, actualmente Magistrado del Tribunal Administrativo de Cúcuta; y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior de Pamplona que es el competente.

Cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

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

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL COMETIDO EN RIÑA SUSCITADA DE UN MODO IMPREVISTO

Habiendo sido cometido el homicidio preterintencional a que alude el proceso en riña suscitada de un modo imprevisto, la sanción no podía ser otra que la impuesta en la sentencia impugnada, de conformidad con los artículos 365 y 384 del Código Penal de 1936.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, nueve (9) de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

A la consideración del jurado reunido en esta causa le fueron sometidas las siguientes cuestiones:

Primera.—"Os halláis plenamente convencidos de que Hugo Duque López, varón mayor de edad, natural y vecino de Manizales, soltero y cantinero de profesión, ha realizado el hecho de haberle causado la muerte a Félix Patiño, por medio de una herida que le infirió con arma cortante y punzante (cuchillo), hecho que tuvo lugar frente al café "A. B. C." de esta ciudad, a eso de las once y treinta minutos de la noche, aproximadamente, del diez y siete al diez y ocho de septiembre de mil novecientos treinta y nueve?"

Segunda.—"El hecho a que se refiere la cuestión anterior se ejecutó con el propósito de matar?".

Tercera.—"El hecho a que se refiere la cuestión primera lo ejecutó el acusado en los eventos de una riña suscitada de modo imprevisto?".

Cuarta.—"El hecho a que se refiere la cuestión primera lo ejecutó el acusado con el solo propósito de inferir una lesión personal?"

Quinta.—"El hecho a que se refiere la cuestión primera lo ejecutó el acusado con el propósito de matar, pero la muerte no se produjo sino por el concurso de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero?".

El escrutinio de las respuestas dio el siguiente resultado:

Primera cuestión: afirmativa por 3 votos.

Segunda cuestión: negativa por unanimidad.

Tercera cuestión: afirmativa por 4 votos.

Cuarta cuestión: afirmativa por 4 votos.

Quinta cuestión: afirmativa por 4 votos.

En desarrollo de tal veredicto, el juez del conocimiento (segundo superior de Manizales), en sentencia de 12 de marzo de 1941, condenó a Duque López a la pena principal de dos años de presidio, dando aplicación a los artículos 362, 365 y 384 del Código Penal.

El defensor apeló de dicho fallo, y como el Tribunal de aquel distrito judicial lo confirmara, recurrió en casación contra la sentencia de segundo grado, invocando las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938).

La primera es del tenor siguiente:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Considera el recurrente que hubo violación de la ley, porque el Tribunal dejó de aplicar el artículo 366 del Código Penal.

Al respecto razona así:

"... la muerte de Félix Patiño provino por culpa de un tercero, consistente en el hecho de que una vez herido Félix Patiño en un lugar o miembro del cuerpo, no consistió esa tercera persona en que se le ligara la pierna, o que se le proporcionara el medio adecuado para evitarle el desangre, como bien claro aparece en el proceso comprobado el hecho con múltiples declaraciones con las cuales aparece justificada aquella circunstancia, unida también al desprecio que del herido hizo el mismo funcionario de instrucción en el momento mismo que conoció del caso; y si en realidad de verdad el acusado o agente del delito no tuvo intención o propósito de causar la muerte, sino de lesionarlo, considero que el hecho de haberse producido la muerte en las circunstancias anotadas, sea suficiente para considerar que el acusado sí debe ser merecedor a que se le hubiese aplicado la rebaja de que trata el citado artículo 366, que es la disposición que considero ha sido violada por la sentencia demandada.

"En semejantes condiciones, y al haberse declarado que el acusado, o procesado Duque había infringido con su delito los artículos 362 del Código Penal en relación con el 365 y 384 de la misma obra, considero, repito, que la rebaja que establece el artículo 366 ha debido aplicarse, y entonces la pena vendría a quedar reducida a la de ocho meses".

Como se ve, se pretende que la sanción de dos años de presidio impuesta a Duque López de conformidad con los artículos 365 y 384 del Código Penal, se rebaje "hasta en la tercera parte" de acuerdo con el 366 ibídem, sin reparar, por una una parte, que ello equivaldría a aplicar simultáneamente disposiciones que prevén distintas especies de homicidio (preterintencional y concausal), y por la otra, que se haría una disminución, no sobre la base de pena fijada en los artículos 362 y 363, sino sobre el resultado obtenido por la aplicación de los referidos artículos 365 y 384.

Si el procesado fue condenado como responsable de homicidio preterintencional cometido en riña suscitada de un modo imprevisto, la sanción no podía ser otra que la impuesta en la sentencia impugnada.

Es evidente que existe contradicción entre las respuestas dadas por el jurado a las cuestiones 2ª y 5ª. Mas como la causal pertinente no ha sido invocada, la Corte nada puede hacer para enmendar el error cometido.

Además, la penalidad que adoptaron los juzgadores de instancia en presencia de esa contradicción, resulta favorable al reo. La aplicación del artículo 366, como lo pretende el recurrente, perjudicaría a aquél, toda vez que la pena imponible sería mayor de dos años de presidio.

Sobre este particular se expresa así el señor Procurador Delegado en lo Penal:

".....el juez dio por inexistente la quinta respuesta, contentiva de uno de los términos de la contradicción, para dejar en pie la segunda, o sea el primer término de la contradicción, con lo cual, a juicio de la Procuraduría, atendió mejor el espíritu general de los veredictos, ya que el propósito de matar había sido negado unánimemente, y adoptó una penalidad que resultaba manifiestamente favorable al reo, en confrontación con la que hubiera correspondido si hubiera hecho prescindencia de la respuesta segunda para preferir la quinta".

A continuación la Sala trascribe, por considerarlas convenientes, las observaciones que hace el agente del ministerio público acerca de la causa de dicha contradicción:

"El origen de esta contradicción no puede atribuírse por entero a los jueces de hecho, sino que radica de modo principal en el propio Tribunal de Manizales que, al revisar el auto de calificación del mérito del sumario proferido por el Juzgado, no formuló al sindicado en forma concreta y precisa los cargos de los cuales debía defenderse, es decir, no estructuró debidamente su verdadero auto de proceder y dejó para el debate en el curso del juicio y para la apreciación del Juez en la sentencia las circunstancias

que especificaban el hecho criminoso y las modalidades en que tuvo lugar el mismo.

"En efecto, en aquella providencia se lee lo siguiente:

"Que de las diligencias que se dejan someramente analizadas se desprende la comprobación plena de los elementos constitutivos de la infracción materia de investigación, que no puede ser otra que la denominada 'Del homicidio', en el capítulo I, título XV, libro II del código penal, pues si bien es verdad que los peritos determinaron que la herida recibida por Patiño no era esencialmente mortal, no es menos cierto que a consecuencia de ella se produjo **'una hemorragia tan abundante que le causó la muerte en un término de minutos'** (sub. la Sala). En estas circunstancias, la falta de atenciones médicas, prestadas oportunamente, no le quitan al ilícito el carácter de homicidio, porque habiendo como consecuencia fallecido el ofendido, el hecho cae dentro del capítulo que el código penal denomina bajo tal acápite, pudiendo ya ser éste intencional, concausal o preterintencional, lo que se debatirá en el curso del juicio y apreciará el Juez en la sentencia. Es decir, que para que el ilícito deba comprenderse bajo la denominación 'Del homicidio', basta la comisión de un hecho delictuoso y como resultado de él, una muerte, siendo por el momento indiferente saber si ella se produjo como consecuencia directa o indirecta de la acción, o si por parte del agente activo existió la intención de matar o de herir. El Tribunal después de un largo y meditado estudio sobre la materia y vistas las actas de la comisión que elaboró el código penal, rectifica la doctrina que en fallos anteriores había sentado sobre el particular.

"En el llamamiento a juicio, por lo que acaba de verse, se dio cabida a todas las hipótesis y con tal incertidumbre se llevó el proceso a la audiencia pública, en donde se obtuvo el resultado ya señalado de un veredicto evidentemente contradictorio".

La segunda causal dice:

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les raya 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 influído en la determinación de la sanción".

En relación con este motivo de casación el recurrente se limita a manifestar lo siguiente:

"Existen en el proceso un número plural de testigos, que demuestran la imposibilidad física en que se encontraba Hugo Duque en el momento de la tragedia para haberse considerado como que él había sido el autor de la herida de Félix Patiño, porque esos testimonios nos están diciendo qué el citado Patiño estaba en riña abierta con otro sujeto, muy distinto a la persona de Hugo Duque; que si aun se considerara por cierto el hecho, de que Hugo Duque estando encima del occiso en el momento de la riña, Hugo Duque no habría podido voltear la mano hacia atrás con el arma en la mano y causarle al ofendido la herida en la parte que la recibió, cosa ésta, señores Magistrados, absolutamente imposible si se estudian con detenimiento las pruebas existentes en el juicio, el plano o croquis levantado al efecto y las múltiples contradicciones en que han incurrido algunos de los testigos que han declarado en los autos en diferentes formas, y de allí que he considerado que la sentencia que hoy demando es vulnerable por este aspecto".

Se trata, en este caso, de alegaciones abstractas sin ninguna demostración. Como lo anota el señor Procurador, no hay "una verdadera motivación sino simples sugerencias y afirmaciones relativas a la responsabilidad del condenado", sobre las cuales no es posible hacer un estudio de fondo.

Las razones expuestas son suficientes para concluír que no prospera el recurso por ninguna de las dos causales alegadas.

De consiguiente, 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, declara que no es el caso de infirmar, y NO INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el 27 de junio de 1941, por la cual se impuso a Hugo Duque López la pena principal de dos años de presidio, por homicidio en la persona de Félix Patiño.

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

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

NO ES AL JURADO SINO AL JUEZ DE DERECHO A QUIEN CORRESPONDE DECIDIR SOBRE LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE AGRAVANTES—LA CIRCUNSTANCIA DE CRUELDAD Y SEVICIA, ESPECIFICA DEL DELITO DE ASESINATO

1.—Al contestar el Jurado que el reo obró con sevicia y crueldad "en estado de embriaguez", nada dijo sobre el grado o especie de ésta ni pretendió descartar la responsabilidad, puesto que la afirmó categóricamente y con absoluta sencillez a propósito del cuestionario esencial sobre el homicidio ejecutado de manera voluntaria.

2.—En tratándose de un homicidio simplemente voluntario ni la afirmación ni la negación por los jueces de hecho de la circunstancia de haberse ejecutado el homicidio con sevicia y crueldad obligan al juez de derecho que es quien tiene la facultad legal de pronunciarse sobre la existencia o falta de agravantes y así, la afirmación del Jurado, simple o explicada, sobre circunstancias de esta clase, resulta anodina.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El doce de julio de mil novecientos treinta y siete Luis Antonio Osma causó a Félix Antonio Hernández quince heridas de instrumento cortante y punzante, y Hernández murió casi instantáneamente.

Surtido el trámite del juicio por Jurado y con el veredicto afirmativo de éste, el Juez 2º Superior de San Gil impuso al procesado la pena de ocho años de presidio.

Tal sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito y contra la de esta última entidad el defensor del reo interpone recurso da casación e invoca las causales 1ª y 4ª, Ley 118 de 1931, que la Corte procede a examinar en orden inverso por ser más lógico.

Causal 4ª—**Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado:**

Dos cuestiones o preguntas separadas propone el Juez de derecho al Jurado:

1ª Si el acusado es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Hernández (en las circunstancias de modo, tiempo y lugar descritas en el auto de proceder), y el Jurado contestó: "Sí es responsable".

2ª Si el acusado ejecutó el hecho de que trata la pregunta anterior con sevicia y crueldad, y el Jurado respondió: "Sí, en estado de embriaguez".

El recurrente deduce de aquí que la circunstancia de sevicia y crueldad quedó virtualmente negada por los jueces de hecho; y que al cargársele tal agravante al reo para calificar en segundo grado su delincuencia, el fallo del Tribunal desdeñó el correspondiente veredicto.

No es posible aceptar esa tesis por las siguientes razones:

a) Porque al decir el Jurado que el reo obró con sevicia y crueldad "en estado de embriaguez" nada dijo sobre el grado o especie de ésta ni pretendió descartar la responsabilidad, puesto que la afirma categóricamente y con absoluta sencillez a propósito del cuestionario esencial, o sea, de la primera pregunta que el Jurado le sometió.

b) Si se tiene en cuenta que este proceso no versa sobre el delito específico de

asesinato, fue impertinente la pregunta al Jurado sobre la circunstancia de crueldad y sevicia; porque tratándose de un homicidio simplemente voluntario ni la afirmación ni la negación de esa circunstancia por los jueces de hecho obligan al juez de derecho que es quien tiene la facultad legal de pronunciarse sobre la existencia o falta de agravante y así, la afirmación del jurado, simple o explicada, sobre circunstancias de esta clase, resulta anodina.

Por consiguiente es infundado el cargo contra la sentencia de hallarse en desacuerdo con el veredicto.

Causal 1ª—**Mala interpretación e indebida aplicación de la ley penal.**

Sostiene el recurrente que la delincuencia ha debido calificarse en este caso en el grado ínfimo, pues la agravante de crueldad y sevicia la considera eliminada con el veredicto mismo del Jurado, y el hecho de haber cometido el reo un delito de heridas en Julio Sanabria tres meses antes del homicidio en Hernández no es agravante porque "una golondrina no hace verano" dice el recurrente para significar que la comisión de un delito no prueba mala conducta, la cual es "un estado crónico y no instantáneo".

El señor Procurador Delegado en lo Penal se opone a la infirmación de la sentencia y manifiesta que "si algún reparo debiera hacerse al Juez y al Tribunal es el de haber procedido con una benignidad injustificable".

A propósito de la causal 4ª se vio cómo la circunstancia de sevicia y crueldad lejos de haber quedado eliminada por el veredicto aparece corroborada en éste; y es preciso reconocer que por ningún aspecto resulta excesiva la condenación de Luis Antonio Osma a ocho años de presidio pues contra él militan las agravantes de haber cometido otro delito de sangre tres meses antes del homicidio, haber ejecutado este último en situación de embriaguez voluntaria, y haberlo cometido con circunstancias de tánta violencia y crueldad. Osma le asestó a Hernández por la espalda la primera puñalada, y ya caído lo hirió de nuevo. El corazón de la víctima quedó "destrozado por completo" según dicen los médicos que efectuaron la autopsia. Quince puñaladas, ocho de ellas de carácter esencialmente mortal, no permiten considerar como severa la sentencia recurrida. Si hubiese sido dable aplicar la nueva ley penal, la sanción no habría podido ceñirse a los ocho años que el juez y el Tribunal sentenciador impusieron con el viejo código y la pena habría tenido que ser mucho mayor.

En virtud de los considerandos que preceden la Corte Suprema, sala de casación penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es caso de invalidar, y NO INVALIDA, la sentencia del Tribunal Superior de San Gil fechada el quince de marzo de mil novecientos cuarenta, que impuso a Luis Antonio Osma la pena principal de ocho años de presidio como responsable de la muerte de Félix Antonio Hernández.

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.

DOBLE ASESINATO COMETIDO CON HORRIPILANTE FEROCIDAD. — OBSERVACION POR FACULTATIVOS DEL PROCESADO—PRUEBA DEL ESTADO PATOLOGICO DE UNA PERSONA CONFORME AL ARTICULO 29 DEL CODIGO PENAL

1.—La observación por facultativos de que trata el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal no es de obligatoria aplicación para todos los sindicados, pues la misma ley la establece como condicional, según se deduce de los términos empleados en el texto legal. Así, pues, si el funcionario no descubre en el procesado "indicios de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica", no es menester someterlo a la observación de facultativos.

2.—En casos análogos al presente ha dicho la Corte que los estados patológicos previstos en el artículo 29 del Código Penal no son materia de simple alegación, sino que ellos deben aparecer de pruebas, datos o antecedentes relativos al procesado.

3.—En este caso de doble asesinato consumado con trágica ferocidad, el recurrente alega que padece de anomalías psíquicas y dice que no debe imponérsele pena sino medidas de seguridad; pero en el proceso no existe prueba de que la perversidad de este reincidente provenga de un estado patológico y es una hipótesis de última hora en el proceso, sin base real. Sería extraño por parte de la Corte invalidar el fallo apoyándose cabalmente en la carencia del fundamento mismo que se pretende darle al recurso.

4.—El estado de borrachera en que transitoriamente se hallaba el reo los días del crimen no puede considerarse como la "intoxicación crónica" prevista por el artículo 29 del Código Penal; y el solo hecho de que sea hombre de pasiones brutales no permite considerarlo incluído en los casos de atenuación del delincuente llamado "pasional" a que se refieren los artículos 28 y 38 (numeral 3º) del mismo Código.

5º—Se trata de un reincidente cuya conducta anterior y posterior al delito así como la horripilante escena del crimen que cometió y su carencia de sentido moral e instintos depravados y crueles muestran su personalidad como peligrosa en grado mínimo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

Emilio Méndez, a quien impuso el Tribunal Superior de Bucaramanga, por doble asesinato, la pena principal de veinticuatro años de presidio, ha interpuesto casación.

No cuenta en este caso la Corte con el ilustrado concepto del señor Procurador de la Nación, porque dicho funcionario, al pasarle el expediente manifestó que el nuevo Código "no autoriza el traslado a la Procuraduría en el recurso de casación".

Y aun cuando después ha modificado el señor Procurador su opinión sobre el particular, en este recurso de Emilio Méndez no se insistió en darle vista por haber pasado la oportunidad legal para ello.

El motivo de casación que invoca el recurrente es el de no haberse atenido la sentencia al artículo 29 del Código Penal que dispone aplicar medidas de seguridad al procesado que obró en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol. De manera que a pesar de que el recurrente no señala en forma determinada ninguna de las causa-

les de casación, todas sus alegaciones enfocan a la 1ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal: errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal.

La historia del crimen que motivó este proceso se halla resumida en los siguientes pasajes del fallo recurrido:

"El 29 de diciembre del año próximo pasado (1938) Méndez se embriagó con guarapo y maltrató cruelmente a su amante (Romualda Tarazona), por lo cual ella se retiró a la casa de Bonifacio Velasco y su esposa Victoria Navarro, temerosa de que algo le pudiera hacer que pusiera en peligro su vida; allí llegó Méndez y encontrándola en la alcoba la sacó de manera violenta y entonces ella, en previsión de que algo grave le pasara, pidió a Victoria Navarro que la acompañara, y así fue que la Navarro se quedó esa noche en la casa de Romualda. Al día siguiente, viernes, después de que Méndez se fue al trabajo, Romualda recogió lo suyo y se encaminó a la casa de sus padres adoptivos (Pascual Carrillo y Ascensión Téllez) con resolución de separarse de su amante, y seguir acompañándolos; los ancianos la recibieron con el mismo cariño y exteriorizaron su satisfacción ya que tenían nuevamente quién los acompañara en su vejez. Mientras tanto, Méndez intranquilo, lloraba y se embriagaba, y en esas circunstancias manifestó su resolución de eliminar a los dos ancianos 'para que no fueran alcahuetes', y aún a Romualda si era que se resistía a hacer vida con él.

"Así fue que el 2 de enero último (1939) solicitó y obtuvo de Antonio Vega prestada una escopeta de dos cañones diciendo que era para matar un zorro que le estaba haciendo daño en las gallinas y con esa arma y un costal o pollero a listas se encaminó esa tarde a la casa de los ancianos Carrillo y Téllez, distante dos leguas del sitio de "La Suerte", llegando a eso de las nueve de la noche, más o menos, y cuando ellos y Romualda dormían en un mismo lecho de varas; no tenían enemigos ni más armas que sus herramientas de trabajo. Un perrito, única defensa de los ancianos, empezó a ladrar al llegar Méndez a la casa, pero éste lo acalló matándolo de un tiro con la escopeta; luégo se dirigió al comedor y desde allí pidió 'la casa franca'; Ascensión preguntó quién era, y Méndez contestó que un agente de policía de Ríonegro. Ante tal advertencia se levantó Ascensión y abrió la puerta, y en el acto entró Emilio Méndez, enfocó con su linterna hacia la alcoba, y sin más ni más disparó el otro tiro de la escopeta al pecho de Pascual, quien también se había levantado y se hallaba recostado contra un palo clavado cerca a la cama, dejándolo inmediatamente muerto; al caer al suelo, Ascensión se le acercó a su esposo, pero entonces Méndez colocó la escopeta contra el tabique o pared de la alcoba, desenvainó su cuchillo que tenía al cinto y le asestó a Ascensión una cuchillada en el estómago; se recostó ella contra la pared y allí le mandó otra cuchillada por una pierna, cayendo en seguida sobre el cadávter de su esposo; y como Romualda, que presenciaba horrorizada, intentara salirse de la habitación, Méndez la prendió y se lo impidió, amenazándola de muerte al mismo tiempo si al momento no seguía con él; luégo se salió hasta la salita, amoló la cuchilla contra una piedra y volviendo otra vez a la alcoba continuó acuchillándola hasta que la dejó sin vida, e inmediatamente después tomó un cuchillo que estaba junto a la cama, lo humedeció en la sangre y lo cocoló en una mano del cadáver de Pascual, pretendiendo así despistar a las autoridades sobre la manera como se sucedieron los hechos.

"Consumado así el horrendo asesinato de los dos ancianos, le ordenó a Romualda recoger sus ropas, la sacó violentamente de la habitación, la echó por delante y así regresaron ambos a la casa de "La Suerte" ya al amanecer. En el camino y durante los días que permanecieron allí, él no se apartó un solo momento de Romualda, temeroso de que fuera a delatarlo, pues constantemente le decía que la mataba si eso llegaba a suceder".

Al leer la relación que antecede se siente el ánimo inclinado a tener como vero-

símiles las ideas que el recurrente sugiere acerca de una posible anormalidad psíquica que culminó en hecho de tan trágica ferocidad como es el doble asesinato consumado del modo más sanguinario y alevoso en los padres adoptivos de Romualda Tarazona, concubina del reo.

Pero no hay en el expediente prueba, ni vestigios de ella, acerca de la enajenación mental o de la intoxicación que Méndez alega.

Si mucho podría admitirse que en los dos o tres días anteriores al delito estuvo ingiriendo licor, lo que permitiría creer que posiblemente se hallaba ébrio la noche del crimen. Sin embargo, ni ese es un hecho claro en los autos, ni la borrachera transitoria de esos días puede considerarse como "intoxicación crónica".

Se alega, y ello es verdad, que no se practicó en el procesado la observación por facultativos, de que trata el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal. Tal medida no es de obligatoria aplicación para todos los sindicados, pues la misma ley la establece como condicional ya que dice: "Si el funcionario descubriere en el procesado indicios de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica producida por el alhocol o por cualquiera otra sustancia venenosa, lo someterá inmediatamente a la observación de facultativos en el establecimiento en que se hallare detenido... etc".

De modo que si el funcionario no descubre en el procesado aquellos "indicios de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica" no es menester someterlo a la observación de facultativos.

Hay una frase en el alegato del recurrente que concreta el punto por resolver en esta casación cuando dice: "... la sentencia es violatoria de la ley penal y por un grave pecado de omisión al no haber hecho estudiar mi caso patológico se hizo una aplicación indebida de la pena".

Si estuviera demostrado que el de Emilio Méndez es un caso patológico de los que contempla el artículo 29 del Código Penal tendría que prosperar la casación, porque en tal evento la sentencia hubiera debido imponer medidas de seguridad en vez de la pena a que fue condenado el reo; pero esa demostración es cabalmente la que falta y el fallo recurrido no podría invalidarse por la carencia del fundamento mismo que se pretende darle al recurso.

En casos análogos al presente ha dicho la Corte que los estados patológicos previstos en el artículo 29 del Código Penal y a los cuales se refiere el recurrente, no son materia de simple alegación, sino que ellos deben aparecer de pruebas, datos o antecedentes relativos al procesado; y los datos y antecedentes de Emilio Méndez son adversos a la tesis de enajenación mental o de intoxicación crónica.

El Juez 1º Superior de Bucaramanga, después de recibir nueva indagatoria a Emilio Méndez y a Romualda Tarazona, y de practicar entre ellos un careo, ordenó la ampliación del sumario, en extensa providencia que abarca más de veinte puntos; allí se dispuso hacer una detallada investigación de los antecedentes de vida individual, familiar y social de los sindicados, así como de su conducta anterior, costumbres, temperamento, taras hereditarias o atávicas de locura, alcoholismo, epilepsia, sífilis, paludismo, etc.

De las diligencias practicadas a virtud del auto de ampliación, no se infiere que Emilio Méndez padeciera de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica cuando ocurrió el delito. Los testimonios que se recogieron muestran que esa hipótesis de última hora no tiene base real.

El Alcalde del pueblo y su Secretario, el Alcaide de la cárcel y otras personas declararon bajo juramento que durante la investigación, es decir, a raíz del delito, no presentaba Méndez muestras de locura o demencia y que, por el contrario, "en todos sus actos y ademanes revelaba perfectamente estar en su entero y cabal juicio" (folios 66 a 69 del sumario).

El testigo Brígido Vera dice en su declaración, visible a folios 69 vuelto:

"Este sujeto, aunque no me lo está pre-

guntando el señor Juez, es de muy malas inclinaciones y en la época en que estuvo en mi casa trataba de lo más mal a su compañera, la que le aguantaba constantemente los más duros tratamientos sin motivo que los justificara, casi siempre por celos infundados, atribuyéndole cosas que eran completamente imaginarias. Tiene tendencias muy marcadas al delito, y lo digo porque en alguna ocasión, estando en el trabajo, me decía que él por armarse en cien pesos era capaz de matar a otro, y como yo le criticara su pensamiento, me dijo que nada, que él conocía gentes que lo hacían y que vivían muy bien; yo no quise preguntarle quiénes eran esos, ni él me lo dijo tampoco. En alguna ocasión le puse en conocimiento a Méndez que su compañera Romualda se había robado una gallina de donde mi compadre Ernesto Rico, arrendatario mío, y que se la había ido a comer a casa de mi comadre Evangelista Forero, y por este hecho me estuvo atalayando Méndez con una escopeta, lo cual puede declarar Pablo Ferreira. En atención a sus instintos depravados y a sus malas costumbres, yo lo despedí de mi casa y después de esto fue cuando me atalayó".

A esto se agrega que Méndez fue condenado, en tiempo anterior, por el delito de heridas.

La concubina Romualda Tarazona, a quien el reo maltrataba duramente cuando hacían vida común, declara que a ella la amenazó de muerte varias veces, por motivos baladíes.

Este reo de doble asesinato —y reincidente además— puede considerarse como un sér desgraciado a causa de su perversidad, pero ello no implica necesariamente la grave anomalía psíquica o la intoxicación crónica alegados ante la Corte. De modo semejante cabría observar que aun cuando sea de pasiones violentas, no por eso puede calificársele según se sugirió en las instancias, como delincuente **pasional** en el sentido restricto que a esta denominación suele dársele en la moderna criminología.

Lo que ocurre es que si la horripilante escena del crimen revela en Emilio Méndez carencia de sentido moral e instintos depravados y crueles, sus antecedentes y la conducta observada por él después del asesinato muestran además una tendencia persistente al delito y una personalidad peligrosa en grado máximo. Todo ello, lejos de fundar la causal de indebida aplicación de la ley penal, está indicando que en la sentencia condenatoria se impuso correctamente la sanción.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar, y NO INVALIDA, la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el diecinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta, que impuso al reincidente Emilio Méndez la pena principal de veinticuatro años de presidio, como responsable de asesinato en Pascual Carrillo y Ascensión Téllez.

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. en ppdad.

NO TODA IRREGULARIDAD DE FORMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ES MOTIVO DE NULIDAD.—EL REPARO DE HABERSE OMITIDO FORMULAR UN CUESTIONARIO ES COSA DISTINTA DE LA TACHA DE NOTORIA INJUSTICIA DEL VEREDICTO

1. — La circunstancia de no haber dado los peritos la razón de su dictamen al avaluar el daño civil ocasionado por la muerte de una persona, o la de no haberse aprobado el dictamen pericial, no están erigidas en causal de nulidad por los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal que hacen la enumeración de las nulidades.

2. — La Corte ha admitido, en varios fallos recientes, que dentro de la causal 2ª de casación —interpretada extensivamente— puede prosperar el recurso de casación por motivo de ser el veredicto del Jurado contrario a la evidencia; pero ha dicho en esos mismos fallos que esta alegación no sería admisible para fundar la causal 1ª; que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo racional en las pruebas del proceso, y que la convicción moral exigida por la ley a los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

3. — No es posible afirmar que el veredicto sea contrario a la evidencia respecto de cuestiones no propuestas al Jurado y sobre las cuales no podía éste, por consiguiente, pronunciarse: la injusticia cuando la hubiere no puede estar en lo que el Jurado haya dejado de decir sino en lo que haya dicho.

Otra cosa es la impugnación del fallo por causa de haber omitido el juez de derecho formular cuestionario sobre un elemento eximente o modificador de la responsabilidad que aparezca probado en el proceso.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Vistos:

Las causales de casación que alega el apoderado del recurrente contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que impuso a Víctor Lugo Mendoza la pena de ocho años de presidio son: indebida aplicación de la ley penal, veredicto del Jurado contrario a la evidencia, y nulidad.

En orden inverso procede a examinarlas la Corte, porque de prosperar la alegación de nulidad sobraría el estudio acerca del veredicto o al considerar éste contrario a la evidencia resultaría innecesario estudiar la causal de mala aplicación de la ley penal.

La Procuraduría de la Nación impugna las pretensiones del recurrente y solicita se deseche el recurso.

Causal de nulidad del procedimiento.— Sobre este particular dice el señor apoderado:

"Me apoyo en que los peritos no dieron la razón de su dictamen al avaluar el daño civil ocasionado por la muerte de Castillo, ni tampoco el juez del conocimiento aprobó el dictamen pericial como era su deber.

"Se condenó a mi defendido a pagar una fuerte suma de dinero que estimaron los peritos y esta estimación carece de las formalidades de la ley.

"El artículo 6º del C. Civil dice que son nulos los actos ejecutados contra expresa disposición legal".

Basta observar que las irregularidades sobre las cuales llama la atención el recurrente no están erigidas en motivo de nulidad por los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal que hacen la enumeración de las nulidades, para concluír que no puede aceptarse lo alegado acerca de este punto.

Causal relativa a injusticia notoria del veredicto.—El apoderado de Víctor Lugo alega como fundamento de la causal 1ª de casación, "ser la sentencia violatoria de la ley penal, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria".

Dice el señor Procurador Delegado en lo Penal:

"La causal referente a injusticia notoria del veredicto..... no está consagrada en el nuevo Código de Procedimiento Penal, por el cual debe regularse este negocio por haberse iniciado el proceso con posterioridad al 1º de julio de 1938".

La Corte ha admitido, en varios fallos recientes, que dentro de la causal 2ª —interpretada extensivamente— puede prosperar el recurso de casación por motivo de ser el veredicto del Jurado contrario a la evidencia; pero ha dicho en esos mismos fallos que esta alegación no sería admisible para fundar la causal 1ª, como en el presente recurso lo hace el señor apoderado; que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo racional en las pruebas del proceso; y que la convicción moral exigida por la ley a los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

En el caso de Víctor Lugo Mendoza, la tesis de legítima defensa que hoy invoca pudo ofrecer asidero en los autos para alegarla en la primera instancia, pidiendo oportunamente al juez que propusiese al Jurado el cuestionario sobre ese particular (artículos 503 del Código de Procedimiento Penal). Sin embargo es lo cierto que aquella eximente no surge del proceso con tal claridad que muestre como contraria a la evidencia la tesis opuesta.

Por otra parte, simples razones de lógica impiden aceptar la proposición de que el veredicto del Jurado en este proceso puede ser contrario a la evidencia.

Si al Jurado se le hubiese propuesto cuestionario sobre legítima defensa y lo hubiese negado, esto haría posible la alegación de que el veredicto es contrario a la evidencia; pero la tesis misma de que el procesado obró en legítima defensa tiene que basarse en que fue aquel quien ejecutó el hecho material; y para sostenerla hay que aceptar, al menos implícitamente, que el hecho fue intencional, pues de lo contrario la pretensión del recurrente sería distinta, por ejemplo, la de que hubo homicidio preterintencional, cosa que en ningún momento ni menos en casación se ha dicho.

Ahora: si se reconoce que Lugo mató y que al hacerlo obró con intención, mal puede atacarse por contrario a la evidencia el veredicto que afirma esos dos postulados, con tanto mayor razón cuanto que ellos no serían incompatibles con una tercera declaración: la de que el reo obró en legítima defensa, declaración que el Jurado no podía hacer porque ni el juzgado ni las partes formularon la respectiva pregunta.

Podría pensarse que el juzgador dejó de tomar en cuenta, al proponer sus cuestiones, una circunstancia eximente; pero no es posible afirmar que el veredicto sea contrario a la evidencia porque la misma parte recurrente no encuentra injusto lo que el Jurado dijo sino lo que dejó de decir.

Basta lo dicho para ver que no puede prosperar la casación por este aspecto de ser el veredicto contrario a la evidencia.

Causal de indebida aplicación de la ley penal.—Dice el señor apoderado:

"De los testigos presenciales hay fundamento para sostener que si no hubo legítima defensa, como justamente lo creo que la hubo, al menos el homicidio ha debido calificarse como riña suscitada de un modo imprevisto, motivada por agresiones del occiso y en ese caso ha debido

disminuírse la pena en una cuarta parte conforme al art. 384 del Código Penal."

A esto observa la Corte:

La cuestión de la riña, y en particular la circunstancia de que fuera **imprevista** es un punto de hecho que correspondía al Jurado decidir y sobre el cual no se le interrogó. Si el Juez creyó innecesario hacerlo, la parte interesada tenía derecho de pedir que se formulara el respectivo cuestionario.

El Juez no propuso cuestionario sobre riña ni la parte le pidió, seguramente por cuanto ni el sumario ni el plenario dan fundamento para considerar **imprevista** la riña que pudo haber entre Lugo y Castillo.

Si la sentencia se atuvo a las disposiciones del Código Penal correspondientes al hecho tal como el veredicto del Jurado lo definió, mal puede ser atacada como violatoria de dicho Código.

Por lo demás, el señor Procurador Delegado en lo Penal transcribe en su vista unos pasajes del auto del Tribunal que revisó el de enjuiciamiento, pasajes en los cuales se descarta la legítima defensa y se hacen presentes las circunstancias que rodearon el hecho y que muestran por parte del sindicado cierta iniciativa culpable de la escena con Castillo. La verificación de los datos aducidos por el Tribunal en aquella pieza y prohijados por el señor Procurador muestra que no hubo notoria injusticia al declarar responsable a Lugo Mendoza y que la sanción no es desproporcionada a la responsabilidad penal que contrajo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona fechada el cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta, que impuso a Víctor Lugo Mendoza la pena principal de ocho años de presidio como responsable de la muerte de Concepción Castillo y, por consiguiente, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia.

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.

INTERPRETACION EXTENSIVA DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION EN EL SENTIDO DE CONSIDERARLA VIABLE AUN TRATANDOSE DE SENTENCIA DICTADA EN JUICIOS POR JURADO. — CUANDO PUEDE SER CONSIDERADA LA RIÑA COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA DEL DELITO DE HOMICIDIO

1º—Dándole a la causal segunda de casación una interpretación extensiva que a la vez consulta las exigencias del derecho, la equidad y las necesidades de la defensa social, la Corte ha admitido la posibilidad de que prospere el recurso por la causal 2ª, aun tratándose de sentencia proferida en juicio por Jurado.

2º—Cuando del expediente aparezca que se omitió formularle cuestionario al Jurado sobre un elemento modificador de la responsabilidad (por ejemplo la riña *imprevista*) "a pesar de estar acreditado en el proceso" de manera indudable, puede el recurso de casación prosperar por la causal 2ª.

3º—No siempre que haya mediado riña en la ejecución del homicidio puede considerarse como circunstancia modificadora, pues para ello es necesario que la riña sea *imprevista*. Y si se supone que al habérsele propuesto al Jurado un cuestionario sobre tal circunstancia lo hubiese respondido afirmativamente, de esa mera hipótesis no es posible inferir que hubo en realidad una riña y que ésta hubiese sido *imprevista*.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Vistos:

Abel Acevedo Rueda dio muerte a su hermano Antonio el veinticinco de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, en el paraje llamado La Callejuela, jurisdicción municipal de Zapatoca.

El Juez 1º Superior de San Gil lo llamó a juicio y de acuerdo con el artículo 363 del nuevo Código Penal le formuló la imputación de asesinato que dicho precepto asigna al fratricidio. Surtida la causa, el Jurado resolvió por unanimidad, de manera afirmativa, las dos cuestiones que el Juez le propuso, a saber: ejecución material del homicidio en la persona de un hermano y propósito de matar.

Como consecuencia del veredicto y aplicando el mínimo de la sanción que establece el precitado artículo del Código, el Juzgado impuso a Abel Acevedo la pena principal de quince años de presidio, decisión que confirmó el Tribunal Superior de San Gil.

Contra la sentencia de esta última entidad interpuso casación el procesado, invocando las causales 1ª y 2ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal; y alega que no ha debido sancionársele como violador del artículo 363 del Código Penal, sino relacionando tal disposición con el artículo 384 del mismo Código, "toda vez, dice el recurrente, que el hecho desgraciado que yo tanto lamento, ocurrió en una riña imprevista". Dice además el recurrente:

"La anterior relación de los sucesos, que no fue tomada en consideración, a pesar de estar plenamente acreditados en el proceso, dio origen a que en la sentencia se prescindiera de factores decisivos, que necesariamente habrían disminuído en forma notoria la pena que me fue impuesta,

y como esto no sucedió así, por este otro aspecto recurro también en casación a fin de enmendar el agravio que me infiere la sentencia del 4 de octubre a que me vengo refiriendo".

El señor Procurador Delegado en lo Penal impugna las pretensiones del recurrente diciendo que ni el auto de proceder ni los cuestionarios "aceptan la riña como circunstancia modificadora de la responsabilidad"; y agrega que si la sentencia debe estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, que en este caso calificó el homicidio de asesinato, el fallo del Tribunal, basado en el veredicto del Jurado tenía que imponer la pena ciñéndose a la declaración de éste y al auto de proceder.

"Además, dice el señor Procurador, si hoy la Corte no tiene atribución para declarar injusto un veredicto, menos puede desconocerlo en casación para signar, **motu propio,** hechos que destruyen o modifiquen la responsabilidad reconocida por el Jurado. Ahora y siempre, el veredicto será la base para la sentencia. (Arts. 480 y 537 del C. de P. P.)".

Para resolver se considera:

Dándole a la causal segunda de casación una interpretación extensiva que a la vez consulta las exigencias del derecho, la equidad y las necesidades de la defensa social, la Corte ha admitido la posibilidad de que prospere el recurso por la causal 2ª, aun tratándose de sentencia proferida en juicio por Jurado.

En el caso que hoy estudia la Sala, ni el auto de proceder ni aquel por medio del cual se formularon los cuestionarios hablan de la riña que alega el recurrente. Con la circunstancia de que este último fue notificado personalmente al reo y a su defensor (folios 42 y 43), y que pasó la oportunidad legal sin que ellos solicitaran que se formulasen más cuestionarios, derecho que tenían de acuerdo con el art. 503 del Código de Procedimiento Penal.

Si del expediente resultara indudable que en este caso hubo una verdadera riña entre los dos hermanos; y si tal riña hubiese sido evidentemente **imprevista,** la omisión del cuestionario sobre ese particular podría considerarse como errada apreciación de los hechos por no haberse tomado en cuenta un elemento modificador de la responsabilidad, "a pesar de estar acreditado en el proceso" y la casación prosperaría en virtud de la causal 2ª.

No siempre que haya mediado riña en la ejecución del homicidio puede considerarse como circunstancia modificadora, pues para ello es necesario que la riña sea **imprevista.** Y si se supone que al habérsele propuesto al Jurado un cuestionario sobre tal circunstancia lo hubiese respondido afirmativamente, de esa mera hipótesis no es posible inferir que hubo en realidad una riña y que ésta hubiese sido **imprevista.**

El hecho de la riña no está probado. El auto de enjuiciamiento, lejos de reconocer su existencia, más bien la desecha; y aun aceptando que hubiese alcanzado a ocurrir la riña, mal podría considerarse ella como **imprevista.**

La prueba que el auto de proceder aduce como más saliente para apreciar la responsabilidad es la declaración del testigo Antonio Leal, quien se expresa así:

"El día veinticinco de los corrientes, como a eso de las cuatro a cinco de la tarde, me encontraba yo en el punto denominado "La Callejuela", a inmediaciones de este caserío, en compañía de Antonio Acevedo y Abel Acevedo; estando allí le dijo Antonio Acevedo a Abel Acevedo que quién le devolvía el peso que él había prestado para pagarle al médico la receta del loco Angel María Otero. Abel Acevedo le contestó: Usted quiere portarme mal otra vez como esta mañana, y le preguntó por un cuchillo que había dejado en la casa; Antonio le contestó que si quería le iba a traer el cuchillo, y en seguida Antonio se vino para la casa y momentos después regresó al punto citado y le entregó el cuchillo a su hermano Abel. Abel lo recibió y lo guardó dentro de la pretina del pantalón y le dijo a su hermano Antonio Acevedo: Ahora sí si quiere arreglamos; en este momento ambos sacaron sus cuchillos, yo viendo esto me in-

terpuse para que no se hirieran, pero fue inútil porque no pude contenerlos; en este momento Abel Acevedo se le abalanzó a su hermano Antonio, y le asestó una puñalada, en la parte superior del abdomen; . . . . ."

El testimonio transcrito no permite afirmar que la riña entre los hermanos Acevedo fuese **imprevista.**

Y en el llamamiento a juicio dice, con toda razón, el juez: "el caso de autos reviste los caracteres de un verdadero asesinato ejecutado por motivos fútiles e insignificantes".

Todo esto hace ver claramente que al juzgar y sentenciar a Abel Acevedo no era del caso buscarle atenuación en la circunstancia de "riña imprevista"; que la pena a él impuesta es la que conforme a la ley le corresponde y que, por consiguiente, no puede prosperar la casación.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil fechada el cuatro de octubre de mil novecientos cuarenta, que impuso a Abel Acevedo la pena principal de quince años de presidio como responsable de la muerte de su hermano Antonio Acevedo y, por consiguiente DESECHA el recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia.

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.

APRECIACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O MENOR PELIGROSIDAD. LA RIÑA EN EL DELITO DE HOMICIDIO Y SU APRECIACION

1.—El artículo 499 de la Ley 94 de 1938 estatuye que la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, *cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito,* corresponden al Juez de derecho. Y sucede que en el homicidio y las lesiones es la riña un fenómeno que a lo sumo alcanza a ser, siempre que la provoque el ofendido o víctima de esos delitos, una *circunstancia de menor peligrosidad,* cuando la índole de la provocación y las circunstancias peculiares del provocado puedan hacer explicable el estado psicológico contenido en el numeral 3º del artículo 38 del Código Penal, o uno semejante, según el criterio de analogía que ordena el artículo 40 *ibídem.* Claro es que las anteriores hipótesis no le cierran el paso a la contingencia de que sea de tal naturaleza la provocación a riña, que despierte, por lo injusta y grave, una emoción de intenso dolor o temor o un ímpetu de ira, posibilidades que, al realizarse, ya convertirían la circunstancia de menor peligrosidad en una modificadora del delito. Unicamente la riña que se suscita de una manera imprevista comporta la virtud de modificar el homicidio y las lesiones, o con más propiedad jurídica, de atenuar la sanción (artículo 384 del Código Penal). El Jurado, en tratándose de circunstancias de mayor o menor peligrosidad, apenas tiene la función de apreciar y calificar aquellas que sean modificadoras o elementos constitutivos del delito. La apreciación y calificación de las otras son del resorte del fallador.—2.—Aun cuando no quedó sujeto al estudio de la casación interpuesta, la Corte juzga necesario exponer lo siguiente: a) Para el cumplimiento del sistema que consagran los artículos 31 y 33 del Código Penal, no hay por qué hacer la sustitución de que habla el artículo 60. De un lado, a nada práctico conduciría hacerla, y de otro, ella desnaturalizaría ese sistema; b) El precepto del artículo 60 del Código Penal no se estableció sino para ciertos casos de *acumulación de juicios,* y ningún nexo guarda con los artículos 364 y 400 *ibídem,* los cuales sólo quieren decir que en vez de imponer la *calidad* de pena propia del delito, se sancione éste con otra de calidad inferior, y c) La multa por las lesiones personales debió subsistir a pesar de la aplicación del artículo 33 que no excluye la necesidad de pronunciarla.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diez y ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

Reinaldo Rojas y su defensor han recurrido en casación contra la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Tunja, en la cual fue condenado el primero a la pena principal de ocho años y un mes de presidio, porque dio muerte a Pablo Rodríguez e infirió lesiones a Antonio Sierra.

Acaecieron los delitos en el paraje Runta, de Boyacá, el veintiuno de octubre de mil novecientos treinta y ocho y el fallador de la segunda instancia aplicó los artículos 33 y 362 del Código Penal.

Como fundamentos para interponer el recurso la defensa expresó lo siguiente en el Tribunal:

"1º Ser la sentencia por esa Sala proferida en la causa a que me refiero y que vino a reformar la de 9 de agosto de 1940 del Juzgado 3º Superior de Tunja, violatoria de la ley penal por errónea e indebida interpretación de la misma, y por errada interpretación de los hechos modificadores de la responsabilidad criminal del procesado Reinaldo Rojas; y

"2º Estar la referida sentencia por ustedes proferida, en desacuerdo con el ve-

redicto del jurado de calificación (artículo 567 del Código de Procedimiento Penal)".

Y en la Corte, cuando formuló el propio Rojas su demanda, sustentó así los motivos del recurso:

"**Causal primera**—Ser la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Tunja, que lleva fecha 13 de mayo de 1941, y que reformó la del Juzgado 3º Superior de esta ciudad, VIOLATORIA DE LA LEY PENAL, POR INDEBIDA APLICACION DE LA MISMA.

"En efecto, la sentencia de primera instancia del Juzgado 3º Superior de Tunja, reformada por la del Tribunal a que me refiero, me había condenado a la pena corporal de dos años y ocho meses de presidio y a una pena de arresto más las accesorias consiguientes, como autor responsable del delito de homicidio voluntario atenuado en la persona de Pablo Rodríguez y del de lesiones personales en la persona de Antonio Sierra, hechos ocurridos en el sitio de **Pensilvania** de la vereda de Runta, del Municipio de Tunja, el día veintiuno de octubre de 1938; y la sentencia de segunda instancia del Tribunal ya señalada, reformó la anterior condenándome a la pena corporal de ocho años y un mes de presidio más las accesorias consiguientes por los mismos delitos, considerando el homicidio como simplemente voluntario y desconociendo así el veredicto del jurado de calificación en dicha causa, que reconoció unánimemente la circunstancia de una riña provocada por el que murió en el delito de homicidio, con aplicación indebida del artículo..... del mismo C. P. y aplicación también indebida del artículo... del mismo C. P. sobre sustitución de la pena de arresto, en el delito de lesiones personales por la de presidio, tal como lo hizo. Con el desconocimiento en esa forma de una parte del veredicto del jurado por el Tribunal en la sentencia objeto del presente recurso de casación ha violado la ley, como la violó también al convertirme la pena de arresto en la de presidio en la forma en que lo hizo.

"**Segunda causal.**—Contener la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, objeto del recurso de casación, UNA ERRADA INTERPRETACION Y APRECIACION DE LOS HECHOS modificadores de mi responsabilidad por los delitos a que se refiere el proceso, por cuanto el dicho Tribunal vino a negarles el valor probatorio que ellos tienen.

"Si se examinan las pruebas de autos, que sirvieron al jurado para contestar unánimemente que yo era responsable del delito de **homicidio voluntario**, en riña provocada por el que murió, los señores magistrados encontrarán que tal circunstancia modificadora de mi responsabilidad, está demostrada en el expediente y ella fue completamente desconocida por el Tribunal de Tunja, con el pretexto de que no se había declarado por el Jurado con las palabras textuales de la ley, cuando los hechos respaldaban el veredicto del Jurado; y

"**Tercera causal**—Estar la sentencia de que se trata, EN DESACUERDO CON EL VEREDICTO DEL JURADO.

"El veredicto del jurado de calificación que aparece en autos, me hizo responsable del delito de **homicidio voluntario** en la persona de Pablo Rodríguez, **pero en riña provocada por dicho Rodríguez**, y esta declaración última y unánime del jurado fue desconocida por el Tribunal en su sentencia, para hacerme responsable de un homicidio voluntario sin atenuación ninguna, escogiendo caprichosamente así una parte de dicho veredicto y rechazando la parte que hacía mi situación menos grave, cuando han debido declarar ese veredicto notoriamente injusto, si no se ajustaba a la verdad del proceso o aceptarlo en su totalidad de acuerdo con la ley.

"Si el Jurado reconoció como un hecho evidente que el homicidio lo había cometido yo en riña provocada por el que murió, y si en el caso de una riña casual nuestras disposiciones penales atenúan la pena aplicable al homicidio voluntario, pues con mayor razón debe ser esa pena atenuada cuando la riña no fue casual sino iniciada por el que murió, y esa adición

estampada en el veredicto debe tener algún alcance para estimar el homicidio como menos grave. Desconocer en esa parte la respuesta del Jurado para condenarme el Tribunal, como lo ha hecho, a la pena corporal del homicidio simplemente voluntario sin atenuación, es desconocer el veredicto del jurado sin declararlo notoriamente injusto, en perjuicio de la administración de justicia y por encima de la ley".

La Procuraduría pide que la Corte deseche el recurso y que, por ende, no se invalide el fallo del Tribunal Superior de Tunja.

Y atendiendo a que las alegaciones de Rojas y su defensor giran en torno a una sola razón, que es la de estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto, el señor Procurador Delegado en lo penal se limita al análisis de la causal que bajo el número 3º trae el artículo 567 de la Ley 94 de 1938.

En el caso actual basta y sobra con el estudio de una cualquiera de las tres causales de casación invocadas, pues, por las bases que adoptaron los recurrentes para presentarlas, todas tienen idéntica importancia y trascendencia, y la decisión de una equivale a la resolución de las otras.

Antes de ir al fondo de la materia en que el recurso consiste, es de necesidad la somera historia que a continuación expondrá la Sala.

En el desarrollo de una muy caracterizada pelea de varias personas, uno de los contendientes, de nombre Reinaldo Rojas, con navaja mató a Pablo Rodríguez y cortó a Antonio Sierra en la región parietal izquierda y encima de la ceja derecha, habiendo sufrido el lesionado siete días de incapacidad para el trabajo, sin consecuencias distintas.

Aparte de las preguntas relacionadas con la ejecución de los hechos materiales y con el propósito de matar en el homicidio y la falta de intención en las lesiones personales, al Jurado se le sometió, para el primer delito, un tercer cuestionario, que dice:

"El procesado Rojas ejecutó el hecho sobre el cual se os interroga en riña, a la cual fue llevado, si no de manera imprevista, sí por provocación del que resultó muerto?

Y el jurado respondió afirmativamente a esa pregunta y a las demás que el Juez le hizo, una de las cuales, para las lesiones, contempla también la intervención de riña que provocara el herido Sierra.

Entendió el Juez 3º Superior de Tunja que la circunstancia de la riña por provocación de Rodríguez y Sierra era nada menos que la figura jurídica de que trata el artículo 28 del Código Penal, y entonces rebajó a la tercera parte los mínimos del artículo 362 y del inciso primero del artículo 372 **ibídem**, imponiéndolos separadamente con olvido de la regla que en lo tocante al concurso real de delitos manda observar el artículo 33 de la obra citada.

Y, por último, el Tribunal enmendó los notorios yerros del Juez, aumentando en un mes de presidio la sanción mínima de ocho años que para el delito más grave señala el artículo 362 del Código.

La Corte, como el señor Procurador, no se referirá sino al motivo de hallarse la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, y para ello considera:

El artículo 499 de la Ley 94 de 1938 estatuye que la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, **cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito,** corresponden al Juez de derecho. Y sucede que en el homicidio y las lesiones es la riña un fenómeno que a lo sumo alcanza a ser, siempre que la provoque el ofendido o víctima de esos delitos, una **circunstancia de menor peligrosidad,** cuando la índole de la provocación y las cricunscias peculiares del provocado puedan hacer explicable el estado psicológico contenido en el numeral 3º del artículo 38 del Código Penal, o uno semejante según el criterio de analogía que ordena el artículo 40 **ibídem.** Claro es que las anteriores hipótesis no le cierran el paso a la contingencia de que sea de tal naturale-

za la provocación a riña, que despierta, por lo injusta y grave, una emoción de intenso dolor o temor o un ímpetu de ira, posibilidades que, al realizarse, ya convertirían la circunstancia de menor peligrosidad en una modificadora del delito.

Unicamente la riña que se suscita de una manera imprevista comporta la virtud de modificar el homicidio y las lesiones, o con más propiedad jurídica, de atenuar la sanción (artículo 384 del Código Penal).

De suerte que cuando el Juez 3º Superior de Tunja le quitó a la riña que medió entre Reinaldo Rojas y Pablo Rodríguez, Antonio Sierra y otros, el carácter de imprevista, lo que se ajusta a la verdad procesal, no tenía por qué proponer al Jurado el tercer cuestionario que a éste presentó, puesto que el Jurado, en tratándose de circunstancias de mayor o menor peligrosidad, apenas tiene la función de apreciar y calificar aquellas que sean modificadoras o elementos constitutivos del delito. La apreciación y calificación de las otras son del resorte del fallador.

La afirmación del Jurado a los interrogatorios de si Rojas cometió el homicidio y las lesiones en riña que provocaran Rodríguez y Sierra, significa, nada más, una circunstancia de menor peligrosidad, cuyas apreciación y calificación no les tocaban a los jueces de conciencia. Y esa circunstancia se encuentra muy lejos de ser modificadora por el aspecto de que el reo hubiese procedido en estado de ira o de intenso dolor o temor, perturbaciones del ánimo que requieren un cuestionario especial (norma tercera del artículo 498, Ley 94 de 1938).

En el lance que ocasionó los delitos de Reinaldo Rojas, ni siquiera se asienta sobre una demostración racional el veredicto de que Rodríguez y Sierra provocaron la riña. Y, por tanto, mucho menos suministra el proceso prueba alguna que sea capaz de inclinar el entendimiento a admitir que Rojas procediera en estado de ira con origen en injusta y grave provocación, lo que hace más desaconsejada la interpretación que al veredicto dieron el señor Juez y el señor Magistrado que en el Tribunal salvó su voto.

No es, pues, susceptible de crítica la sentencia recurrida en cuanto evaluó correctamente los veredictos y aplicó, como debía aplicarse, el principio del artículo 33 del Código Penal.

Y si la sentencia no está en desacuerdo con el veredicto, tampoco se justifican las causales 1ª y 2ª del artículo 567, Ley 94 de 1938.

Juzga la Corte que conviene exponer lo siguiente, no sujeto al estudio de la casación interpuesta:

a) Para el cumplimiento del sistema que consagran los artículos 31 y 33 del Código Penal, no hay por qué hacer la sustitución de que habla el artículo 60. De un lado, a nada práctico conduciría hacerla, y, de otro, ella desnaturalizaría ese sistema;

b) El precepto del artículo 60 del Código Penal no se estableció sino para ciertos casos de **acumulación de juicios**, y ningún nexo guarda con los artículos 364 y 400 **ibídem**, los cuales sólo quieren decir que en vez de imponer la **calidad** de pena propia del delito, se sancione éste con otra de calidad inferior; y

c) La multa por las lesiones personales debió subsistir a pesar de la aplicación del artículo 33, que no excluye la necesidad de pronunciarla.

En consecuencia, la Corte Suprema, de acuerdo con la opinión del señor Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA el fallo del Tribunal Superior de Tunja que condenó a Reinaldo Rojas a la pena principal de ocho años y un mes de presidio como responsable de homicidio y lesiones personales.

Devuélvase la causa al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la "Gaceta Judicial".

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

HOMICIDIO INTENCIONAL

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

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

El Juzgado Superior de Buga, en sentencia de 21 de octubre de 1940, condenó a Marco Tulio Bernal a la pena principal de ocho años de presidio como responsable de homicidio intencional en la persona de su cuñado Miguel Angel Bernal.

Tanto el condenado, como su defensor, apelaron de ese fallo, y como el Tribunal de aquel distrito judicial lo confirmara, el último interpuso casación contra la sentencia de segunda instancia.

Las causales invocadas son la 2ª y la 5ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938).

La 2ª es del tenor siguiente:

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído 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 influído en la determinación de la sanción".

Con relación a este motivo de casación dice el recurrente, en síntesis, que la sentencia del Tribunal no tuvo en cuenta que su acto lo cometió en estado de legítima defensa y bajo el arrebato de la ira, provocada por las agresiones del que murió.

Marco Tulio Bernal fue llamado a juicio como autor de homicidio intencional y en la providencia en que tal cargo se le formuló se desechó expresamente que hubieran existido causales de justificación del hecho o modalidades de atenuación.

La defensa hizo meritorios esfuerzos por situar al procesado en el caso de legítima defensa. Sin embargo, los testigos citados no sacaron verdadera esa tesis.

Es de anotarse que el acusado en su primera indagatoria no hizo alusión alguna sobre ataque a su persona. Por el contrario, hasta negó haber sido él quien hubiera herido a su cuñado Miguel Angel. Fue en su segunda declaración instructiva en donde se refirió a tal circunstancia.

Aparte de las cuestiones relativas a la imputabilidad material y al propósito de matar, al jurado se le interrogó, a solicitud del señor defensor, sobre legítima defensa y sobre estado de intenso dolor, causado por injusta y grave provocación, y contestó en forma afirmativa las dos primeras preguntas, y en sentido negativo las demás.

Esta decisión de los jueces de conciencia tiene, como lo dice en su vista el señor Procurador Delegado en lo penal, amplio respaldo en los autos, y está de acuerdo con la justicia.

De manera que la causal segunda carece de fundamento.

La 5ª es como sigue:

"Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados".

Las razones que tuvo el recurrente para invocar esta causal no han sido expuestos, como es de rigor.

El sentenciador, en los dos escritos enviados a la Corte, se limita a transcribir el texto de dicha causal, agregando en el primero de ellos "que no se hizo un análisis detenido de la parte objetiva y de

la parte sustantiva, subjetiva del suceso, ni se hicieron las comparaciones para sacar las deducciones, la responsabilidad que se me ha atribuído".

La forma como ha sido invocada la causal 5ª no permite —y así lo afirma el señor Procurador— hacer un estudio de fondo al respecto.

En su demanda también dice el recurrente que hubo mala aplicación de la ley penal.

Ya se dijo que a Marco Tulio Bernal se le enjuició por homicidio intencional y que el jurado lo declaró responsable de ese delito. De suerte que la sanción no podía ser otra que la del artículo 362, disposición que se aplicó en su mínimo, por concurrir únicamente circunstancias de menor peligrosidad.

Lo dicho es suficiente para concluír que no prospera el recurso por ninguna de las causales alegadas.

De consiguiente, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del 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 Buga, fechada el 17 de febrero de 1941, por la cual se impuso a Marco Tulio Bernal la pena principal de ocho años de presidio, por homicidio en la persona de su cuñado Miguel Angel Bernal.

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

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

APLICACION INDEBIDA —POR PREMATURA —DE LA LEY, EN CASO DE UN CONCURSO DE DELITOS RESPECTO DE UNO DE LOS CUALES SE DICTO SENTENCIA CONDENATORIA A PESAR DE HABERSE DECLARADO INJUSTO EL VEREDICTO RESPECTO DE OTRO DELITO Y DE HALLARSE PENDIENTE LA REUNION DEL NUEVO JURADO

Si a un reo se le juzga por dos delitos en el mismo proceso y el juez declara injusto el veredicto referente a uno de los dos cargos, no puede dictar sentencia condenatoria por el otro sino que debe mantenerse en suspenso la condenación mientras se reúne el nuevo Jurado porque dentro del sistema de acumulación jurídica de las penas establecido por el nuevo Código no pueden dislocarse los procedimientos ni hacerse fallos separados para un mismo reo cuando se le juzga por concurso de delitos, ya sea real, ya meramente formal, ya que en tales casos no se imponen varias penas principales sino una sola, aunque agravada.

La sentencia condenatoria por uno de los delitos en concurso dejando pendiente el otro adolece de aplicación indebida —por prematura— de la ley (causal 1ª de casación).

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

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Por sentencia emanada del Tribunal Superior de Pereira fue condenado Juan de la Cruz Molina a la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Simeón García; y en esa misma sentencia se confirmó el auto del Juez Superior que había declarado notoriamente injusto el veredicto del Jurado referente a la muerte de Carlos Camacho, imputada al mismo procesado Juan de la Cruz Molina, hecho sobre el cual recayó un veredicto en estos términos: "Sí, de modo involuntario".

El procesado Juan de la Cruz Molina ha recurrido en casación contra aquella sentencia e invoca la causal 1ª, errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal. Para fundar su demanda dice, entre otras cosas:

"Sostuve en el H. Tribunal que en la sentencia había sido violada e infringida la ley, por cuanto que, al confirmar una sentencia condenatoria y en la misma declarar notoriamente injusto un veredicto, **dividiendo de este modo la continencia de una cuasa indivisible**, hubo interpretación errónea del texto legal, y por lo mismo no aplicación de los artículos 31, 32 y 33 de la Ley 95 de 1936 que, como ley permisiva, debió ser aplicada de preferencia.

"La cuestión es, pues, relativa a un error de derecho en que hubo de incurrir el H. Tribunal al pronunciar la sentencia recurrida, y en consecuencia la H. Corte debe variar la apreciación invalidando la sentencia para que el negocio vuelva a nueva confrontación de su mérito por medio del Jurado popular, o confirmando la sentencia, pero con la necesaria adición de que el veredicto vertido por los jueces de conciencia por el homicidio de Carlos Camacho es absolutorio, pues que la división de la continencia de la causa es una falta de garantías constitucionales y legales que en mucho restan o menoscaban el derecho de la defensa, como ya hube de ponerlo en demostración.

"He dicho, y sigo sosteniendo, que la

causal de casación invocada es la primera, o sea la violación de la ley sustantiva, por interpretación errónea, por cuanto que se dividió ilegalmente la continencia de mi causa, aplicando indebidamente el artículo 600 del antiguo Código Penal para un veredicto condenatorio, con menosprecio u omisión de los artículos 31, 32 y 33 citados de la nueva ley penal".

Y en el memorial de interposición del recurso, había concretado su pensamiento así:

"Yo pregunto: si mañana se me condena por la muerte de Carlos, en un nuevo jurado, cómo aplicar los artículos 31, 32 y 33 del nuevo Código Penal, si ya está dividida la continencia, la causa, puesto que ejecutoriada se halla para entonces la sentencia condenatoria por la muerte de S. García? Quién puede negar que de este modo se me restan preciosas garantías constitucionales? Esto es clarísimo de suyo".

El señor Procurador de la Nación rebate la tesis del recurrente en los pasajes de su vista que a continuación se transcriben:

"Como ya se dijo, el recurrente fue llamado a juicio por dos delitos: el homicidio en la persona de García, y el homicidio en la persona de Camacho. Los cuestionarios concuerdan con ese auto de proceder. El Juzgado y el Tribunal aceptaron la decisión del Jurado, en cuanto a la responsabilidad de Juan de la Cruz Molina por la muerte de García, pero rechazaron el segundo veredicto referente a la responsabilidad del mismo acusado en el homicidio perpetrado en Camacho, por considerar esa respuesta de los Jueces de conciencia notoriamente injusta.

"No hay en esa decisión de los falladores ninguna violación de la ley, ni ninguna equivocada interpretación de ésta. En concepto de la Procuraduría, el error está en el recurrente, cuando cree que no se trata de dos hechos criminosos diferentes, separados y perfectos, como son los dos homicidios. El proceso se refiere a dos entes jurídicos que tienen vida propia cada uno de ellos, sin que hayan perdido su esencia o su fisonomía por la circunstancia de haber sido cometidos por el mismo autor y con un corto intervalo de tiempo.

"Cree este Despacho que, en lo que respecta al recurrente, el fenómeno jurídico se concreta simplemente en un concurso material de delitos que debía ser investigado y juzgado en un mismo proceso. Precisamente por tratarse de dos entidades jurídicas con individualidad propia, y diversas entre sí, se formularon los cuestionarios primero y segundo, pues si se hubiese estado en presencia de un único hecho criminoso con una sola pregunta habría bastado para que el Juzgado expresara su convicción.

"El Juzgado y el Tribunal tenían facultad para la declaratoria de injusticia de ambos veredictos, o de uno solo. Si así lo hicieron en relación al segundo, lo lógico, lo natural y lo legal era que desarrollaran el primero y condenaran por el delito allí mencionado, o sea, el homicidio en la persona de García.

"En cambio, opina este Despacho que se cometió una irregularidad al enviar a la H. Corte el expediente sin haber sacado las copias necesarias para que se surtiera la convocación del nuevo Jurado, habiéndose dejado pendiente, con esa falta, la resolución definitiva de la responsabilidad del acusado Juan de la Cruz en cuanto al homicidio en Camacho. Pero éste es un defecto de procedimiento extraño al recurso extraordinario de casación.

"El recurrente no ataca el fallo del Tribunal por la decisión condenatoria, sino porque se confirmó la orden de convocar un nuevo Jurado que habrá de ocuparse del delito de homicidio de que fue víctima Camacho, con lo cual se rompió la continencia de la causa, pues cree Molina que se trata de un solo hecho criminoso. Como ya se vio ésta es una apreciación equivocada, porque el proceso y la responsabilidad del recurrente versan sobre dos delitos diferentes, entre los cuales no existe una conexidad tan íntima que negado el uno haya de desaparecer el otro.

"Circunscrita la materia de estudio que corresponde a la H. Corte a la condenación por el homicidio en la persona de García, debe concluírse que no hay motivo para invalidar el fallo recurrido".

Se ocupa luégo el señor Procurador Delegado en "hacer algunas observaciones que pudieran llamarse marginales", dice él, a fin de puntualizar lo que es **el concurso recíproco** de delincuentes, cuya existencia desechó en este caso el Tribunal sentenciador apoyándose en una interpretación que el señor Procurador considera errónea, de las ideas expuestas sobre ese particular por la Procuraduría.

Como el señor Procurador advierte de modo expreso que no alude a este punto para impugnar la sentencia, no obstante que podría hacerlo por tratarse de proceso antiguo (artículo 6º de la Ley 118 de 1931), el estudio del recurso debe limitarse a los motivos de casación que el recurrente alega y a las razones que en contra opone la Procuraduría no sin advertir, de paso, que la Sala también estima grave error del Tribunal el haber considerado el delito cometido en la persona de Carlos Camacho susceptible de calificarse simultáneamente como homicidio y heridas.

Esto, que podría haberse alegado como motivo de nulidad, no lo menciona el recurrente; y el señor Procurador Delegado, aunque llama la atención acerca de tal error, manifiesta expresamente, según ya se dijo, que lo hace sin el ánimo de que se infirme la sentencia, y sólo para puntualizar sus ideas respecto a la equivocación del Tribunal.

No aducido por las partes dicho motivo de casación, tampoco puede tenerlo en cuenta la Corte. Además, a quien afectaría directamente la referida nulidad sería al procesado Misael Molina, que no es recurrente, y a quien podría causársele perjuicio si se le juzgara de nuevo.

Al examinar los motivos invocados por el reo, encuentra la Corte que si subsistiera la sentencia condenatoria de Juan de la Cruz Molina a seis años por el homicidio en Simeón García y al propio tiempo se reuniera el nuevo Jurado para juzgarlo por el homicidio en Carlos Camacho, caso de ser condenatorio el nuevo veredicto —sea que declare el homicidio voluntario o que lo considere involuntario pero punible— a los falladores de instancia se les plantearía la cuestión de saber si resulta el sistema favorable al reo aplicarle el Código de 1890, que consagraba el sistema de acumulación material de penas, o el de 1936, que establece el de acumulación jurídica.

Y en el supuesto de que se encontrase que el nuevo le es más favorable que el antiguo, ya no podría optarse por esta solución, prevista como se sabe aun por la Constitución Nacional, sino que de hecho quedaría resuelto el problema en el sentido de imponer la pena del Código viejo sin hacer la comparación de los dos códigos, ni atenerse al criterio de la favorabilidad.

Dice el artículo 314 de la Ley 57 de 1887:

"Si la causa se siguiere contra dos o más reos, y la injusticia cometida por el Jurado y declarada por el Juez no los comprendiere a todos, éste sentenciará en el mismo acto a los reos respecto de quienes no haya declaración de injusticia notoria. La sentencia dictada se ejecutará, si se ejecutoría, sin aguardar el resultado de la declaración de injusticia notoria".

El texto legal que acaba de transcribirse indica con toda claridad que al reo cuyo veredicto acepta el Juez se le sentencia, a fin de evitar una demora que no debe perjudicarlo; y que se suspende la sentencia del reo sobre quien recayó el veredicto que el Juez ha reputado injusto, porque es claro que en tal caso se carece de un elemento esencial para fallar.

Por eso resulta legal en el presente juicio que el Juez y el Tribunal hayan sentenciado a Misael Molina, puesto que no hallaron objeción que hacer al veredicto referente a él; pero a Juan de la Cruz Molina no se le podía sentenciar por uno de los cargos dejando pendiente la sentencia por el otro.

Dentro del sistema penal del nuevo Código no pueden dislocarse los procedimientos ni hacerse fallos separados para un mismo reo cuando se le juzga por concurso de delitos, ya sea real, ya meramente formal, puesto que en tales casos no se imponen varias penas sino una sola, aunque agravada.

Infiérese de lo dicho que la aplicación prematura de la ley penal, resulta, en realidad y para este caso una aplicación indebida de la misma y que el recurso prospera por la causal invocada.

Pero la invalidación del fallo condenatorio de Juan de la Cruz Molina no afecta el veredicto referente al homicidio cometido en Simeón García, veredicto que los juzgadores de instancia no declararon contrario a la evidencia.

Se trata de que la condenación quede en suspenso mientras se reúne el nuevo Jurado que ha de juzgar otra vez a Juan de la Cruz Molina por la muerte de Carlos Camacho. Sobre el veredicto de ese segundo jurado y con el que dio el Jurado anterior en lo relativo al homicidio en Simeón García, el Juez **a quo** dictará la sentencia, que debe ser una sola puesto que se trata del mismo procesado y de hechos que constituyen un concurso de delitos por la unidad de agente, de acción, de lugar y de tiempo.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, apartándose del concepto emitido por el señor Procurador de la Nación, 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 Pereira, fechada el trece de diciembre de mil novecientos cuarenta en cuanto impuso a Juan de la Cruz Molina la pena principal de seis (6) años de presidio como responsable de la muerte de Simeón García;

2º—Esta invalidación es parcial y deja, por tanto, subsistente en lo demás la sentencia del Tribunal;

3º—Refórmase la sentencia del Juez Superior de Pereira, fechada el seis de septiembre de mil novecientos cuarenta, en el sentido de revocar, como se revoca, la condenación de Juan de la Cruz Molina y se deja subsistente tal sentencia en lo demás; y

4º—Dicho Juzgado sorteará y reunirá nuevo Jurado para que se juzgue a Juan de la Cruz Molina por la muerte de Carlos Camacho; y obtenido el correspondiente veredicto dictará sentencia que decida sobre este homicidio y sobre el ejecutado en Simeón García, acerca de cuya responsabilidad ya hay veredicto en firme.

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.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

SE CONFIRMA EL AUTO RECURRIDO

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La justicia ordinaria no puede pronunciarse sobre la validez o legalidad de actos administrativos. Es a las autoridades competentes de la jurisdicción contencioso-administrativa a quienes por mandato expreso del artículo 1º de la Ley 130 de 1913 corresponde "la revisión de los actos de las corporaciones o 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 que la misma ley señala. A que se agrega que de conformidad con el artículo 111 de la ley en referencia son anulables por las mismas autoridades de lo contencioso-administrativo "las ordenanzas de las asambleas departamentales, los decretos y demás actos de los Gobernadores, contrarios a la Constitución, a las leyes, o a las ordenanzas, o lesivos de derechos civiles".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veinte de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Agapito Vélez, obrando en calidad de cesionario del señor Julio Arango Aguilar, instauró demanda ejecutiva contra el departamento de Antioquia para que le pague la suma de $ 1.150.27, por concepto de auxilio de cesantía que a dicho señor Arango reconoció la Secretaría de Higiene y Asistencia Social del mismo departamento, mediante la resolución número 204 del 5 de marzo de 1940, por haber sido separado por causas distintas a desobediencia o mala conducta del cargo de profesor interno de la Universidad de Antioquia.

El Tribunal Superior del distrito judicial de Medellín ante el cual se promovió la ejecución, en auto de fecha 15 de febrero del corriente año no accedió a librar contra el departamento el mandamiento ejecutivo impetrado por el señor Vélez.

Contra la anterior providencia interpuso apelación el apoderado del demandante, motivo por el cual el negocio vino a esta Corte para la tramitación y fallo de la alzada. Agotados ya los trámites de ésta, pasa la Sala a resolver en definitiva.

Los fundamentos del auto recurrido

Para negar el mandamiento de pago el Tribunal tuvo principalmente en cuenta la resolución número 314 de fecha 1º de abril de 1940, dictada por la misma Secretaría de Higiene y Asistencia Social de Antioquia, en virtud de la cual fue revocada en todas sus partes la número 204 antes citada. En concepto del Tribunal ésta última resolución quedó sin valor alguno, y por consiguiente, ineficaz para fundar en ella un auto ejecutivo.

"Es cierto que una de las partes —agrega el Tribunal— no puede invalidar o modificar, por sí sola, la naturaleza o efectos de la convención; pero esto ocurre en

cuanto a actos o contratos entre particulares, o celebrados con éstos, no en cuanto a decisiones oficiales emanadas de autoridades que pueden legalmente invalidarlas por medio de la revocación, reforma o sustitución".

El concepto del señor Procurador

En su vista fiscal el señor Procurador Delegado en lo Civil se pronuncia por la confirmación del auto apelado, fundando su concepto en la siguiente consideración:

"Considera este Despacho, en perfecto acuerdo con el Tribunal de primera instancia, que el acto o documento que sirve de recaudo ejecutivo no apareja ejecución. Un título, para que sea ejecutivo, debe llenar las características de fondo y de forma prescritas por la ley. Y en el caso de estudio, tales características no aparecen desde que un acto oficial de autoridad declaró insubsistente la Resolución que sirvió de base, en un principio, para solicitar la condena del Departamento de Antioquia".

Motivos de la Corte

La parte resolutiva de la precitada resolución número 204 del 5 de marzo de 1940, dice así:

"Reconócese al doctor Guillermo Fonnegra Sierra, cédula número 085888, de Medellín, apoderado especial del señor Julio Arango Aguilar, ex-profesor interno de la Universidad de Antioquia, derecho a cobrar del Tesoro del Departamento, por concepto de auxilio por cesantía, la cantidad de MIL CIENTO CINCUENTA PESOS CON VEINTISIETE CENTAVOS ($ 1.150.27) o sea lo equivalente al cómputo hecho sobre 2.799 días de servicio, teniendo por base un sueldo mensual de $ 150.00. Este reconocimiento se hace en conformidad con la ordenanza número 57 de 1938 y su decreto reglamentario número 390.—Cópiese y comuníquese.—El Gobernador (Fdo.), Aurelio Mejía.—Por el Secretario de Higiene, el Subsecretario (Fdo.), Aristóbulo Botero L.".

En virtud de la resolución número 314 del 1º de abril siguiente, fue declarada insubsistente, por los motivos que allí se expresan, "la resolución número 204 de 5 de marzo último, que dispuso reconocer una cantidad de dinero al señor doctor Guillermo Fonnegra Sierra, como apoderado legal del señor Julio Arango Aguilar, ex-profesor interno de la Universidad de Antioquia". Esta providencia administrativa aparece suscrita por el señor Gobernador y el Secretario de Higiene del Departamento de Antioquia.

La primera de las resoluciones aludidas, esto es, la número 204, fue presentada en copia auténtica por el demandante junto con el respectivo libelo.

La segunda resolución, o sea la número 314, fue presentada también en copia auténtica por el señor fiscal del Tribunal de Medellín en su carácter de representante de la entidad demandada.

A efecto de determinar si el demandante basa su demanda en un acto o documento que apareje ejecución, a la Corte sólo le es dable tener en consideración el segundo acto administrativo del Gobernador de Antioquia, que es el que debe considerarse vigente, pues en el proceso aparece la plena prueba de que la resolución número 204 fue declarada insubsistente por el mismo funcionario.

Ahora bien: como precisamente la segunda resolución en referencia, esto es, la número 314 de primero de abril de 1940, niega totalmente el reconocimiento de la suma que a título de auxilio de cesantía fue reconocida en un principio al cedente demandante señor Vélez, sin esfuerzo se concluye que no existe en este proceso título alguno de los que conforme al artículo 982 del Código Judicial hacen viable la acción de cobro.

Que la segunda resolución del Gobernador de Antioquia sea ilegal e injusta, como lo afirma el demandante en su alegato ante la Corte, son cuestiones acerca de las cuales la Corte nada puede resolver, ya que la justicia ordinaria no puede pronunciarse sobre la validez o legalidad de actos administrativos.

Es a las autoridades competentes de la jurisdicción contencioso-administrativa a quienes, por mandato expreso del artículo 1º de la Ley 130 de 1913 corresponde "la

revisión de los actos de las corporaciones o 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 que la misma ley señala.

A que se agrega que de conformidad con el artículo 111 de la Ley en referencia son anulables por las mismas autoridades de lo contencioso-administrativo "las ordenanzas de las Asambleas Departamentales", **los decretos y demás actos de los Gobernadores,** contrarios a la Constitución, a las leyes, o a las ordenanzas, **o lesivos de derechos civiles".** (Subraya la Sala).

Las precedentes consideraciones permiten a la Corte llegar a la misma conclusión del Tribunal **a quo,** en cuanto negó la ejecución por ser absolutamente ineficaz el título que exhibe el demandante como fundamento de la orden de pago por él impetrada contra el departamento de Antioquia.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia **confirma** el auto de fecha 15 de febrero del corriente año, dictado por el Tribunal Superior del distrito judicial de Medellín, que ha sido materia de esta apelación.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta—Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Chaves — Hernando García Pachón, Oficial Mayor.

TRAGEDIA DE AVIACION DEL CAMPO DE SANTA ANA.—PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. — PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES.—DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE ESTE PUNTO.

1.—Las entidades de derecho público se obligan por actos de imprudencia o de negligencia con los cuales se cauce daño a terceros. Estas personas jurídicas, creaciones de la ley, capaces de adquirir derechos o desprenderse de ellos, actúan siempre por intermedio de personas naturales—agentes o representates—que comprometen a aquellas en los beneficios y en las responsabilidades. Al delegar su personería, ofrecen a terceros la garantía de su responsabilidad, que no se deriva del nexo contractual de la figura jurídica del mandato, sino del hecho natural que origina deberes y obligaciones a la persona en cuyo nombre se está obrando. El Código Civil en los artículos 2341, 2347 y 2356 sienta las relaciones de responsabilidad por la culpa extracontractual; los casos en que una persona se obliga por los actos culposos de otra y cómo se verifica la reparación del perjuicio imputable a malicia o imprudencia del agente. Son disposiciones que se aplican a las entidades de derecho público para fijar su responsabilidad en el daño causado a terceros por sus funcionarios. 2.—Ante la teoría del derecho administrativo, el servicio mal prestado por uno de los agentes del Estado —a título de fuente administrativa— obliga a la Nación por el siniestro, ya que se trata de la presentación de una revista militar oficial, que es un acto de gobierno administrativo y que fue durante ella cuando se cometió el hecho culposo. (En lo demás remitimos al extracto completo que se hizo de la doctrina de la Corte en la sentencia de fecha 30 de junio de 1941, en el juicio ordinario de Paulina Martínez v. de Jiménez contra la Nación, exactamente aplicable al caso de autos).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre veinte de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Cecilio Martínez Cárdenas y María Antonia Barbosa de Martínez, por medio de apoderado, demandaron a la Nación, representada por el señor Agente del Ministerio Público, para que mediante el trámite de un juicio civil ordinario, se le condenase a pagarles "los perjuicios de toda clase de que la Nación les es deudora" por ser responsable de los hechos que ocasionaron la muerte del joven Claudio Alfonso Martínez Barbosa, hijo legítimo de los demandantes, con los intereses legales desde el día de esa muerte hasta que tales perjuicios se paguen.

Como básicos expusieron los siguientes hechos:

Primero. En el accidente o tragedia aérea del campo militar de Santa Ana, Usaquén, ocurrido el 24 de julio de 1938, fue muerto el joven Claudio Alfonso Martínez Barbosa, hijo legítimo de los demandantes, de 23 años de edad, por la fractura del cráneo que le ocasionó el choque del avión militar allí estrellado ese día sobre la multitud.

Segundo. El avión estrellado, causante de la muerte del joven Martínez Barbosa, era de propiedad nacional, conducido por un agente del Estado, teniente César Aba-

día, de la aviación militar, quien pereció allí mismo.

Tercero. El joven Martínez Barbosa era el principal sostén de sus padres y devengaba, al tiempo de la muerte, un sueldo mensual de sesenta pesos ($ 60.00) en el Instituto Geográfico Militar; y además seguía estudios de bachillerato (quinto año) y devengaba, por trabajos en horas extras en otras oficinas, otras sumas cuya cuantía se probará oportunamente.

Cuarto. La Nación es responsable del accidente que causó esa muerte, bien sea por culpa **in eligendo** o **in vigilando** o bien sea por ser debido dicho accidente a desorganización del servicio de aviación militar o por mal funcionamiento de éste y en todo caso porque se trata de un hecho de la Nación o acumulable a ésta.

Admitida la demanda y ordenado el traslado de rigor, el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior, contestó oportunamente, afirmando no constarle dos de los hechos, admitió el referente a que el avión estrellado era de propiedad nacional, conducido por el Teniente César Abadía, de la aviación militar, y rechazó el último por estimar ser un punto de derecho al cual no estaba obligado a contestar.

Excepto las pruebas acompañadas en el libelo y de cuyo mérito se hablará más adelante, durante el término que se concedió al efecto, ni la parte actora ni el señor fiscal, adujeron prueba alguna.

El Tribunal Superior, en sentencia fechada el diez y seis de agosto de mil novecientos cuarenta, absolvió a la Nación demandada de todos los cargos formulados en la demanda, por cuanto no se suministró la prueba de que la "entidad señalada como sujeto activo del daño hubiera verificado acto alguno que pudiera dar margen a entrar a estudiar la relación de causalidad entre dicho acto y el hecho de haber muerto Claudio Alfonso Martínez Barbosa".

De este fallo apeló el apoderado de la parte actora, por lo cual, concedido el recurso ante la Corte y tramitado y seguido aquí en la forma requerida, ha llegado el momento de resolverlo conforme a derecho.

Personería de los demandantes

Como ya se vio, la acción fue incoada por Cecilio Martínez Cárdenas y María Antonia Barbosa de Martínez, quienes dicen ser padres legítimos de Claudio Alfonso. El hecho viene acreditado con la partida de matrimonio que los demandantes celebraron en la parroquia de San Diego, de esta ciudad, el 9 de mayo de 1914, y con la partida de nacimiento de Claudio Alfonso registrada en la parroquia de Las Aguas, el año de mil novecientos quince, comprobatoria de su estado civil de hijo legítimo de los demandantes.

El accidente causa del perjuicio

De los documentos oficiales traídos como pruebas en esta segunda instancia y emanados del Ministerio de Guerra se desprende que el Gobierno Nacional concertó para el día veinte y cuatro de julio de mil novecientos treinta y ocho la realización de una revista militar en el Campo de Marte, con la intervención de fuerzas de infantería, artillería, caballería, y equipo aéreo, a presenciar la cual se invitó en forma general a toda la ciudadanía.

Cuando el numeroso público presenciaba el desarrollo de la revista y en el momento que la escuadrilla aérea maniobraba en su última exhibición, un aparato que pasó a poca altura del suelo se precipitó sobre él súbitamente.

Del accidente —hecho no controvertido por las partes— resultó muerto el joven Claudio Alfonso Martínez B., por lo que aparece de las pruebas.

En efecto, el jefe de la sección 3ª del Ministerio de Gobierno, previo estudio de los comprobantes que existen en el Archivo de la sección, informa la siguiente: "Primero. Que en el cuadro general levantado por el Juzgado 4º de Instrucción Criminal del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial, por el médico jefe de examen y consulta de la Policía Nacional doctor Ri-

cardo Rodríguez Aranza y por el Teniente José Domingo Ordóñez, en el que figuran los nombres de las víctimas de la catástrofe de Santa Ana, aparece el nombre del señor **Claudio Alfonso Martínez**....." Por su parte, el médico jefe de la Oficina Central de Medicina Legal expidió copia auténtica del certificado de la autopsia y reconocimiento del cadáver de Claudio Alfonso Martínez B., que dice: "**Anfiteatro de Medicina Legal.**—Nº 433. Bogotá, julio 25 de 1938.—Hoy se practicó la autopsia del cadáver de Claudio Alfonso Martínez B. Hijo de Cecilio Martínez Cárdenas y María Antonia Barbosa Cifuentes. Natural de Bogotá. — Edad aproximada, 22 años. Domicilio: calle 27, número 6-80. Murió en el Campo de Marte. Causa de la muerte, fracturas múltiples del cráneo, por traumatismo. Diligencia ordenada por el Juez Permanente".

Los documentos anteriores, examinados a la luz de lo dispuesto en el artículo 632 del C. J., dejan, pues, debidamente esclarecido el hecho de que la muerte de Martínez Barbosa, se debió a la caída del avión.

La causa del accidente

En otros fallos de esta Sala, recaídos en juicios análogos al presente, se ha hecho la observación de que, por los informes de altos jefes militares —informes que también obran en este proceso— se sabe que la organización de la revista fue estudiada con detenimiento y técnica. En relación con la fuerza aérea, se dispuso que el entrenamiento se iniciara el diez y ocho del mes de julio en la base de Palanquero y que en ella tomarían parte tres trimotores JU., seis Falcon, nueve Hawk, doce máquinas de escuela PT., y un avión tipo monomotor, de reserva.

A los jefes de escuadrilla se comunicó por escrito, entre ellos al Teniente César Abadía, el orden y la forma como debían actuar las distintas formaciones, las acrobacias que ejecutarían, el lugar y la altura.

El Teniente Abadía desobedeció la orden —en cuanto a lugar y altura a que debía maniobrar con el aparato— y también el Inspector General del Ejército de acuerdo con otros funcionarios del mismo, desatendieron las disposiciones vigentes en Colombia sobre vuelos de acrobacia, que dicen: "Artículo 3º Restricción general: no debe efectuarse ninguna maniobra acrobática con aviones equipados con tanques que puedan ser sueltos en vuelo. Artículo 4º Altura mínima: toda maniobra acrobática debe terminarse a una altura no menor de quinientos metros. Artículo 5º Prohibición: no podrá volar un avión acrobáticamente sobre: a) ciudades, poblaciones, etc.; b) aeródromos, parques, estadios, etc.; c) agrupaciones de personas al aire libre. Artículo 6º Cerca a ciudades, aeródromos, etc., la distancia horizontal mínima calculada desde los límites de éstos no debe ser menor de mil metros (1.000)".

El acuerdo de los superiores de Abadía para que se volara a menos altura de quinimientos metros (500), es decir, la desobediencia a las disposiciones transcritas está ratificada por el radiograma que se copia: "**Urgente.**—Santa Ana, julio 24 de 1938.—Capitán García Bonilla.—Techo.—Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén, altura no menor 150 metros. Informarásele permanentemente estado revista.—**Mayor Méndez. Dirgenav**".

La causa científica de la tragedia la hacen consistir las comisiones encargadas de la investigación en un deslizamiento o patinada que hizo perder altura al avión, hecho considerado frecuente en vuelos de todo género, o en temeridad e impericia del piloto, o a una traba en los comandos.

Observa la comisión que atribuye la causa del accidente a temeridad e impericia en el piloto, que ejecutar una maniobra acrobática como la llamada de "rollo lento", consistente en hacer girar el avión 360º sobre su eje longitudinal a una altura de treinta metros, con una presión atmosférica de 560 mm., y sobre un terreno recalentado y colmado de gente, "donde podía preverse la presencia de zonas

atmosféricas enrarecidas por efectos térmicos, constituye un error técnico por parte de cualquier piloto experto en acrobacias".

Resulta, por tanto, de los documentos oficiales traídos al proceso — que son fuente de confianza y hacen plena prueba — que la tragedia se debió a desobediencia e imprudencia del Teniente Abadía y a desconocimiento por los funcionarios militares encargados de la preparación de la revista, de los artículos del reglamento del tránsito y vuelos acrobáticos —que comprenden, según afirmación del propio Director General de Aviación, prohibiciones de carácter permanente y universal— los cuales señalan como altura mínima a que debe terminarse la acrobacia, la de quinientos metros, así como a mala elección por parte de ellos del comandante de la escuadrilla piloto Abadía.

Responsabilidad de la Nación

Las entidades de derecho público se obligan por actos de imprudencia o de negligencia con los cuales se cause daño a un tercero.

Estas personas jurídicas, creaciones de la ley, capaces de adquirir derechos o desprenderse de ellos, actúan siempre por intermedio de personas naturales —agentes o representantes— que comprometen a aquellas en los beneficios y en las responsabilidades. Al delegar su personería, ofrecen a terceros la garantía de su responsabilidad, que no se deriva del nexo contractual de la figura jurídica del mandato, sino del hecho natural que origina deberes y obligaciones a la persona en cuyo nombre se está obrando.

El código civil en los artículos 2341, 2347 y 2356 sienta las relaciones de responsabilidad por la culpa extracontractual; los casos en que una persona se obliga por los actos culposos de otra y cómo se verifica la reparación del perjuicio imputable a malicia o imprudencia del agente. Son las disposiciones que se aplican a las entidades de derecho público para fijar su responsabilidad en el daño causado a terceros por sus funcionarios.

La responsabilidad del Estado en el siniestro, lo dijo la Corte en sentencia de 30 de junio del presente año, "sea ante las disposiciones del Código Civil que reglamentan la culpa aquiliana, y a cuya luz la jurisprudencia colombiana ha venido examinando y juzgando los actos culposos de los agentes del Estado que en tal calidad infieren daño a tercero; o sea ante la teoría que el derecho administrativo suministra para establecer la responsabilidad del Estado ante el daño a terceros por los actos de sus agentes y llamada 'de las faltas del servicio', con cualquiera de esos dos criterios que se emplee, aun del subjetivo del código civil, resulta gravemente comprometida..."

"Situando la responsabilidad del Estado en el código civil, se explica únicamente por aplicación, conforme ya está dicho, de los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinados con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daña a tercero con ocasión del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado regulada por el art. 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en **falta de vigilancia y mala elección** de su representante, mandatario o dependiente; presunción que se destruye probando la ausencia de culpa, o sea que así en la elección del empleado (**preposés**, llaman los franceses), como en el desarrollo del hecho, causante del perjuicio, el dueño de los recursos que un hombre avisado y diligente emplearía en situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de éste, en forma tal que el comitente no tuvo medio de prever o impedir el daño".

La falta de vigilancia y la imprudencia de los superiores de Abadía aparece comprobada en el juicio con el memorándum o estudio relativo a las investigaciones hechas por dos comisiones del accidente, suscrito por el General Luis Acevedo y el Mayor Ernesto Buenaventura, fechado el 3 de septiembre de 1938. En dicho documento se lee: "4) **Altura de vuelo.** La orden de operaciones dictada por el señor Capitán Jesús M. García Bonilla, en su carácter de Jefe de Operaciones y Comandante del Escuadrón que tomaba parte en la revista, la cual se agrega, indica claramente las alturas a que debían llevarse a cabo las distintas maniobras acrobáticas y formaciones. En dicha orden se fija la altura mínima de 500 metros". Ya se vio antes que la altura mínima de que aquí se habla fue variada a la de 150 metros, por la Dirección General de Aviación.

También incurrió la Nación en mala elección, si no en los agentes inmediatos de la fuerza aérea —que por la calidad especial de militares, deben ser más cuidadosos de la disciplina y acatamiento de órdenes de la autoridad— sí en la del Teniente Abadía por llamarlo a que tomara parte en la revista, a sabiendas de que le faltaba seriedad para comandar y que era 'juguetón', como aparece del dato calificativo de sus servicios. Máxime habiendo cometido en los entrenamientos realizados en el Campo de Marte actos de imprudencia y desobedecimiento, por los cuales 'tuvo una llamada de atención' ".

Por tanto, "antes de haberse desvirtuado la presunción de culpa en contra del Estado por falta de vigilancia y mala elección, los documentos oficiales.... dejan establecido no ya una presunción sino la plena prueba de que al desarrollo de aquella tragedia contribuyó la circunstancia de no haberse tomado por parte de los superiores del Teniente Abadía aconsejadas medidas de previsión. De manera que con la responsabilidad personal del Teniente Abadía corre parejas la indirecta del Estado, derivada del hecho de que el primero causó el daño con ocasión del servicio que estaba prestando, de volar y hacer ante la multitud que presenciaba las maniobras militares en el campo de Santa Ana, ejercicios acrobáticos. Que el aviador en un momento dado de sus evoluciones aéreas, quebrantara determinada orden superior, no es circunstancia que lo coloque fuera de la misión que se le confió, hasta el punto de desvincular al Estado del daño causado; esa circunstancia apenas significa que el servicio se prestó mal, y esa falta es precisamente la base en que descansa la responsabilidad del Estado".

Se ha afirmado que como el piloto Abadía desobedeció la orden de volar al norte del campo de la revista, sobre los tanques de Usaquén, el accidente se produjo al ejecutar Abadía un hecho ilícito, de desobediencia de una orden militar, de cuyas consecuencias civiles debe responder él personalmente y no el Estado. Sobre el particular es oportuno hacer algunas consideraciones.

La tesis que sustenta esa argumentación, si verdadera en lo general, no es aplicable al caso que se considera. La actividad desarrollada por el piloto Abadía no fue de aquellas no oficiales o aparentemente oficiales, al ejecutar maniobras acrobáticas sobre el campo de Santa Ana. Las acrobacias fueron ordenadas por la dirección de la revista aérea y para que se realizaran se formó una escuadrilla de aviones a cuyo comando se colocó al teniente Abadía. Al volar éste sobre el campo de Marte el 24 de julio de 1938, y realizar maniobras acrobáticas, cumplía una misión dada a él especialmente por la dirección de la revista. Si al realizar esas maniobras el comandante de la escuadrilla se salió del radio señalado para que se ejecutaran, contrariando una orden superior, ejecutó mal el mandato pero obró en cumplimiento y desarrollo de su encargo oficial, como lo habría hecho también si en vez de hacer la maniobra previamente autorizada del "rollo lento" hubiera desarrollado otra y otras de mayor peligrosidad que aquellas.

Esta consideración es de consecuencias

importantes en orden a fijar la culpabilidad del Estado en el accidente. Porque sin desconocer que Abadía contrarió la orden de sus superiores, de volar únicamente al norte del campo de la revista, sobre los tanques de Usaquén, no puede menos de admitirse que al hacerlo se encontraba ejecutando las maniobras ordenadas por la dirección de aviación.

No hubiera estado Abadía haciendo las acrobacias expresadas y estudiadas anteladamente por sus superiores cuando el accidente se produjo, entonces sí cabría decir que ese acto era personal y extraño a las funciones del cargo que desempeñaba.

La desobediencia militar de Abadía fue sin duda ilícita y punible. Mas esas circunstancias propias del radio de sus obligaciones estrictamente militares y tocantes con sus deberes de oficial del ejército en sus relaciones de dependencia jerárquica, no alcanzan a modificar las reglas dadas por la doctrina y sentadas en el derecho, conforme a las cuales el acto imperfectamente cumplido por un dependiente no libra de responsabilidad civil a la persona o entidad de quien es subordinado, ya que, se repite, el hecho ejecutado por Abadía, contrario a la orden, apenas implicaba una indebida e imperfecta ejecución del encargo que se le había dado de ejecutar acrobacias en la revista.

Ante la teoría del derecho administrativo, el servicio mal prestado —a título de fuente administrativa— obliga a la Nación por el siniestro, ya que se trata de la presentación de una revista militar oficial, que es un acto de gobierno administrativo y fue durante ella cuando se cometió el hecho culposo. Responden **in solidum**, a la luz de esta teoría, los herederos del Teniente Abadía y el Estado. En el caso, el Estado por ser la persona escogida por el demandante para que responda.

(Las transcripciones que aparecen en este capítulo se hacen del fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 1941, en el juicio ordinario de Paulina Martínez v. de Jiménez contra la Nación, donde se halla expuesto con más amplitud el pensamiento de la Corte).

Perjuicios materiales

Los perjuicios materiales originados con la muerte del joven Martínez Barbosa se hacen derivar por los demandantes del hecho de que dicho joven "era el principal sostén de sus padres".

Ahora bien: como la finalidad de la ley no es otra que la de restablecer el equilibrio perturbado por el hecho culposo, sustituyendo o reemplazando la prestación que venía haciéndose por la víctima directa del accidente en beneficio de sus allegados, la indemnización debe dirigirse a obtener para aquellos las mismas condiciones en que se hallarían si no hubiera 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 Claudio Alfonso Martínez Barbosa. En otras palabras, no es la vida de la víctima lo que se indemniza, sino el perjuicio por la falta que ella ocasiona a sus deudos.

En el proceso está probado el daño causado a los demandantes con la muerte del joven Martínez Barbosa. En efecto, los testigos Daniel Vargas Sierra y Jorge Collins, deponen de modo uniforme haber conocido personalmente a Martínez Barbosa y por ese conocimiento personal les consta que era un joven sano, inteligente, trabajador, serio y que constituía más que una promesa, una realidad para sus padres, a quienes ayudaba con la mayor parte de lo que ganaba, pues no tenía vicios. Dice, además, el testigo Vargas: "Me consta por el mismo conocimiento personal, que el dicho joven Martínez Barbosa era empleado del Instituto Geográfico Militar desde varios meses antes del 24 de julio de 1938 hasta el día en que murió en la tragedia de Santa Ana, y sé además, que en horas extraordinarias trabajaba por horas como corresponsal de Guillermo Vengoechea y como contador en el almacén "El Repuesto", de

Jorge Abadía". Y agrega: "Me consta por conocimiento personal que tengo del señor Cecilio Martínez y de su esposa María Antonia Barbosa de Martínez que ambos son personas muy pobres, necesitadas y de avanzada edad, especialmente don Cecilio, y me consta igualmente que éste se halla sin trabajo hace tiempos, y pasa dificultades para vivir haciéndole por lo mismo gran falta la ayuda que antes le prestaba su hijo Claudio Alfonso y me consta también que dicho matrimonio tiene varios hijos menores a los que atiende". El testigo Collins, como ya se dijo, declara en un todo de acuerdo con lo depuesto por Vargas.

Asímismo Guillermo Vengoechea y Jorge Abadía, citados por aquellos, corroboran esas declaraciones en lo referente a que Martínez Barbosa trabajó con ellos como corresponsal y contador, en horas extraordinarias. Y afirman: Abadía: "Sí me consta que el joven Martínez Barbosa ayudaba eficazmente a sus padres con lo que ganaba, hasta el punto de que me daba orden a mí mismo para que le entregara a don Cecilio lo que ganaba como empleado". Vengoechea: "Por el mismo conocimiento personal que tenía de Claudio Alfonso Martínez sé y me consta que él ayudaba a sus padres con gran parte de lo que ganaba, hasta el punto de que el sueldo que yo le pagaba se lo entregaba por su orden a don Cecilio mes por mes". (Cuaderno de pruebas del actor, págs. 14 a 18).

Entre las pruebas acompañadas con la demanda hay también sendos certificados expedidos por el doctor Belisario Ruiz Wilches, en su carácter de Director del Instituto Geográfico Militar, y el Rector del Colegio de Santander. Dichos documentos acreditan que el joven Martínez Barbosa estuvo trabajando en el Instituto desde el 16 de marzo hasta el 24 de julio de 1938, con un salario que representaba sesenta pesos al mes; y de que cursó cuarto año de literatura.

Del análisis de estas pruebas se desprende claramente la existencia del perjuicio material sufrido por los demandantes. Pero no puede estimarse económicamente en el presente fallo, por falta de un dictamen que fije su cuantía y que sirva de fundamento a la decisión en lo que toca con el señalamiento de su monto en dinero. Los interesados podrán recurrir al procedimiento que la ley tiene establecido para estos casos —o sea, el previsto en el artículo 553 del Código Judicial, haciendo ahora la condenación in génere.— Para este evento y por el examen que ha hecho la Sala de las pruebas aducidas, señala desde ahora las calidades, circunstancias y condiciones que habrán de tener en cuenta los peritos en su dictamen estimatorio del daño, a saber: la edad de la víctima, lo que ganaba de acuerdo con las declaraciones, el beneficio directo que sus padres derivaban de sus entradas como empleado, el tiempo durante el cual se supone fundadamente que habría de prestarles apoyo a sus padres, teniendo en cuenta la edad de aquél y la de éstos; la circunstancia de que ese apoyo pudiera afectarse al casarse Claudio Alfonso y contraer por ese motivo nuevas obligaciones; las demás razones conducentes a la fijación concreta del perjuicio. Tendrán en cuenta, por último, que por regla general no es admisible que se compute para el cálculo respectivo el valor total de las entradas o ingresos que la víctima del accidente recibía de su trabajo, ya que, en buena lógica, si viviera tendría que destinar una parte de aquellos para atender a sus gastos propios.

Perjuicios morales

"El perjuicio moral —como lo ha expuesto la Sala de Casación Civil de la Corte, en sentencia de 15 de marzo último, juicio de José Joaquín Landazábal con el Municipio de Bogotá— es el proveniente 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 da-

ño 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, protegidas por las leyes que sancionan la calumnia, la injuria y 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 los 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 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.

"Resumiendo lo dicho en este capítulo sobre perjuicios morales, se tiene que ellos deben repararse, en general, mediante su objetivación; y para el daño no objetivable se admite una pequeña satisfacción 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 de 23 de abril, Sala de Negocios Generales de la Corte, **Gaceta Judicial,** números 1971-72, tomo LI, pág. 424).

El medio probatorio adecuado para la comprobación del daño moral no puede ser directo, sino a base de simples presunciones de hombre. Con este criterio y dada la relación de parentesco existente entre los demandantes y el causante, se presume que los padres de Martínez Barbosa debieron sufrir grave perturbación moral con motivo de la muerte de su hijo. Es una presunción natural que a juicio de la Sala se desprende de los antecedentes del proceso, y que debe reconocerse en el presente fallo.

Teniendo en cuenta la Corte la circunstancia de que los padres de Claudio Alfonso son de avanzada edad, su posición social, el afecto que se profesaban con su hijo y que éste constituía para ellos un poderoso motivo de estímulo que les hacía grata la vida, y haciendo uso de la facultad del artículo 95 del C. P., estima justo fijar como monto de la indemnización la cantidad de mil quinientos ($ 1.500.00) pesos moneda legal para cada uno de los demandantes.

F A L L O :

Obedeciendo a 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 la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, el 16 de agosto de 1940, y en su lugar define este pleito así:

1º Condénase a la Nación a pagar a Cecilio Martínez Cárdenas y María Antonia Barbosa de Martínez, el valor de los perjuicios materiales y el de los morales objetivados que recibieron con motivo de la muerte de su hijo Claudio Alfonso Martínez B., ocurrida el día 24 de julio de 1938, en el Campo de Marte o Santa Ana,

del municipio de Usaquén. El montó de este daño podrá determinarse por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial, debiendo tener en cuenta los peritos, al hacer la estimación, las bases que para fijarlo se señalan en la parte motiva de esta sentencia.

2º Condénase a la Nación a pagar, seis días después de la ejecutoria de este fallo, a Cecilio Martínez Cárdenas y María Antonia Barbosa de Martínez, la cantidad de mil quinientos ($ 1.500.00) pesos moneda legal, a cada uno, como valor de los perjuicios morales no objetivados que recibieron por la causa indicada en el punto primero.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Chaves — Hernando García Pachón, Ofl. Mayor.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA

INCIDENTE DE NULIDAD.—TERCERIAS

Por el hecho de que en un juicio por jurisdicción coactiva, promueva un particular una tercería, bien directamente o bien por la vía de la acumulación de juicios ejecutivos, el juez ejecutor no pierde el conocimiento del juicio principal, y es ante él ante quien deben promoverse todos los incidentes relacionados con tal juicio. De ahí que por disposición expresa del Decreto 1315 de 1936 los recaudadores de rentas nacionales deben sacar copia de lo pertinente que haya de quedar en el juzgado para el adelantamiento del negocio en lo que hubiere lugar, para que puedan remitir a la justicia ordinaria originales los elementos de juicio en que se apoya la tercería.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Estando para decidir el recurso de reposición interpuesto por el señor Jorge Barrault contra el auto de esta sala de fecha 25 de julio último, en virtud del cual hízose una declaración parcial de nulidad en lo atinente al juicio ejecutivo adelantado por el juez nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá contra Jorge Matéus y sus fiadores Ramón Díaz Morales e Isidro Rodríguez, observa la Corte que el respectivo incidente de nulidad propuesto por el citado Díaz Morales era inadmisible, ya que esta sala carecía de competencia para conocer de él.

En efecto, este proceso vino a la Corte para tramitación y fallo de las tercerías resultantes de la acumulación de los juicios ejecutivos relacionados en el auto que la decretó proferido por el mismo funcionario ejecutor (fls. 16 a 17 v. del c. número 3).

Antes de que empezara en la Corte la tramitación de dichas tercerías propuso el doctor Díaz Morales el incidente de nulidad en mención.

De conformidad con el artículo 1060 del código judicial, la justicia ordinaria es hábil para conocer únicamente del incidente de tercería, de suerte que carece de competencia para conocer de las demás incidencias que se presenten dentro del juicio principal.

Ahora bien; por el hecho de que en un juicio por jurisdicción coactiva promueva un particular tercería, bien directamente o ya por la vía de la acumulación de juicios ejecutivos, el juez ejecutor no pierde el conocimiento del juicio principal, y es ante él ante quien deben promoverse todos los incidentes relacionados con tal juicio. De ahí que por disposición expresa del artículo 1315 de 1936 los recaudadores de rentas nacionales deben sacar copia de lo pertinente que haya de quedar en el juzgado para el adelantamiento del negocio en lo que hubiere lugar, para que puedan remitir a la justicia ordinaria originales los elementos de juicio en que se apoya la tercería.

Y es porque promovida la tercería no hay imposibilidad jurídica en que el juicio ejecutivo continúe adelantándose, según lo expresa él art. 1068 del código citado: "el incidente sobre tercerías no suspende el curso del juicio ejecutivo..."

En corroboración de lo expuesto puede citarse aquí lo que esta misma sala dijo en auto de fecha 14 de noviembre de 1939 proferido dentro del juicio ejecutivo de la nación contra la sociedad minera "De la Roche Gavia & Cía.", juicio en el cual

el señor Luciano Vélez Calle se presentó y fue admitido como tercerista:

"El incidente de nulidad del juicio ejecutivo, debe tener dos instancias, la primera ante el funcionario que adelanta la ejecución y la segunda ante la entidad que establezca la ley, de acuerdo con la cuantía. En el caso que se estudia se ha pretermitido una instancia, porque la solicitud de nulidad del juicio se ha dirigido a esta Sala, que sólo conoce del negocio para el fallo de un incidente de tercería. Por consiguiente, carece de jurisdicción para resolver".

Cabe agregar, por último, lo que el art. 11 del mismo decreto 1315 de 1936 dice al respecto:

"Las demás incidencias que en estos juicios se promuevan como las de desembargo, nulidad de lo actuado, acumulación de autos, bien sea que hayan de decidirse de plano o mediante el trámite de las articulaciones u otro especial, serán desatadas por los funcionarios ejecutores, y de la apelación de sus fallos conocerá la justicia ordinaria, según la cuantía del negocio, como se prevé en las disposiciones anteriores". (Lo subrayado es de la sala).

Las precedentes consideraciones imponen como consecuencia necesaria la total revocación del auto de esta sala de fecha 25 de julio del año en curso.

A mérito de lo expuesto, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia REVOCA en todas sus partes el auto de fecha veinticinco de julio del corriente año proferido en el incidente de nulidad propuesto por el doctor Ramón Díaz Morales.

Cópiese y notifíquese. Ejecutoriada esta providencia, continúe adelantándose la tramitación de las tercerías.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Chaves — Hernando García Pachón, Ofl. Mayor.

OPOSICION A UN DESLINDE.—BIENES DE DOMINIO PUBLICO Y BIENES FISCALES DOMINIO DEL ESTADO SOBRE LOS BALDIOS.—NATURALEZA JURIDICA DEL JUICIO DE DESLINDE

1.—Los Tribunales pueden comisionar a los jueces de circuito para la práctica de diligencias judiciales, como deslindes, etc., caso en el cual la diligencia practicada por el comisionado se entiende como si lo hubiese sido por el comitente mismo, según se deduce de los artículos 133 y 134 del C. J. Aunque sea el Tribunal pleno el que debe pronunciar la decisión final relativa al señalamiento de los linderos, esto no impide que el Tribunal pueda comisionar a un Juez para la práctica de la diligencia. —2.— Según nuestro sistema legal, el patrimonio del Estado se descompone en bienes del dominio público y bienes fiscales. Los primeros se caracterizan por su condición de inalienables e imprescriptibles. Los bienes fiscales o del dominio fiscal, según clasificación de modernos expositores de derecho, pueden ser: fiscales comunes, estrictamente fiscales, y fiscales adjudicables, que son los destinados por las leyes fiscales a la adjudicación a particulares, mediante el lleno de los requisitos que en las mismas leyes se establecen. Es evidente que el dominio fiscal, el que tiene el Estado sobre los baldíos, así como el que tiene sobre los bienes de uso público, difiere, por varios aspectos, del derecho de propiedad privada. Pero igualmente es evidente que ciertos hechos, como la apropiación por el Estado de los productos de los bienes fiscales adjudicables, carecería de explicación si se desconoce que al Estado y demás entidades de derecho público asiste un derecho de propiedad sobre los bienes de que se trata. Derecho de propiedad "sui generis", sin duda, pero innegable derecho de dominio. Consecuencia de ese derecho de propiedad que el Estado tiene sobre los baldíos es el poder ser éstos gravados con servidumbre, y el poderse otorgar el usufructo de ellos No se ve, por otra parte, por qué si la persona moral o entidad de derecho público puede ejercitar para la protección del dominio público y de los bienes fiscales las mismas acciones que un propietario propiamente dicho, principalmente, las acciones reivindicatoria y posesoria, no haya de tener la acción de deslinde, la que, dicho sea de paso, está expresamente reconocida en la legislación fiscal, como puede verse en la Ley 45 de 1917.—3—El juicio de deslinde no tiene por objeto recuperar la posesión, el dominio, el usufructo o el uso de porciones de tierra de que se haya privado a quien alegue y pruebe algún derecho real en ella. Dicho juicio tiene por único fin el de fijar, aclarar o rectificar la línea de demarcación entre dos o más predios vecinos y fijar los correspondientes hitos o mojones con vista de las escrituras, documentos y demás pruebas que les sean presentadas al juzgador. Quizá vale decir que es éste un juicio de carácter puramente geográfico o geométrico, en que toda otra cuestión sería en él extraña, dada la naturaleza especial, conforme a los artículos 862 y siguientes del Código Judicial.—4—En una demanda de oposición al deslinde se puede pedir que la línea divisoria se fije teniendo en cuenta tales o cuales linderos, aunque no aparezcan expresados en la demanda con que se

inicia el juicio de deslinde. Es partición en consecuencia obligada de la disconformidad del opositor. Otra cosa es que no prospere la petición sobre linderos, hecha en la demanda de oposición, por no haberse aducido pruebas irrefragables de que son los indicados por el opositor los verdaderos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre doce de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

Gabriel Cibedes Jiménez, mayor de edad y vecino de Santa Marta, en su condición de apoderado de la Nación, demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el deslinde y amojonamiento del terreno baldío conocido con el nombre de El Bongo, situado en el distrito de Aracataca, Departamento del Magdalena, terreno que colinda —se dijo en la demanda— por su lado oriental con los terrenos llamados de Santa Ana, los cuales fueron vendidos por el señor Ramón B. Jimeno a la Sociedad Anónima United Fruit Company por instrumento público número 967 de 2 de julio de 1910, otorgado en la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá. La alinderación de Santa Ana, conforme a este instrumento, es la siguiente: "Por el costado Oeste, con el terreno llamado El Bongo; por el costado Este, con terreno llamado La Concepción, Teobromina y Las Flores; por el costado Norte, con terrenos llamados Gavilán y Mientrastanto; y por el costado Sur, con los terrenos de San Matías, Río Fundación de por medio".

Como hechos de la demanda, se expresaron éstos:

1º—Los disturbios que con frecuencia se suscitan entre los colonos que ocupan los baldíos de El Bongo y los dueños de los terrenos de Santa Ana;

2º—La Nación es dueña de los terrenos baldíos que se hallen dentro de los límites territoriales, conforme a la Constitución y leyes de la República;

3º—La Nación, como dueña de los terrenos baldíos, puede demandar en cualquier tiempo y cuando lo considere necesario el deslinde de éstos con los terrenos de particulares;

4º—Los terrenos de El Bongo se encuentran comprendidos en el hecho segundo de que hablo anteriormente;

5º—El lindero que separa los baldíos de El Bongo de los terrenos de Santa Ana, según aparece de la escritura pública número 967 de 2 de julio de 1910 de la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, por la cual adquirió la United Fruit Company el dominio y posesión de dichos terrenos, es un lindero indeterminado;

6º—Por ser un lindero indeterminado el que separa las tierras de Santa Ana de los baldíos nacionales de El Bongo, la United Fruit Company, propietaria de aquellas tierras, ocupa sin título ninguno, una porción de tierra que es baldía y parte integrante de los terrenos de El Bongo".

Y en derecho, apoyóse el libelo en los artículos 44 del C. F. y sus concordantes, 900 del C. C., 862 y siguientes del nuevo Código Judicial y 202 de la Constitución Nacional.

Practicóse la diligencia en la fecha señalada, y como el apoderado de la Nación no se conformase con el deslinde practicado, es decir, con la línea divisoria señalada por el Juez, acudió a la vía ordinaria por medio de la demanda de oposición de fecha 16 de julio de 1934, en la que pide que mediante un juicio ordinario, con citación y audiencia de la Magdalena Fruit Company, sucesora de la United Fruit Company, entidad la primera que tiene su domicilio en el Estado de Delaware, Estados Unidos de Norte América, negocios permanentes en esta República de Colombia y representada por el señor Feorge S. Begnec, mayor y vecino de Santa Marta, se declare por sentencia definitiva:

"Primero.—Que la línea señalada por el señor Juez del Circuito de San Juan de Córdoba, en ejercicio de la comisión que le dio ese Tribunal, como lindero occiden-

tal de los terrenos de Santa Ana, antes de la United Fruit Company, y hoy de la Magdalena Fruit Company, para separarlos de los baldíos nacionales de El Bongo, no es la línea limétrofe de estos dos predios, por cuanto por ella se despoja a la Nación de una gran porción de terreno;

"**Segundo.**—Que el deslinde de las tierras de Santa Ana con los baldíos de El Bongo, efectuado en la forma y términos en que se hizo por el citado Juez de San Juan del Córdoba, no tiene asidero jurídicho, ni fundamento legal alguno, si se atiende a los títulos y documentos que existen en el juicio.

"**Tercero.**—Que en consecuencia, se señalen el río Ají, como lindero que separa los baldíos de El Bongo de los terrenos de Santa Ana, que es el lindero que efectivamente los delimita.

Como hechos fundamentales de la demanda de oposición, figuran éstos:

Primero—Los títulos y documentos que corren en autos establecen con claridad el derecho que tiene la Nación sobre el terreno cuyo deslinde se ha pedido;

Segundo—El señor Juez fijó la línea divisoria de los terrenos de Santa Ana con los baldíos de El Bongo en los siguientes términos: "Por tanto, este Juzgado, como comisionado, etc., etc. . . . adopta como lindero oriental El Bongo, baldío nacional, con relación al predio de Santa Ana de la United Fruit Company, antes determinado, una recta que partiendo del lindero norte llegue a un punto distante del río Fundación, distante dos mil metros, según el plano presentado por el vocero de la United Fruit Company, y distante mil trescientos metros, según el plano presentado por el apoderado de la Nación, línea recta que se encontró en el terreno demarcado por una cerca de alambre, y con un mojón en su extremo sur y otro en su extremo norte. Tal recta, según el plano de la United Fruit Company, tiene una extensión poco más o menos de cuatro mil cien metros y según el plano presentado por el apoderado de la Nación tres mil seiscientos metros. El mojón extremo sur de la recta en cuestión está en la intersección del camino antiguo de El Bongo con dicha recta.

Tercero—La línea divisoria de los baldíos de El Bongo, con los terrenos de Santa Ana, fijada por el señor Juez del Circuito de San Juan del Córdoba, no deslinda los mencionados terrenos.

Cuarto—La línea fijada por el señor Juez del Circuito de San Juan del Córdoba, para separar los terrenos de Santa Ana de los baldíos nacionales de El Bongo, despoja a la Nación de una considerable porción de terreno.

Quinto—La línea tomada como lindero por el señor Juez del Circuito de San Juan del Córdoba, no tiene antecedentes ni fundamento en escritura, ni documento alguno.

Sexto—El lindero que separa los terrenos baldíos de El Bongo de los de Santa Ana, es el río Ají.

Séptimo—Los terrenos de Santa Ana forman una isla cuyos linderos son dos brazos del río principal de la Fundación y la Ciénaga Grande.

Octavo—El lindero occidental, según la escritura pública número 967 de fecha 10 de julio de 1910, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá y la escritura pública número 185 de 13 de junio del presente año en que vende la United Fruit Company a la Magdalena Fruit Company dichos terrenos, es un lindero impreciso, indeterminado.

Noveno—Los linderos de los terrenos de Santa Ana, conforme a las escrituras mencionadas en el hecho inmediatamente anterior, son los siguientes: "por el costado Oeste, con los terrenos llamados El Bongo; por el costado Este, con terrenos llamados La Concepción, Teobromina y Las Flores; por el costado Norte, terrenos llamados Gabilán y Mientrastanto; y por el costado Sur, terrenos de San Matías, río Fundación de por medio".

Décimo—La Nación es dueña de los terrenos baldíos que se hallan dentro de los límites territoriales conforme a la Constitución y leyes de la República.

Como fundamentos de derecho se invocan los artículos 202 de la Constitución

Nacional; 44 del C. F. y sus concordantes; 900 y 2594 del C. C. y 862 y siguientes y 870 del C. J.

La Compañía demandada dio contestación, por medio de su apoderado, al libelo en los términos siguientes: "... Niego la petición del opositor y contesto los hechos así:

Al primero, no es cierto; al segundo, es cierto en cuanto concuerda con la diligencia de deslinde; al tercero, no es cierto. La línea sí deslinda los terrenos de que se trata; al cuarto, no es cierto; al quinto, no es cierto. Además, esa línea es la única que corresponde a la actual realidad titular. Al sexto, no es cierto; al séptimo, no es cierto; al octavo, por haber estado determinado por línea precisa el lindero occidental antes de practicarse el deslinde, fue por lo que éste se practicó; al noveno, es cierto, en cuanto concuerde con el contenido de los respectivos instrumentos; al décimo, la Nación sólo es dueña de los terrenos baldíos, o sea de los que realmente le pertenecen".

Seguido el juicio por los trámites legales, le puso término a la primera instancia el Tribunal Superior de Santa Marta con el fallo de 7 de febrero de 1939, en cuya parte resolutiva se dice que no hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones pedidas por el actor en el libelo de oposición.

Por apelación de ese fallo, interpuesta por el representante de la Nación, ha subido el asunto a esta Superioridad, en donde sustanciada la instancia con arreglo a derecho, se procede a resolver lo pertinente, teniendo en cuenta lo alegado y probado por las partes.

Cuestión de incompetencia.

Insiste la parte demandante en que la diligencia del deslinde, practicada por el Juez del Circuito de San Juan del Córdoba, como comisionado por el Tribunal Superior de Santa Marta, está afectada de nulidad por incompetencia de jurisdicción, ya que esa diligencia, en su concepto debió practicarse por el Tribunal Pleno, y no se concibe, a su entender, que estando como está dicho Tribunal compuesto de varias personas, pueda ser sustituído por una sola, el Juez comisionado.

Ya sobre este particular dijo la Corte en auto de 13 de marzo de 1935: "En relación con el hecho de que el deslinde debió practicarlo el Tribunal en Pleno, como lo resolvió la Corte en sentencia de 4 de diciembre de 1920, basta considerar que si el Tribunal puede, de acuerdo con una disposición legal, comisionar a los jueces y funcionarios para la práctica de diligencias judiciales, es evidente que las diligencias practicadas por el comisionado, se consideran hechas por el comitente y es también cierto, como se observa por la contraparte, que aunque el deslinde o cualquier otra diligencia que se practique implique una cuestión de fondo, ello en manera alguna le quita su carácter técnico de diligencia. El deslinde, pues, practicado por el Juez del Circuito de San Juan del Córdoba, será siempre una diligencia judicial que se considera efectuada por el mismo Tribunal, en virtud de los citados artículos 133 y 134 del Código Judicial. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, fechada el 4 de diciembre de 1920, y que se cita por el peticionario, se refiere a un caso muy distinto, cual es el de haberse practicado el deslinde por el Magistrado Sustanciador y el Secretario solamente, cuando debió hacerse por todo el Tribunal, siendo entonces procedente la nulidad; empero, en el caso que se estudia, se repite, el deslinde se considera hecho por todo el Tribunal que suscribió el auto por el cual se confirió la comisión al Juez del Circuito de Ciénaga".

Y en proveído de 28 de septiembre del mismo año de 1935, en que se resolvió un escrito de reposición del auto anterior, se dijo: "La Corte, en sentencia de fecha 4 de diciembre de 1920, citada por el demandante, estableció que en los juicios de deslinde en que tiene interés la Nación, es el Tribunal Pleno, como Juez de la causa, el que debe pronunciar la decisión final relativa al señalamiento de los linderos. Pero esto no impide que el Tribunal pueda comisionar a un Juez para la práctica de la diligencia, con arreglo a las dis-

posiciones citadas. En el presente caso, la comisión fue conferida por todo el Tribunal, como aparece del auto de fecha 28 de noviembre de 1933, dictado por el Tribunal Pleno (folio 34 vuelto del cuaderno principal).

"En la providencia que se estudia, la Sala estimó que es un error considerar que el señalamiento de linderos entre dos predios, verificado por un Juez como resultado de la diligencia de que trata el artículo 869 del C. J. equivalga a una sentencia, porque sólo la declaratoria de que el deslinde practicado queda en firme, hecha de conformidad con lo ordenado en el artículo 871 del mismo Código, es lo que constituye tal sentencia. Efectivamente, si es verdad que la determinación de las líneas divisorias es la diligencia más importante del juicio de deslinde, no puede considerarse como la sentencia. Por otra parte, hay disposición expresa del Código Judicial, como ya se dijo, que permite practicarla por medio de Juez comisionado. La sentencia en este juicio es, como lo estimó la Corte, la que declara en firme el deslinde y ordena inscribir el fallo en la Oficina de Registro y cancelar la inscripción de la demanda".

Queda, pues, descartada la cuestión de incompetencia que planteó el recurrente.

Como se dice en el resumen presentado por el ponente el día de la audiencia en el presente juicio, dos cuestiones surgen de las alegaciones hechas por los contendientes: **Tiene la parte demandante la acción de deslinde que ha ejercitado? Cuál es el verdadero lindero por el costado Oeste de los terrenos de Santa Ana, de propiedad de la Magdalena Fruit Company para separarlos de los colindantes baldíos de El Bongo?**

Si se da una solución negativa a la primera cuestión, huelga, como es obvio, el examen de la segunda.

I

Tiene el Estado la acción de deslinde en el presente caso?

El personero de la parte demandada en esta instancia, sostiene que nó. Y razona así: "Sólo puede promover esta acción el que tenga el doble carácter de poseedor y de propietario del predio que pretende deslindar (véase artículo 862 del C. J.; Josserand, tomo primero número 1437 bis). La Nación no es poseedora ni propietaria de El Bongo. Según el libelo de demanda, El Bongo es un terreno baldío. Si es terreno baldío, su situación jurídica con respecto a la Nación es totalmente distinta de la situación jurídica de un predio de propiedad particular con respecto a su dueño. La noción de baldío excluye la de propiedad. La Nación no es propietaria de los baldíos a pesar de que lo contrario se haya dicho frecuentemente con harta impropiedad. La propiedad, según nuestro Código Civil, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. Ahora bien: los baldíos, de acuerdo con el C. Fiscal, están especialmente destinados a la adjudicación en favor de cultivadores y colonos que adquieren la propiedad de ellos por su cultivo u ocupación con ganados, al fomento de obras públicas, a la adjudicación en favor de los descubridores de minas y de los tenedores de títulos de concesión o de deuda pública y a las adjudicaciones para servicios públicos departamentales.

De suerte que aun cuando el mismo C. Fiscal diga que los baldíos son de propiedad nacional, es claro que esa expresión, harto impropia por lo demás, no puede tomarse en el sentido de que la Nación tenga sobre los baldíos un derecho que se parezca siquiera al verdadero derecho de propiedad. Por encima de una mala terminología está la naturaleza misma de las cosas,, y la naturaleza del baldío es incompatible con la noción de propiedad por parte de la Nación. Si realmente la Nación fuera propietaria de los baldíos, la propiedad de estos no podría ser adquirida por su simple cultivo u ocupación con ganados, ni ellos estarían destinados a la adjudicación".

En apoyo de su tesis, el representante

de la entidad demandada aduce un fallo de esta Sala, fechado el 15 de julio de 1937, en que se dice: "El doctor Miguel S. Uribe Holguín, apoderado del opositor, afirma, refiriéndose a los requisitos y comprobaciones exigidos por el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, que no es indispensable, para demostrar el dominio privado del petróleo, que se acredite que los terrenos salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, porque dicha exigencia no se compadece con el control que el Estado ejerce sobre las tierras baldías, **que no es el de dueño y señor de ellas las que por lo mismo no se hallan en el patrimonio de la Nación** y no hallándose, mal pueden salir de él para pasar al patrimonio de los particulares: los baldíos —dice— no están, ni han estado durante la República, por lo menos en el patrimonio del Estado. Y agrega que el Estado no tiene dominio privado de los baldíos, aunque el artículo 44 del Código Fiscal reza que le pertenecen, y el 675 del Código Civil, que son bienes del Estado; pues los baldíos son cosas de dominio público, adjudicables, sobre los cuales tan sólo tiene el Estado una especie de Superintendencia; el poder público los adjudica, no la persona jurídica del Estado.

"La Sala juzga acertadas estas opiniones, pero no las estima bastantes para demostrar que los baldíos no son susceptibles de pasar del patrimonio del Estado al patrimonio de los particulares.

"La Nación no tiene sobre los baldíos un dominio privado, de persona jurídica, pero sí ejerce sobre ellos el control de que habla el opositor, en virtud del cual mientras el Estado, por un acto de poder público no los adjudica, ellos no pasan al dominio de particulares. Están, pues, los baldíos formando parte de un patrimonio jurídico del Estado, pero que indudablemente es el "patrimonio nacional", en cuanto comprende bienes o cosas que son del dominio público. El Estado es el guardián de ese dominio público de la Nación. Y los bienes que con tal carácter posee constituyen un patrimonio que le pertenece como representante de los intereses de la comunidad".

Hasta aquí la cita que se hace del fallo de 15 de julio de 1937. Pero a fin de que se conozca mejor el pensamiento de la Sala, se transcribe lo que sigue del mismo fallo:

"De otro lado, la distinción propuesta, si bien de interés en el campo puramente técnico o científico, carece de importancia práctica, desde que las leyes, entre otras el artículo 44 del Código Fiscal, que dice que el Estado es dueño de los baldíos "por carecer de otro dueño", y el propio artículo 10 de la Ley 160 de 1936, que habla de los terrenos que salieron legalmente "del patrimonio nacional", han entendido que el Estado ejerce una especie de dominio sobre los baldíos. Tal dominio no es ciertamente, el dominio privado, pero sí es dominio. Siéndolo, no es ilógico que se diga que los baldíos pasan del poder del Estado al de los particulares. En este sentido debe entenderse el fenómeno jurídico que se opera todas las veces en que el Estado se desprende legalmente de sus tierras baldías en beneficio de terceros".

Considera la Corte: según nuestro sistema legal, el patrimonio del Estado se descompone en bienes del dominio público y bienes fiscales. Los primeros se caracterizan por su condición de inalienables o imprescriptibles. Los bienes fiscales o del dominio fiscal, según clasificación de modernos expositores de derecho, pueden ser: fiscales comunes, estrictamente fiscales, y fiscales adjudicables, que son los destinados por las leyes fiscales a la adjudicación a particulares, mediante el lleno de los requisitos que en las mismas leyes se establecen.

Es evidente que el dominio fiscal, el que tiene el Estado sobre los baldíos, así como el que tiene sobre los bienes de uso público, difiere, por varios aspectos, del derecho de propiedad privada. Pero igualmente evidente es que ciertos hechos, como la apropiación por el Estado de los productos de los bienes fiscales adjudicables, carecería de explicación si se desconoce que al Estado y demás entidades de derecho público asiste un derecho de pro-

piedad sobre los bienes de que se trata. Derecho de propiedad **sui generis**, sin duda, pero innegable derecho domínico.

Como observa Coviello, "ciertamente si nos queremos atener al concepto de propiedad de derecho privado, ésta se encontraría en evidente contradicción con la índole de los bienes dominiales. Pero si se reconoce que el contenido de la propiedad puede variar según la naturaleza del sujeto (individuo, o persona jurídica), y según la del objeto (muebles e inmuebles) y de su destino especial (minas, bosques), no parecerá extraño concebir una propiedad sobre los bienes que tienen por objeto el uso público, como sobre los bienes que tienen por fin la utilidad privada y que constituyen la regla: una propiedad de derecho público al lado de la de derecho privado. Por lo demás, tal opinión está confirmada por el mismo C. Civil que en el artículo 406 reconoce una propiedad pública aparte de la privada, y por el artículo 21 de la ley sobre trabajos públicos, que declaran propiedad del Estado el suelo de los caminos nacionales, y que declaran propiedad del Estado el suelo de los caminos nacionales, y propiedad de los municipios el de los caminos municipales. Además, cuando se habla de los bienes con relación a las personas a que pertenecen, se dice que los bienes del Estado se distinguen en bienes de dominio público y bienes patrimoniales (artículo 426), (X), de donde resulta evidente que tanto los unos como los otros son objeto de una relación jurídica única, aún siendo diversa su destinación. De aquí que la disposición del Código, por la cual los bienes de dominio público pasan al patrimonio del Estado una vez cesada su destinación a un uso público debe considerarse como una consecuencia del derecho de propiedad del Estado sobre los bienes dominiales, y por ende aplicable aun a los bienes de uso público de la provincia y del municipio".

Lo dicho por Coviello, en relación con la legislación italiana, tiene cumplida aplicación en nuestro sistema legal. En efecto, también nuestro Código Civil reconoce una propiedad pública aparte de la privada, y establece que los bienes del Estado pueden ser de uso público o bienes fiscales, que también se llaman patrimoniales del Estado.

Por lo demás, del mismo fallo citado por el Personero de la parte demandada, resulta que esta Sala de la Corte no ha desconocido el principio de que los baldíos están en el patrimonio del Estado, y si lo están, es precisamente porque son de su propiedad, como terminantemente lo reconocen los Códigos Civil y Fiscal de la Nación. Consecuencia de ese derecho de propiedad que tiene el Estado sobre los baldíos, es el poder ser éstos gravados con servidumbre, y el poderse otorgar el usufructo de ellos.

No se ve, por otra parte, por qué si la persona moral o entidad de derecho público puede ejercitar para la protección del dominio público y de los bienes fiscales las mismas acciones que un propietario propiamente dicho, principalmente, las acciones reivindicatoria y posesoria, no haya de tener la acción de deslinde, la que dicho sea de paso, está expresamente reconocida en la legislación fiscal, como puede verse en la Ley 45 de 1917.

Dada la finalidad que se persigue en el deslinde —fijar los límites de dos propiedades contiguas por medio de la colocación de mojones o de cualquier otro signo de separación usado en el país— no se ve ninguna razón de orden jurídico para privar al Estado del derecho que asiste a todo propietario para pedir que se haga esa delimitación.

II

Cuál es el verdadero lindero por el costado Oeste de los terrenos de Santa Ana, de propiedad de la Magdalena Fruit Company, para separarlos de los colindantes baldíos de El Bongo?

El Juez comisionado, según consta en la diligencia de deslinde y amojonamiento después de oír a los interesados y a los peritos auxiliares, vistos los documentos presentados y previas algunas considera-

ciones, adoptó "como lindero oriental de El Bongo, baldío nacional, con relación al predio de Santa Ana de la United Fruit Company, antes determinado, una recta que partiendo del lindero norte llega a un punto distante del río Fundación, distante dos mil metros según el plano presentado por el vocero de la United Fruit Company y distante mil trescientos metros según el plano presentado por el apoderado de la Nación, línea recta que se encontró en el terreno demarcado por una cerca de alambre y con un mojón en su extremo sur y otro en su extremo norte. Tal recta según el plano de la United Fruit Company tiene una extensión poco más o menos de cuatro mil metros, y según el plano presentado por el apoderado de la Nación tres mil seiscientos metros. El mojón extremo sur de la recta en cuestión está en la intersección del camino antiguo de El Bongo con dicha recta".

Qué fundamento tuvo el Juez comisionado para determinar el lindero de que se trata en la forma expresada? Estos: la exposición pericial de la cual resulta que "durante todo el trayecto recorrido se pudo constatar que la mayor parte del terreno discutido por la Nación y la Compañía se encuentran cultivados por bananos, cruzados con canales, obras de drenaje, con casa de habitación, cercas de alambres, etc. Que el lindero occidental del predio de Santa Ana en la hipótesis de que el predio fuera el que alega la United Fruit Company, y tal como está representado en los planos que obran en autos, sería demarcado por una recta que partiendo del lindero norte llega a un punto distante del río Fundación distante dos mil metros según el plano presentado por el vocero de la United Fruit Company y distante mil trescientos metros según el plano presentado por el apoderado de la Nación, línea recta que se encontró en el terreno demarcado por una cerca de alambre y con un mojón en su extremo sur de la recta y otro en su extremo norte. Tal recta, según el plano de la United Fruit Company, tiene una extensión poco más o menos de cuatro mil cien metros, y según el plano de la Nación tres mil seiscientos. El mojón extremo sur de la recta en cuestión está en la intersección del camino antiguo de El Bongo con dicha recta. Que el río Ají nace del río principal de la Fundación, lindero sur del predio a una distancia más o menos de tres mil metros del lindero oriental y sigue una dirección noroeste dentro del predio de Santa Ana tal como lo suponen la composición de éste la United Fruit Company. y por consiguiente el río Ají es en lo general el lindero nordeste de los terrenos de El Bongo. Que los linderos generales que expresa la escritura número 967 de 2 de julio de 1910, por la cual la United Fruit Company compró a don Ramón B. Jimeno son los expresados tanto en el plano presentado por el apoderado de la Nación como por el vocero de la United Fruit Company, es decir, que en dicho plano los linderos de Santa Ana, del Santa Ana que pretende la United Fruit Company, son en términos generales por el oeste, El Bongo; por el norte, terrenos de Gabilán y Mientrastanto; por el este, La Concepción, Teobromina y terrenos de Las Flores; y por el sur, terrenos de San Matías y río de Fundación, de por medio. Que si, pues, el apoderado de la Nación ha solicitado el deslinde de las tierras de El Bongo por su lado oriental con los llamados terrenos de Santa Ana, y únicamente por el oriental (oriental de El Bongo y occidental de Santa Ana), y resultando, como ha resultado, que el río Ají pretendido por la Nación como lindero entre los dos fundos no queda situado al oriente del uno ni al occidente del otro, mal se puede, en contra de la realidad de los hechos, adoptarse dicho río como lindero oriental de El Bongo, que es el que la Nación ha demandado que se fije y determíne. El Juez comisionado no puede, como no podría en su caso el comitente, demarcar y amojonar otra línea distinta a la solicitada, ya que la Compañía demandada ha comparecido a este lugar solamente para discutir el lindero occidental de su predio, o el oriental de El Bongo, baldío nacional. No ha sido citada para

otra cosa. Que de las mismas pruebas aducidas por el personero de la Nación resulta que el predio de Santa Ana que se trata de deslindar es el mismo que compró la United Fruit Company a don Ramón B. Jimeno por escritura pública número 967 de 2 de julio de 1910, de la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, de la cual, así como del plano presentado por el mismo personero, resulta que el baldío El Bongo queda al oeste del Santa Ana descrito en la escritura de que se trata. Que el predio de Santa Ana, tal como lo describen el plano y la escritura de que se ha hablado, según la copia de la sentencia que se presentó en el acto de la diligencia, materia de un ruidoso pleito entre la United Fruit Company y la Nación, intentado por ésta contra aquélla y que versó sobre reivindicación de dicho predio y finalizó en segunda instancia con un fallo absolutorio pronunciado por la Corte Suprema de Justicia, que de ese fallo se deduce con claridad meridiana que no se consideró el Santa Ana en forma de isla triangular que tuviera el río Ají por un lado, el Pancú por otro y la Ciénaga Grande por el tercero, tal como lo concibieron Joaquín A. Munive en 1840; Catalina Munive, en 1877, y Emiliano Restrepo, en 1916, sino por los linderos a que refiere la escritura número 967 ya citada.

Hizo, además, el Juez comisionado, estas consideraciones: "más aún, la escritura número 967 de 1910, por medio de la cual la United Fruit Company compró a don Ramón B. Jimeno, le asigna al predio de Santa Ana, el Santa Ana que en esta diligencia se trata de deslindar y que fue el objeto de la demanda en el juicio de reivindicación y el que consagró la Corte Suprema de Justicia en favor de la United Fruit Company, esa escritura, se repite, le asigna a dicho fundo una cabida de siete mil seiscientas hectáreas aproximadamente, no por los linderos arcillosos del Santa Ana antiguo, el de la forma de isla, sino por los expresamente consignados en el referido instrumento, que son los mismos que figuran en los planos presentados por las partes como lo han informado los peritos.

"Y tanto es ello cierto, que el mismo apoderado de la Nación, al demandar este deslinde, pidió precisamente que se deslindara El Bongo por el lado oriental con los terrenos de Santa Ana, determinando este último fundo no por aquellos documentos de vieja data a que se refiere el vocero de don Ramón B. Jimeno, doctor Restrepo, sino por los escriturados en el instrumento público número novecientos sesenta y siete, tantas veces citado, cuyo registro se negó la Corte a cancelar.

"Pudo, pues, tener el fundo de 'Santa Ana' antiguamente la forma de una isla triangular, uno de cuyos linderos era el río Ají; es también posible la hipótesis de que el señor Jimeno vendiera a la United Fruit Company por el nombrado instrumento mucho más tierras de las que aquél heredó de doña Catalina Munive; pudo también decir el vocero doctor Restrepo que el fundo de 'Santa Ana' afectaba la forma de una isla, la de que antes se ha hablado (siendo de advertir que dicho vocero no lo era de la United Fruit Company, y también que su confesión en un alegato no podía perjudicar a su verdadero cliente), pues lo que hoy no puede discutirse, ni ponerse en duda, es que el predio de 'Santa Ana' que hoy debe deslindarse de los terrenos de El Bongo, por el costado oriental de éstos últimos, conforme en la demanda se solicita, es el 'Santa Ana' de que trata la nombrada escritura número novecientos sesenta y siete, y por los linderos en ella señalados —representados gráficamente en los planos— ya que fue este título el que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia, y nos los otros, para absolver a la citada Compañía, y reputarla como verdadera dueña de los terrenos de Santa Ana, y la que le daba la posesión efectiva del inmueble. Esta escritura, y ello no hay que olvidarlo, le asigna al fundo de Santa Ana y la que le daba la posesión efectiva de siete mil seiscientas hectáreas, más o menos.

"Y como según este instrumento el lin-

dero Oeste de Santa Ana son las tierras de El Bongo y el río Ají, no queda al Oeste de Santa Ana, sino en otra posición, es claro que conforme dicho título no puede adoptarse este arcifinio como lindero Oriental de El Bongo, y Occidental de Santa Ana, sin contrariar los linderos mismos de la escritura que la Corte estimó como título traslaticio de dominio en favor de la Compañía demandada. (Véase atrás el concepto pericial).

"Descartada la hipótesis del río Ají, otra es la línea que debe buscarse como lindero Oriental de El Bongo, que lo separe de Santa Ana, ya que diciendo la nombrada escritura número novecientos sesenta y siete que el Santa Ana de la United Fruit Company limita por el costado Oeste, con el terreno llamado El Bongo, necesariamente ese lindero debe existir y determinarse por tanto, a menos que se pretenda desconocer hoy ese título, desconociéndose por tanto la fuerza obligatoria de la sentencia de la Corte, que es tanto como ir contra la cosa juzgada.

"No habiendo pues lindero arcifinio que pueda separar los terrenos de El Bongo por el costado Oriental con el predio de Santa Ana, ni estando determinado expresamente este lindero en la escritura título de la United Fruit Company (y precisamente por lo que es indeterminado se ha solicitado el deslinde por ese costado), debe apelarse a los elementos que se han puesto de presente en esta diligencia para señalarlo.

"El apoderado de la Nación presentó en el curso de estas diligencias la copia de un plano de Santa Ana que como cuerpo cierto figuró en el juicio de reivindicación entablado por la Nación contra la United Fruit Company de que ya se ha hecho referencia. En ese plano los terrenos de Santa Ana están alinderados conforme la escritura número novecientos sesenta y siete se determina, esto es por el costado Oeste con el terreno llamado El Bongo: por el costado Este, con terrenos llamados La Concepción y Therbromina y Las Flores; por el costado Norte, con terrenos llamados Gavilán, Mientrastanto; y por el costado Sur, con terrenos de San Matías, río Fundación de por medio.

"Como lo dice el vocero de la United Fruit Company, y como lo han aceptado los peritos, ese plano es la representación gráfica de los terrenos de Santa Ana, de acuerdo con los linderos señalados en la escritura por la cual la United Fruit Company adquirió los dominios de esas tierras; y aunque es cierto que después de presentado, en una adición a la exposición que antes había hecho, el apoderado de la Nación advierte que él no lo presentó como reconocimiento de que todo el terreno que ese plano encierra pertenece a Santa Ana, sino con el único fin de poner en evidencia que en ese plano no está indicado el verdadero lindero que separa los terrenos baldíos de El Bongo de dicho Santa Ana, que es el río Ají; esa advertencia no contradice el hecho admitido por los peritos de que los linderos del Santa Ana que figuran en el título de la United Fruit Company corresponden a los linderos del mismo predio asignados en el plano.

Pero aun suponiendo que dicho plano no fuera la expresión gráfica del predio llamado Santa Ana (y ya se ha visto que los linderos determinados en él sí corresponden a los de la escritura número 967), como no hay otro documento ni otra prueba que sirva para determinar la línea que separa El Bongo por su lado Oriental de los terrenos de Santa Ana, y como esa línea tiene que existir porque así lo dice el título de dominio de la United Fruit Company consagrado por la Corte como oportunamente se observó, debe estarse conforme lo enseñan múltiples doctrinas de los Tribunales y de la misma Corte, a falta de otra prueba, a lo que resulte de la posesión que cada colindante ejerza sobre su predio. Y cabalmente la línea oriental de El Bongo y occidental de Santa Ana señalada en el plano como divisoria entre el uno y el otro terreno, es la misma que se encontró en el terreno demarcado por una cerca de alambre y con un mojón en su extremo sur y otro en su extremo nor-

te, señales inequívocas de posesión por parte de la United Fruit Company, lo cual demuestra abundantemente la posesión que hasta dicha línea ha venido ejercitando la United Fruit Company sobre dicho costado Oeste".

Razones del apoderado de la Nación para sostener que el predio de Santa Ana linda por el Occidente con el río Ají.

El apoderado de la Nación ha sostenido insistentemente que el lindero oeste de Santa Ana, el Santa Ana vendido por don Ramón J. Jimeno a la United Fruit Company es el río Ají. Y apoya su parecer en el razonamiento que se deriva de lo siguiente: el señor Joaquín Munive, que se dijo dueño de las tierras de Santa Ana, en memorial de fecha 27 de marzo de 1840, dirigido al Juez Segundo parroquial de Ciénaga, en que pide unas declaraciones, menciona el río Ají como lindero occidental de dichas tierras. Catalina Munive, sucesora de Joaquín Munive también menciona, en escritura de 10 de febrero de 1877, el mismo lindero por el lado occidental. Y en consonancia con esos antecedentes, el apoderado de don Ramón Jimeno en el juicio de reivindicación de que se ha hablado, expresó en un alegato que el fundo de Santa Ana era la especie de isla contenida dentro de los brazos del río Fundación llamado el uno río Ají y el otro río Pancú y la Ciénaga Grande. De todo eso y sobre la base de que don Ramón Jimeno fue sucesor de Catalina Munive, concluye el personero de la Nación que un juicio de deslinde para separar los terrenos de Santa Ana de los baldíos de El Bongo debe tener el río Ají como lindero oriental de estos últimos.

Empero, esa conclusión no se impone, por las siguientes razones: para llevar a cabo el deslinde fuerza era tener en cuenta el título con el cual posee la compañía demandada, así como el plano presentado por la propia parte actora, el mismo que figuró en el juicio de reivindicación de que arriba se hizo mérito, y que es la representación gráfica del fundo Santa Ana, tal como lo consideró la Corte en el fallo absolutorio con que terminó el expresado juicio. Ahora, ni del plano ni del título dichos, ni del fallo de la Corte resulta por ninguna parte que el río Ají sea lindero oriental de El Bongo u occidental de Santa Ana.

Como lo dice el apoderado de la compañía demandada "para que los terrenos de El Bongo colinden por su lado oriental con los terrenos de Santa Ana, hay que descartar la hipótesis en que se empeña el actor de que el río Ají sea el lindero, pues la única forma en que podría serlo sería corriendo en dirección norte-sur". Y ya se ha visto por la exposición pericial que ese no es el curso del río Ají; lo que se puede constatar con vista de los planos exhibidos.

Razones del personero de la parte demandada para sostener que la línea divisoria señalada en la diligencia de deslinde es la que corresponde a la realidad.

Son, en el fondo, las mismas que tuvo en cuenta el Juez comisionado. Las expone así el susodicho personero: "para fijar como lindero oriental de El Bongo y occidental de Santa Ana, en lugar del río Ají, la línea que aparece descrita en la diligencia de deslinde y amojonamiento, existen las siguientes razones: 1) Esta línea es la que figura en el plano presentado por el mismo apoderado de la Nación, plano que por lo demás concuerda perfectamente con la escritura número 967 y con la sentencia de la Corte, como que constituye la representación gráfica de los terrenos de Santa Ana; 2) Según el dictamen pericial esa línea (la fijada por el Juez), es la que corresponde, por una parte al plano presentado por el apoderado de la Nación, y, por otra parte, a la descripción de los linderos contenida en la escritura 967 y por consiguiente en la sentencia de la Corte; 3) La línea en referencia (la señalada en el plano presentado por el apoderado de la Nación o sea la misma fijada por el Juez comisionado), es la que corresponde a la posesión de cada colindante sobre su predio, pues tal línea es, ni más ni menos, que la que se en-

contró en el terreno demarcado por una cerca de alambre y con un mojón en su extremo sur y otro en su extremo norte, señales inequívocas de posesión por parte de la United Fruit Co.; 4) La United Fruit Co. tiene plantaciones de guineo y pastos artificiales precisamente en el pedazo comprendido entre el río Ají y la línea señalada por el Juez comisionado, que es el pedazo que, contra sentencia ejecutoriada, pretende reivindicar el demandante bajo las apariencias de un juicio de deslinde; 5) Siendo como es la posesión un elemento decisivo en los juicios de deslinde, a falta de pruebas en contrario, y teniendo la United Fruit Co. posesión sobre la zona comprendida entre el río Ají y la cerca de alambre antes mencionada, que corresponde a la línea divisoria señalada en el plano presentado por el apoderado de la Nación, mal se puede señalar el río Ají como lindero, en vez de la línea mencionada, cuando contra ese elemento de la posesión no adujo el apoderado de la Nación prueba alguna que lo desvirtuara".

Además, sostuvo el apoderado de la compañía demandada, en las audiencias, y de ello hay constancia en el resumen de los alegatos orales, que las pretensiones del apoderado de la Nación son absolutamente incompatibles: a) con la realidad geográfica; b) con el plano que sirvió de representación gráfica de los terrenos de Santa Ana en el pleito sobre reivindicación seguido por la Nación contra la United Fruit Co., y que presentó para el deslinde el doctor Barros, apoderado de la Nación, con advertencia de que era el mismo que había obrado en aquel juicio; c) con la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia que puso término a ese juicio; ch) con la escritura número 967 de 2 de julio de 1910 otorgada ante el Notario Segundo de Bogotá, en la que figura como lindero occidental de Santa Ana, terrenos baldíos de El Bongo, y d) con la extensión que la Corte le reconoció al terreno llamado Santa Ana, pues dicha alta entidad lo que en realidad decidió en el juicio mencionado fue que la compañía era propietaria del terreno llamado Santa Ana, tal como éste aparece en la escritura número 967 y en ésta se dice que dicho terreno tiene siete mil seiscientas hectáreas. Si se aceptaran las pretensiones del doctor Barros el terreno resultaría con cinco mil hectáreas, o sea con una extensión muchísimo menor de la que implícitamente reconoció la Corte.

Considera la Corte: El juez comisionado procedió correctamente en la determinación de la línea divisoria de los predios deslindados tal como aparece en la diligencia de deslinde, no sólo porque el señalamiento de aquella línea consulta la cabida que reza el título exhibido por la empresa demandada, sino también porque está conforme con la realidad de la posesión ejercida por la compañía, según lo pudieron constatar los peritos, en toda la extensión de terreno comprendida entre el río Ají y la línea señalada por el Juez comisionado. No debe perderse de vista que si prosperara la pretensión de la parte actora, ya el predio de Santa Ana vendido por don Ramón Jimeno a la United Fruit Co., y por ésta a la Magdalena Fruit Co., el mismo sobre el cual había reconocido la Corte posesión y dominio a la primera de estas compañías, no tendría la cabida de siete mil seiscientas hectáreas que reza la escritura número 967 tantas veces citada, la que consideró la Corte como título que amparaba a la United Fruit Co. en el pleito de reivindicación que le promovió la Nación, y no quedaría lindando por el oeste, como lo dice esa escritura, con los terrenos de El Bongo. No sería, en suma, el mismo terreno allí descrito y gráficamente representado en el plano que se exhibió tanto en aquel juicio como en el presente.

Todas las alegaciones del apoderado de la Nación parecen encaminadas a demostrar que don Ramón Jimeno vendió a la United Fruit Co. mayor cantidad de terrenos de la que le correspondía. Puede que ello hubiera sido así, es decir, que la compañía retenga efectivamente terrenos que pertenecen a la Nación. Pero el cami-

no escogido para recuperarlos no es el de un juicio de deslinde.

El juicio de deslinde no tiene por objeto recuperar la posesión, el dominio, el usufructo o el uso de porciones de tierra de que se haya privado a quien alegue y pruebe algún derecho real en ella. Dicho juicio tiene por único fin el de fijar, aclarar o rectificar la línea de demarcación entre dos o más predios vecinos y fijar los correspondientes hitos o mojones con vista de las escrituras, documentos y demás pruebas que les sean presentadas al juzgador. Quizá vale decir que es este un juicio de carácter puramente geográfico o geométrico, en que toda otra cuestión sería en él extraña, dada la naturaleza especial, conforme a los artículos 862 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En el fallo apelado se sostiene que los terrenos que en otra época formaron la isla de Santa Ana no son los mismos que actualmente constituyen las tierras del mismo nombre. Esta tesis se combate con muy buenas razones en el salvamento de voto formulado por el magistrado doctor Octavio Gómez, quien sostuvo que lo que puede aceptarse es que no está comprobada la identidad de los dos predios, por no haberse traído a los autos la cadena de los traspasos de la propiedad que enlace la que tuvo Joaquín Munive con la de la señorita Catalina Munive.

En otra parte del salvamento se transcribe como de la sentencia un párrafo que no existe en ella, es a saber: "Con lo que se deja expuesto se acredita que cuando se demandó el deslinde entre El Bongo y Santa Ana no precisó el actor en la parte petitoria, pero ni tampoco en los hechos, que debiera fijarse la línea divisoria en el río Ají. Por eso el Juez comisionado obró en perfecta coherencia con lo pedido al fijar el lindero actual y de que se ha hablado; y es pues, de suponer que las objeciones que se hicieran en la diligencia final del juicio debieron forzosamente ajustarse a las peticiones formuladas por el actor en armonía con los hechos que las respaldaban en el plano del terreno que era objeto del amojonamiento porque, originario de otra procedencia, no eran pertinentes".

"Se contrajo el comisionado obligada y estrictamente a atender el objetivo de la demanda e interpretó él la acción deducida en juicio para mejor corresponder a lo pedido. No podía, pues, considerar cuestiones ajenas a la litis, o, por mejor decir, que se salían del contenido de las pretensiones del actor, como sería sin duda la demarcación en el río Ají, sea que este punto se hallara o no entre los dos predios, porque, como se tiene enunciado, sólo solicitó la fijación de una línea que separara El Bongo de Santa Ana sin darle denominación alguna".

La réplica a lo aseverado en esos párrafos, muy contundente por cierto, resulta improcedente por la razón anotada.

Se transcribe también en el salvamento este otro párrafo: "La oposición, pues, debió formularse, pero con relación al lindero oriental de El Bongo y oeste de Santa Ana descrita por la escritura 967 de dos de julio de 1910 que se señaló en la diligencia de deslinde y no comprender cosas extrañas que carecen de importancia para la decisión, ya que la sentencia tiene que referirse a la demanda exclusivamente".

La Sala está completamente de acuerdo con la forma como se combate en el salvamento la tesis expuesta en el párrafo últimamente transcrito. Evidentemente, en una demanda de oposición al deslinde se puede pedir que la línea divisoria se fije teniendo en cuenta tales o cuales linderos, aunque no aparezcan expresados en la demanda con que se inicia el juicio de deslinde. Esa petición es consecuencia obligada de la disconformidad del opositor. Otra cosa es que, como en el presente caso, no prospere la petición sobre linderos hecha en la demanda de oposición, por no haberse aducido pruebas irrefragables de que son los indicados por el opositor los verdaderos.

Conclusión: No puede prosperar la solicitud hecha en la demanda de oposición para que se declare que el verdadero lin-

dero de Santa Ana por el oeste es el río Ají, porque no se ha demostrado que dicho río sea lindero común entre las dos propiedades a que se refiere el presente negocio.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo recurrido.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial**, y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Pineda Garrido, Srio.

COMPETENCIA EN ASUNTOS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES

El artículo 1º de la Ley 45 de 1939 ordena, haciendo excepción a los principios generales del Código, dos cosas: 1ª Que por la naturaleza del asunto, cual es la de tratarse de garantías y derechos sociales, los juicios que se susciten tomen el procedimiento verbal que es más rápido y menos costoso para las clases trabajadoras, y 2ª Que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regule por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, con el objeto de que a las clases débiles no se les dificulte entablar sus acciones de menor cuantía, sea contra los Departamentos, sea contra la Nación, desde sus propios lugares de trabajo y en condiciones las menos gravosas. En consecuencia, dada la especialidad y el carácter de excepción del artículo citado, respecto a las disposiciones generales del C. J., ha de concluírse que deben conocer los jueces de los negocios a que aquél se refiere, por el procedimiento verbal y teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de las mismas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Raimundo Barrero demandó en juicio ordinario al Departamento de Cundinamarca, por la cantidad líquida de setecientos cinco pesos con dieciséis centavos ($ 705.16) moneda corriente, más los intereses y costas del juicio. Proviene la cantidad de pesos reclamada del trabajo correspondiente a trescientas veinticuatro horas extras como Jefe de la Estación Yomasa en el ferrocarril y tranvía de Oriente; del veinticinco por ciento (25%) como recargo derivado del servicio anterior y del descanso dominical durante siete años y tres meses, en la misma empresa.

Fundamenta el derecho en los hechos siguientes: a) el trabajo continuo en la empresa del ferrocarril y tranvía de Oriente desde el cuatro de junio de mil novecientos veintiocho, cuando era de propiedad particular, hasta el veinticuatro de septiembre de mil novecientos treinta y cinco; b) que desde el primero de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro entró al patrimonio del Departamento de Cundinamarca, el citado ferrocarril; c) que cuando empezaron los trabajos del acueducto de Bogotá en la represa —a mediados de mil novecientos treinta y tres— le tocaba recibir y despachar un tren de carga entre diez y once de la noche, los días lunes, miércoles y viernes servicio que no se le reconoció; d) que la Corte, por sentencia ejecutoriada, condenó al Departamento al pago de la cesantía en su calidad de empleado; e) que le negó el reconocimiento de las prestaciones que ahora reclama, por ser ajenas al procedimiento verbal seguido entonces, y f) que durante siete años y tres meses trabajó los domingos con mayor recargo, sin pagársele sueldo extra.

El Fiscal 2º del Tribunal, notificado de la acción instaurada, se opuso expresamente a las condenaciones pedidas alegando en el actor falta de personería como empleado Departamental desde el año de 1928, y propuso la excepción de prescripción.

En el término de prueba, el Tribunal, en cumplimiento del artículo 455 del C. J., puso en conocimiento de las partes la causal de nulidad del numeral 1º del artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, consistente en la incompetencia de jurisdicción del Tribunal para conocer del negocio, por habérsele encausado por la vía ordinaria y no por el procedimiento verbal como expresamente lo estatuye la ley.

El demandante se dio por notificado del auto que informó del vicio de la nulidad; ratificó lo actuado y solicitó la prosecución del juicio hasta dictar sentencia. Pero el Tribunal consideró inallanable la nulidad y, por consiguiente, en providencia de 28 de noviembre de 1940 declaró aquélla legalmente existente desde el auto admisorio de la demanda.

El señor Procurador Delegado en lo Civil alega que la declaratoria de nulidad de lo actuado es improcedente, porque la causal impetrada —incompetencia de jurisdicción— no responde a la realidad procesal. Y agrega: "En cambio el punto que se pretende desatar, relativo al hecho de haberse dado a la actuación una tramitación distinta de la establecida en la ley, encaja a cabalidad dentro del concepto de **inepta demanda**, según la modalidad que contempla el numeral 3º del artículo 333 del C. J."

Del auto aludido apeló el actor, en el efecto suspensivo, por lo cual, surtido el recurso y agotado el procedimiento ante la Corte, se entra a decidir.

Se considera:

No hay lugar en esta sentencia al examen de las cuestiones contempladas por el Tribunal, porque antes de hacerlo se impone el análisis de otro punto, también sobre competencia, que es esencial en el conocimiento de negocios como el de que ahora se trata.

La incompetencia de jurisdicción, o la falta de ella en el juez o tribunal que conoce de una controversia jurídica, acarrea nulidad de lo actuado, al tenor del artículo 448, ordinal 1º del Código Judicial. Y los autos o resoluciones surtidos en su proceso, por persona investida de autoridad que no tiene el grado jerárquico judicial que le corresponde para aprehender el conocimiento se declaran igualmente nulos.

La competencia, que sirve de límite y base a la jurisdicción, se fija para un asunto por varios factores: el lugar donde debe ventilarse, la calidad de las partes, la cuantía del negocio y la naturaleza de él.

En el estudio del negocio de Raimundo Barrero se encuentra que la demanda fue presentada al Tribunal cuando estaba ya en vigencia la Ley 45 de 1939, que señala un procedimiento especial para las controversias referentes a prestaciones de carácter social y que regula la jurisdicción y competencia por la cuantía y por la vecindad de las partes.

Dice el artículo 1º de la citada Ley 45 de 1939:

"Las controversias que se presenten por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical, se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título cuarenta y seis (XLVI) del libro segundo (II) de la Ley 105 de 1931, siempre que la solución de dichas controversias no esté contemplada en un contrato colectivo escrito. Las solicitudes y actuaciones que se adelanten a este respecto estarán exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional.

La jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial vigente".

El artículo ordena, haciendo excepción a los principios generales del Código, dos cosas: 1ª que por la naturaleza del asunto, cual es la de tratarse de garantías y derechos sociales, los juicios que se susciten tomen el procedimiento verbal que es más rápido y menos costoso para las

clases trabajadoras, y 2ª que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regule por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, con el objeto de que a las clases débiles no se les dificulte entablar sus acciones de menor cuantía, sea contra los Departamentos o sea contra la Nación, desde sus propios lugares de trabajo y en condiciones las menos gravosas.

En providencia de esta misma Sala, dictada con fecha diez de diciembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio de Saúl Guzmán contra la Nación, se hicieron consideraciones que sustentan la tesis de la no modificación del artículo 76 del C. J. por el 1º de la Ley 45 de 1939.

Estudiando el asunto por nuevos aspectos, ha llegado la Sala, en relación con él, a las apreciaciones que se consignan en este fallo.

Quiere la Corte ampliar el examen ya hecho en torno a los argumentos que entonces se consideraron, consistentes en que si es cierto que el legislador del año de 1939 pasó por alto —al expedir la Ley 45 de ese año— determinar la competencia, en las controversias que enumera, por razón de la calidad de las partes, dijo allí que ella se regula según las normas generales del C. J., lo que demuestra que acomodó lo referente a la competencia a la regla del artículo 150 del dicho Código, y que en los juicios en que son parte el Estado o los Departamentos, siempre interviene el factor subjetivo o personal por razón de la calidad especial de esa persona jurídica.

Establece el artículo 150 del C. J. que "la competencia del juez para conocer de un asunto se fija por la naturaleza de él, o por la calidad de las partes, o por razón del lugar donde debe ventilarse"; el 151 dice que por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial; el 76, numeral 2º, dispone que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen de los asuntos contenciosos en que sea parte un Departamento y en que se controviertan cuestiones de derecho privado, cualquiera que sea su cuantía. Conforme a estas disposiciones y en especial a la última, por regla general las acciones en que son parte los Departamentos deben adelantarse ante los Tribunales Superiores.

Mas ha de advertirse que las circunstancias previstas en el artículo 150 son separadas o independientes la una de las otras; la competencia se determina: o por la naturaleza del asunto, o por la calidad de las partes, o por razón del lugar donde debe ventilarse. La disposición no exige la concurrencia de todas esas calidades, sino tan sólo la de una, que establecida, determina la competencia. A este ordenamiento agrega la ley el que previene que las condiciones que aquél señala, naturaleza del asunto, calidad de las partes y lugar del juicio, se subordinan, dentro de uno o varios circuitos, a la competencia por razón de la cuantía. (Artículo 154 del C. J.). Tales son en conjunto y en síntesis los preceptos orgánicos de la competencia de los jueces.

"Es cierto —se expresó en aquellas argumentaciones— que el legislador del año de 1939 pasó por alto —al expedir la Ley 45 de ese año— determinar la competencia, en las controversias que enumera, por razón de la calidad de las partes, pues dice la citada disposición que "la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial vigente".

"Pero la última frase, **según las reglas generales del Código Judicial vigente,** está demostrando que lo que hizo el legislador fue acomodar lo referente a la competencia a la regla general del artículo 150 del Código Judicial. La omisión de una de las circunstancias establecidas en ese principio general no puede considerarse como una excepción, porque no existe fundamento alguno que la justifique. Todo lo contrario, aparecen motivos abundantes para sostener que ese recorte del le-

gislador del año 39 —en el caso discutido— se debió más bien a falta de técnica como lo afirma el señor apoderado en su escrito a la Honorable Sala. Porque en los juicios en que es parte el Estado, siempre interviene el factor subjetivo o personal por razón de la calidad de esa persona jurídica.

"La interpretación literal de la Ley 45 de 1939 podría justificarse si se tratara de controversias entre particulares, pero no cuando interviene la Nación, porque la facultad que la ley da a los Tribunales Superiores para conocer de los juicios en que la Nación es parte, en calidad de demandante, o demandada, se fundamenta en otras razones, muy distintas por cierto de la cuantía del asunto". (G. J., tomo L, página 919).

Admite que al expedirse la Ley 45 de 1939 se pasó por alto determinar la competencia por razón de la calidad de las partes, y se interpreta la omisión en el sentido de que el legislador "acomodó lo referente a la competencia a la regla general del artículo 150 del Código Judicial". Pero no ve la Sala la consecuencia que se pretende deducir cuando se dice que el legislador acomodó la última ley a la norma del artículo 150, para sugerir así que también impuso como criterio, para establecer la competencia, el de la calidad de las partes.

Parece que se entiende que el artículo 150 exige a un mismo tiempo los tres requisitos, debiendo considerarse por tanto implícito el relativo a la calidad de las partes. La disposición no impone, como ya se anotó, que las circunstancias a que se refiere concurran obligatoriamente a fijar la competencia. Bien puede, por tanto, suceder que con sujeción a ese precepto normativo una ley determine la competencia teniendo en cuenta la naturaleza del asunto, sin atender a la calidad de las partes, que es precisamente el caso en examen, y sin embargo se acomode a la regla general del artículo 150, en cuanto no hace necesario sino uno solo de aquellos requisitos. El argumento, como se ve, no sirve para la demostración que se pretende. Habiéndose omitido, determinar la competencia en razón de la calidad de las partes y no siendo esa circunstancia normativamente obligatoria, bien pudo una ley posterior al Código Judicial, artículo 76, numeral 2°, establecer, para una clase particular, de asuntos, como son los referentes al reclamo de prestaciones sociales, un género especial de competencia en el conocimiento de los jueces. Y tal cosa ocurre con la disposición contenida en el artículo 1° de la Ley 45 de 1939.

Es verdad, que en los juicios en que son parte el Estado o los Departamentos interviene el factor subjetivo o personal por razón de la calidad especial de las personas jurídicas. Sin embargo, la regla general no es absoluta. El mismo legislador ha consagrado excepciones, como la del art. 76, citado, numeral 1°, referente a juicios de expropiación, de los cuales conocen los jueces de circuito, aunque en ellos estén interesados la Nación o los Departamentos (artículo 109, numeral 5°, C. J.). Y el artículo 152 ibídem, regla 5ª, previene que en el juicio de sucesión es juez competente de modo privativo el del último domicilio del causante, y que el mismo juez es competente para conocer, mientras dure el juicio de sucesión de los que se promuevan contra la herencia y otros, y agrega que el interés que tenga el Estado o los Departamentos no priva en estos casos de su jurisdicción al juez competente. Si concurren motivos de bastante entidad, como en los casos de expropiaciones, aquella norma pierde su generalidad y sufre excepciones. Es lo que sucede respecto a los juicios sobre prestaciones sociales, por las razones muy valederas que van a verse.

Para aplicar con acierto la Ley 45 de 1939 hay que atender a su finalidad eminentemente social, ya que ella se expidió con claros propósitos de crear un procedimiento especial que protegiera particularmente los intereses de las personas en cuyo beneficio rigen las llamadas prestaciones sociales.

Pudiera argüírse que ese entendimien-

to de la ley deja de lado el fuero de jurisdicción consagrado por el art. 76 del C. J. para la Nación y para los Departamentos. Y además que tal disposición no puede ser derogada por el artículo 1º de la Ley 45 de 1939, en forma implícita, pues ello contraría el principio de derecho de que en materia de jurisdicción las normas que la establecen han de resultar de disposiciones legislativas expresas. Mas a ese reparo se oponen con éxito estas razones que inclinan el parecer de la Corte:

Al decir la Ley 45 de 1939 que "la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes" manifestó su voluntad, sin excepción, puesto que no expresó ninguna, de que todos los asuntos en que se ventilen controversias por aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida, jornales y descanso dominical, se regulen como allí se previene. "El legislador es sabio", se dice, para significar con ello que al expedir una norma no ignora la existencia de otra u otras relacionadas con la nueva disposición. Cuando dio el estatuto contenido en la Ley 45, artículo 1º, sabía que una regla anterior, el artículo 76 del C. J., atribuía a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el conocimiento de asuntos en que tengan parte la Nación y los Departamentos, y sin embargo determinó claramente que en los juicios sobre prestaciones sociales que el artículo enumera, la jurisdicción y la competencia de los jueces ordinarios se regulan por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes.

Jueces ordinarios, jueces comunes, son expresiones de que se sirve el legislador para aludir a los del órgano judicial. No hay dentro de éste, jueces especiales, no ordinarios o extraordinarios. Luego al decir el artículo 1º de la Ley 45 de 1939 que la jurisdicción y competencia de los **jueces ordinarios** se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes", se refirió a la jurisdicción y competencia de todos los jueces y Magistrados del Organo Judicial. La regla es, pues, general y por lo mismo ha de entenderse en el sentido de que todos aquellos funcionarios, sin excepción, conocen según ella previene, de los asuntos sobre prestaciones sociales que se ventilen ante dicho órgano.

Así como el precepto citado señaló un trámite especial para los juicios, el del procedimiento verbal, del propio modo sustrajo a las reglas generales sobre jurisdicción y competencia, inclusive frente a la del artículo 76, los negocios judiciales de que se viene tratando. Bien mirado, el artículo 1º de la Ley 45 de 1939 es una disposición expresa sobre jurisdicción y competencia por los jueces ordinarios para el conocimiento de los asuntos aludidos, porque expresamente allí se previene que fallan en razón de la cuantía y de la vecindad de las partes, y ha de entenderse que ese ordenamiento, protector de los intereses de los demandantes quiso el legislador que se cumpliera en todos los casos, para que así la ley tuviese una completa efectividad, sin pensar que habrían de mantenerse jurisdicciones especiales preestablecidas contrarias al objetivo buscado por el propio legislador, en beneficio de los trabajadores, y que no se alcanzaría si aquellas hubieran de considerarse vigentes después de expedida la ley en cuestión. Es contrario a la finalidad de la misma que el particular interesado tenga que ir hasta el Tribunal respectivo a demandar el reconocimiento de su derecho, pues ello implica considerables erogaciones —como el sostenimiento allí de un apoderado judicial para ese objeto, la formación más dispendiosa de las pruebas, etc.— lo que repugna a la previsión legislativa, que al declarar exentas las actuaciones correspondientes de los impuestos de papel sellado y timbre nacional, proclamó su empeño por librar de erogaciones a los interesados y facilitarles el despacho de sus pedimentos ante la justicia.

No es, por lo expuesto, una interpretación literal, la que hace la Corte de la ley 45 de 1939, sino la que inspirada en los

objetivos buscados por el propio estatuto, lo entiende y aplica con el criterio que informa la teoría científica sobre inteligencia de las leyes.

Unicamente para accidentes de trabajo podría afirmarse hoy que existe una disposición, no derogada expresamente, el artículo 15 de la ley 57 de 1915, en que se establece que de las controversias respectivas conocerá, si la acción se dirige contra el Municipio, el Departamento o la Nación, el juez competente según las reglas generales.

Para los juicios por pensiones, seguros, jornales y descanso dominical no existe disposición expresa sobre jurisdicción.

Y debe observarse que la relativa a accidentes de trabajo es muy antigua, de 1915, y que en todas las leyes posteriores, hasta 1939, se pasó por alto tratar sobre la competencia y jurisdicción.

La única norma expresa, la de 1915, establecía además el juicio ordinario y el conocimiento por los jueces municipales, para los juicios por accidentes.

La ley 45 de 1939 dijo que todas las controversias sobre accidentes de trabajo, pensiones, seguros, jornales y descanso dominical se tramitarían por el procedimiento verbal —con excepción de las emanadas del contrato colectivo— y que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes. Con lo cual sacó especialmente las controversias por acciones de trabajo del conocimiento exclusivo de los jueces municipales para colocarlas, junto con las provenientes de pensiones, seguros, jornales, y descanso dominical, en el radio de decisión de los jueces ordinarios; agregando que la jurisdicción y competencia en éstos se regula por la cuantía del asunto y la vecindad de las partes. Nada dijo sobre las acciones que se dirijan contra la Nación, los Departamentos y los Municipios. Y así, habría motivo para pensar que la disposición del artículo 15 de la ley 57 de 1915 está vigente en este punto y que consecuencialmente los negocios sobre accidentes de trabajo, cuando las acciones van dirigidas contra aquellas entidades públicas, han de ventilarse ante los jueces que correspondan en atención a la calidad de estas personas. Pero no puede pasarse por alto que la ley de 1939 quiso, como en otra parte de estas consideraciones se observa, que la cuantía del asunto y la vecindad de las partes —sin exceptuar expresamente a la Nación, los Departamentos y los Municipios— decidiera de la jurisdicción y competencia para estos negocios.

Conviene examinar a qué funcionarios corresponde llevar la representación de la Nación y los Departamentos en estos juicios en que se reclaman prestaciones sociales, por el interés práctico que el punto comporta.

Si se trata de asunto que por su cuantía van al conocimiento de los jueces municipales y del circuito, los Personeros Municipales deben intervenir en su calidad de representantes de las entidades públicas.

El artículo 178 del Código Judicial señaló las funciones judiciales de los Fiscales de los Juzgados de Circuito, que se atribuyeron por el 164 a los Personeros Municipales, por lo cual éstos tienen hoy las que el primer artículo les daba a aquéllos: "1ª Llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que éste deba intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces". Idéntica disposición consagra el artículo 179 acerca de los Personeros Municipales, para los asuntos que se surtan ante los jueces de esta clase. Aunque la tercera de sus atribuciones agrega: "Representar en juicio a los respectivos Municipios". Que es correlativa de ésta dada a los Fiscales de los Tribunales Superiores: "Promover y sostener las acciones necesarias para la defensa de los bienes del Estado o del Departamento, en asuntos de la competencia de los Tribunales Superiores respectivos, y representar al Estado o Departamento en las acciones que contra ellos se dirijan y que deban ventilarse ante dichos Tribu-

nales, observando las instrucciones que se les den".

Corresponde pues a los Personeros Municipales, como atribución judicial de los mismos, según mandato de las normas transcritas, llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que deben intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces y los del Circuito. No hay una regla especial que les asigne la representación en juicio de la Nación y de los Departamentos para las acciones que éstos promuevan o contra éstos se dirijan. Sin embargo, la falta de disposición expresa no será óbice para que aquellos funcionarios puedan llevar la representación de las nombradas entidades en los juicios sobre prestaciones sociales.

Muy explicable que este concepto no lo contenga expreso el C. J. porque cuando se expidió era también norma general, en materia de atribuciones y de competencia, que los negocios en que tuvieran interés los Departamentos y la Nación se adelantaran en primera instancia ante los Tribunales, y así los Fiscales de éstos debían llevar en juicio la personería de tales entidades.

Y se dice que esa era la regla general, porque dentro del propio régimen establecido por el Código, éste dejó vigentes leyes especiales, como la de expropiaciones para vías férreas, 35 de 1915, que en su artículo 14 determina: "La autoridad que celebró el contrato o que subvenciona la empresa, oído el concepto de la comisión técnica que exista bajo su dependencia o de dos ingenieros que nombrará al efecto, calificará de plano, y si lo encuentra conforme a las exigencias de la obra y a los términos del contrato lo aprobará **y remitirá al respectivo agente del Ministerio Público del Circuito, por cuyo territorio pase la vía** (subraya la Sala), a fin de que, sin pérdida de tiempo, solicite del Juzgado del Circuito respectivo que decrete la expropiación de la faja íntegra que según el plano esté dentro de su circunscripción". Es decir, que no obstante la regla general de que se ha hecho mérito, el código permite desde su expedición, y expresamente, que la representación en juicio del Estado o del Departamento la lleve ante los jueces de Circuito el respectivo agente del Ministerio Público", o sea el Personero Municipal del distrito asiento del Juzgado. No es pues una novedad legal, posterior al código, esto de que los Personeros representen en juicio a la Nación y al Departamento, y que tal atribución se les dé en su carácter de agentes del Ministerio Público.

Expedida la ley 45 de 1939, y por efecto del conocimiento que ella atribuye a todos los jueces ordinarios de los asuntos en que se reclaman prestaciones sociales, ha venido a quedar incrustado en la legislación otro mandato que al hacer de la competencia de los jueces municipales y de Circuito, según la cuantía, aquellos negocios, pone bajo la atención de los respectivos agentes del Ministerio Público los que interesan al Estado y a los Departamentos. Y ello por natural y obvia aplicación que deba hacerse de otra norma, también legal, que define lo que es el Ministerio Público e indica cuáles son sus funciones propias, el artículo 216 del Código de Régimen Político y Municipal: "El objeto primordial de los empleados del Ministerio Público es la defensa de los intereses del Estado, del Departamento, del Municipio y en general de la sociedad..." Principio análogo al consignado en la Constitución Nacional, artículo 139: "Corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación".

Objeto primordial del Ministerio Público es la defensa de los intereses del Estado y de los Departamentos. En esta norma se basó seguramente el legislador cuando asignó de modo expreso a sus agentes, en su carácter de tales, la personería de aquellas entidades en los juicios de expropiación. El mismo principio orgánico de las funciones esenciales del Ministerio Público obliga a sus agentes a llevar la representación de la Nación y los Departamentos en los juicios sobre prestaciones sociales, semejantes a los otros por la calidad de una de las partes,

la que excepcionalmente se presenta ante los jueces municipales y de Circuito para la definición de determinados derechos.

No está demás notar cómo no obraría contra la tesis que aquí se sustenta un distingo que parece surgir de la simple lectura del título que encabeza los artículos del código que se refieren a los distintos agentes del Ministerio Público, en cuanto dicen: "son funciones judiciales de los Fiscales", "son atribuciones judiciales de los Personeros Municipales", para contraponerlas a las generales establecidas en el Código de Régimen Político y Municipal. El distingo no puede hacerse porque también son atribuciones **judiciales**, según los propios textos del C. J., las que se han señalado como básicas para aquellos funcionarios: "Llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que éste debe intervenir y que se ventilan ante los respectivos jueces". Esto previene el C. J. "A los agentes del Ministerio Público en su carácter de tales, les corresponde la defensa de los intereses de la Nación y los Departamentos, y es función judicial suya la de hacerse oír en los asuntos que se tramiten ante los respectivos jueces, luego es claro que llevan la personería del Estado en los negocios que a éstos interesen y que se adelanten en estas oficinas.

A ilustrar y sustentar más aún esta tesis contribuye un antecedente legislativo. Cuando el Organo Ejecutivo estudió el proyecto que fue luego la ley 105 de 1931, o C. J., le formuló varias objeciones, entre ellas la referente al artículo que disponía la creación de los Fiscales de Circuito. Se expresó así: "El artículo 164 del proyecto en estudio dispone la creación de Fiscales de Circuito...; y el 181 establece la opción para los Magistrados, Jueces, y empleados subalternos del ramo criminal... Ahora bien: aunque la primera de dichas disposiciones obedece a un principio de método, de orden y de correspondencia entre las distintas jerarquías del Poder Judicial y del Ministerio Público, la experiencia ha demostrado que las altas funciones de esta institución se cumplen satisfactoriamente por los Fiscales de los Tribunales y los Personeros Municipales, a quienes corresponde velar por los intereses sociales, y ejercer todas las atribuciones que corresponden al Ministerio Público en los negocios que cursan en los juzgados de Circuito. Por esto, la ley 63 de 1905 en sus artículos 56 y 57, suprimió los funcionarios primeramente mencionados, y asignó sus atribuciones a los Personeros Municipales, excepto en las cabeceras de Distrito Judicial, en las cuales dichas funciones corresponden al Fiscal del Tribunal respectivo".

El Congreso atendió la objeción y el Código se expidió con la regla del art. 164: "Los Personeros Municipales de cabecera de Circuito tendrán también el carácter de Fiscales del Circuito, y ejercerán las respectivas funciones".

Conceptuó el Organo Ejecutivo que no se requería la creación de Fiscales de los Juzgados de Circuito porque a los Personeros Municipales les tocaba "ejercer todas las atribuciones que corresponden al Ministerio Público en los negocios que cursan en los juzgados de Circuito"; que es precisamente el concepto que se ha expresado y que conduce a entender que aquellos funcionarios, en su calidad de agentes del Ministerio Público, representan en juicio a la Nación y los Departamentos, en los negocios en que sean parte estas entidades y que cursen en los Juzgados Municipales y en los de Circuito.

"En consecuencia, dada la especialidad y el carácter de excepción del artículo 1º de la ley 45 de 1939, respecto a las disposiciones generales del Código Judicial, ha de concluírse que deben conocer los jueces de los negocios a que aquél se refiere, por el procedimiento verbal y teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asun-

crito. Las solicitudes y actuaciones que se adelanten a este respecto estarán exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional.

"La jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial vigente.'

"El artículo ordena, haciendo excepción a los principios generales del Código, dos cosas: 1ª Que por la naturaleza del asunto, cual es la de tratarse de garantías y derechos sociales, los juicios que se susciten tomen el procedimiento verbal que es más rápido y menos costoso para las clases trabajadoras; y 2ª Que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regule por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, con el objeto de que a las clases débiles no se les dificulte entablar sus acciones de menor cuantía, sea contra los Departamentos o sea contra la Nación, desde sus propios lugares de trabajo y en condiciones las menos gravosas.

"En providencia de esta misma Sala, dictada con fecha 10 de diciembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio de Saúl Guzmán contra la Nación se hicieron consideraciones que sustentan la tesis de la no modificación del artículo 76 del Código Judicial por el primero de la Ley 45 de 1939.

"Estudiando el asunto por nuevos aspectos, ha llegado la Sala en relación con él, a las apreciaciones que se consignan en este fallo.

"Quiere la Corte ampliar el examen ya hecho en torno a los argumentos que entonces se consideraron, consistentes en que si es cierto que el Legislador de 1939 pasó por alto al expedir la Ley 45 de ese año determinar la competencia, en las controversias que enumera, por razón de la calidad de las partes, dijo allí que ella se regula según las normas generales del Código Judicial, lo que demuestra que acomodó lo referente a la competencia a la regla del artículo 150 del dicho Código, y que en los juicios en que son parte el Estado o los Departamentos, siempre intervienen el factor subjetivo o personal por razón de la calidad especial de esa persona jurídica.

"Establece el artículo 150 del Código Judicial que 'la competencia del juez para conocer de un asunto se fija por la naturaleza de él, o por la calidad de las partes, o por razón del lugar donde debe ventilarse'; el 151 dice que por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial; el 76, numeral 2º, dispone que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen de los asuntos contenciosos en que sea parte un Departamento y en que se controviertan cuestiones de derecho privado, cualquiera que sea su cuantía. Conforme a estas disposiciones y en especial a la última, por regla general las acciones en que son parte los Departamentos deben adelantarse ante los Tribunales Superiores.

"Mas ha de advertirse que las circunscias previstas en el artículo 150 son separadas o independientes las unas de las otras; la competencia se determina: o por la naturaleza del asunto, o por la calidad de las partes, o por razón del lugar donde debe ventilarse. La disposición no exige la concurrencia de todas esas calidades, sino tan solo la de una, que establecida, determina la competencia. A este ordenamiento agrega la ley el que previene que las condiciones que aquél señala, naturaleza del asunto, calidad de las partes y lugar del juicio, se subordinan dentro de uno o varios circuitos, a la competencia por razón de la cuantía (artículo 154 del Código Judicial). Tales son en conjunto y en síntesis los preceptos orgánicos de la competencia de los jueces.

'Es cierto —se expresó en aquellas argumentaciones— que el Legislador del año de 1939 pasó por alto —al expedir la Ley 45 de ese año— determinar la competencia, en las controversias que enumera, por razón de la calidad de las

partes, pues dice la citada disposición que 'la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regulan por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial vigente'.

'Pero la última frase, **según las reglas generales del Código Judicial vigente,** está demostrando que lo que hizo el Legislador fue acomodar lo referente a la competencia a la regla general del artículo 150 del Código Judicial. La omisión de una de las circunstancias establecidas en ese principio general no puede considerarse como una excepción, porque no existe fundamento alguno que la justifique. Todo lo contrario, aparecen motivos abundantes para sostener que ese recorte del Legislador del año 39 —en el caso discutido— se debió más bien a falta de técnica como lo afirma el señor apoderado en su escrito a la Honorable Sala. Porque en los juicios en que es parte el Estado, siempre interviene el factor subjetivo o personal por razón de la calidad especial de esa persona jurídica.

'La interpretación literal de la Ley 45 de 1939 podría justificarse si se tratara de controversias entre particulares, pero nó cuando interviene la Nación, porque la facultad que la ley da a los Tribunales Superiores para conocer de los juicios en que la Nación es parte, en calidad de demandante o demandada, se fundamenta en otras razones, muy distintas por cierto a la cuantía del asunto'. (G. J., tomo L, página 919).

"Admite que al expedirse la Ley 45 de 1939, se pasó por alto determinar la competencia por razón de la calidad de las partes, y se interpreta la omisión en el sentido de que el Legislador 'acomodó' lo referente a la competencia a la regla general del artículo 150 del Código Judicial. Pero no ve la Sala la consecuencia que se pretende deducir cuando se dice que el Legislador acomodó la última ley a la norma del artículo 150, para sugerir así que también impuso como criterio, para establecer la competencia, el de la calidad de las partes.

"Parece que se entiende que el artículo 150 exige a un mismo tiempo los tres requisitos, debiendo considerarse por tanto implícito el relativo a la calidad de las partes. La disposición no impone, como ya se anotó, que las circunstancias a que se refiere concurran obligatoriamente a fijar la competencia. Bien puede, por tanto, suceder que con sujeción a ese precepto normativo una ley determine la competencia teniendo en cuenta la naturaleza del asunto, sin atender a la calidad de las partes, que es precisamente el caso en examen, y sin embargo se acomode a la regla general del artículo 150, en cuanto no hace necesario sino uno solo de aquellos requisitos. El argumento, como se ve, no sirve para la demostración que se pretende. Habiéndose omitido determinar la competencia en razón de la calidad de las partes y no siendo esa circunstancia normativamente obligatoria, bien pudo una ley posterior al Código Judicial, artículo 76, numeral 3º, establecer, para una clase particular de asuntos, como son los referentes al reclamo de prestaciones sociales, un género especial de competencia en el conocimiento de los jueces. Y tal cosa ocurre con la disposición contenida en el artículo 1º de la Ley 45 de 1939.

"Es verdad, que en los juicios en que son parte el Estado o los Departamentos interviene el factor subjetivo o personal por razón de la calidad especial de las personas jurídicas. Sin embargo, la regla general no es absoluta. El mismo Legislador ha consagrado excepciones, como la del artículo 76 citado, numeral 1º, referente a juicios de expropiación de los cuales conocen los jueces de circuito, aunque en ellos estén interesados la Nación o los Departamentos (artículo 109, numeral 5º, Código Judicial). Y el artículo 152 ibídem, regla 5ª, previene que en el juicio de sucesión es juez competente de modo privativo el del último domicilio del causante, y que el mismo juez es competente para conocer, mientras dure el juicio de sucesión de los que se promuevan contra la herencia y otros, y agrega que el interés que tenga el Estado o los Departamentos

to y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de las mismas".

A mérito de lo expuesto y como por distinta vía se llega al mismo fin jurídico adoptado por el Tribunal, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA el auto objeto del recurso.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Pineda Garrido, Srio.

COMPETENCIA EN ASUNTOS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES

La competencia y jurisdicción en las controversias judiciales sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical, se determinan teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, y sin consideración a la calidad de los litigantes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

El doctor Eduardo Hernández Botero, como apoderado del señor Juan de la Cruz Henao, demandó al Departamento de Antioquia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en juicio verbal, para el pago de $ 5.946.80, valor del tiempo extra trabajado por Henao en su calidad de boticario del Hospital Central del Ferrocarril de dicho Departamento. En subsidio solicitó el demandante el pago de las horas extras que compruebe haber trabajado, a la tarifa que manden las disposiciones legales vigentes.

El litigio fue promovido el 19 de agosto de 1940, y fallado después de su tramitación, por el Tribunal citado, en sentido desfavorable al demandante.

Por apelación de la providencia respectiva, ha llegado el negocio a esta Superioridad, encontrándose en estado de dictarse sentencia definitiva.

La Corte considera que es innecesario entrar en el estudio de las cuestiones **sub judice**, pues ante todo observa que carece de competencia para decidir el recurso interpuesto, incompetencia que también se extiende al Tribunal **a quo.**

Adviértese que esta incompetencia resulta del artículo 1º de la Ley 45 de 1939, la cual estaba en vigor al instaurarse la demanda de autos.

Sobre este particular la Corte confirma la doctrina sostenida en auto de esta misma Sala, dictado el 28 de octubre del presente año, en el juicio ordinario seguido por el señor Raimundo Barrero contra el Departamento de Cundinamarca, según la cual la competencia y jurisdicción en las controversias judiciales sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical, se determinan teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, y sin consideración a la calidad de los litigantes.

La tesis anteriormente enunciada está sustentada y fundamentada en principios jurídicos y en reglas de nuestro derecho positivo, que se conforman con la realidad social que las leyes del trabajo tratan de regular, y que esta Sala acoge y reproduce en la presente providencia.

En el citado proveído dijo la Corte lo siguiente:

Dice el artículo 1º de la citada Ley 45 de 1939:

"Las controversias que se presenten por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical, se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título cuarenta y seis (XLVI) del libro segundo (II) de la Ley 105 de 1931, siempre que la solución de dichas controversias no esté contemplada en un contrato colectivo es-

Personeros Municipales, para los asuntos que se surtan ante los jueces de esta clase. Aunque la tercera de sus atribuciones agrega: 'Representar en juicio a los respectivos Municipios'. Que es correlativa de esta dada a los Fiscales de los Tribunales Superiores: 'Promover y sostener las acciones necesarias para la defensa de los bienes del Estado o del Departamento, en asuntos de la competencia de los Tribunales, y así los Fiscales de éstos depresentar al Estado o Departamento en las acciones que contra ellos se dirijan y que deban ventilarse ante dichos Tribunales, observando las instrucciones que se les den'.

"Corresponde pues a los Personeros Municipales, como atribución judicial de los mismos, según mandato de las normas transcritas, llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que deben intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces y los del Circuito. No hay regla especial que les asigne la representación en juicio de la Nación y de los Departamentos para las acciones que éstos promuevan o contra éstos se dirijan. Sin embargo, la falta de disposición expresa no será óbice para que aquellos funcionarios puedan llevar la representación de las nombradas entidades en los juicios sobre prestaciones sociales.

"Muy explicable que este concepto no lo contenga expreso el C. J. porque cuando se expidió era también norma general, en materia de atribuciones y de competencia, que los negocios en que tuvieran interés los Departamentos y la Nación se adelantaran en primera instancia ante los Tribunales, y así los Fiscales de éstos debían llevar en juicio la personería de tales entidades.

"Y se dice que esa era la regla general, porque dentro del propio régimen establecido por el Código, éste dejó vigentes leyes especiales, como la de expropiaciones para vías férreas, 35 de 1915, que en su artículo 14 determina: 'La autoridad que celebró el contrato o que subvenciona la empresa, oído el concepto de la comisión técnica que exista bajo su dependencia o de dos ingenieros que nombrará al efecto, calificará el plano, y si lo encuentra conforme a las exigencias de la obra y a los términos del contrato lo aprobará y **remitirá al respectivo agente del Ministerio Público del Circuito, por cuyo territorio pase la vía** (subraya la Sala), a fin de que, sin pérdida de tiempo, solicite del Juzgado de Circuito respectivo que decrete la expropiación de la faja íntegra que según el plano esté dentro de su circunscripción'. Es decir, que no obstante la regla general de que se ha hecho mérito, el código permite desde su expedición, y expresamente, que la representación en juicio del Estado o del Departamento la lleva ante los jueces de Circuito el respectivo agente del Ministerio Público, o sea el Personero Municipal del distrito asiento del Juzgado. No es pues una novedad legal, posterior al código, esto de que los Personeros representen en juicio a la Nación y al Departamento, y que tal atribución se les dé en su carácter de agentes del Ministerio Público.

"Expedida la ley 45 de 1939, y por efecto del conocimiento que ella atribuye a todos los jueces ordinarios de los asuntos en que se reclaman prestaciones sociales, ha venido a quedar incrustado en la legislación otro mandato que al hacer de la competencia de los Jueces Municipales y del Circuito, según la cuantía aquellos negocios, pone bajo la atención de los respectivos agentes del Ministerio Póblico los que interesan al Estado y a los Departamentos. Y ello por natural y obvia aplicación que deba hacerse de otra norma, también legal, que define lo que es el Ministerio Público e indica cuáles son sus funciones propias, el artículo 216 del Código de Régimen Político y Municipal: 'El objeto primordial de los empleados del Ministerio Público es la defensa de los intereses del Estado, del Departamento, del Municipio y en general de la sociedad...' Principio análogo al consignado en la Constitución Nacional, artículo 139: 'Corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación'.

"Objeto primordial del Ministerio Público es la defensa de los intereses del Estado y de los Departamentos. En esta norma se basó seguramente el legislador cuando asignó de modo expresó a sus agentes, en su carácter de tales, la personería de aquellas entidades en los juicios de expropiación. El mismo principio orgánico de las funciones esenciales del Ministerio Público obliga a sus agentes a llevar la representación de la Nación y los Departamentos en los juicios sobre prestaciones sociales, semejantes a los otros por la calidad de una de las partes, la que excepcionalmente se presenta ante los jueces Municipales y de Circuito para la definición de determinados derechos.

"No está demás notar cómo no obraría contra la tesis de que aquí se sustenta un distingo que parece surgir de la simple lectura del título que encabeza los artículos del Código que se refieren a los distintos agentes del Ministerio Público, en cuanto dicen: 'son funciones judiciales de los Fiscales', 'son atribuciones judiciales de los Personeros Municipales', para contraponerlas a las generales establecidas en el Código de Régimen Político y Municipal. El distingo no puede hacerse porque también son atribuciones **judiciales**, según los propios textos del C. J., las que se han señalado como básicas para aquellos funcionarios: 'Llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que éste debe intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces'. Esto previene el C. J. 'a los agentes del Ministerio Público en su carácter de tales, les corresponde la defensa de los intereses de la Nación y los Departamentos', y es función judicial suya la de hacerse oír en los asuntos que se tramiten ante los respectivos jueces, luego es claro que llevan la personería del Estado en los negocios que a éstos interesen y que se adelanten en estas oficinas.

"A ilustrar y sustentar más aún esta tesis contribuye un antecedente legislativo. Cuando el Organo Ejecutivo estudió el proyecto que fue luégo la Ley 105 de 1931, o C. J., le formuló varias objeciones, entre ellas la referente al artículo que disponía la creación de los Fiscales de Circuito. Se expresó así: "El artículo 164 del proyecto en estudio dispone la creación de Fiscales de Circuito... y el 181 establece la opción para los Magistrados, Jueces y empleados subalternos del ramo criminal... Ahora bien: aunque la primera de dichas disposiciones obedece a un principio de método, de orden y correspondencia entre las distintas jerarquías del poder judicial y del Ministerio Público, la experiencia ha demostrado que las altas funciones de esta institución se cumplen satisfactoriamente por los fiscales de los Tribunales y los Personeros Municipales, a quienes corresponde velar por los intereses sociales, y ejercer todas las atribuciones que corresponden al Ministerio Público en los negocios que cursan en los Juzgados de Circuito. Por esto, la Ley 63 de 1905 en sus artículos 56 y 57, suprimió los funcionarios primeramente mencionados y asignó sus atribuciones a los Personeros Municipales, excepto en las cabeceras de Distrito Judicial, en las cuales dichas funciones corresponden al Fiscal del Tribunal respectivo'.

"El Congreso atendió la objeción y el Código se expidió con la regla del artículo 164: 'Los Personeros Municipales de cabecera de Circuito tendrán también el carácter de fiscales del Circuito, y ejercerán las respectivas funciones'.

"Conceptuó el órgano ejecutivo que no se requería la creación de fiscales de los Juzgados de Circuito porque a los Personeros Municipales les tocaba 'ejercer todas las atribuciones que corresponden al Ministerio Público en los negocios que cursan en los juzgados de Circuito'; que es precisamente el concepto que se ha expresado y que conduce a entender que aquellos funcionarios, en su calidad de Agentes del Ministerio Público, representan en juicio a la Nación y a los Departamentos, en los negocios en que sean parte estas entidades y que cursen en los juzgados municipales y en los de Circuito.

"En consecuencia, dada la especialidad y el carácter de excepción del artículo 1º

no priva en estos casos de su jurisdicción al juez competente. Si concurren motivos de bastante entidad, como en los casos de expropiaciones, aquella norma pierde su generalidad y sufre excepciones. Es lo que sucede respecto a los juicios sobre prestaciones sociales, por las razones muy valederas que van a verse.

"Para aplicar con acierto la Ley 45 de 1939 hay que atender a su finalidad eminentemente social, ya que ella se expidió con claros propósitos de crear un procedimiento especial que protegiera particularmente los intereses de las personas en cuyo beneficio rigen las llamadas prestaciones sociales.

"Pudiera argüírse que ese entendimiento de la ley deja de lado el fuero de jurisdicción consagrado en el artículo 76 del Código Judicial para la Nación y para los Departamentos. Y además que tal disposición no puede ser derogada por el artículo 1º de la Ley 45 de 1939, en forma implícita, pues ello contraría el principio de derecho de que en materia de jurisdicción las normas que la establecen han de resultar de disposiciones legislativas expresas. Mas a ese reparo se oponen con éxito estas razones que inclinan el parecer de la Corte:

"Al decir la Ley 45 de 1939 que 'la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes' manifestó su voluntad, sin excepción, puesto que no expresó ninguna, de que todos los asuntos en que se ventilen controversias por aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida, jornales y descanso dominical se regulen como allí se previene. 'El legislador es sabio', se dice, para significar con ello que al expedir una norma no ignora la existencia de otra u otras relacionadas con la nueva disposición. Cuando dio el estatuto contenido en la Ley 45 artículo 1º, sabía que una regla anterior, el artículo 76 del C. J., atribuía a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el conocimiento de asuntos en que tengan parte la Nación y los Departamentos, y sin embargo, determinó claramente que en los juicios sobre prestaciones sociales que el artículo enumera, la jurisdicción y la competencia de los jueces ordinarios se regulan por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes.

"Jueces ordinarios, jueces comunes, son expresiones de que se sirve el legislador para aludir a los del órgano judicial. No hay dentro de éste, jueces especiales, no ordinarios o extraordinarios. Luego al decir el artículo 1º de la Ley 45 de 1939 que la jurisdicción y competencia de los **jueces ordinarios** se regula por la cuantía del asunto, y por la vecindad de las partes, se refirió a la jurisdicción y competencia de todos los jueces y Magistrados del Organo Judicial. La regla es pues general y por lo mismo ha de entenderse en el sentido de que todos aquellos funcionarios, sin excepción, conocen según ella previene, de los asuntos sobre prestaciones sociales que se ventilen ante dicho órgano.

"Así como el precepto citado señaló un trámite especial para los juicios, el del procedimiento verbal, del propio modo sustrajo a las reglas generales sobre jurisdicción y competencia, inclusive frente a la del artículo 76, los negocios judiciales de que se viene tratando. Bien mirado, el artículo 1º de la Ley 45 de 1939 es una disposición expresa sobre jurisdicción y competencia por los jueces ordinarios para el conocimiento de los asuntos aludidos, porque expresamente allí se previene que fallan en razón de la cuantía y de la vecindad de las partes, y ha de entenderse que ese ordenamiento, protector de los intereses de los demandantes quiso el legislador que se cumpliera en todos los casos, para que así la ley tuviese una completa efectividad, sin pensar que habrían de mantenerse jurisdicciones especiales preestablecidas contrarias al objetivo buscado por el propio legislador, en beneficio de los trabajadores, y que no se alcanzaría si aquéllas hubieran de considerarse vigentes después de expedida la ley en cuestión. Es contrario a la finalidad de la misma que el particular interesado tenga que ir hasta el Tribunal res-

pectivo a demandar el reconocimiento de su derecho, pues ello implica considerables erogaciones —como el sostenimiento allí de un apoderado judicial para ese objeto, la formación más dispendiosa de las pruebas, etc.— lo que repugna a la previsión legislativa, que al declarar exentas las actuaciones correspondientes de los impuestos de papel sellado y timbre nacional, proclamó su empeño por librar de erogaciones a los interesados y facilitarles el despacho de sus pedimentos ante la justicia.

"No es, por lo expuesto, una interpretación literal, la que hace la Corte de la ley 45 de 1939, sino la que inspirada en los objetivos buscados por el propio estatuto, lo entiende y aplica con el criterio que informa la teoría científica sobre inteligencia de las leyes.

"Unicamente para accidentes de trabajo podría afirmarse hoy que existe una disposición, no derogada expresamente, el artículo 15 de la ley 57 de 1915, en que se establece que de las controversias respectivas conocerá, si la acción se dirige contra el Municipio, el Departamento o la Nación, el juez competente según las reglas generales.

"Para los juicios por pensiones, seguros, jornales y descanso dominical no existe disposición expresa sobre jurisdicción.

"Y debe observarse que la relativa a accidentes de trabajo es muy antigua, de 1915, y que en todas las leyes posteriores, hasta 1939, se pasó por alto tratar sobre la competencia y jurisdicción.

"La única norma expresa, la de 1915, establecía además el juicio ordinario y el conocimiento por los jueces municipales, para los juicios por accidentes.

"La ley 45 de 1939 dijo que todas las controversias sobre accidentes de trabajo, pensiones, seguros, jornales y descanso dominical se tramitarían por el procedimiento verbal—con excepción de las emanadas del contrato colectivo—y que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes. Con lo cual sacó especialmente las controversias por accidente de trabajo del conocimiento exclusivo de los jueces municipales para colocarlas, junto con los provenientes de pensiones, seguros, jornales, y descanso dominical, en el radio de decisión de los jueces ordinarios; agregando que la jurisdicción y competencia en éstos se regula por la cuantía del asunto y la vecindad de las partes. Nada dijo sobre las acciones que se dirijan contra la Nación, los Departamentos y los Municipios. Y así, habría motivo para pensar que la disposición del artículo 15 de la ley 57 de 1915 está vigente en este punto y que consecuencialmente los negocios sobre accidentes de trabajo, cuando las acciones van dirigidas contra aquellas entidades públicas, han de ventilarse ante los jueces que correspondan en atención a la calidad de estas personas. Pero no puede pasarse por alto que la ley de 1939 quiso, como en otra parte de estas consideraciones se observa, que la cuantía del asunto y la vecindad de las partes —sin exceptuar expresamente a la Nación, los Departamentos y los Municipios decidiera de la jurisdicción y competencia para estos negocios.

"Conviene examinar a qué funcionarios corresponde llevar la representación de la Nación y los Departamentos en estos juicios en que se reclaman prestaciones sociales, por el interés práctico que el punto comporta.

"Si se trata de asuntos que por su cuantía van al conocimiento de los jueces municipales y del circuito, los Personeros Municipales deben intervenir en su calidad de representantes de las entidades públicas.

"El artículo 178 del Código Judicial señaló las funciones judiciales de los Fiscales de los Juzgados de Circuito, que se atribuyeron por el 164 a los Personeros Municipales, por lo cual éstos tienen hoy las que el primer artículo les daba a aquellos: '1ª Llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que éste deba intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces'. Idéntica disposición consagra el artículo 179 acerca de los

de la Ley 45 de 1939, respecto a las disposiciones generales del Código Judicial, ha de concluírse que deben conocer los jueces de los negocios a que aquél se refiere, por el procedimiento verbal y teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de las mismas".

Por lo anteriormente 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 Y RESUELVE que tanto ella como el Tribunal a quo, carecen de competencia para conocer del presente juicio, y en tal virtud REVOCA el fallo recurrido.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

COMPETENCIA EN ASUNTOS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES

La competencia y jurisdicción en las controversias judiciales sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical, se determinan teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, y sin consideración a la calidad de los litigantes. Claramente se desprende del artículo 1º de la ley 45 de 1939 que los juicios sobre prestaciones sociales escapan a la competencia y jurisdicción de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Tal disposición tiene un fin estrictamente social encaminado a que las clases económicamente débiles puedan hacer valer sus derechos nacidos de cuestiones del trabajo, desde sus propios domicilios y en las condiciones menos onerosas, ya sea contra la Nación, contra los Departamentos o contra simples particulares. La representación de la Nación o de los Departamentos en los juicios promovidos sobre prestaciones sociales, corresponde a los Personeros Municipales, sea que se ventilen ante los Jueces Municipales o ante los de Circuito, de conformidad con reglas procesales actualmente vigentes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

El doctor Julio Arias Roldán, como apoderado del señor Roberto Villa E., presentó demanda contra el Departamento de Antioquia, ante el Tribunal Superior de Medellín, para el pago de horas extras de trabajo y descanso dominical.

El Tribunal de la causa falló el negocio en el sentido de absolver al demandado. Apelada la providencia respectiva, ha subido el asunto a esta Superioridad, donde ha sido surtida la tramitación correspondiente y se halla el juicio para su decisión definitiva.

La Corte considera que es innecesario entrar en el estudio de las cuestiones **subjudice**, pues ante todo observa que carece de competencia para decidir el recurso interpuesto, incompetencia que también se extiende al Tribunal **a quo**.

Adviértase que esta incompetencia resulta del artículo 1º de la Ley 45 de 1939, la cual estaba en vigor al instaurarse la demanda de autos, y presentada ésta el 25 de noviembre de 1940.

Sobre la competencia en los juicios provenientes de prestaciones sociales, la Corte confirma la doctrina sostenida en auto de esta misma Sala, dictado el 28 de octubre del presente año, en el juicio ordinario seguido por el señor Raimundo Barrero contra el Departamento de Cundinamarca, según la cual la competencia y jurisdicción en las controversias judiciales sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguro de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical, se determinan teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, y sin consideración a la calidad de los litigantes.

La tesis anteriormente enunciada está sustentada y fundamentada en principios jurídicos y en reglas de nuestro derecho positivo, que se conforman con la realidad social que las leyes del trabajo tratan de regular.

El artículo 1º de la citada ley es del tenor siguiente:

"Las controversias que se presenten por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical, se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título cuarenta y seis (XLVI) del libro segundo (II) de la ley 105 de 1931, siempre que la solución de dichas controversias no esté contemplada en un contrato colectivo escrito. Las solicitudes y actuaciones que se adelanten a este respecto estarán exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional.

"La jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial vigente".

Como claramente se desprende de esta disposición, los juicios sobre prestaciones sociales, escapan a la competencia y jurisdicción de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Tal disposición tiene una finalidad estrictamente social encaminada a que las clases económicamente débiles puedan hacer valer sus derechos nacidos de cuestiones del trabajo, desde sus propios domicilios y en las condiciones menos onerosas, ya sea contra la Nación, contra los Departamentos o contra simples particulares.

La representación de la Nación o de los Departamentos en los juicios promovidos sobre prestaciones sociales, corresponde a los Personeros Municipales, sea que se ventilen ante los Jueces Municipales o ante los Jueces de Circuito, de conformidad con reglas procesales actualmente vigentes.

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, FALLA el presente juicio, declarando que ni ella ni el Tribunal del Distrito Judicial de Medellín, son competentes, por razón de la cuantía, para conocer de él, y en tal virtud revoca el fallo recurrido.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Pineda Garrido, Srio.

COMPETENCIA EN ASUNTOS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 45 DE 1939

1.—El artículo 1º de la ley 45 de 1939 es de aplicación general y comprende así a la nación como a los departamentos. Ese artículo ordena, haciendo excepción a los principios generales del código, dos cosas: 1º que por la naturaleza del asunto cual es la de tratarse de garantías y derechos sociales, los juicios que se susciten tomen el procedimiento verbal que es más rápido y menos costoso para las clases trabajadoras; y 2º que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regule únicamente por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes con el objeto de que a las clases favorecidas con las leyes de prestaciones sociales no se les dificulte entablar sus acciones de menor cuantía, así sea contra los departamentos o contra la nación desde sus propios lugares de trabajo, de donde son vecinos, y en condiciones las menos gravosas. 2.—Los personeros municipales representan a la nación y a los departamentos ante los jueces municipales o de circuito en las controversias contempladas en la ley 45 de 1939.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Roberto A. Castañeda, por medio de apoderado especial, en libelo de fecha 5 de junio de 1940, demandó al departamento de Antioquia, ante el tribunal superior del distrito judicial de Medellín, y por los trámites del procedimiento verbal reglamentado en el título 46 del libro 2º de la ley 105 de 1931, para que se hicieran contra la entidad demandada varias condenaciones en sumas de dinero provenientes de prestaciones sociales que el departamento adeuda por servicios que le prestó como trabajador.

Una vez surtida la tramitación señalada por el artículo 1209 del código judicial el tribunal pronunció sentencia en cuya parte resolutiva dispuso:

"1º Se declara probada la excepción de prescripción únicamente en cuanto a los días 1º de mayo de 1937 y 1938;

"2º Se niega el auxilio reclamado por enfermedad, a que se refiere la primera de las peticiones de la demanda;

"3º El Departametno está en la obligación de pagar al señor Roberto A. Castañeda, por concepto de auxilio de cesantía, la cantidad de **doscientos noventa y cuatro pesos con cincuenta centavos**— ($ 294.50);

"4º La misma entidad debe pagar a dicho señor Castañeda la suma de **dos pesos** ($ 2.00) como indemnización pecuniaria por el trabajo del día 1º de mayo de 1939.

"5º Dichas sumas debe pagarlas el Departamento de Antioquia al señor Castañeda, tan pronto como quede ejecutoriada esta providencia".

Contra la anterior decisión del tribunal interpusieron apelación los representantes de las dos partes. De ahí que el negocio haya llegado a esta Corte donde procede resolver lo que sea legal.

Se trata de un juicio seguido por el procedimiento verbal en que el demandante, como está dicho, reclama del departamento de Antioquia varias sumas de dinero

provenientes de auxilios de enfermedad, auxilio de cesantía y trabajo en días feriados, durante el tiempo en que el mismo demandante prestó servicios como trabajador a la entidad demandada, en el tiempo y en la forma detallados en el libelo de demanda.

Dice el artículo 1° de la ley 45 de 1939:

"Las controversias que se presenten por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical, se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título cuarenta y seis (XLVI) del libro segundo (II) de la ley 105 de 1931, siempre que la solución de dichas controversias no esté contemplada en un contrato colectivo escrito. Las solicitudes y actuaciones que se adelanten a este respecto estarán exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional.

"La jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial vigente".

Aun cuando anteriormente la sala había admitido que de la clase de juicios como el presente contra la nación o los departamentos debían conocer los tribunales de distrito judicial en primera instancia, por aplicación del artículo 76, numerales 1° y 2° del código judicial, un estudio reciente y más meditado de la disposición arriba transcrita hecho en resolución del 28 de octubre último dictada en el juicio de Raimundo Barrero contra el departamento de Cundinamarca ha llevado a la sala a la convicción de que el art. 1° de la ley 45 de 1939 es de aplicación general y que comprende así a la nación como a los departamentos.

En efecto el artículo ordena, haciendo excepción a los principios generales del código, dos cosas: 1° que por la naturaleza del asunto cual es la de tratarse de garantías y derechos sociales, los juicios que se susciten tomen el procedimiento verbal que es más rápido y menos costoso para las clases trabajadoras; y 2° que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regule únicamente por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes con el objeto de que a las clases favorecidas con las leyes de prestaciones sociales no se les dificulte entablar sus acciones de menor cuantía, así sea contra los departamentos o contra la nación desde sus propios lugares de trabajo, de donde son vecinos, y en condiciones las menos gravosas.

"Para aplicar con acierto la ley 45 de 1939 —dijo la sala en la resolución aludida del mencionado juicio de Raimundo Barrero— hay que atender a su finalidad eminentemente social, ya que ella se expidió con claros propósitos de crear un procedimiento especial que protegiera particularmente los intereses de las personas en cuyo beneficio rigen las llamadas prestaciones sociales.

"Pudiera argüirse que ese entendimiento de la ley deja de lado el fuero de jurisdicción consagrado en el artículo 76 del C. J. para la Nación y para los Departamentos. Y además que tal disposición no puede ser derogada por el artículo 1° de la ley 45 de 1939, en forma implícita, pues ello contraría el principio de derecho de que en materia de jurisdicción las normas que la establecen han de resultar de disposiciones legislativas expresas. Mas a ese reparo se oponen con éxito estas razones que inclinan el parecer de la Corte:

"Al decir la ley 45 de 1939 que 'la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes' manifestó su voluntad, sin excepción, puesto que no expresó ninguna, de que todos los asuntos en que se ventilen controversias por aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida, jornales y descanso dominical se regulen como allí se previene. "El legislador es sabio", se dice, para significar con ello que al expedir una norma no ignora la existencia de otra u otras relacionadas con la nueva disposición. Cuando dio el estatuto contenido en la ley 45,

artículo 1º, sabía que una regla anterior, el artículo 76 del C. J., atribuía a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el conocimiento de asuntos en que tengan parte la Nación y los Departamentos, y sin embargo determinó claramente que en los juicios sobre prestaciones sociales que el artículo enumera, la jurisdicción y la competencia de los jueces ordinarios se regulan por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes.

"Jueces ordinarios, jueces comunes, son expresiones de que se sirve el legislador para aludir a los del órgano judicial. No hay dentro de éste, jueces especiales, no ordinarios o extraordinarios. Luego al decir el artículo 1º de la ley 45 de 1939 que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, se refirió a la jurisdicción y competencia de todos los jueces y magistrados del Organo Judicial. La regla es pues general y por lo mismo ha de entenderse en el sentido de que todos aquellos funcionarios, sin excepción, conocen según ella previene, de los asuntos sobre prestaciones sociales que se ventilen ante dicho órgano.

"Así cómo el precepto citado señaló un trámite especial para los juicios, el del procedimiento verbal, del propio modo sustrajo a las reglas generales sobre jurisdicción y competencia, inclusive frente a la del artículo 76, los negocios judiciales de que se viene tratando. Bien mirado, el artículo 1º de la ley 45 de 1939 es una disposición expresa sobre jurisdicción y competencia por los jueces ordinarios para el conocimiento de los asuntos aludidos, porque expresamente allí se previene que falla en razón de la cuantía y de la vecindad de las partes, y ha de entenderse que ese ordenamiento, protector de los intereses de los demandantes quiso el legislador que se cumpliera en todos los casos, para que así la ley tuviese una completa efectividad, sin pensar que habrían de mantenerse jurisdicciones especiales preestablecidas contrarias al objetivo buscado por el propio legislador, en beneficio de los trabajadores, y que no se alcanzaría si aquellas hubieran de considerarse vigentes después de expedida la ley en cuestión. Es contrario a la finalidad de la misma que el particular interesado tenga que ir hasta el Tribunal respectivo a demandar el reconocimiento de su derecho, pues ello implica considerables erogaciones —como el sostenimiento allí de un apoderado judicial para ese objeto, la formación más dispendiosa de las pruebas, etc.— lo que repugna a la previsión legislativa, que al declarar exentas las actuaciones correspondientes de los impuestos de papel sellado y timbre nacional, proclamó su empeño por librar de erogaciones a los interesados y facilitarles el despacho de sus pedimentos ante la justicia".

Más adelante en la misma resolución se afirmó:

"La ley 45 de 1939 dijo que todas las controversias sobre accidentes de trabajo, pensiones, seguros, jornales y descanso dominical se tramitarían por el procedimiento verbal —con excepción de las emanadas del contrato colectivo— y que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes. Con lo cual sacó especialmente las controversias por accientes de trabajo del conocimiento exclusivo de los jueces municipales para colocarlas, junto con las provenientes de pensiones, seguros, jornales, y descanso dominical, en el radio de decisión de los jueces ordinarios; agregando que la jurisdicción y competencia en éstos se regula por la cuantía del asunto y la vecindad de las partes. Nada dijo sobre las acciones que se dirijan contra la Nación, los Departamentos y los Municipios. Y así, habría motivo para pensar que la disposición del artículo 15 de la ley 57 de 1915 está vigente en este punto y que consecuencialmente los negocios sobre accidentes de trabajo, cuando las acciones van dirigidas contra aquellas entidades públicas, han de ventilarse ante los jueces que correspondan en atención a la calidad de estas personas. Pero no puede

pasarse por alto que la ley de 1939 quiso, como en otra parte de estas consideraciones se observa, que la cuantía del asunto y la vecindad de las partes —sin exceptuar expresamente a la Nación, los Departamentos y los Municipios— decidiera de la jurisdicción y competencia para estos negocios.

"Conviene examinar a qué funcionarios corresponde llevar la representación de la Nación y los Departamentos en estos juicios en que se reclaman prestaciones sociales, por el interés práctico que el punto comporta.

"Si se trata de asuntos que por su cuantía van al conocimiento de los jueces municipales y del circuito, los Personeros municipales deben intervenir en su calidad de representantes de las entidades públicas.

"El artículo 178 del Código Judicial señaló las funciones judiciales de los Fiscales de los Juzgados de Circuito, que se atribuyeron por el 164 a los Personeros Municipales, por lo cual estos tienen hoy las que el primer artículo les daba a aquellos: '1º Llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que éste deba intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces'. Idéntica disposición consagra el artículo 179 acerca de los Personeros Municipales, para los asuntos que se surtan ante los jueces de esta clase. Aunque la tercera de sus atribuciones agrega: "Representar en juicio a los respectivos Municipios". Que es correlativa de esta dada a los Fiscales de los Tribunales Superiores: "Promover y sostener las acciones necesarias para la defensa de los bienes del Estado o del Departamento, en asuntos de la competencia de los Tribunales Superiores respectivos, y representar al Estado o Departamento en las acciones que contra ellos se dirijan y que deban ventilarse ante dichos Tribunales, observando las instrucciones que se les den".

"Corresponde pues a los Personeros Municipales, como atribución judicial de los mismos, según mandato de las normas transcritas, llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que deben intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces y los del circuito. No hay una regla especial que les asigne la representación en juicio de la Nación y de los Departamentos para las acciones que éstos promuevan o contra éstos se dirijan. Sin embargo, la falta de disposición expresa no será óbice para que aquellos funcionarios puedan llevar la representación de las nombradas entidades en los juicios sobre prestaciones sociales".

Y efectivamente no hay dificultad en que los personeros municipales representen a la nación y a los departamentos ante los jueces municipales o jueces de circuito en las controversias contempladas en la ley 45 de 1939; de la misma manera que tiene que corresponder a esos funcionarios la representación de la nación o de los departamentos, por ejemplo, en el juicio de sucesión (regla 5ª del art. 152), en que no obstante el interés que puedan tener esas entidades la competencia para conocer ya del mencionado juicio, o ya de los que se promuevan con ocasión de él sobre derechos a la sucesión por testamento, desheredamientos, etc., reside en los jueces municipales o jueces de circuito según la cuantía; o en el juicio de concurso de acreedores o de cesión de bienes (ordinal 9º ibídem), de que también conoce el juez del domicilio del deudor aun cuando sean interesados el Estado o los departamentos.

En todos esos juicios la representación de la nación o de los departamentos tiene que corresponder a los personeros municipales, porque de acuerdo con el artículo 169 del código judicial entre sus atribuciones **judiciales** está la de participar "en todos los negocios en que debe intervenir y que se ventilen ante los respectivos **jueces**". De consiguiente a falta de otro representante más apropiado de la nación o de los departamentos ante los jueces de circuito o municipales, sobre los personeros recae la obligación de contestar las respectivas demandas y defender a la entidad demandada.

Resolución

Por lo expuesto, se ve que el tribunal no tuvo competencia para decidir la controversia planteada y por esa causa hay que revocar el fallo apelado.

A mérito de lo relacionado, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo objeto de la apelación y decide que este asunto no es de la competencia de la Corte ni del tribunal de Medellín.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Pineda Garrido, Srio.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia — Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En virtud del contrato celebrado por los señores Alfonso Zerda R., como contratista principal y Sixto A. Zerda como fiador solidario de éste y el Ministerio de la Economía Nacional, en representación de la Nación o República de Colombia, el señor Procurador Delegado en lo Civil, previa la autorización correspondiente contenida en las resoluciones números 1632 de 1939 (25 de noviembre) y 1060 de 1940 (3 de julio) de los Ministerios de la Economía Nacional y Minas y Petróleos, respectivamente, demandó a los señores Zerdas en su calidad antes citada, para que previos los trámites del juicio ordinario se declare la resolución del contrato a que se hizo referencia, con la obligación para los demandados de restituír las sumas de dinero que el contratista Alfonso Zerda ha recibido del Gobierno de Colombia en cumplimiento del mismo y de pagar el valor de los perjuicios que se causaron, o subsidiariamente, que se declare la terminación del contrato, o reintegración de la cantidad de $ 1.535.06 y los perjuicios que se estimen en este mismo juicio o en juicio separado sobre ejecución de la sentencia; y para el caso de que el reintegro de la suma de $ 1.535.06 recibida por Alfonso Zerda de la Nación no sea declarada, solicita el señor Procurador se condene a los demandados a pagar la misma suma, aparte de todo otro perjuicio, más las costas a que haya lugar.

Los hechos en los cuales el señor Representante de la parte actora se funda para respaldar sus peticiones pueden resumirse en la siguiente forma:

Por contrato bilateral declarado válido por el Consejo de Estado, y que consta en documento de fecha 16 de enero de 1939, el demandado Alfonso Zerda se comprometió para con el Gobierno de Colombia a cursar por cuenta de éste en los Estados Unidos de Norte América dos años de estudio en la especialización denominada Ingeniería de Refinación —rama secundaria de ingeniería mecánica— o para obtener el título de Bachiller en ciencias, obligándose a partir del país en los primeros quince días del mes de febrero del mismo año para ingresar primero a la Universidad de Chicago y trasladarse después a la Universidad denominada Agricultural and Mechanical College of Texas donde terminaría sus estudios, siendo su deber el informar al Ministerio de Economía Nacional, mediante la remisión de ciertos comprobantes, sobre el curso de sus estudios, como también aprovechar las vacaciones de verano para adquirir práctica de terreno en el ramo de su especialización; y además de las obligaciones aludidas, el señor Zerda contrató con el Gobierno la de prestación de sus servicios profesionales, mediante remuneración, siempre que éste lo llamara con tal fin en los dos años siguientes a la terminación de su estudios.

A su vez el Gobierno se comprometió a suministrarle al citado señor Zerda una pensión mensual de doscientos dólares durante todo el tiempo de estudios y a darle cuatrocientos dólares de viáticos para el traslado al lugar donde debía hacerlos y una suma igual para el regreso a Colombia. En cumplimiento de tal promesa el Gobierno entregó la cantidad de mil quinientos treinta y cinco pesos con seis centavos ($ 1.535.06).

En las cláusulas novena y décima se estipuló que el contratista debe reintegrar las sumas de dinero que se le hayan pagado, en caso de declaración de caducidad por causa que le sea imputable o por incumplimiento de la prestación de los servicios profesionales en la forma atrás mencionada, y el Gobierno quedó allí facultado para imponerle multas por la vía administrativa, hasta de quinientos pesos por cada infracción, aún en caso de ser procedente la declaración de caducidad del contrato.

Finalmente, el contratista Alfonso Zerda procedió a la ejecución del contrato trasladándose a la Universidad de Chicago y cuando cursaba el primer trimestre se retiró de ella motu propio y regresó a Colombia, cesando de hecho en los estudios a que estaba obligado por el convenio, el cual, por lo mismo, quedó incumplido por dicho contratante.

Con la demanda se acompañaron las siguientes pruebas:

Un ejemplar del documento de fecha 16 de enero de 1939, suscrito por el entonces Ministro de la Economía Nacional y los demandados, junto con las certificaciones que acreditan su validez administrativa; un memorial del señor Alfonso Zerda solicitando ser admitido en el concurso de becas; los certificados de buena salud y conducta del mismo señor Zerda; un memorial de los demandados en que dan cuenta del regreso del señor Zerda y en que además solicitan la reforma del contrato; las resoluciones de fechas 18 de agosto y 21 de noviembre de 1939 por las cuales se declara, respectivamente, la caducidad del contrato y se revoca esta providencia; certificaciones sobre las sumas entregadas al señor Alfonso Zerda y varias comunicaciones de algunos Cónsules de Colombia en los Estados Unidos relacionadas con los estudios y regreso a Colombia del señor Zerda.

De esta demanda se corrió traslado al señor Sixto A. Zerda, quien negó, por improcedentes, los hechos relativos a la caducidad del contrato, y no aceptó el referente al incumplimiento del mismo por parte de Alfonso Zerda, diciendo que el regreso de éste a Bogotá no fue motu propio, sino impuesto por las circunstancias. Al mismo tiempo propuso las excepciones de fuerza mayor y caso fortuito, y la de petición antes de tiempo, fundada ésta última en que los demandados no están en mora de cumplir con sus obligaciones y sí el Gobierno por no haber requerido previamente al contratista conforme se estipuló en la cláusula 8ª del contrato. Asímismo interpuso demanda de reconvención, que el señor Alfonso Zerda hizo suya, como también acogió la contestación de la demanda principal.

Demanda de reconvención

En la debida oportunidad procesal el demandado Sixto A. Zerda, en memorial de reconvención, solicita se reconozca a favor de él y de Alfonso Zerda y en contra de la Nación, en calidad de perjuicios, lucro cesante, la suma equivalente a la pensión mensual acordada, en los 22 meses que debía continuar el contrato referido, más el valor de los viáticos de regreso y la suma de diez mil pesos en que estima los perjuicios de todo orden que ha causado el Gobierno Nacional con las Resoluciones dictadas sobre la caducidad del contrato y las molestias sufridas con motivo de la presente demanda.

Como hechos alega el señor Zerda, en la reconvención a que se hace referencia, que el regreso del señor Zerda y la suspensión en la ejecución del contrato de fecha 16 de enero de 1939 fueron debidos a la imposibilidad de darle cumplimiento, pues a causa de la falta de información

del Gobierno respecto al pénsum del Agricultural Mecanical College of Texas, sobre la especialización, que no corresponde exactamente a la citada en el contrato, se hacía necesaria la aprobación de 45 materias, de las cuales sólo le eran aceptadas como hechas 17 de las cursadas por él en la Facultad de Ingeniería de Bogotá, quedándole 28 para aprobar en un año y cinco meses, cosa imposible tanto por el reglamento de la Universidad como por el número de materias; que la Nación se negó a reformar el aludido contrato, declarando la caducidad, para revocarla después y que el regreso del señor Alfonso Zerda se debió al deseo de pedir la reforma del contrato y obtener el restablecimiento de su salud quebrantada.

En el particular se adujeron como pruebas un ejemplar del Bulletin of Information del Agricultural and Mechanical College of Texas, varios documentos en idioma inglés y ejemplares de periódicos de Bogotá donde se dio cuenta de la demanda instaurada por la Nación contra los señores Zerdas.

El señor Procurador, haciendo referencia a esta acción, se opone a las declaraciones solicitadas, niega la personería de Sixto A. Zerda para hacer estas peticiones, y aunque acepta en parte los hechos, pide que se prueben y expresa que no está conforme con las apreciaciones que hace la parte contrademandante.

Se observa:

Resulta del conjunto de pruebas que obran en autos y de la cuestión planteada que con fecha 16 de enero de 1939 se firmó entre el Gobierno Nal. y el señor Alfonso Zerda un contrato por medio del cual éste se comprometió a cursar por cuenta del Gobierno, en la Universidad de Chicago y en el Agricultural and Mechanical College of Texas de los Estados Unidos de Norte América, dos años de estudio en la especialización denominada Ingeniería de Refinación —rama secundaria de Ingeniería Mecánica— para obtener el título de Bachiller en Ciencias. Dichos estudios debían comenzarse, en la primera de las Universidades citadas, a partir del trimestre escolar que empezaba el 27 de marzo de 1939 y continuarlos y terminarlos, desde septiembre del mismo año, en la segunda. Además, el contratista se comprometió para con el Gobierno Nacional a suministrarle información sobre el curso de sus estudios, a aprovechar las vacaciones en adquirir práctica de terreno en el ramo de su especialización y, una vez vencido el término de estudios, a prestarle sus servicios profesionales, siempre que éste lo llamara con tal fin dentro de los dos años siguientes a dicha terminación.

El Gobierno, por su parte, se obligó para con el contratista a pagarle la cantidad de U.S.$ 400.00 en concepto de viáticos de ida e igual suma como viáticos de regreso y a mantenerle y pagarle una pensión mensual de U.S.$ 200.00 durante todo el tiempo previsto de estudios.

Por el mismo contrato el Gobierno se reservó la facultad de declararlo terminado administrativamente, previniendo en oportunidad dicha cesación al contratista, si los resultados y calificaciones de éste no eran satisfactorias, además de la declaración de caducidad en caso de ocurrir cualquiera de las causales de que trata el artículo 41 del C. F. y la imposición de multas por la vía administrativa, aún siendo procedente la caducidad si el señor Zerda incumpliera las obligaciones estipuladas.

Por último, en el contrato se previó la prórroga hasta por un año más con el fin de que el contratista realizara estudios prácticos en el ramo de su especialización y se admitió al señor Sixto A. Zerda, como fiador solidario para garantizar el cumplimiento de las obligaciones por parte del señor Alfonso Zerda.

En ejecución del contrato anterior el contratista Sr. Zerda se trasladó al lugar de su destino e ingresó oportunamente en la Universidad de Chicago, matriculándose en las clases de química y geología, conforme se lee en el certificado de 3 de abril de 1939 expedido por el citado Instituto. (Folio 48, cuaderno número 2).

No habiendo terminado el primer trimestre de estudios el señor Zerda comunicó, por medio de una carta con fecha 26 de abril del mismo año, al Departamento de Petróleo del Ministerio de Economía, el abandono que había hecho de dicha Universidad y su intención de regresar a Colombia. Esta determinación no fue consultada al Ministerio de la Economía ni a las autoridades diplomáticas o consulares de la Nación Colombiana acreditadas en los Estados Unidos.

El señor Zerda da como razón de tal determinación la imposibilidad física de cumplir el contrato en el tiempo previsto debido a que su llegada en el último trimestre de estudios le impidió tomar más de dos clases en la Universidad de Chicago y a que, después de revisar el pénsum contenido en el "Bulletin" del College of Texas descontando las materias cursadas en ingeniería civil, llegó a la conclusión de que le era imposible terminar el curso completo, hasta obtener el "Bachellor degree" en el citado colegio de Texas, en menos de dos años. Como causa de todo esto menciona la falta de información tanto de él como de los empleados del Ministerio sobre el Agricultural and Mechanical College of Texas.

Con fecha 13 de junio del mismo año de 1939 presentaron los demandados un memorial al señor Ministro de la Economía Nacional en el cual solicitaron la reforma del contrato apoyando su petición en las mismas razones que se acaban de exponer. El Gobierno no encontró suficientes los motivos que se alegaron por los demandados para aceptar la reforma que se le proponía, y al contrario, declaró la caducidad por medio de la resolución de 18 de agosto de 1939 proferida por el citado Ministerio de la Economía.

De la anterior resolución los demandados solicitaron oportunamente reposición y revocación fundándose en el hecho de que a dicha providencia no había precedido el requerimiento acordado en la cláusula octava del contrato en mención. El Ministerio accedió a revocar la caducidad, por la razón alegada, pero se reservó la facultad de ejercer las acciones de derecho común que se derivasen del incumplimiento del contrato. (Resolución de 21 de noviembre de 1939 del Ministerio de la Economía Nacional).

Las acciones que se ejercitan en este juicio tienen como base el pretendido incumplimiento del pacto bilateral de 16 de enero de 1939, de que cada una de las partes hace responsable a la otra. Si esto aparece demostrado respecto de una cualquiera de ellas, debe declararse la resolución del contrato, y condenársele a las indemnizaciones consiguientes, si los motivos que se alegan no constituyen suficiente excusa.

Es un hecho acreditado que el señor Alfonso Zerda, estando matriculado en la Universidad de Chicago suspendió, con su regreso a Colombia, la ejecución del contrato, sin que mediara consulta al Gobierno ni consentimiento del mismo. Para considerar que este hecho no constituye un incumplimiento se alega la imposibilidad de completar estudios hasta obtener el "Bachelor degree" en el lapso acordado, por el número de materias que se debían cursar; a la falta de información que sobre ésto tenía el Gobierno y a su negativa para reformar el contrato.

Es evidente que si los hechos que constituyen el objeto del contrato que se estudia son imposibles, su falta de ejecución no determina un incumplimiento.

Según el contenido de la cláusula primera, en consonancia con las demás estipulaciones del pacto celebrado entre el Gobierno Nacional y el señor Alfonso Zerda, la obligación principal que éste contrajo fue la de cursar por cuenta del Gobierno en los Estados Unidos de Norte América dos años de estudio para la especialización denominada Ingeniería de Refinación. De tal manera, que el objeto del contrato fue una obligación de hacer, de cursar dos años de estudios en los Estados Unidos de Norte América y esto era lo que interesaba, principalmente, al señor Alfonso Zerda, en sus relaciones con el Gobierno. Como la imposibilidad de cursar estudios no fue la causa que de-

terminó la suspensión en la ejecución por parte del contratista Zerda ya que éste podía cumplir lo estipulado cursando los dos años de estudio prefijados, este hecho no es conducente, ni sirve para demostrar que no constituye incumplimiento dicha suspensión.

Admitiendo que el objeto del contrato fuese el de obtener en dos años el título de Bachiller en Ciencias, lo que no está claramente expresado en el convenio, la imposibilidad de conseguirlo no aparece comprobada en el juicio. Las pruebas aducidas no acreditan tal imposibilidad, puesto que de la simple confrontación de los reglamentos de la Universidad de Ingeniería de Bogotá y del Agricultural and Mechanical College of Texas, escritos en idiomas distintos y provenientes de Institutos regidos bajo diferentes normas, no se deduce que materias de una universidad correspondan a la otra ni cuáles ni en qué extensión sean aceptadas como hechas por cualquiera de las dos; además de que tampoco existe prueba de la imposibilidad para el señor Zerda de cursar mayor número de clases en la Universidad de Chicago. Cabe también observar que los hechos en que se hace consistir dichas imposibilidades no son acaecimientos que sobrevinieran al contrato, ni se demostró la imprevisibilidad de los mismos, requisitos necesarios para que la fuerza mayor o caso fortuito, que es una imposibilidad objetiva y absoluta, dé como resultado la exoneración de las obligaciones.

Expresa también la parte demandada que la Nación es responsable del incumplimiento del contrato por no tener conocimiento, al tiempo de contratar del pénsum del instituto donde el señor Zerda debía obtener el grado de Bachiller en Ciencias y por haberse negado a reformarlo conforme le fue solicitado oportunamente.

En el particular se observa que no era otra la obligación del Gobierno Nacional sino la de situar ciertas sumas de dinero a favor del contratista principal y no la de garantizar que la preparación que éste tuviera en el momento de contratar fuese suficiente para que en determinado tiempo obtuviera el grado de Bachiller en Ciencias. Al Gobierno no le interesaban directamente las condiciones personales del contratista, su preparación para especializarse en el tiempo estipulado, sino que a éste le correspondía examinar si estaba en capacidad de cumplir con las obligaciones que contraía, si tal averiguación podía acreditarse previamente, luego la negativa del Gobierno a reformar el contrato, cuando ya el señor Zerda había incumplido su obligación de permanecer en Estados Unidos haciendo los dos años de estudio convenidos, tampoco es razón para que ella constituya incumplimiento del mismo, ni relevaba de sus obligaciones a los señores Zerdas. Por tanto, estos hechos no pueden considerarse como capaces de producir el efecto de excepción o de acción que les atribuye el demandante.

En cuanto a la declaración de caducidad del contrato decretada por la resolución de 18 de agosto de 1939 y los posibles perjuicios que ocasionara a los demandados, cabe observar que para que esta providencia hubiera producido efectos debía tener existencia legal y, como antes se dijo, fue revocada oportunamente, lo que quiere decir que no alcanzó a constituír un acto que fuera suficiente para comprometer al Gobierno.

Otra de las excepciones propuestas por los demandados consiste en la llamada petición antes de tiempo o ineficacia de las acciones ejercidas por el demandante debido a que la Nación no requirió previamente al contratista, conforme se estipuló en la cláusula 8ª del contrato de fecha 16 de enero de 1939. Se anota en este particular que el presente juicio no tiene por objeto declarar la caducidad, cosa que corresponde a las autoridades administrativas y a lo que se refiere únicamente la citada cláusula, sino de la resolución o determinación de un contrato de hacer, cuya obligación debía ser ejecutada dentro de cierto tiempo. Por consiguiente, no es procedente la excepción aludida.

En cuanto se refiere a la demanda de

reconvención se observa que los hechos que en ella se fundamenta son los mismos que se acaban de estudiar, ya que se ha visto su inoperancia para comprometer a la parte demandante.

Por todo lo dicho, aparece acreditado el incumplimiento por el señor Alfonso Zerda del contrato que se estudia; luego, éste debe declararse resuelto y los demandados pagar a la Nación la suma de mil quinientos treinta y cinco pesos con seis centavos ($ 1.535.06), que son los perjuicios acreditados por ella en el presente juicio.

Resolución

La Corte Suprema de Justicia —Sala Civil de Unica Instancia— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero.—Declárase resuelto el contrato de fecha 16 de enero de 1939 celebrado entre la Nación y los señores Alfonso Zerda y Sixto A. Zerda, y ordénase el pago a favor de la Nación y a cargo de los señores Zerdas de la suma de mil quinientos treinta y cinco pesos con seis centavos ($ 1.535.06).

Segundo.—Niéganse las peticiones contenidas en la demanda de reconvención.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Número 473—Bogotá, 16 de abril de 1942.

Señor Relator de la Corte Suprema de Justicia—E. S. D.

Atentamente comunico a usted que por Acuerdo número 8 de fecha nueve de los corrientes, fueron elegidos Conjueces de esta Sala, para el período en curso, los señores doctores:

1º—Luis Jorge Gacharná

2º—Jorge Soto del Corral

3º—Carlos H. Pareja

4º—Antonio José Pantoja

5º—José A. Gutiérrez Ferreira

6º—José del Carmen Mesa

Atento servidor,

Manuel Pineda Garrido, Secretario.

I N D I C E

Págs.

EDITORIAL—La Casación por falta de base legal, por Vetilio Matos.... 347

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

SOCIEDAD EN LIQUIDACION.—ERROR DE HECHO.—INSTRUMENTOS NEGOCIABLES. —No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de Julio Fadul Z. contra Pedro Chedraue. Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 355

ACCION PARA EL PAGO DE UNA DE PESOS.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el doce de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el ordinario de Hermides Padilla contra la Westinghouse Electric International Company. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 365

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el diecinueve de diciembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio de división material de un terreno entre Alfredo Botero y Cecilia Hoyos de Botero contra Nepomuceno Vallejo y otros. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 375

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—No se infirma la sentencia de fecha ocho de agosto de mil novecientos cuarenta, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el ordinario de Guillermo Vanegas Q. contra la sucesión de Alejandro Vanegas. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 378

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SIMULACION. REQUISITOS PARA QUE UN ACREEDOR PUEDA PEDIR LA SIMULACION DE UN CONTRATO CELEBRADO POR SU DEUDOR.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta en el juicio de la sociedad anónima "Agro Urbana S. A." contra Pablo Pinzón y la sociedad Jiménez Hermanos. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 384

VENTA DE SUCESION HEREDITARIA. — DECLARACION DE HEREDEROS. — CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS. No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el tres de diciembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario promovido por Gonzalo D. Otero contra Pedro C. Cordero. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 391

ACCION DE NULIDAD DE UNA LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL.—No se casa la sen-

Págs.

tencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diecisiete de mayo de mil novecientos cuarenta, en el juicio de nulidad interpuesto por Graciela Rico contra Adolfo Pinzón. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 394

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO POR LESION ENORME.—CESION DEL DERECHO DE DEMANDAR LA RESCISION—CESION DE DERECHOS. Se casa la sentencia de treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el ordinario de José Joaquín González y José Vicente Morales contra Arcadio Carvajal. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón . . . . . 402.

OPOSICION A UN DESLINDE.—APRECIACION DE PRUEBAS. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el ocho de agosto de mil novecientos cuarenta, en el ordinario de deslinde entre Alberto Garcés Navas y Gregorio Cárdenas. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 408

ACCION SOBRE DECLARACION JUDICIAL DE DOMINIO, CONFORME A LA LEY 120 DE 1928. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el ordinario de Isabel Casadiego V. de Jácome contra Abel Quintero. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 417

OBJECIONES A UNA PARTICION. PARTIDOR.—DEUDAS DE LA SUCESION O DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.—CUANDO PUEDE ALEGARSE VICTORIOSAMENTE LA CAUSAL 2ª DE CASACION.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio sobre objeciones a una partición presentadas por los doctores Pedro L. Gámez Roa y Antonio M. Santos como representantes judiciales de unos herederos. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón... 424

REIVINDICACION. — MEJORAS EN TERRENOS BALDIOS—REIVINDICACION DE MEJORAS EN BALDIOS.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha veintisiete de abril de mil novecientos cuarenta, en el reivindicatorio de E. González Ceballos y Compañía contra Emilio Restrepo. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 434

RESCISION POR LESION ENORME.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de Elena Rojas contra la sociedad comercial Vásquez Hermanos. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca..... 443

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

No se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, fechada el once de junio de mil novecientos cuarenta, que impuso a Marcos Fernández la pena principal de seis años y seis meses de presidio cofo responsable de la muerte de Jesús Antonio Alzate. Magistra-

Págs.

do ponente, doctor José Antonio Montalvo. 449

NULIDAD DEL PROCESO POR NO HABERSE PRACTICADO LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA DEFENSA.—PRUEBAS EN EL LITIGIO CIVIL Y EN EL PROCESO PENAL.—PRUEBAS DEL JUICIO EN ESTADO DE SUMARIO Y EN ESTADO DE CAUSA.—NATURALEZA JURIDICA DEL ENJUICIAMIENTO. ALCANCE DE LA DOCTRINA SOBRE NULIDAD.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, fechada el veintitrés de julio de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Juan Jaime Maldonado a la pena principal de veinte años de presidio. Se declara la nulidad del procedimiento, desde el auto que abrió la causa a prueba. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo..... 451

CUANDO DEBE ENTENDERSE QUE EXISTE HOMICIDIO CULPOSO CONFORME AL ART. 370 DEL CODIGO PENAL DE 1936. No se infirma la sentencia de veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y uno proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que condenó a Abraham o Justo Pinchao a ocho años de presidio como responsable de la muerte de José Masías Pinchao. Magistrado ponente, Dr. Campo Elías Aguirre 457

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE DELITOS COMUNES COMETIDOS POR JUECES DE CIRCUITO — Se revoca el auto de sobreseimiento definitivo dictado el veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y uno por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a favor del doctor Manuel M. Rozo. Magistrado ponente, Dr. Absalón Fernández de Soto 460

COMO DEBE PRESENTARSE EN CASACION EL CARGO DE SER CONTRARIO A LA EVIDENCIA DE UN VEREDICTO—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali fechada el treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta, que impuso a Daniel Vergara Arango la pena principal de ocho años de presidio como responsable de la muerte de Juan Valdés. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo..... 462

HOMICIDIO — CONCURSO RECIPROCO.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que impuso siete años y medio de presidio a Antonio José Carrillo, como cómplice no necesario en el asesinato de Joaquín Alvarez.—Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 465

COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE LOS JUECES SUPERIORES Y DE CIRCUITO POR DELITOS QUE ACARREAN RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. — La Corte se declara inhibida para conocer de las diligencias sumarias que por el cargo de demoras se han seguido a varios antiguos jueces superiores de Cúcuta. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 467

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL COMETIDO EN RIÑA SUSCITADA DE UN MODO IMPREVISTO.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales fechada el veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y uno, por la cual se impuso a Hugo Duque Gómez la pena principal de dos años de presidio, por homici-

Págs.

dio en la persona de Félix Patiño. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto 469

NO ES AL JURADO SINO AL JUEZ DE DERECHO A QUIEN CORRESPONDE DECIDIR SOBRE LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE AGRAVANTES. — LA CIRCUNSTANCIA DE CRUELDAD Y SEVICIA, ESPECIFICA DEL DELITO DE ASESINATO. — No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil fechada el quince de marzo de mil novecientos cuarenta, que impuso a Luis Antonio Osma la pena principal de ocho años de presidio como responsable de la muerte de Félix Antonio Hernández. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 473

DOBLE ASESINATO COMETIDO CON HORRIPILANTE FEROCIDAD. — OBSERVACION POR FACULTATIVOS DEL PROCESADO. — PRUEBA DEL ESTADO PATOLOGICO DE UNA PERSONA CONFORME AL ARTICULO 29 DEL CODIGO PENAL.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga fechada el diecinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta, que impuso a Emilio Méndez la pena principal de veinticuatro años de presidio, como responsable de asesinato en Pascual Carrillo y Ascensión Téllez. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 475

NO TODA IRREGULARIDAD DE FORMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ES MOTIVO DE NULIDAD.—EL REPARO DE HABERSE OMITIDO FORMULAR UN CUESTIONARIO ES COSA DISTINTA DE LA TACHA DE NOTORIA INJUSTICIA DEL VEREDICTO. — No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona fechada el cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta, que impuso a Víctor Lugo Mendoza la pena principal de ocho años de presidio como responsable de la muerte de Concepción Castillo. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 479

INTERPRETACION EXTENSIVA DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION EN EL SENTIDO DE CONSIDERARLA VIABLE AUN TRATANDOSE DE SENTENCIA DICTADA EN JUICIOS POR JURADO —CUANDO PUEDE SER CONSIDERADA LA RIÑA COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA DEL DELITO DE HOMICIDIO. — No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil fechada el cuatro de octubre de mil novecientos cuarenta, que impuso a Abel Acevedo la pena principal de quince años de presidio como responsable de la muerte de su hermano Antonio Acevedo. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 482

APRECIACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O MENOR PELIGROSIDAD — LA RIÑA EN EL DELITO DE HOMICIDIO Y SU APRECIACION. No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja que condenó a Reinaldo Rojas a la pena principal de ocho años y un mes de presidio como responsable de homicidio y lesiones personales en las personas de Pablo Rodríguez y Antonio Sierra, respectivamente. Magistrado ponente, Dr. Campo Elías Aguirre 485

HOMICIDIO INTENCIONAL — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial

Págs.

de Buga fechada el diecisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, por la cual se impuso a Marco Tulio Bernal la pena principal de ocho años de presidio, por homicidio en la persona de Miguel Angel Bernal. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto 489

APLICACION INDEBIDA — POR PREMATURA — DE LA LEY, EN CASO DE UN CONCURSO DE DELITOS RESPECTO DE UNO DE LOS CUALES SE DICTO SENTENCIA CONDENATORIA A PESAR DE HABERSE DECLARADO INJUSTO EL VEREDICTO RESPECTO DE OTRO DELITO Y DE HALLARSE PENDIENTE LA REUNION DEL NUEVO JURADO.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, fechada el trece de diciembre de mil novecientos cuarenta en cuanto impuso a Juan de la Cruz Molina la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Simeón García. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo..... 491

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

SE CONFIRMA EL AUTO RECURRIDO.—Se confirma el auto de fecha quince de febrero de mil novecientos cuarenta y uno dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el ejecutivo de Agapito Vélez contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 495

TRAGEDIA DE AVIACION DEL CAMPO DE SANTA ANA-PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. — PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES. — DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE ESTE PUNTO. Se revoca la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el dieciséis de agosto de mil novecientos cuarenta en el juicio ordinario promovido por Cecilio Martínez Cárdenas y María Antonia Barbosa de Martínez contra la Nación. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 498

INCIDENTE DE NULIDAD—TERCERIAS. — Se revoca el auto de veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y uno proferido por la Sala, en el juicio que el Juez Nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá sigue contra Jorge Matéus y sus fiadores. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 507

OPOSICION A UN DESLINDE.—BIENES DE DOMINIO PUBLICO Y BIENES FISCALES—DOMINIO DEL ESTADO SOBRE LOS BALDIOS—NATURALEZA JURIDICA DEL JUICIO DE DESLINDE.—Se confirma el fallo de siete de febrero de mil novecientos treinta y nueve dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el ordinario sobre deslinde y amojonamiento de la Nación y la Magdalena Fruit Company. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 509

COMPETENCIA EN ASUNTOS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 45 DE 1939. — Se confirma el auto de veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario que adelanta Raimundo Barrero contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado po-

nente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 523

COMPETENCIA EN ASUNTOS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES. — Se resuelve que tanto la Corte como el Tribunal Superior de Medellín carecen de competencia para conocer del juicio instaurado por Juan de la Cruz Henao contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 532

COMPETENCIA EN ASUNTOS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES. — Se declara que ni la Corte ni el Tribunal Superior de Medellín son competentes para conocer del juicio adelantado por Roberto Villa E. contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 540

COMPETENCIA EN ASUNTOS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 45 DE 1939. — Se decide que para conocer del juicio especial seguido por Roberto A. Castañeda contra el Departamento de Antioquia carecen de competencia la Corte y el Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 542

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO.—Se declara resuelto el contrato de dieciséis de enero de mil novecientos treinta y nueve, celebrado entre la Nación y los señores Alfonso Zerda y Sixto A. Zerda. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 547

Conjueces de la Sala de Negocios Generales de la Corte 553

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 Institutionum D. Justiniani).

TOMO LII BOGOTA, MARZO DE 1942. NUMERO 1980

LOS TRIBUNALES INGLESES

Por el Lord Justicia sir LESLIE SCORN

Según Montesquieu, "la libertad consiste en hacer todo lo que la ley permite, pues si un ciudadano pudiese hacer lo que la ley prohibe, dejaría de ser libre. Los tribunales son los guardianes de esta libertad. Su función consiste en acudir en ayuda de cualquier ciudadano, por humilde que sea, que se sienta privado de su derecho a hacer todo lo que la ley le permite, o que se sienta atacado por la acción de otro ciudadano, por elevada que sea la posición de éste, que haya cometido una acción prohibida por la ley".

Los fundamentos de las jurisdicciones civiles y criminales de los tribunales ingleses están apoyadas en dos principios fundamentales: el primero es que todos los hombres son iguales ante la ley; y el segundo es que la ley es suprema. A estos dos principios podría añadirse un tercero: que no sólo hay que hacer justicia, sino hacerla públicamente.

PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INGLESA.—De acuerdo con el primer principio, toda persona puede ser llevada ante los tribunales ordinarios de justicia, lo mismo un ministro que un ciudadano particular. No existen tribunales administrativos, y los funcionarios del Estado pueden ser llamados a responder de la lega

lidad de sus actos ante los tribunales ordinarios, civiles y criminales, del país, presididos por una administración de justicia que es independiente del poder ejecutivo.

De acuerdo con el segundo principio (excepto cuando exista una legislación especial de guerra), no puede castigarse a ninguna persona sin que preceda el debido juicio y pruebas ante un tribunal competente de justicia; y los mismos tribunales proporcionan un remedio inmediato y efectivo en todos los casos en que este principio fundamental es desconocido.

De acuerdo con el tercer principio, todos los procedimientos judiciales, incluso los procedimientos preliminares en materias criminales, tienen un carácter público; y en los casos importantes criminales y en muchos casos civiles, los jueces de hecho son un jurado popular compuesto de doce miembros, de modo que puede decirse que los juicios son doblemente públicos.

La jurisdicción criminal en los asuntos criminales de poca importancia se ejerce por los tribunales locales, conocidos con el nombre de Tribunales de paz, que ejercen sus funciones en numerosos pequeños distritos de todo el país. En Londres y en algunas otras grandes poblaciones, los jueces que presiden estos tribunales son jueces profesionales. En los distritos rurales, estas funciones están desempeñadas por magistrados voluntarios no profesionales, a los que ayudan en sus funciones personas que ejercen la profesión de abogado. Puede apelarse de sus decisiones, tanto de hecho como de derecho, ante otros tribunales locales, que se reúnen en más grandes distritos, y que son conocidos con el nombre de Tribunales Sesionales, o de sesiones trimestrales, y que están compuestos, en las poblaciones, de un abogado que actúa en parte como juez; y en los distritos rurales, de magistrados voluntarios presididos por un abogado. Teniendo en cuenta el elemento no profesional que interviene en estos tribunales, existe un derecho de apelación sobre cuestiones de derecho de los jueces de paz a la Alta Corte de Justicia que actúa en Londres, y los Tribunales Sesionales pueden ejercer la misma apelación.

JUICIO POR JURADO.—Los Juzgados de Paz no ejercen jurisdicción definitiva sobre las causas criminales de mayor importancia; pero todos los procedimientos preliminares se ejercen ante ellos. Las causas criminales de mayor importancia son llevadas ante los Tribunales Sesionales, y las más importantes ante un juez de la Alta Corte de Justicia, siempre ante un jurado. Estos tribunales se reúnen en Londres o en las ciudades más importantes del reino, a las cuales acuden tres o cuatro veces al año los Jueces de la Alta Corte de Justicia. En los juicios por jurados, los únicos jueces de hecho son los doce jurados, ante los cuales el juez resume los hechos tal como aparecen ante su experiencia jurídica; pero en las cuestiones de hecho el jurado no está obligado a seguir las conclusiones del juez, y puede usar de su propio juicio en cuanto al veredicto que juzgue adecuado. La vista de la causa es pública, y todas las pruebas, lo mismo para el fiscal que para la defensa, se dan oralmente y bajo juramento. Si un jurado da un veredicto de inculpabilidad, no puede apelarse de él; pero si el acusado es declarado culpable, puede apelar ante el Tribunal de Apelación para lo Criminal, que se reúne en Londres y está compuesto de tres Jueces de la Alta Corte, presididos por el Lord Justicia Mayor o Presidente de la Alta Corte de Justicia, y en casos de importancia o de dificultades especiales hay una última apelación ante la Cámara de los Lores. El Tribunal de Apelación para lo Criminal es distinto del Tribunal para los asuntos civiles.

Así como los asuntos criminales en las cuestiones de poca importancia están principalmente en manos de magistrados no profesionales, los tribunales de jurisdicción civil están siempre (excepto en casos muy poco importantes) en manos de magistrados presididos por jueces profesionales. Los tribunales civiles para asuntos

de muy poca importancia (es decir, para todos aquellos casos en que la cuantía del asunto en litigio sea inferior a cien libras), son tribunales locales conocidos con el nombre de Tribunales de Condados. Los jueces de estos tribunales, que actúan aisladamente, son jueces enteramente profesionales, nombrados entre los miembros del Colegio de Abogados. De las sentencias de los Tribunales de Condado, existe un derecho de apelación de materia jurídica ante el Tribunal de Apelación de Londres, y, por concesión especial, ante la Cámara de los Lores.

EL TRIBUNAL SUPREMO.—En la organización de la judicatura, el más alto puesto corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, que está compuesto de los tribunales de jurisdicción civil conocidos con el nombre de Alta Corte de Justicia y de Tribunal de Apelación. Por encima del Tribunal Supremo existe la Cámara de los Lores en su parte judicial, que es el más alto tribunal de justicia del reino.

La Alta Corte de Justicia ejerce una jurisdicción civil ilimitada, tanto en cuanto a los asuntos como en cuanto a la localidad. Existen unos treinta jueces de esta Alta Corte, cada uno de los cuales preside sólo sobre su tribunal. La mayor parte de los casos civiles se juzgan en Londres; pero durante todo el año los jueces de la Sección del Banco del Rey viajan por todo el país en "assises" o audiencias en que se trata tanto de los casos civiles como de los criminales.

Las pruebas se presentan casi siempre oralmente y bajo juramento, y la veracidad y memoria de cada testigo se prueba por la investigación de la parte contraria. Quizás sea éste el mas serio instrumento de investigación para el descubrimiento de la verdad. También es un rasgo de la justicia civil inglesa que las partes litigantes deben exponer enteramente y con entera franqueza a la parte contraria y al tribunal, todos los documentos que posean relativos a su caso, sean o no favorables para ellas; y cada parte tiene derecho a inspeccionar todos los documentos de la parte contraria. En ciertos casos, cuando se trata de la reputación de las personas y cuando pueda ocurrir un conflicto de evidencia oral, las partes pueden pedir que el juicio se haga ante jurado, y en este caso el jurado viene a ser el juez único en las cuestiones de hecho y en cuanto a la veracidad de los testigos.

El Tribunal de Apelación está compuesto de nueve Lores Justicias de Apelación, que se reúnen en tres tribunales distintos. Una apelación ante el Tribunal de Apelación consiste en la revisión, que podrá pedirse no sólo sobre cuestiones de hecho, sino de derecho; pero se necesita un permiso especial para presentar nuevas pruebas ante el Tribunal de Apelación. Este se reúne solamente en Londres, de modo que la justicia de apelación está centralizada de modo desconocido en los sistemas continentales. Las apelaciones de los Tribunales de Condado son llevadas también ante el Tribunal de Apelación; pero suelen limitarse a cuestiones de derecho.

COMO SE ELIGE A LOS JUECES—De las sentencias del Tribunal de Apelación puede apelarse nuevamente, con autorización, ante la Cámara de los Lores. Este Tribunal de Apelación de la Cámara de los Lores se reúne en el mismo edificio del Parlamento, y está compuesto por el Lord Canciller, los ex-Lores Cancilleres, y siete Lores Justicias de Apelación; pero generalmente no se reúnen más de cinco a la vez.El más Alto Tribunal de Apelación para el Imperio es la Junta Provincial del Consejo Privado, de la cual pueden formar parte los miembros juristas de las Cámaras de los Lores ("Law Lords'), los miembros del Tribunal de Apelación, y algunos jueces de los Dominios y de la India. Todos los jueces permanentes, desde los jueces de los Tribunales del Condado hasta los Lores Justicias de Apelación, están seleccionados entre los miembros activos del Colegio de Abogados. Como es necesario tener el conocimiento de un vasto cuerpo de legislación no codificado, y de innumerables leyes votadas por el Parlamento, es condición esencial para que el juez inglés pue-

da desempeñar su puesto, el que tenga una amplia experiencia de las prácticas legales. No existe la carrera de la judicatura, sino que los jueces son escogidos a causa de su saber y de la altura que hayan alcanzado en su profesión de abogados.

Esta ausencia de una carrera judicial con un sistema regular de ascensos, unida a la seguridad de tener un puesto vitalicio (que la Constitución inglesa permite), además de un sueldo suficiente para poner a los jueces por encima de todas las tentaciones, asegura la existencia de un poder judicial completamente independiente del poder ejecutivo, y capaz de dar su juicio sin miedo ni favor.

En realidad existen espléndidos oportunidades para las personas pobres para que sus pleitos se vean, en casos autorizados, casi sin costo alguno. En años recientes se ha hecho un considerable progreso para eliminar todos los retrasos innecesarios y abaratar el coste de los juicios; pero tŏdavía puede adelantarse más en este terreno. Los ingleses, y en particular los abogados, han desconfiado siempre de los juicios repentinos, y si la maquinaria de la justicia es en ciertos puntos imperfecta, sigue siendo cierto el hecho de que hoy día es un instrumento tan potente y necesario para conservar la libertad, como lo era cuando Montesquieu escribió las palabras que encabezan estaa breve noticia. El imperio de la ley en la Gran Bretaña, es la condición de la libertad británica. Permítasenos terminar como empezamos, haciendo una cita de un famoso jurista internacional, Sir Robert Phillimore, el cual escribió en 1861: "el fin de toda justicia, dondequiera que se administre, ha sido debidamente expuesto por los juristas romanos, diciendo que es dar a cada persona lo que es debido, su derecho, su jus, sea súbdito nacional o extranjero".

(De la Revista "Jurídicas y Sociales", número 2, de abril y marzo de 1941, de Buenos Aires).

SALA PLENA

LEY 29 DE 1931 SOBRE REPRESENTACION DE LA NACION EN JUICIO POR EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTICULOS 1º Y 2º

No hay razón alguna de orden científico, ni técnico, ni de carácter constitucional que impida al legislador colombiano la formación de organizaciones autónomas como el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, a las que se les hace jugar un papel análogo al de las personas naturales, aislándolas dentro de la administración general con el objeto de agilizar y comercializar determinadas actividades o servicios públicos, como la empresa de transportes por los ferrocarriles, que siguen sometidos al dominio estatal. El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por los artículos 1º y 2º de la Ley 29 de 1931 como persona jurídica autónoma, representada legalmente por el Administrador General y destinada a administrar con total independencia los ferrocarriles de propiedad nacional, contiene los elementos esenciales que integran toda persona jurídica, como son la autorización del poder público por medio de la ley, la existencia de un patrimonio especial aunque para efectos administrativos, y una capacidad propia para el ejercicio de actividades civiles que le permite comparecer ante los Tribunales y autoridades de todo orden accionando o defendiéndose judicialmente.—2.—*La personalidad* del Consejo Administrativo, que es su capacidad para ser sujeto de derechos, es cosa fundamentalmente distinta de su *personería*, que es la facultad para representar a otra persona. Lo primero no ofrece dificultad desde el punto de vista de la constitucionalidad de la ley acusada, y en cuanto a lo segundo los términos en que están concebidas las fórmulas legales acusadas de inconstitucionalidad no tienen ninguna ambigüedad y no dan base ni lugar al conflicto de representación que pretende plantear la demanda, pues en tales disposiciones legales nada se estatuye sobre personería del Consejo para llevar la representación judicial de la Nación, y el asunto de la personería en los litigios civiles es cuestión de interpretación de la ley para fijar su alcance y adaptarla a la realidad de la práctica forense y corresponde a los jueces y funcionarios públicos por la vía de doctrina y con la obligatoriedad restringida que determina el artículo 17 del C. C. A las entidades y funcionarios del organo judicial no les es permitido proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria, ni dentro de los límites de la facultad que compete a la Corte de guardar la integridad constitucional cabe la de fijar interpretaciones obligatorias de las disposiciones de la ley para que a ellas se ajusten los jueces en el sentenciamiento de los litigios. Esta interpretación auténtica, de fuerza efectiva y alcance más amplio, corresponde exclusivamente a la que cabe con autoridad el legislador (artículo 25, C. C.).

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena. Bogotá, marzo diecisiete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Hernan Salamanca).

Castor Jaramillo Arrubla, en su condición de ciudadano colombiano y en ejercicio de la acción pública concedida por el artículo 149 de la Constitución Nacional, pide a la Corte Suprema en demanda fechada el 1º de octubre de 1941, que se declaren inexequibles por inconstitucionales los artículos 1º y 2º de la Ley 29 de 1931, "en cuanto se ha estimado que

confieren al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales la representación de la Nación en juicio cuando se demanda el resarcimiento de perjuicios ocasionados por accidentes ferroviarios y en general por todo lo relacionado con los ferrocarriles de propiedad nacional", alegando que son violatorios del artículo 139 de la Constitución en la parte que expresa que "corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación".

La razón fundamental de la demanda se hace consistir en que habiendo la Constitución establecido de modo expreso una sola categoría de defensores de la Nación, no puede la ley crear nuevos y distintos, porque repugna a la armonía de nuestra organización institucional el que haya representantes diversos de la misma persona jurídica, de origen constitucional unos y legal otros, y todos de categoría, nombres, funciones y responsabilidad diferentes.

Conocido el concepto del señor Procurador General de la Nación, adverso a las pretensiones de la demanda, la Corte considera para decidir.

Por medio de la Ley 29 de 1931, cuyos dos primeros artículos constituyen la materia de esta demanda de inexequibilidad, se reorganizaron los ferrocarriles de propiedad de la Nación y se creó el Consejo Administrativo de los mismos en forma de una colectividad de bienes nacionales jurídicamente organizados; constitutiva de una unidad orgánica elevada por la ley, por diversas razones vinculadas a bienandanza administrativa, a la categoría de persona jurídica, que lo mismo que las personas naturales, puede ser sujeto activo y pasivo en las relaciones jurídicas, con capacidad de derechos patrimoniales. No hay razón alguna de orden científico, ni técnico, ni de carácter constitucional —como lo anota el señor Procurador— que impida al legislador colombiano la formación de estas organizaciones autónomas a las que se les hace jugar un papel análogo al de las personas naturales, aislándolas dentro de la administración general con el objeto de agilizar y comercializar determinadas actividades o servicios públicos, como la empresa de transportes por los ferrocarriles, que siguen sometidos al dominio estatal.

Sobre la posibilidad de existencia y naturaleza jurídica de estos organismos oficiales que, no obstante depender del Estado como elementos de la administración pública general, tienen su personalidad y su capacidad propias que los hacen participar del carácter de las personas jurídicas de derecho público, como gestoras de intereses y servicios públicos nacionales, ha dicho la Sala de Negocios Generales de esta Corte Suprema, en reiteradas decisiones, lo siguiente, que la Sala Plena acoge como doctrina fundamental al respecto:

"En el derecho administrativo no son una novedad los entes públicos, creados por razones técnicas del servicio oficial, y llamados **establecimientos públicos**.

"Cuando el Estado para la mayor eficiencia de la administración, organiza bajo bases técnicas y especiales una dependencia oficial, dotándola de un patrimonio que debe manejar con independencia y autonomía crea un establecimiento público, al cual queda así privativamente reservada la administración de ese patrimonio, con la función de velar por él.

"**El establecimiento público**, es pues, un organismo del servicio oficial, pero con patrimonio propio, especial y permanente, distinto de los ingresos generales de la nación que administra e invierte con autonomía. Tal como el artículo 2º de la Ley 29 de 1931 ha querido que sea el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Lo hizo una "persona jurídica autónoma"; ejerce "todas sus funciones con una completa independencia"; puede presentarse ante las autoridades para la defensa de los bienes colocados bajo su cuidado; y le asignó el patrimonio que debe administrar: los ferrocarriles del Estado.

"Hauriou dice que el establecimiento público es un servicio público incorporado al Estado, dotado de personalidad ju-

rídica, en lo cual se diferencia de ciertos centros de servicios públicos con autonomía aparente.

"Marcel Waline dice del **establecimiento público** que es una persona administrativa encargada de dirigir un servicio público o un grupo de servicios públicos determinados. De lo cual resulta que el establecimiento público hace parte de la administración y es una persona de derecho administrativo.

"Y la Sala Plena de esta misma Corte, en fallo de 10 de agosto de 1937, dijo lo siguiente, que no es más que el resumen de la doctrina contemporánea: "Los establecimientos públicos son desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de autoridad pública, o creaciones del Estado". Gaceta Judicial, tomo 45, página 212).

"Como el Estado no puede atender directamente todos los servicios de la administración o conexionados con ella en muchos casos debe apelar a la creación de entidades autónomas con capacidad jurídica y técnica suficiente para cumplir satisfactoriamente un determinado fin de interés público.

"Cuando la ley —dice Fleiner— con el fin de atender a una determinada función, separa de la organización general administrativa un conjunto de medios, de tal manera que éstos deban llevar una existencia independiente desde el punto de vista técnico y una personalidad jurídica propia, aparecen entonces los llamados establecimientos públicos.

"En esta clase de instituciones se encuentra la más grande variedad de regímenes, desde las que por su autonomía e independencia se asemejan a las personas privadas en cuanto llevan una vida absolutamente propia, sin sujeción ninguna a la administración, hasta las entidades que están tan subordinadas a ésta que casi se confunden con un servicio sin autonomía, prestado directamente por el Estado".

"Lo expuesto está diciendo contra la opinión del abogado recurrente, que el Estado sí puede dividir su personalidad, en tantos órganos jurídicos e independientes de mayor o menor categoría, cuantos necesite para la mejor administración y provecho de los intereses públicos.

"El Estado comprendió que la gestión de los ferrocarriles nacionales no podía ser una de las funciones comunes del gobierno, sino que tenía que obedecer a dirección especial y técnica; creó entonces el órgano adecuado, asignándole autonomía y personalidad jurídica, con lo cual quiso asegurar el éxito de la nueva entidad.

"Y como los Ferrocarriles Nacionales hay en Colombia bastantes establecimientos públicos, nacionales, departamentales o municipales, sometidos a características propias, dentro de los lineamientos generales que se acaban de establecer para distinguirlos.

"Y desde que esos establecimientos poseen su propia individualidad jurídica, en defensa de los intereses para cuya guarda han sido creados, están investidos de todas las acciones y excepciones que puede tener un particular, contra cualquier otra persona, aún de carácter administrativo, incluyendo el mismo Estado".

(Decisiones de 26 de septiembre de 1940, "Gaceta Judicial", Tomo L, página 251, y 13 de agosto de 1941, "Gaceta Judicial", Tomo ... página ...).

El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por los artículos 1º y 2º de la Ley 29 de 1931 como persona jurídica autónoma, representada legalmente por el Administrador General y destinada a administrar con total independencia los ferrocarriles de propiedad nacional, contiene los elementos esenciales que integran toda persona jurídica, como son la autorización del poder público por medio de la ley, la existencia de un patrimonio especial aunque para efectos administrativos, y una capacidad propia para el ejercicio de actividades civiles que le permite comparecer ante los Tribunales y autoridades de todo orden accionando o defendiéndose judicialmente.

La personalidad del Consejo Administrativo, que es su capacidad para ser sujeto de derechos, es cosa fundamentalmente distinta, de su personería, que es la facultad para representar a otra persona. Lo primero, según lo expuesto, no ofrece dificultad ninguna desde el punto de vista de la constitucionalidad de la ley que le dio nacimiento y organización porque no hay principio ni precepto de la Carta que impida la formación de estos establecimientos públicos de evidente utilidad, sancionados por la costumbre legislativa y explicados y justificados por el derecho administrativo.

El actor ha sometido a decisión de la Corte en esta acción pública una cuestión vinculada exclusivamente al aspecto de la personería del Consejo Administrativo, porque en su demanda advierte que el pedimento de inexequibilidad debe entenderse en cuanto se ha estimado que las disposiciones acusadas confieren al Consejo "la representación de la Nación en juicio". No hay duda de que el demandante hace referencia aquí a casos de interpretación judicial o por la vía de decisión especial de las disposiciones que acusa, emanadas de algunas sentencias proferidas por una de las Salas de esta Corte y por Tribunales Superiores de Distrito Judicial en las que se ha decidido que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, como persona jurídica autónoma que es, puede y debe comparecer en juicio, representada por el Administrador General, en defensa de los intereses patrimoniales de la Nación confiados por la ley a su gerencia e inmediato cuidado.

Sobre este punto de personería adjetiva, en que la Corte no hallaría reparo de inconstitucionalidad si su consideración fuera procedente, porque el artículo 139 de la Carta que se dice violado no excluye ni prohibe la defensa de los intereses nacionales por funcionarios distintos de los del Ministerio Público, se observa que los términos en que están concebidas las fórmulas legales acusadas de inconstitucionalidad no tienen ninguna ambigüedad y no dan base ni lugar al conflicto de representación que pretende plantear la demanda, porque en esas disposiciones legales lo que está dicho inequívocamente es que el Consejo Administrativo es persona jurídica autónoma y goza como tal de los derechos y prerrogativas que legalmente le corresponden para sus actividades administrativas, con plena capacidad para comparecer en juicio activa y pasivamente en servicio de la buena administración y desarrollo de los bienes nacionales confiados a su manejo, pero nada se estatuye allí sobre personería del Consejo para llevar la representación judicial de la Nación. Otra cosa es que las sentencias que se profieran en juicios surtidos con audiencia del Consejo puedan afectar los intereses de la Nación que éste administra. Esta cuestión, vinculada al problema jurídico sobre responsabilidad civil del Estado por los actos delictuales o cuasi-delictuales ejecutados por los agentes y empleados al servicio de los Ferrocarriles Nacionales para determinar la personería del demandado en los litigios civiles en que particularmente se demanden indemnizaciones por culpa, es materia de interpretación de la ley, para fijar su alcance y adaptarla a la realidad de la práctica forense y corresponde a los jueces y funcionarios públicos por vía de doctrina y con la obligatoriedad restringida que determina el artículo 17 del C. C. A las entidades y funcionarios del órgano judicial no les es permitido proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria, ni dentro de los límites de la facultad que compete a la Corte de guardar la integridad constitucional cabe la de fijar interpretaciones obligatorias de las disposiciones de la ley para que a ellas se ajusten los jueces en el sentenciamiento de los litigios. Esta interpretación auténtica, de fuerza efectiva y alcance más amplio, corresponde exclusivamente a la que hace con autoridad el legislador (25 C. C.).

Improcedente es también por extraño a la facultad consagrada en el artículo 149 de la C. N. el pedimento final de la demanda para que la Corte ordene la vigen-

cia del artículo 139 de la Carta y la **insubsistencia** de los artículos 1º y 2º de la Ley 29 de 1931 por razón de incompatibilidad entre ellos y con apoyo en lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución, porque este recurso de inaplicabilidad que ejercita el actor no está autorizado y es extraño al sistema colombiano de control de la constitucionalidad de las leyes.

En razón de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en uso de la facultad que le concede el artículo 149 de la Constitución Nacional y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, decide:

Son exequibles los artículos 1º y 2º de la Ley 29 de 1931.

Notifíquese y envíese copia de esta providencia a los Ministerios de Gobierno y Obras Públicas.

Aníbal Cardoso Gaitán — Campo Elías Aguirre—José Miguel Arango—Con salvamento de voto, **José M. Blanco Núñez. Isaías Cepeda — Liborio Escallón—Absalón Fernández de Soto — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez.** Con Salvamento de voto, **José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca — Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón,** Secretario en propiedad.

Salvamento de voto

En la demanda de inexequibilidad de los artículos 1º y 2º de la Ley 29 de 1931 orgánica del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

Al redactar el presente salvamento de voto, con el respeto que me merecen las muy doctas opiniones de mis distinguidos colegas de la mayoría, debo comenzar por reconocer la lucidez con que han expresado sus ideas en el fallo con respecto al cual tengo la pena de estar en desacuerdo en cuanto declara exequible el artículo 2º de la Ley 29 de 1931 por la cual se creó el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

Fundado en el texto y en el espíritu del artículo 1º de esa ley, he votado en favor de su constitucionalidad; no así en cuanto al artículo 2º, porque me parece que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales no puede ser, constitucionalmente, más que un órgano creado para ejercer las funciones de agente del mismo Estado, con el fin de administrar parte determinada del patrimonio general perteneciente a aquél: los Ferrocarriles Nacionales.

Considerar el consejo, como en oposición con el espíritu de la letra del artículo 1º y con otros de la misma ley lo considera el artículo 2º de la Ley 29 de 1931, es considerarlo como un sér jurídico que pugna con la noción de unidad patrimonial, de jerarquía y de responsabilidad que es base fundamental de nuestra estructura constitucional política y administrativa.

Fundándose en el artículo 2º de la ley mencionada, el fallo considera al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales "como un establecimiento público", como persona jurídica autónoma, representada legalmente por el Administrador General y destinada a administrar con total independencia los ferrocarriles de propiedad nacional, contiene los elementos esenciales que integran toda persona jurídica, como son la autorización del poder público por medio de la ley, la existencia de un patrimonio especial y una capacidad propia para el ejercicio de actividades civiles que le permiten comparecer ante los Tribunales y autoridades de todo orden accionando o defendiéndose judicialmente.

De lo expuesto, deduce el fallo que desde el punto de vista de la constitucionalidad de la ley que le dio nacimiento y organización (Consejo de los Ferrocarriles Nacionales), no existe dificultad alguna; porque no hay principio ni precepto de la Carta que impida la formación de estos establecimientos públicos de evidente utilidad, sancionados por la costumbre legislativa y explicados y justificados por el derecho administrativo.

Pienso que, entre nosotros, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y cualquiera otra institución análoga, son meros órganos de expresión de la función o de la actividad administrativa del Estado como propietario único de los bienes Nacionales, en orden a una mejor división del trabajo y a una mayor eficacia de los servicios públicos, por la gran complejidad que entraña esa actividad dentro de las múltiples y diversas formas de las tareas del Gobierno; pero ni económicamente ni jurídicamente, puede considerarse al Estado quebrantado en unidad y descartado de sus atributos soberanos, de sus obligaciones y de su responsabilidad, por ese fenómeno —el de la creación de esos organismos— que a pesar de la mayor o menor independencia administrativa que se les conceda para que ofrezcan un servicio más perfecto desde el punto de vista técnico y financiero, no deben constituír entes absolutamente autónomos frente al mismo Estado, o independencia de éste. Por lo menos, dentro de nuestra actual estructura constitucional creo que es así como hay que interpretarlo y aplicarlo, por ahora.

(Constitución, artículos 1º, 2º, 4º, 52, 53, 115, ordinales 12 y 14; 128, 131 y 199 de la Codificación).

Por eso creo que no puede concebirse una persona jurídica cuya existencia emana y **depende** del Estado, la cual está, al mismo tiempo, en posición **excluyente** ante éste, que es, precisamente, la persona jurídica de la cual aquélla deriva su existencia y sus poderes administrativos en lo que concierne a los bienes de **propiedad del mismo Estado** que le han sido destinados la primera en administración, con vista a una simplificación de las funciones del Gobierno y a conseguir una mayor perfección técnica y mayor economía en su manejo, todo ello para atender mejor las necesidades colectivas de la comunidad, que nó, fines de lucro, ya que éste, en la mayoría de las veces, es incompatible con una recta noción de servicio público oficial.

Por otra parte, el Estado es responsable en cuanto es dueño de su patrimonio y lo administra, y porque tiene —él sí— una personalidad jurídica propia, autónoma, y soberana que la Constitución le concede. Si esa personalidad jurídica del Estado, como propietario y como administrador, se desplaza hacia un ente o sér jurídico distinto que adquiere su patrimonio o parte de él y el derecho de administrarlo con absoluta autonomía, ese ente será entonces, un sér, una persona moral **independiente y distinta** del Estado, y, por tanto, éste último ya no podrá ser llamado a juicio civil ni condenado como responsable por actos que no se derivan de una actividad administrativa suya ni de ninguno de sus agentes sino de esa otra persona jurídica distinta.

En otros términos: si el servicio público ha sido transferido en forma absoluta a otra persona que la acciona como propia, si no está ya a cargo del Estado, éste no podrá ser responsable civilmente ante tercero por un mal funcionamiento de ese servicio. Al trasladarlo sin limitaciones a otra persona jurídica, quiere decir que, traslada a ésta —valga la frase— su propia culpa, llegado el caso, y, por ende, su propia responsabilidad, de tal culpa derivada por un mal funcionamiento de sus servicios.

Tendríase así comprometida la doctrina, muy sabia, y acertadamente establecida por la Corte en consonancia con nuestra actual estructura constitucional y legal, y con las normas jurisdiccionales de países de avanzado desarrollo jurídico, acerca de que las faltas ocasionadas por mal funcionamiento de un servicio público comprometen la responsabilidad **del Estado**, que acciona por medio de sus agentes tal servicio, doctrina que debe cobijar toda clase de servicios públicos, aún los accionados y poseídos por particulares, ya que lo que le imprime la esencia de público a un servicio no debe ser su carácter oficial, sino la circunstancia de proveer a la satisfacción de las necesidades colectivas del pueblo, y ya que lo que se impone como carga al Estado como consecuencia de una omisión o de una actividad negligente de su parte o de sus subalternos, no hay razón para que no se imponga también a los particulares, con los mismos fundamentos; como —viceversa— no hay razón alguna para hacer de mejor condición a los particulares excluyéndolos de aquellas sanciones civiles que recaen sobre las entidades de Derecho Público por su comportamiento **irregular o** contra derecho ajeno.

La noción que se tenga acerca de la personalidad sustantiva del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales como entidad autónoma, me parece, pues, que desde el punto de vista de la exequibilidad de la ley orgánica de ese Consejo está, íntimamente vinculada "al problema jurídico sobre responsabilidad civil del Estado por los actos delictuales o cuasi delictuales ejecutados por los agentes y empleados al servicio de los Ferrocarriles Nacionales para determinar la personería del demandado en los litigios civiles en que particularmente se demanden indemnizaciones por culpa", y creo, igualmente, que tal noción tiene muy trascendentales repercusiones de orden jurídico en el problema de la responsabili-

dad civil de que se trata, pues si se acepta la tesis de la "completa independencia" del Consejo como persona jurídica autónoma distinta del Estado, la consecuencia parece clara: de ninguna manera el Estado podrá ser responsable civilmente por los actos ejecutados por personas que no son agentes o empleados suyos, sino de otra entidad dotada con propia y autónoma individualidad jurídica.

Tendríase así no sólo mermado, sino anulado el concepto de **unidad de responsabilidad**, que junto con el de **unidad patrimonial** y el de **unidad de jerarquía**, informa y configura desde el punto de vista constitucional, la noción de un Estado como el nuéstro, de tipo rígidamente presidencial, unitario y centralista.

Conviene citar aquí lo que esta misma Corte Plena ha expresado en reciente sentencia del 12 de diciembre de 1941 sobre estas materias: "Ante todo —dice— conviene no perder de vista que el Estado Colombiano se ha dado una organización política unitaria, y que es la Nación donde esencialmente reside la soberanía. A las secciones —Departamento y Municipio— se les ha reconocido una relativa autonomía administrativa, pero deben ejercerla dentro de la órbita de acción que los preceptos constitucionales y legales le han señalado. Quiere esto decir que su vida y acción administrativas están restringidas por las susodichas normas, las que han sido promulgadas obedeciendo a un concepto de unidad de facultad, de determinación y de responsabilidad".

Pero no tiene menor trascendencia tampoco desde el punto de vista constitucional lo concerniente a esta misma noción de autonomía e independencia del C. A. de los Ferrocarriles Nacionales en lo relativo a la personalidad del Consejo para los fines de su comparecencia en juicio, pues si él es un sér jurídico distinto de la Nación, evidente es que de las controversias que se susciten por virtud de actos culposos ejecutados por los agentes o empleados de los Ferrocarriles Nacionales en ejercicio de sus funciones, no podrá conocer la Corte en segunda instancia, sino los jueces de circuito en primera instancia, y los Tribunales, en segunda; y a esto habría que agregar que como el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene su única sede en Bogotá, o sería ante los jueces de circuito de esta ciudad y ante el Tribunal de Cundinamarca, donde tendrían que ventilarse todos los juicios relacionados con estas cuestiones, así, se tratara del habitante del más lejano Municipio de la República, o, en el caso de promoverse el juicio respectivo ante el juez del domicilio del querellante, veríase éste obligado a una lenta, costosa y complicada tramitación de su acción por medio de continuos exhortos y despachos entre su domicilio y Bogotá, por no tener allá el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales quién llevara su personería en tal juicio.

El fin descentralizador (patrimonial, regional o funcionarista) que, según los modernos expositores de derecho administrativo foráneo, inspira la teoría de la autonomía administrativa de los servicios públicos para beneficio colectivo, no sólo desaparecería por este aspecto para convertirse en un centralismo demasiado severo y oneroso, sino que padecería notable quebranto el saludable principio de economía procesal y de garantía individual de que la administración de justicia debe situarse siempre al alcance de todos los ciudadanos para facilitarles a éstos los medios necesarios para que hagan efectivos sus derechos con la menor cantidad de demoras de trabas y de gastos.

Punto sería éste también que no toca solamente el aspecto de la inconveniencia del artículo 2º de la Ley 29 de 1931, sino su carácter francamente opuesto a las normas de nuestra Carta, en materia de tánta entidad como es lo relacionado con los Títulos III y XV que tratan, respectivamente "de los derechos civiles y garantías sociales" y "de la administración de justicia" y en los cuales se hallan las disposiciones de los artículos 15, 41 y 152, que, respectivamente también, dicen así: Artículo 15. "Las autoridades de la Re-

pública están instituídas 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".

Artículo 41. "Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener **pronta** resolución.

Artículo 152. "Para facilitar a los pueblos la pronta administración de justicia, se dividirá el territorio nacional en distritos judiciales y en cada distrito habrá un Tribunal Superior, cuya composición y atribuciones determinará la ley".

Se tendría así, que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales estaría en una verdadera posición de privilegio con respecto a la misma nación, pues mientras ésta estaría obligada a comparecer en la primera instancia de los juicios, ante el respectivo Tribunal del Departamento por conducto de su Fiscal, y ante la Corte, en segunda, representada por el Procurador, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, no podría ser demandado sino en Bogotá, lugar de su sede. O, en otros términos, mientras para acciones contra la Nación se les brinda a los interesados la oportunidad de promoverlas ante los Tribunales que se han creado en cada departamento en desarrollo y cumplimiento del precepto constitucional de facilitar en forma pronta y eficaz la administración de justicia, para acciones contra el C. A. de los F.F. Nacionales no habría sino un lugar, la capital de la República, donde deben promoverse todas las acciones contra él, puesto que la ley nada ha dispuesto en contrario. Esta violación de las reglas sobre organización judicial, sobre jurisdicción y competencia, variación que inmediata y lógicamente se presenta como consecuencia de la creación del C. A. de los F.F. Nacionales como persona jurídica autónoma, y distinta del Estado, puede constituír otro aspecto de la inconformidad del artículo 2º de la Ley 29 de 1931 con las normas constitucionales sobre esa materia. (Constitución, artículos 142, 148, ordinal 3º, 152 y 156).

Pero se dirá que si el C. A. de los F.F. Nacionales no tiene la completa independencia que le atribuye el artículo 2º acusado, no podría cumplir recta y provechosamente sus funciones de Administrador de los Ferrocarriles Nacionales. Parece que esto nada debe probar ante la necesidad, que es primordial e insalvable, de atemperar su creación, organización y funcionamiento a las normas constitucionales. El debe moverse dentro de esas normas, pero creo que no debe confundirse la autonomía que el Consejo tenga como simple agente de la Nación en todo cuanto se relacione con el aspecto **técnico y comercial** del patrimonio racional que se le ha confiado en administración según el artículo 1º de esa ley, con la abrogación o la absorción, con carácter excluyente o privativo, de la personalidad sustantiva y adjetiva del Estado en la vida de relación de éste, jurídica, política y patrimonial en ese ramo de la administración pública, en circunstancias que de acuerdo con el espíritu de los artículos 128 y 131 de la Carta él (el Consejo) no puede ser más que una sección, una agencia administrativa del Ministerio de Obras Públicas, semejante, por ejemplo, a la dirección nacional de transportes y tarifas", adscrita a ese Ministerio.

Y ello es así, porque de conformidad con los artículos de la Carta que quedan citados últimamente, la acción administrativa de la cual es supremo jefe o autoridad el Presidente de la República, en el órgano ejecutivo se ejerce en materia de los servicios públicos concernientes a ese órgano, por medio de los **"Ministerios o Departamentos administrativos"** correspondiendo al Presidente la distribución de los negocios ante ellos, lo que no quiere decir que haya algo que le impida **contratar en ocasiones** la prestación de algunos de esos servicios por el sistema de concesiones, procedimientos que no implica una desmembración ni un desdoblamiento ni una resignación de la personalidad jurídica del Estado como entidad soberana, en un

ente autónomo y distinto, sino por el contrario, una afirmación de esa soberanía, porque para ello sí existe una expresa autorización del Constituyente para el Presidente de la República, cuando dice en el artículo 115 de la Carta que, "Corresponde al Presidente de la República **como suprema autoridad administrativa**" celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias".

No es mi propósito, pues, negar la conveniencia que, en ciertos casos, puede tener una efectiva descentralización de los servicios públicos. Me refiero solamente al aspecto de la cuestión frente a nuestras actuales normas constitucionales en el caso concreto que es materia del presente fallo.

Por eso no deseo terminar estas atentas observaciones, sin hacer constar que ellas pueden ser equivocadas y que me he permitido hacerlas, al fallo que las motiva sólo en fuerza de la vacilación que en mi ánimo ha suscitado la referente a la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 29 de 1931, que, dicho sea de paso, es una ley anterior a la Ley 105 de ese mismo año, que trata de la jurisdicción y competencia de la Corte, de los Tribunales y de los jueces de Circuito, así como de la organización y funciones del Ministerio Público, cuestiones éstas que considero vinculadas también, más o menos directamente, al aspecto constitucional de la ley de que se trata.—Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos cuarenta y dos.

José M. Blanco Núñez — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad".

Salvamento de voto

Como mi distinguido colega el doctor Blanco Núñez. disiento de la anterior sentencia en virtud de las razones que expone —por cierto que copiosas y con mucho brillo— dicho Magistrado.

Ensayé concentrar, además, mi punto de vista personal, como sigue:

Estimo exequible el artículo 1º de la Ley 29 de 1931, sobre creación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, pero considero que el artículo 2º es inconstitucional, al menos con la interpretación que la Corte le da. Me veo obligado, por ello, a salvar voto.

La Corte Plena ha acogido sin reserva alguna la doctrina sentada por la Sala de Negocios Generales según la cual el Consejo Administrativo de FF. Nles., "persona jurídica autónoma", tiene tan "completa independencia" (son los términos de que se vale la Ley 29 acusada) que cuando un particular demanda a la Nación como propietaria de los ferrocarriles y para ventilar un litigio relativo a éstos, el juicio que se siga entre ese particular y la nación representada por el respectivo agente del Ministerio Público es un juicio nulo porque, según la doctrina de la Sala de Negocios Generales implícitamente acogida por la Corte Plena, tales juicios sólo pueden adelantarse válidamente con el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, es decir, con el representante del consejo y no con el de la nación.

Reconozco el grave riesgo de ser yo el equivocado y no mis dos sabios colegas de la Sala de Negocios Generales que han expuesto y defendido la tesis que acaba de de ser acogida en Corte Plena. Ellos han estudiado la cuestión a fondo y con la responsabilidad de falladores y a mí —tan poco versado— me coge ahora por sorpresa y como problema de doctrina. Además, cuentan mis respetados colegas con el respaldo de renombrados publicistas de Derecho Administrativo, la autoridad de los cuales aconseja pensar que las necesidades impuestas por el desarrollo del Estado en los últimos tiempos impone como una necesidad pública "con el objeto de agilizar y comercializar determinadas actividades o servicios públicos", la creación de entidades autónomas o "establecimientos públicos", "con mira a la bienandanza administrativa".

Dice la sentencia:

"Y desde que esos establecimientos poseen su propia individualidad jurídica, en defensa de los intereses para cuya guarda han sido creados, están investidos de todas las acciones y excepciones que puede tener un particular, contra cualquier otra persona, aun de carácter administrativo, incluyendo el mismo Estado".

En mi concepto, al crear el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales dándole personería jurídica para comparecer en juicio, no se propuso el legislador colombiano ir tan lejos como lo sugiere el párrafo transcrito.

La configuración constitucional de los países a que se refieren los autores citados por la Corte difiere de la que el nuéstro tiene.

En Francia, por ejemplo, bajo el régimen parlamentario y con un presidente que no gobernaba sino que apenas designaba un organizador o premier del gabinete, es decir, en un Estado dirigido por el Parlaménto, se explica que este creara esos organismos, como delegatarios suyos para administrar y, por ende, con autonomía ilimitada.

En Colombia, nación organizada bajo régimen presidencial con un presidente

que es jefe del Estado, de toda la administración nacional, no se explica que el legislador quite al presidente parte de los poderes que la Constitución le da y coloque un sector completo y por cierto muy importante de la administración en manos de una entidad a quien dé tan "completa independencia" que venga a sustituir al Estado en ese ramo.

Claro que no es mi ánimo descalificar la entidad Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, entre otros motivos porque no incumbe a la Corte juzgar sobre la conveniencia o inconveniencia de las leyes acusadas como inconstitucionales, sino sobre la exequibilidad de ellas al confrontarlas con la Constitución.

El artículo 139 de esta que erige a los funcionarios del Ministerio Público en "defensores de los intereses de la nación" no impide que otros funcionarios y aun personas o entidades particulares también puedan defenderlos, como sucede con algunos contratistas de bienes ocultos del Estado, con opositores —en nombre de la nación— a que se adjudiquen baldíos, minas u otros bienes también del Estado, y aun con simples apoderados que el gobierno suele contratar para pleitos.

Creo excesivo, sin embargo, que el hecho de estar defendida la nación por una persona o entidad particular llegue hasta impedir, so pena de nulidad, la comparecencia del representante nato de la nación y no obstante tratarse de empresas y bienes pertenecientes a ella.

Si el artículo 2º de la Ley 29 de 1931 se interpretara en el sentido obvio de su redacción: "El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales... podrá (subrayo) presentarse ante los tribunales y autoridades de cualquier orden....", talvez no sería el caso de considerarlo contrario al 139 de la Constitución.

Pero tomado aquel artículo 2º de la Ley 29 de 1931 en el sentido de que la representación de la nación por el Consejo de Ferrocarriles cuando se trate de intereses de ellos excluya la del Ministerio Público hasta el punto de hacer nulo el procedimiento en que éste intervenga, con esa interpretación que la Corte Plena le da a la Ley 29 puesto que prohija en su integridad "como doctrina fundamental al respecto" la sostenida por la Sala de Negocios Generales, me parece que el artículo 2º de dicha ley es inconstitucional.

José Antonio Montalvo.

Bogotá, 17 de marzo de 1942.

DECRETO NUMERO 4 DE 1941, ACUSADO EN SUS ARTICULOS 2º Y 4º COMO INCONSTITUCIONAL. — POTESTAD REGLAMENTARIA. — DECRETOS QUE EXTRALIMITAN ESA POTESTAD.—SU CONDICION JURIDICA

1.—La Corte ha sentado repetidas veces la doctrina de que cuando un Decreto tenga por fundamento una ley, no hay lugar a fallar la demanda de inexequibilidad que contra el primero se formule, en tanto que no se haya acusado, también la ley en que éste se apoye. Se explica y se justifica esa interpretación jurisprudencial porque en tal caso la sujeta materia al control constitucional de la Corte es una sola e idéntica, tanto en la ley como en el acto ejecutivo acusado, y no sería posible decidir sobre su exequibilidad sino teniendo a la vista el acto legislativo que ha servido de fundamento al administrativo. Mas cosa distinta ocurre cuando el Organo Ejecutivo dicta un Decreto o reglamento administrativo en ejercicio de la potestad reglamentaria que le otorga y reconoce el ordinal 3º del artículo 115 de la Constitución Nacional. Convienen todos los tratadistas en aceptar el reglamento administrativo como una necesidad indispensable para ejecutar la ley y velar porque ella tenga la aplicación y operancia completas que quiso el legislador. De ahí que la potestad reglamentaria viene a ser, en su origen y en su esencia, una facultad constitucional especial conferida al Ejecutivo con el fin de desarrollar la ley. Por este aspecto es, a no dudarlo, una competencia constitucional que se le otorga para la cumplida ejecución de las leyes (artículo 115, ordinal 3º, C. C.). Pero es oportuno recordar que la Corte ha sostenido siempre la doctrina de que cuando el reglamento administrativo extralimita la ley y entra a regular cuestiones no contenidas en el estatuto legal respectivo, extralimita igualmente esa competencia constitucional y equivale entonces a una nueva ley, lo cual contraría nuestra organización institucional sobre limitación e interdependencia de los órganos del poder público y normal ejercicio de la potestad reglamentaria. Al precisar esta tesis sobre ejercicio normal de la potestad reglamentaria, conviene afirmar que el Jefe del Estado carece de competencia constitucional para incorporar al decreto reglamentario, dictado en ejercicio de la facultad conferida en el ordinal 3º del artículo 115 de la Carta, toda cuestión, previsión o norma reguladora que no esté comprendida en la ley y que no haya sido dispuesta y ordenada claramente por el legislador, como cánon positivo de imperativo cumplimiento.—2.—En los artículos 2º y 4º del Decreto número 4 de 1941, que son reglamentarios de la Ley 44 de 1940, aparece claro e indudable con la sola lectura de su tenor literal, que se pretende limitar administrativamente el gravamen arancelario antes creado, aplicándolo tan solo a los periódicos y revistas impresos en el exterior que contengan avisos o propaganda de *casas o empresas domiciliadas en Colombia* vale decir, en sustancia, que excluye arbitrariamente de tal contribución nacional fijada sin esa limitación por la Ley 44, a todas las publicaciones extranjeras que sólo contengan propaganda o avisos de entidades anunciantes no domiciliadas en el país. Aparece evidente la extralimitación funcional en el ejercicio de la potestad reglamentaria, porque el legislador quiso, y así lo expresó con toda claridad en el precepto legal que se pretende regular, que toda propaganda o aviso realizado en publicaciones extranjeras pagará un gravamen arancelario por su entrada al país.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

El doctor Hernando Uribe Cualla, en su condición de ciudadano colombiano y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 149 de la Constitución Nacional, solicita que se decrete la inexequibilidad, por inconstitucionales, de los artículos 2º y 4º del Decreto Ejecutivo número 4 de 1941, fechado el 7. de enero del pasado año y que corre publicado en el "Diario Oficial" número 24557.

De acuerdo con la Ley 96 de 1936 transcribe los textos legales acusados, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 2º—Para los efectos del artículo anterior y del artículo único de la Ley 44 de 1940, se entiende por avisos o propaganda comercial, en los periódicos o revistas, los avisos o propaganda publicados en revistas o periódicos impresos en el exterior, por casas o empresas con domicilio principal en Colombia".

"Artículo 4º—Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, la introducción de revistas y periódicos se continuará haciendo en lo sucesivo, en la misma forma practicada hasta hoy. Pero el Ministerio de Hacienda y Crédito Público irá formando oportunamente una lista de las revistas y periódicos que contengan avisos o propaganda de la estipulada en el artículo segundo de este Decreto y la comunicará a las aduanas, a fin de que por éstas se pueda hacer efectivo el respectivo gravamen aduanero".

El Decreto número 4 de 1941, cuyas dos normas gubernamentales son las acusadas, fue dictado con el carácter de reglamentario de la Ley 44 de 1940, cuyo artículo único dice textualmente:

Artículo único.—Para los efectos del arancel aduanero considérase como elemento de propaganda toda publicación, inclusive revistas y periódicos que contengan avisos. Por consiguiente, las publicaciones, periódicos y revistas con avisos o propaganda comercial en un solo color, pasan por el numeral 191, y en varios colores por el numeral 192 del Arancel Aduanero".

Sostiene el demandante que "el Decreto número 4, cuya inexequibilidad solicita, viola expresamente el artículo 115 de la Constitución Nacional, en sus ordinales 2º y 3º; viola el artículo 69 de la Constitución Nacional, y viola finalmente los artículos 201 y 202 de la Carta Fundamental".

Funda su demanda en que el artículo único de la Ley 44 de 1941 grava, sin limitación alguna, como elemento de propaganda, toda publicación, incluso revistas y periódicos extranjeros que contengan avisos; que en el Decreto número 4 de 1941, que es reglamentario de la mencionada Ley 44, se limita expresamente dicho gravamen a los periódicos o revistas impresos en el exterior que contengan avisos o propaganda de casas o empresas domiciliadas en Colombia; que por tal limitación, que no proviene de la ley, sino del reglamento ejecutivo, se excluye expresamente del mismo gravamen señalado por la Ley 44 a las publicaciones extranjeras que sólo contengan propaganda o avisos de entidades no domiciliadas en el país; y que el artículo 4º del Decreto número 4, que viene acusado, al ordenar que la introducción de revistas y periódicos se continuará haciendo en la forma practicada hasta hoy, contraviene el artículo único de la Ley 44, que sin distinción ni limitación alguna dispuso cosa distinta de la reglamentada, o sea que "las publicaciones, periódicos y revistas con avisos o propaganda comercial en un solo color pasan por el numeral 191, y en varios colores por el numeral 192 del Arancel Aduanero".

Vista del Procurador

El señor Procurador General de la Nación, al emitir su concepto, se abstiene de entrar al fondo de la cuestión sometida al control constitucional de la Corte, por

estimar que ésta no es competente para decidir en el fondo de la demanda propuesta. Así se expresa al sostener esta tesis:

"En todos los casos análogos al que ahora se considera, me he permitido manifestar invariablemente ante la H. Corte que, conforme a su propia doctrina, no compete a ella decidir sobre inexequibilidad de Decretos ejecutivos acusados por el concepto de ser contrarios a la ley que reglamentan, sin que esa ley sea también acusada. Esta doctrina la formuló esa alta Corporación en la sentencia de 26 de septiembre de 1933, que corre publicada en la "Gaceta Judicial" número 1886, de 26 de marzo de 1934, en la página 10'. "Posteriormente, la docta Corporación ha ratificado la doctrina transcrita, como puede comprobarse con la lectura del fallo que puso término a la demanda propuesta por el doctor Bernardo J. Caicedo, sobre inexequibilidad de la parte final del artículo 37 del Decreto Ejecutivo número 1270 de 1931".

FUNDAMENTOS DE LA CORTE

I

Competencia

Sostiene el Procurador que la Corte carece de competencia en este caso, por tratarse de la acusación contra la constitucionalidad de un Decreto ejecutivo acusado por el concepto de ser contrario a la ley que reglamenta, sin que esa misma ley sea acusada.

La Corte considera:

Es evidente que la Corte ha sentado repetidas veces la doctrina de que cuando quiera que un Decreto **tenga por fundamento una ley**, (subraya la Corte), no hay lugar a fallar la demanda de inexequibilidad que contra el primero se formule, en tanto que no se haya acusado también la ley en que éste se apoye.

Conviene en esta ocasión precisar y delimitar tal concepto doctrinario, a efecto de poder apreciar la debida extensión de su contenido y aplicación.

Es indudable que cuando el Gobierno dicta un Decreto ejecutivo ordinario sobre cualquier materia propia de la administración y de las funciones comunes adscritas al Organo Ejecutivo, tendiente exclusivamente tal acto administrativo a darle estricta aplicación y ejecución a una ley, sin ánimo de complementarla o fijarla en su extensión o de llenar sus vacíos, tal Decreto no puede ser acusado de inexequible sin que lo sea, a su vez, la ley que le ha servido de fundamento. Se explica y se justifica esta interpretación jurisprudencial porque en tal caso la sujeta materia al control constitucional de la Corte es una sola e idéntica, tanto en la ley como en el acto ejecutivo acusado, y no sería posible decidir sobre su exequibilidad sino teniendo a la vista el acto legislativo que ha servido de fundamento al administrativo.

De manera tal, que tratándose de un simple Decreto ordinario expedido sobre cualquier materia propia de la administración, actuando el Organo Ejecutivo en tales funciones y sin que ejercite atribución o facultad constitucional especial, es bien fundada la exigencia de la Corte de que se someta al control constitucional también la ley orgánica respectiva, como medio judicial adecuado para poder apreciar los fundamentos de la acusación de inexequibilidad que se presenta.

Es tan clara y evidente esta interpretación restrictiva de la doctrina de la Corte que la misma sentencia citada por el Procurador como soporte de su tesis está concebida en estos términos textuales: "La circunstancia de tener los Decretos relacionados **su fundamento** en el artículo 21 de la Ley 25 de 1923 trae como consecuencia el que, no habiéndose acusado la referida disposición legal, no sea posible entrar a considerar la impugnación que se hace a aquellos Decretos". (Tomo XL, página 10).

Cosa bien distinta ocurre cuando el Organo Ejecutivo dicta un Decreto o reglamento administrativo en ejercicio de la

potestad reglamentaria que le otorga y reconoce el ordinal 3º del artículo 115 de la Constitución Nacional. Convienen todos los tratadistas en aceptar el reglamento administrativo como una necesidad indispensable para ejecutar la ley y velar porque tenga ella la aplicación y operancia completas que quiso el legislador. De ahí que la potestad reglamentaria viene a ser, en su origen y en su esencia, una facultad constitucional especial conferida al Ejecutivo con el fin de desarrollar la ley. Por este aspecto es, a no dudarlo, una competencia constitucional que se le otorga a la cumplida ejecución de las leyes (artículo 115, ordinal 3º C. N.). Pero es oportuno recordar que esta Corte ha sostenido siempre la doctrina de que cuando el reglamento administrativo extralimita la ley y entra a reglar cuestiones no contenidas en el estatuto legal respectivo, extralimita igualmente esa competencia constitucional y equivale entonces a una nueva ley, lo cual contraría nuestra organización institucional sobre limitación e interdependencia de los órganos del poder público y normal ejercicio de la potestad reglamentaria (artículos 52 y 115 de la C. N.).

Al precisar esta tesis sobre ejercicio normal y regular de la potestad reglamentaria, conviene afirmar que el Jefe del Estado carece de competencia constitucional para incorporar al decreto reglamentario, dictado en ejercicio de la facultad conferida en el ordinal 3º del artículo 115 de la Carta, toda cuestión, previsión o norma reguladora que no esté comprendida en la ley y que no haya sido dispuesta y ordenada claramente por el legislador, como cánon positivo de imperativo cumplimiento. Dicho está que esa función reglamentaria tiene como base y fundamento que la justifica llenar los vacíos de procedimiento que tenga la ley y que tiendan a su exacta aplicabilidad y operancia, amén de regular ciertos pormenores de derecho administrativo o poner en ejecución reglas que expresen de manera más completa o suficiente la voluntad del legislador.

II

El artículo único de la Ley 44 de 1940, que es el precepto reglamentado, grava sin limitación alguna "como elemento de propaganda toda publicación, incluso revistas y periódicos que contengan avisos". Su contenido textual viene ya transcrito en la primera parte de este fallo.

En los artículos 2º y 4º del Decreto número 4 de 1941, que son reglamentarios de tal texto legal, aparece claro e indudable con la sola lectura de su tenor literal que se pretende limitar administrativamente el gravamen arancelario antes creado, aplicándolo tan solo a los periódicos y revistas impresos en el exterior **que contengan avisos o propaganda de casas o empresas domiciliadas en Colombia** (subraya la Corte). Vale decir, en sustancia, que excluye arbitrariamente de tal contribución nacional, fijada sin esa limitación por la Ley 44, a todas las publicaciones extranjeras que sólo contengan propaganda o avisos de entidades anunciantes no domiciliadas en el país.

Aparece evidente la extralimitación funcional en el ejercicio de la potestad reglamentaria, porque el legislador quiso, y así lo expresó con toda claridad en el precepto legal que se pretende regular, que toda propaganda o aviso realizado en publicaciones extranjeras pagará un gravamen arancelario por su entrada al país. Se explica y justifica esta previsión fiscal del legislador porque tales publicaciones foráneas harían competencia a los periódicos y revistas nacionales, que con la entrada libre de sus similares extranjeros se hallan ventajosamente competidos en una lícita fuente de lucro, como es la propaganda en la nación de productos extranjeros.

Con la limitación impuesta por el decreto reglamentario, sin que tal especificación tenga su fundamento en la ley, no sólo se varía el pensamiento legislativo proteccionista de una poderosa industria nacional, la de la propaganda impresa, sino que se sustituye al legislador dándole obligatoria aplicación en nuestro sistema

fiscal aduanero a una excepción importante que no sólo se sale de los límites de la norma legal, sino que desvirtúa su fundamento restrictivo y proteccionista.

El artículo 4º del Decreto acusado contraviene el artículo único de la Ley 44 de 1940 al disponer que "la introducción de revistas y periódicos se continuará haciendo en lo sucesivo, en la misma forma practicada hasta hoy". Y aparece indudable la contradicción entre el precepto legal reglamentado y el que se promulga como reglamentario, con el solo cotejo de sus respectivos textos, ya que la Ley 44 ordena sin restricción alguna que "las publicaciones, periódicos y revistas con avisos o propaganda comercial en un solo color pasan por el numeral 192 del Arancel Aduanero".

Sobra advertir que lo que hoy decide la Corte debe entenderse sin perjuicio de lo que al respecto se estatuya en tratados públicos.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, constituída en Sala Plena, y en desacuerdo con el señor Procurador General de la Nación, en ejercicio de la función constitucional que le otorga el artículo 149 del Estatuto, declara inexequibles por inconstitucionales los artículos 2º y 4º del Decreto Ejecutivo número 4 de 1941.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "Gaceta Judicial" y envíese copia al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

(Fdos.): **Aníbal Cardoso Gaitán—José Miguel Arango — Campo Elías Aguirre. José M. Blanco Núñez — 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,** Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

AGUAS.—AGUAS DE DOMINIO DEL ESTADO.—AGUAS DE DOMINIO PRIVADO. DERECHO DE RIBERANIA.

1.— Para saber y determinar si una corriente de agua —llámesela río, arroyo, vertiente, quebrada u otro nombre similar— está dentro de la enunciación general del inciso 1º del artículo 677 del Código Civil y pertenece al dominio nacional,para el uso público, en nada influye que se trate de una corriente caudalosa o perenne, porque nuestro Código Civil, siguiendo en esto al de Chile, no quiso aceptar tales distinciones que sí fueron acogidas en el proyecto de don Andrés Bello, pero más tarde suprimidas en la revisión definitiva que se hizo antes de adoptarse ese estatuto. Esta distinción arranca su raíz de la legislación romana, pero se estimó innecesaria y dada a producir confusiones en cuanto al patrimonio del Estado en las aguas vivas de uso público. Los artículos 892 a 894 del C. C. consagran los derechos y obligaciones que en lo relativo al uso y goce de las aguas nacionales otorgan las leyes colombianas a los propietarios riberanos. El derecho que reconoce el artículo 892 a tales riberanos no es propiamente una servidumbre natural, porque en realidad carece de las características propias de este fenómeno limitador del dominio. Coincide sobre esto la Corte con la opinión de numerosos tratadistas que le asignan el carácter de un derecho real, *sui géneris*, destinado exclusivamente al uso y servicio de dichas aguas, dentro de las limitaciones y fórmulas reglamentarias que la ley señale en cada aspecto o caso que se presente, como así lo preceptúa el artículo 678 del C. C. Si se examina el contenido jurídico de tal precepto (artículo 892), se concluye que el derecho que otorga para el uso de tales aguas a los propietarios riberanos, queda sujeto a tres requisitos, a saber: a) que el agua se dedique exclusivamente a los menesteres domésticos e industriales del fundo; b) que se haga un uso conveniente de ellas, es decir, que no se derive sino la cantidad necesaria para atender a esos menesteres; c) que el agua se tome dentro del predio y se devuelvan los sobrantes al cauce de origen dentro del mismo fundo, para de esa manera impedir la completa apropiación por el riberano, con perjuicio de igual derecho que tienen las heredades inferiores. Esta última condición es imperativa, como ya lo expuso la Sala de Casación en sentencia del 25 de marzo de 1936. Cumplidas esas condiciones y, además, las limitaciones contenidas en el artículo 893, el riberano puede hacer uso de las aguas que sean del dominio y uso públicos. Si falta alguna de tales condiciones para el uso limitado de las aguas nacionales, deberá obtener una autorización especial de la autoridad competente, como lo preceptúa el artículo 683, en cuya virtud "no se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes respectivas". Más tarde el artículo 8º de la Ley 113 de 1928 dispuso que "corresponde al Gobierno Nacional la concesión de las licencias, para sacar los canales a que se refiere el artículo 682 del C. C. Estas licencias o permisos los concederá el Gobierno con conocimiento de causa y sin vulnerar derechos de terceros. Esos posibles derechos de terceros están resguardados en el artículo 918. Corres-

ponde, pues, al Gobierno Nacional la facultad reglamentaria respecto del uso y distribución de las aguas de uso público y así se lo ha otorgado de manera expresa el artículo 9º de la referida Ley 113 de 1928. Las aguas nacionales de uso público constituyen una *res communis* y nadie puede adquirir sobre ellas derechos absolutos de dominio, ni alegar prescripción, ni fundar derecho sostenido en posesión inmemorial. (Casaciones de 11 de julio de 1935, tomo XLII, marzo 25 de 1936, tomo XLIII, y agosto 10 de 1937, tomo XLV.—2.—El artículo 677 es idéntico en el fondo y en la forma al 595 del Código de Chile. La dificultad de su interpretación estriba en saber cuándo debe entenderse que una corriente o vertiente, al correr por cauces naturales, muere dentro de una misma heredad. En opinión de algunos expositores, para que una corriente de agua se entienda *nacer* y *morir* dentro de una misma heredad, es necesario que sus aguas se consuman íntegramente dentro de ella, sea por filtración del suelo, o por evaporación o agotamiento o por continuar por algún cauce subterráneo de dirección y alcance desconocidos, requiriéndose además que sus aguas no se junten con las de otra corriente que atraviese predios de distintos dueños y tenga el carácter de nacional y de uso público. Diversas son las opiniones sobre el particular y ya la Corte se había decidido por la opinión enunciada. La Corte se decide hoy a interpretar el inciso 2º del artículo 677 en el sentido que mejor se acomoda a su letra y a su espíritu, vale decir, que una corriente o vertiente que nace dentro de un predio y corre a través de éste exclusivamente, por su cauce natural, muere dentro de la misma heredad no sólo cuando se consume por filtraciones del suelo, o cuando continúa por cauce subterráneo, o cuando desaparece por consumo o evaporación, sino también cuando confluye o desemboca en otra corriente, antes de la salida del predio aun cuando ésta última sea nacional y de uso público. Una vertiente es del dominio privado cuando nace dentro de un predio (porque brota o fluye dentro de sus límites o porque proviene de aguas pluviales estancadas, etc.), y luégo muere también dentro de sus linderos, sea porque se infiltra o corre por vía subterránea, ora porque desemboca o confluye en otra corriente antes de la salida del fundo. De no aceptarse esta hermenéutica habría que convenir en que tal norma carecería de realidad objetiva y de aplicación práctica que la justificara en nuestro estatuto de aguas, porque las corrientes que mueren o desaparecen por filtración, consunción o evaporación son muy raras e insignificantes en todo sistema hidrográfico y en ese caso la propiedad privada sobre dichas vertientes y sobre las aguas que nacen en la propia heredad se haría prácticamente nugatoria, contrariándose un principio universal en las legislaciones que reconocen y consagran tal derecho sobre las aguas que corren por las propiedades privadas.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

Los antecedentes de este proceso pueden concretarse así:

1º—Los señores Raúl Jimeno y doctor José Manuel Guillén, demandados en este juicio, son dueños y poseedores proindivisos de la hacienda llamada "Quiba", cuya situación y linderos quedaron expresados en el libelo de demanda.

2º—El actor señor Januario Gómez B., es dueño y poseedor de la hacienda denominada "San Jorge", situada en el municipio de Soacha. Las dos fincas mencionadas son limítrofes y en parte están separadas por el río Soacha, en su curso inferior, el que una vez que deja de ser lindero entre los fundos de "Quiba" y "San Jorge", en la parte baja, corre por entre la hacienda "San Jorge" en gran trayecto.

3º—El demandante Gómez B., afirma

que los demandados, dueños de "Quiba", toman las diferentes vertientes que nacen en tal finca y por medio de acequias o canales artificiales dirigen esas aguas a considerables distancias dentro de su misma finca, sin que devuelvan los sobrantes a la hoya del río Soacha, sino a otra distinta. Sostiene también el actor que las aguas del río Soacha, límite arcifinio en parte de las dos fincas, las dirigen también por medio de un canal artificial para uso y beneficio de su fundo, las transportan haciéndolas pasar por sobre un canal existente allí, para la finca de "Casuca", que goza de esa servidumbre, sin que el sobrante de aquellas aguas vuelva tampoco al mismo río Soachá, cuya corriente se ha mermado por esas causas.

4º—Los demandados niegan esos hechos, en lo esencial, sosteniendo que las vertientes o fuentes de agua a que se refiere el actor en la petición primera de su demanda nacen y mueren dentro de la finca de "Quiba", de la que son propietarios, y las benefician ejercitando un legítimo derecho de dominio privado reconocido por la ley. Agregan además que aprovechan como riberanos y con derecho legítimo una pequeña porción de las aguas del río Soacha, pero devolviendo el sobrante antes de la salida de su finca y engrosando el caudal de las aguas de dicho río con las de un pantano que canalizaron en la finca por donde ellas pasan, hasta llegar al río.

Juicio ordinario

En libelo fechado el 11 de julio de 1937 y repartido al Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá Januario Gómez B., presentó demanda ordinaria contra Raúl Jimeno y José Manuel Guillén, suplicando estas declaraciones:

"Primera.—Que los demandados, en su condición de dueños y poseedores de la hacienda denominada "Quiba", situada en el Municipio de Bosa, sólo pueden servirse de las aguas de las fuentes conocidas con los nombres de "La Porquera", "El Tagual", "El Carrizal", "Piedra Parada" y otras sin nombres o cuyos nombres no recuerdo, que nacen en la referida hacienda de "Quiba" y desembocan, al seguir por sus cauces naturales, en el río Soacha, en cuanto el sobrante de dichas aguas pueda y deba volver a sus cauces naturales".

"Segunda.—Que condene a los mismos demandados a devolver el sobrante de las aguas mencionadas en el punto petitorio anterior a sus cauces naturales, por no tener derecho de desviar el curso de dichas aguas para llevarlas a puntos o lugares de la hacienda de "Quiba" donde no sea posible devolver el sobrante de ellas a sus referidos cauces; y que, en consecuencia, deben destruír, dentro del término que la sentencia señale, las obras que actualmente tienen hechas para conducir, como en efecto conducen, las aguas mencionadas en la parte inferior de la hacienda de "Quiba" para pasar luégo a otra hoya distinta de la del río Soacha".

"Tercera.—Que los mismos demandados están obligados a devolver al cauce del río Soacha, antes del punto en que este río deja de correr por entre las haciendas de "Quiba" y "San Jorge" para correr únicamente por esta última finca, el sobrante de las aguas que dichos demandados toman para los usos o servicios de su hacienda de "Quiba"; y que, por tanto, deben abstenerse en lo sucesivo, so pena de pagarme una indemnización cuya cuantía se servirá usted fijar en la sentencia, por cada vez que contravengan a esta prohibición, de conducir las aguas del río Soacha que, en su condición de propietarios riberanos, toman para los usos o servicios de la hacienda de "Quiba", a sitios o lugares de la misma hacienda o de otra finca cualquiera donde no es posible ya devolverlas a su cauce natural, y sin perjuicio de la indemnización civil común".

"Cuarta.—Que se condene a los demandados en las costas del juicio, si se opusieren a la presente demanda".

Falló la primera instancia el Juez a quo, en providencia fechada el 6 de mayo de 1939, absolutoria a favor de los opositores. La funda en la circunstancia de no estar probada la acción debido a la deficiencia

de las pruebas exhibidas por el actor; agrega el Juzgado que no llegó a practicarse la inspección ocular solicitada, diligencia que hubiera sido de la mayor importancia para establecer la veracidad de los hechos fundamentales del litigio, tales como si las vertientes indicadas eran o no de dominio privado y si los demandados devolvían en realidad al río Soacha los sobrantes de sus aguas, que utilizaban para beneficio de su finca.

La sentencia acusada

En virtud de apelación de la parte actora conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a la que se puso fin en fallo de 8 de octubre de 1940, confirmatorio en todas sus partes del de primer grado.

Estima el Tribunal que se debe absolver a los demandados en lo relativo a la petición de que se les ordene u obligue a devolver los sobrantes de las aguas del río Soacha, por la sencilla razón de que la prueba de inspección ocular practicada por el Tribunal evidenció que los sobrantes de tales aguas sí los devuelven los demandados a tal corriente primitiva, en cantidad mayor a la que captan.

En cuanto a la primera petición de la demanda, relativa al dominio de las vertientes o nacederos de agua que nacen y corren por la hacienda de "Quiba" y que son aprovechadas por sus dueños en el beneficio de tal finca, estima el Tribunal que tales fuentes son del dominio privado de los demandados, y así lo sustenta en el siguiente párrafo de la sentencia acusada:

"De modo que si las aguas de las fuentes principales se sumergen y consumen dentro de "Quiba", en el subterráneo de que se trata anteriormente, esas aguas tendrían el carácter de aguas propias, conforme a los conceptos que hemos destacado de los expositores nacionales sobre la materia, y aun en el caso de que no se sumerjan y fueran como las demás, si se las dejara discurrir libremente, a confluír o morir en las aguas públicas del río Soacha, por ser este río el lindero arcifinio de "Quiba" por uno de sus costados, imperaría el mismo concepto de los comentaristas de que se considera que las aguas mueren dentro del mismo predio y por esto tienen el carácter de aguas de dominio privado".

Agrega el Tribunal, al estudiar lo relativo al derecho de riberanía, que hay que tener en cuenta si el actor es o no riberano de las fuentes que nacen en "Quiba", por considerar que a esto queda reducido el problema de hecho para buscar la solución jurídica, porque si el actor es riberano de tales fuentes o vertientes tiene derecho a promover la acción y a participar de las aguas que corren por "Quiba"; si no es riberano, entonces carece de interés jurídico y no tiene derecho a tal participación o a que dichas fuentes demandadas contribuyan a enriquecer el caudal del río Soacha. Concluye el Tribunal que "no se ha demostrado que el actor sea riberano de las aguas o fuentes reclamadas", ni se ha evidenciado que tales aguas o fuentes sean de uso público, ni de la inspección ocular y del dictamen de los peritos se concluye con toda precisión y evidencia que esas vertientes de "Quiba", antes de ser captadas, y de seguir corriendo por sus cauces naturales, vayan a confluír o desembocar en el río Soacha. Por ese motivo niega la petición primera de la demanda.

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte actora, alegando las causales 1ª y 2ª de las determinadas en el art. 520 del C. J., esto es, por ser el fallo violatorio de ley sustantiva y por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante.

Pero para mejor inteligencia del recurso conviene advertir, desde ahora, que el actor y recurrente se conforma en un todo con las conclusiones absolutorias a que llegó el Tribunal tanto en lo relativo a la petición tercera del libelo, que mira a la súplica sobre devolución de los sobrantes

de agua que se toman del río Soacha, como lo relativo a la petición que trata sobre las vertientes llamadas "La Porquera" y "El Tagual" que corren por "Quiba" y vienen siendo utilizadas para el servicio de tal finca. En forma tal que el recurso de casación queda limitado, por voluntad del recurrente, al problema jurídico que mira al dominio y uso exclusivo que hacen los demandados de las otras dos vertientes que corren por "Quiba", llamadas "El Carrizal o Los Carrizos" y "Piedra Parada".

Primera causal

El cargo que se formula con fundamento en la primera causal lo presenta el recurrente bajo tres aspectos distintos que conviene analizar con la debida separación en la forma que pasa a expresarse:

1º—**Error de hecho y de derecho en la interpretación del acta de inspección ocular y del dictamen de los peritos que intervinieron en esa diligencia.** Sostiene el recurrente que el Tribunal se equivocó al apreciar esas dos piezas del proceso y como consecuencia violó directamente los arts. 730 y 722 del C. J. Funda esta acusación en que esas dos pruebas demuestran de manera evidente que las aguas de la corriente de "Piedra Parada", al no ser captadas por los demandados, irían por su cauce natural a desembocar en la quebrada de Soacha, y cualquiera de ellas demuestra plenamente ese hecho; pero el Tribunal no tuvo en cuenta el pleno valor probatorio que las dos disposiciones citadas otorgan a tales diligencias y dictamen y por eso las violó.

2º—Concluye el sentenciador que las aguas de las dos corrientes a que se concreta este recurso, o sea las dos primeras que se encuentran al bajar desde el lindero superior de "Quiba", llamadas "El Carrizal" y "Piedra Parada", son del dominio particular de los dueños de tal finca. Sostiene el recurrente que al decidir eso el Tribunal interpretó erróneamente el art. 677 del C. C., ya que a la correcta interpretación de ese texto legal lleva la conclusión contraria, de que tales aguas no son del dominio privado, sino del dominio del Estado y de uso público.

Funda el recurrente su tesis en la consideración primordial de que tales vertientes, si se dejan correr por sus cauces naturales, van a confluír o desembocar en el río Soacha y jurídicamente no puede decirse que **muere** la vertiente que desemboca en otra mayor, por la sencilla razón de que en tales condiciones las aguas no desaparecen ni cesan en su curso, sino que, por el contrario, siguen siendo objeto de relaciones jurídicas con los dueños de los predios que atraviesa o a que sirven de límite. No puede aceptarse el sentido vulgar de la palabra **morir**, aplicado a una corriente que desemboca en otra y precisamente porque las aguas en tal hipótesis no desaparecen ni cesan en su curso es por lo que los riberanos inferiores se perjudican cuando son desviadas sin devolver el sobrante al cauce natural. De esto proviene la violación por equivocada interpretación del art. 677 antes mencionado.

3º—Otro de los fundamentos de la sentencia acusada consiste en que, según el Tribunal, no se ha demostrado que el actor Gómez B. tenga interés jurídico en la acción, por considerar que dicho señor no es propietario riberano en relación con las vertientes de agua materia del litigio.

Sostiene el recurrente que al aceptar la anterior conclusión violó el sentenciador, por interpretación errónea, los arts. 892 y 893 del C. C., porque el art. 892 se refiere a las aguas que corren naturalmente tanto por el predio como por el límite del mismo, tanto a las aguas de uso público como a las de propiedad privada, y establece una limitación al uso de las aguas por el riberano, que consiste en la obligación de hacer volver el sobrante al acostumbrado cauce a la salida del predio. Alega el recurrente que no es necesario para la aplicación del referido precepto que las fuentes de que se trata, al correr por sus cauces naturales, vayan a desembocar en un punto de la quebrada de Soacha en que el demandante sea propietario riberano, como lo sostiene el Tribunal, pues basta que

el mismo demandante sea riberano inferior.

Por otra parte, sigue el recurrente, como el uso que el riberano superior pueda hacer de las aguas está limitado en la forma dicha, si por la conformación del terreno es imposible devolver el sobrante, tendrá que prescindir del uso de las aguas o limitarse a servirse de ellas en aquella parte en que no ocurre esa imposibilidad; pero no puede alegarse, como lo sostiene el Tribunal, que por cuanto al llevar el agua a la parte interior de la hacienda es imposible volver el sobrante al cauce acostumbrado, pueda privar a los riberanos inferiores del derecho de servirse de las mismas aguas.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

CUESTION DOCTRINARIA PREVIA

A.—Aguas de dominio del Estado.

El art. 677 del C. C. sienta la regla general y básica sobre dominio del Estado y dominio privado, respecto de las corrientes de agua que corren por cauces naturales. Al tenor del inciso 1º de tal precepto las aguas vivas superficiales que corren por cauces naturales, cualquiera que sea su caudal, su importancia y la denominación que quiera dársele, son bienes de la Nación, destinados al uso público.

Para saber y determinar si una corriente de agua —llámesela río, arroyo, vertiente, quebrada u otro nombre similar— está dentro de la enunciación general de tal inciso 1º y pertenece al dominio nacional, para el uso público, en nada influye que se trate de una corriente caudalosa o perenne, porque nuestro Código Civil, siguiendo en esto al de Chile, no quiso aceptar tales distinciones que sí fueron acogidas en el proyecto de don Andrés Bello, pero más tarde suprimidas en la revisión definitiva que se hizo antes de adoptarse ese estatuto. Esta distinción arranca su raíz de la legislación romana, pero se estimó innnecesaria y dada a producir confusiones en cuanto al patrimonio del Estado en las aguas vivas de uso público.

Los arts. 892 a 894 del C. C. consagran los derechos y obligaciones que en lo relativo al uso y goce de las aguas nacionales otorgan las leyes colombianas a los propietarios riberanos. El derecho que reconoce el art. 892 a tales riberanos no es propiamente una servidumbre natural, porque en realidad carece de las características propias de este fenómeno limitador del dominio. Coincide sobre esto la Corte con la opinión de numerosos tratadistas que le asignan el carácter de un derecho real, **sui generis**, destinado exclusivamente al uso y servicio de dichas aguas, dentro de las limitaciones y fórmulas reglamentarias que la ley señale en cada aspecto o caso que se presente, como así lo preceptúa el art. 678 del C. C.

Si se examina el contenido jurídico de tal precepto (art. 892), se concluye que el derecho que otorga para el uso de tales aguas a los propietarios riberanos, queda sujeto a tres requisitos, a saber:

a) Que el agua se dedique exclusivamente a los menesteres domésticos e industriales del fundo; b) Que se haga de ellas un uso conveniente, es decir, que no se derive sino la cantidad necesaria para atender a esos menesteres; c) Que el agua se tome dentro del predio y se devuelvan los sobrantes al cauce de origen dentro del mismo fundo, para de esa manera impedir la completa apropiación por el riberano, con perjuicio de igual derecho que tienen las heredades inferiores. Esta última condición es imperativa, como ya lo expuso esta Sala de Casación en sentencia de 25 de marzo de 1936. (G. J., Tomo XLIII, pág. 31).

Cumplidas esas condiciones y, además, las limitaciones contenidas en el art. 893, el riberano puede hacer uso de las aguas que sean del dominio y uso públicos. Si falta alguna de tales condiciones para el uso limitado de las aguas nacionales, deberá obtener una autorización especial de la autoridad competente, como lo preceptúa el art. 683, en cuya virtud "no se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes respectivas". Más tar-

de el art. 8º de la ley 113 de 1928 dispuso que "corresponde al Gobierno Nacional la concesión de las licencias para sacar los canales a que se refiere el art. 683 del C. C. Estas licencias o permisos los concederá el Gobierno con conocimiento de causa y sin vulnerar derechos de terceros". Esos posibles derechos de terceros están resguardados en el art. 918, que dice: "Las mercedes de aguas que se conceden por autoridad competente, se entenderán sin perjuicio de derechos anteriormente adquiridos en ellas".

En tal forma que al Gobierno Nacional corresponde la facultad reglamentaria respecto del uso y distribución de las aguas de uso público y así se lo ha otorgado de manera expresa el art. 9º de la referida ley 113 de 1928.

Se concluye de lo dicho someramente en este capítulo que las aguas nacionales de uso público, constituyen una **res communis** y nadie puede adquirir sobre ellas derechos absolutos de dominio, ni alegar prescripción, ni fundar derecho sostenido en posesión inmemorial. Así lo ha entendido esta Corte de Casación en numerosos fallos (julio 11 de 1935, Tomo XLII; marzo 25 de 1936, Tomo XLIII;, y agosto 10 de 1937, Tomo XLV).

B.—Aguas de dominio privado

El artículo 677 del C. C. consagra la única regla de derecho sobre dominio privado de las aguas en nuestra legislación, en los siguientes términos: "Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstos (sic) a los herederos y demás sucesores de los dueños".

Conviene recordar que esta norma es idéntica al artículo 595 del Código de Chile y difiere en su fondo y en su forma de los estatutos similares adoptados en otras legislaciones, en ninguna de las cuales se hallan antecedentes de su adopción, antes de expedirse el Código Chileno. Tal precepto no existía en el proyecto de Bello, quien siguió en esta materia mas bien a las legislaciones románica y francesa, sino que fue introducido por la Comisión legislativa chilena, tomándolo del Código de Cerdeña, según concepto del tratadista Claro Solar.

Mucho se ha discutido por comentaristas y Tribunales a qué aguas se refiere el inciso 2º del artículo 677. La dificultad de interpretación del mencionado texto estriba en saber cuándo debe entenderse que una corriente o vertiente, al correr por cauces naturales, muere dentro de una misma heredad.

En opinión de algunos expositores para que una corriente de agua se entienda **nacer** y **morir** dentro de la misma heredad, es necesario que sus aguas se consuman íntegramente dentro de ella, sea por filtración del suelo, por evaporación o agotamiento o por continuar por algún cauce subterráneo de dirección y alcance desconocidos requiriéndose además que sus aguas no se junten con las de otra corriente que atraviese predios de distintos dueños y tenga el carácter de nacional y de uso público.

A este respecto dice Alessandri: "Si una corriente de agua nace en un predio, y dentro del mismo predio desemboca en otra que atraviesa varias heredades, no es bien de dominio privado, porque esa corriente no nace y muere dentro de una misma heredad; para que se entienda que la corriente de agua muere, es menester que se consuma en el terreno mismo". (Derecho Civil, primer año, T. II, página 45).

También hay doctrinantes en Chile y en Colombia que sostienen la hipótesis contraria, o sea que una corriente **muere** no sólo cuando desaparece totalmente de la superficie por infiltración o agotamiento superficial, sino también cuando confluye a otra corriente mayor y va a morir en ella.

El más erudito de los tratadistas colombianos, doctor Botero Isaza, expone a espacio las razones o teorías que militan en pro y en contra de ambas conclusiones, pero a la verdad no se decide por ninguna de las dos hipótesis. Don Fer-

nando Vélez se pronuncia a favor de la segunda hipótesis en estos términos: "Para nosotros una vertiente de agua muere dentro de una heredad en el caso, por ejemplo, de que uno de los límites de ésta sea un río donde desemboque la vertiente, dentro de la misma heredad". El doctor Rodríguez Piñeres profesa una doctrina más amplia y considera que una corriente **muere** por igual en cualquiera de los dos casos enunciados, es decir, cuando desaparece totalmente absorbida por la tierra o cuando confluye en otra corriente dentro de la misma heredad.

En sentencia de casación de 18 de octubre de 1920 esta Corte en forma lacónica y sin desarrollar el tema a espacio, se decidió por la primera teoría cuando dijo: "No pertenecen al dueño del terreno las aguas que brotan en él y que corriendo por cauce natural se juntan a otra vertiente de menor caudal en el mismo terreno". (G. J., Tomo XXVIII, página 207).

Ante la oportunidad que ahora se presenta de definir por vía jurisprudencial tan importante controversia, se decide esta Sala a interpretar el inciso 2º del artículo 677 en el sentido que mejor se acomoda a su letra y a su espíritu, vale decir, que una corriente o vertiente que nace dentro de un predio y corre a través de éste exclusivamente, por su cauce natural, **muere** dentro de la misma heredad no sólo cuando se consume por filtraciones del suelo, o cuando continúa por cauce subterráneo, o cuando desaparece por consumo o evaporación, sino también cuando confluye o desemboca en otra corriente, antes de la salida del predio, aun cuando éste último sea nacional y de uso público. Se funda en las consideraciones que pasan a expresarse:

Enseña el artículo 28 del C. C. que "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras...". Según el diccionario de la Academia **morir** es, en su acepción figurada, "cesar en su curso, movimiento o acción... morir los ríos, morir la saeta". De manera que con fundamento en la primera autoridad académica de nuestra lengua, el sentido natural y obvio de la expresión **morir**, aplicada a una corriente de agua, es indudablemente el de desembocar en otra corriente, sea ésta mayor o menor y del dominio del Estado.

De lo dicho concluye la Corte que al tenor del inciso 2º del artículo 677 del C. C., una vertiente es del dominio privado cuando nace dentro de un predio (porque brota o fluye dentro de sus límites o porque proviene de aguas pluviales estancadas, etc.), y luégo muere también dentro de sus linderos, sea porque se infiltra o corre por vía subterránea, ora porque desemboca o confluye en otra corriente antes de la salida del fundo.

De no aceptarse esta hermenéutica habría que convenir en que tal norma carecería de realidad objetiva y de aplicación práctica que la justificara en nuestro estatuto de aguas, porque las corrientes que mueren o desaparecen por filtración, consunción o evaporación son muy raras e insignificantes en todo sistema hidrográfico y en ese caso la propiedad privada sobre dichas vertientes y sobre las aguas que nacen en la propia heredad se haría prácticamente nugatoria, contrariándose un principio casi universal en las legislaciones que reconocen y consagran tal derecho sobre las aguas que corren por las propiedades privadas.

C.—Derecho de riberanía

Si se acepta que una corriente muere cuando desaparece en otra, no precisa definir en este proceso los derechos del dueño de la vertiente con relación a los riberanos inferiores de la corriente donde desemboca, porque siendo el dueño de la heredad por donde corren y donde mueren las aguas su propietario exclusivo, como viene dicho, puede utilizarlas con libertad en el beneficio de su fundo, por tratarse de un bien adscrito a la tierra y que hace parte integrante de ésta. Y tal es el caso de autos. Mientras no se modifique nuestro estatuto sobre aguas, no

puede el reglamento de la Administración limitar, cercenar o modificar el ejercicio de este derecho, sino por motivos superiores que afecten por igual al dominio territorial, como serían verbi-gracia los de evitar que con tal uso y beneficio de las aguas propias se ocasionaran perjuicios a las propiedades aledañas, se ensuciaran o contaminaran antes de confluír a la corriente pública dentro del propio fundo, o se afectase en alguna forma la actual organización constitucional y social sobre ejercicio de tal atributo patrimonial.

II

El caso de este negocio

Ya se dijo anteriormente que el autor y recurrente se conformó con lo decidido en el fallo acusado respecto de la toma de aguas que hacen los demandados dueños de "Quiba", en el río Soacha. También renunció a discutir en este recurso lo relativo a la propiedad de las corrientes llamadas "La Porquera" y "El Tagual". Queda, por lo tanto, limitada la controversia a la propiedad de las otras fuentes o nacederos de tal finca, que vienen denominadas "Piedra Parada" y "El Carrizal" (nacederos A y B).

En realidad de verdad, si se procede al estudio completo —no fragmentario— tanto de la diligencia de inspección ocular realizada en la segunda instancia como del dictamen pericial, se llega a la conclusión de que ni el personal diligenciario ni los peritos afirmaron categóricamente, con pleno conocimiento y sin dejar lugar a la menor duda, como lo preceptúa el artículo 722 del C. C., que los nacederos o vertientes en disputa, de no ser captados como lo son artificialmente y de dejárseles que discurran por sus cauces naturales, vayan a confluír o desembocar en el río Soacha. La dificultad para dejar establecido plenamente este hecho estribó en la misma topografía del terreno, ya que al hacer el personal diligenciario la prueba de quitar el tapón de césped que represa esas fuentes, para que corrieran nuevamente por su cauce natural, según la depresión del terreno, se comprobó que "las aguas con fuerza se precipitaron por el descenso indicado por la superficie del terreno, superficie o depresión que a **pocos metros se consume para hacerse un cauce subterráneo**". Es evidente que el personal judicial y pericial más adelante conceptúan que dicho subterráneo y sus aguas van a confluír en la margen derecha del río Soacha, pero también dejan claramente establecido que el subterráneo conduce aguas distintas provenientes de filtraciones, nacederos y fuentes aledañas, en forma tal que al colocar nuevamente la represa de tapón de césped, las aguas no disminuyen de caudal. Con tal fundamento dejan fijada esta conclusión en la mencionada diligencia: "Es de advertirse que luégo de establecerse el taponamiento en donde la vertiente del primer nacedero es desviada por el cauce artificial de los demandados, en "Quiba", a fin de verificar si el agua que desemboca del cauce subterráneo, de que atrás se habló al río Soacha, no se vio que disminuyera el caudal de aguas, lo cual hace pensar que dicho cauce subterráneo pueda ser la resultante de varias corrientes subterráneas, incluso de aguas que se consuman procedentes del mismo nacedero primero que se vio. Naturalmente la depresión del terreno indica a la vista que al tapar el cauce artificial en el mismo punto del taponamiento, las aguas correrían en dirección al río Soacha".

De lo expuesto deduce la Corte que no se incurrió en error de hecho manifiesto, ni de derecho, en la estimación de la diligencia de inspección ocular y del experticio, fundamento del primer cargo en casación. No se violaron los artículos 730 y 722 del C. J.

Se rechaza esta acusación por infundada.

En lo atañedero a los otros dos cargos, se tiene lo siguiente:

a) Si los demandados dueños de "Quiba" no captaran artificialmente las aguas materia del recurso, está en pie la hipó-

tesis de que irían a desembocar en la margen derecha del río Soacha, dentro de la hacienda de "Quiba", por donde discurren en toda su extensión, y frente a la finca de "Hungría", que está en la margen izquierda del Soacha. El autor Gómez B. viene a ser riberano inferior, cuando el Soacha abandona a "Quiba" para entrar en la finca de "San Jorge", de su propiedad. En ese caso, dándole aplicación a la interpretación que da la Corte al inciso 2º del artículo 677 del C. C., esas fuentes o nacederos son del dominio privado de los dueños de "Quiba", porque nacen en esa heredad, corren por ella en toda su extensión y desembocarían o morirían en el Soacha, pero dentro de los límites de tal finca, confundidas sus aguas en el subterráneo con otras filtraciones y fuentes de brotación natural.

b) Al ser captadas como son tales fuentes litigiosas, van a botar los sobrantes por cauce artificial en la quebrada de "Quiba", que corre dentro de esa finca y de la cual son exclusivos riberanos los dueños de "Quiba". Aceptándose la misma interpretación dada al texto legal citado (artículo 677), tales aguas en disputa son del dominio privado de los demandados.

c) Si en realidad las fuentes de aguas cuyo uso y aprovechamiento se disputa son del dominio privado de los demandados, no tienen aplicación al caso de autos los artículos 678, 892 a 894 del C. C., 8º y 9º de la Ley 113 de 1928 y los reglamentos que haya dictado la Administración sobre el uso y beneficio de las aguas corrientes nacionales, porque tales normas legales y reglamentarias sólo tienen aplicación y operancia en la regulación del régimen de aguas de dominio del Estado y de uso público.

Se desprende de lo dicho que esos preceptos no han podido ser violados por falta de aplicación por el sentenciador de segunda instancia; ni fueron equivocadamente interpretados. De ahí que deba dejarse en pie el fallo acusado, por carecer de fundamento los cargos presentados en casación.

Segunda causal

La funda en el motivo 2º de los consagrados en el artículo 520 del C. J. y lo hace consistir en que el Tribunal dice "que la acción incoada que se falla no versa sobre que las aguas sean de uso público". Estima el recurrente que tal pasaje de la sentencia está indicando que no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda.

La Corte considera:

Tanto la parte motiva como la resolutiva del fallo versan exclusivamente sobre los pedimentos de la demanda y tienden a demostrar que ninguno de éstos ha sido debidamente comprobado o que se asientan sobre las normas legales aplicables. Por ese aspecto, hay una congruencia manifiesta entre lo pedido y lo fallado. Se repite que la alegada falta de consonancia no puede consistir nunca en que no se acepten o rechacen las pretensiones del actor o en que se aduzcan en el fallo argumentos que no son fundados u operantes. Cumple la Corte con rectificar ese concepto del Tribunal, en la forma absoluta en que se presentó, porque una de las cuestiones de mayor importancia que se discutieron era si las aguas en disputa son de dominio y uso público o de propiedad privada, Pero hecha esa rectificación es de rigor rechazar el cargo por infundado e inocuo.

FALLO

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 8 de octubre de 1940.

Las costas son de cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la "Gaceta Judicial" y devuélvase al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Arturo Salazar Grillo—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR EL COADYUVANTE DE UN PLEITO. EL COADYUVANTE EN UN PLEITO, NO SIENDO PARTE DE POR SI EN EL, NO PUEDE INTERPONER EL RECURSO DE CASACION

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

The Western Andes Mining Company, Limited, por medio de apoderado demandó en el Juzgado del Circuito de Salamina el deslinde entre su finca Montebonito y El Pozo, a la sazón en común de Juan de la C. Piedrahíta y Tulio Ramírez. La línea fijada en ese juicio especial fue atacada por la Compañía, lo que determinó el juicio ordinario del caso, seguido contra Piedrahíta, quien demostró haber completado su dominio sobre este inmueble mediante adquisición de la cuota de Ramírez. La sentencia de primera instancia, dictada por ese Juzgado el 16 de febrero de 1939, declaró en firme la línea aludida. Por apelación de la Compañía cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de Manizales, donde se cerró con fallo confirmatorio en el de 12 de diciembre de 1940, que es la sujeta materia del presente recurso de casación.

No lo interpuso la Compañía, sino el apoderado del señor Alfredo Suárez O. Este señor entró a figurar en el juicio ordinario ya en la segunda instancia, a favor del artículo 233 del C. J. como coadyuvante de la Compañía.

El coadyuvante es compañero o asesor o, por mejor decir, ayudante, si se sigue fielmente el sentido de aquel vocablo. Va a la zaga del respectivo litigante a quien se subordina y adhiere. De por sí no es parte.

Este concepto lo expuso detenidamente la Sala en su fallo de 29 de marzo de 1938 (G. J., Tomo XLVI, página 267), del que se destaca ahora esta reflexión: "El interviniente adhesivo no puede desarrollar en el litigio sino una actividad coordinada con la parte de la cual es propiamente accesorio, y en ningún caso asumir su sitio principal o aspirar o sobrevivirla procedimentalmente".

El apoderado de la Compañía atendió el juicio en todo su curso hasta alegar oralmente en la audiencia pública en el Tribunal; pero si bien había apelado de la del Juez, contra la de segunda instancia no recurrió. Si, pues, con ella se conformó la Compañía, es decir, con el fallo que puso fin al pleito, éste no puede ser revisado ni continuado por el señor Suárez, que no es parte, repítese, sino mero coadyuvante de una de las partes, la Compañía, sometido por lo mismo a las contingencias consiguientes, entre ellas la que aquí efectivamente se presentó, cual es la de que la parte a quien se agregó él ha dejado en firme el fallo final.

Lo dicho significa que el recurso no fue interpuesto por persona titulada legalmente para ello. Y circunstancia de tan decisivo alcance legal no lo pierde por haberse pronunciado la admisión del recurso, puesto que ésta no tiene en manera alguna la virtud de conferir a la Corte una jurisdicción de que sin legitimidad en la personería del recurrente no puede hallarse investida.

De ahí que el recurso no prosperara en el pleito en que se dictó la sentencia ya citada de 29 de marzo de 1938, como no prosperó en la de 31 de mayo de 1940 (G. J., páginas 504 a 510, Tomo XLVIII).

En suma: la Sala no puede conocer del

recurso en referencia por carecer de jurisdicción para ello en fuerza de no haberse interpuesto por parte legítima.

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, se abstiene de conocer del recurso de casación contra la sentencia con que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales puso fin a este juicio el doce de diciembre de mil novecientos cuarenta.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Testado: "había", no vale. Enmendado: "prosperó", sí vale.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

BIENES OCULTOS Y BIENES VACANTES.—DISTINCION ENTRE ESTOS

1.—Bienes ocultos, de acuerdo con la ley fiscal, son los que además de estar simplemente abandonados en su sentido material por la entidad dueña de ellos, están en condiciones de tales, que su carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio común de la Nación, de los departamentos o de los municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio. Los bienes ocultos tienen un dueño, hacen parte del patrimonio de él, aun cuando éste ignore que el bien es de su propiedad, y que se hallen abandonados en el sentido material, es decir, que no estén ocupados materialmente ni por el dueño, ni por el representante de éste, pero que en todo caso hacen parte del dominio de alguna persona, que es su dueño, al paso que los bienes vacantes, de acuerdo con el artículo 706 del Código Civil son los inmuebles que se encuentran en la Nación sin dueño aparente o conocido, condición ésta que los distingue de los bienes ocultos que sí tienen un dueño aparente o conocido y para él los denuncia la persona que crea tener ese derecho de acuerdo con el Código Fiscal. Hay, pues, distinción legal, muy precisa, entre estas dos clases de bienes, que los diferencia nítidamente.—2.—Decir en un instrumento público sobre venta de un inmueble, que él es un bien oculto, no equivale a reconocer que sea vacante. Además, la calificación jurídica que las partes hacen en un instrumento público, de un acto o contrato, no modifica el verdadero carácter del acto o contrato así calificado, ni esta calificación obliga al juzgador cuando el contenido del instrumento público sea materia de decisión judicial. Así, llamar venta a un contrato de donación por las partes que lo celebran, no es desnaturalizada la donación, ni obligar al juez a que se atenga, en decisión judicial, a la calificación jurídica que los contratantes le han dado al acto o contrato.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Origen del pleito

Adolfo Carrizosa, previa citación del señor Personero Municipal de Bogotá, ante el Juez 3º del Circuito en lo Civil, pidió que se hicieran estas declaraciones:

"1—Que es bien vacante por no tener dueño legítimo dicho inmueble, y que por tanto pertenece al Municipio de Bogotá, por hallarse dentro de sus límites la casa número 72 de la carrera 5ª de esta ciudad y que linda así: Por el norte, con tienda de Liborio López, número 74; por el sur, con casa de Filomena G. de Castillo; por el oriente, con solar de la casa de las señoritas Acostas, y por el occidente, con la carrera 5ª".

Designó el demandante como tenedor del inmueble al padre Salvador Restrepo (S. J.), en representación de la Compañía de Jesús.

Como hechos de su demanda señaló los siguientes: "1º La casa la usufructuó hasta los años de 1913 a 1917 el presbítero doctor Pedro José Maz, quien falleció.

"2º El mencionado presbítero no dejó herederos conocidos en ninguno de los grados que reconoce la ley.

"3º El ilustrísimo señor Arzobispo Bernardo Herrera Restrepo transfirió a título de venta —según parece la misma fin-

ca— por medio de la escritura pública número 1820 de 25 de septiembre de 1911 en la Notaría Segunda, sin que aparezca título ninguno que acredite el derecho de dominio del vendedor, ya que como él mismo lo declara en aquellos títulos, es un bien oculto.

"4º El vendedor, en el título antes citado, se refiere a la constitución de un censo, en el cual se trata de una finca situada en San Fé de Bogotá sin expresar situación ni linderos de la misma finca.

"5º Como la finca a que me refiero está situada dentro de los límites del Municipio de Bogotá, y el título a que me he referido, por no estar de acuerdo con la ley, no acredita derecho de dominio a favor de ninguna persona, es un bien vacante que pertenece al Municipio expresado".

Opúsose la Compañía de Jesús a las declaraciones solicitadas por Carrizosa, y el juez respectivo, en decisión de 22 de septiembre de 1938, declaró que no era vacante la casa número 72 de la carrera 5ª de esta ciudad, alinderada como se expresó en la respectiva demanda.

No satisfecho de esta decisión el señor Carrizosa interpuso el correspondiente recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Bogotá, y esta entidad, en proveído de 17 de octubre de 1940, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Contra el fallo de segundo grado se interpuso el recurso de casación, y aparejado como está de acuerdo con las prescripciones legales, se procede a estudiarlo.

El Tribunal de Bogotá para desatar el pleito en contra del demandante, fuera de apoyarse en la doctrina de la Corte Suprema sobre bienes vacantes, consideró además que la oposición hecha por la compañía "American Educational Union", por medio de su representante el hermano Arpidio Zuloaga, estaba demostrada porque se habían traído a los autos dos certificados del registrador de instrumentos públicos de esta capital, con los cuales se demuestra que el actual titular de la casa denunciada como bien vacante, lo es la sociedad opositora —"The American Educational Union"— por haberse resuelto el contrato de compraventa contenido en la escritura número 1602 de mayo de 1930, a fin de que la casa materia de esta litis, volviera a su poder, quien a su vez la había comprado al padre Lucas Toledo, según escritura número 30 de septiembre de 1911, y éste la había habido por compra al señor Arzobispo de Bogotá, doctor Bernardo Herrera Restrepo, por medio de la escritura pública número 1820 de 25 de septiembre de 1911.

Tres son los capítulos en que el recurrente expone los motivos en que apoya su recurso de casación, así:

1º La sentencia incurrió en error de derecho y de hecho evidente, al apreciar la escritura Nº 1820 de 21 de septiembre de 1911, que contiene la venta hecha por el Ilustrísimo señor Arzobispo de Bogotá al Presbítero Lucas A. Toledo y a consecuencia de esos errores, el quebrantamiento del artículo 1758 del Código Civil.

Consiste el error de hecho y el de derecho, en que la escritura por la cual el Arzobispo de Bogotá le vendió al Presbítero Toledo la casa número 72 de la carrera 5ª, en la cláusula pertinente se dijo: "Cuarto. Que esta casa la hubo la Iglesia, entre otros títulos por haberse constituído sobre ella una fundación o capellanía colativa, en que extinguiéndose la línea de personas que debían usar de ella, pasaría a ser ésta propiedad de la Iglesia de Santa Bárbara de esta ciudad, y porque, dados los decretos de desamortización del año 1861, esta casa quedó como bien oculto".

El padre Toledo, comprador del inmueble, declaró en esa misma escritura, que aceptaba la venta que se le hacía en los términos dichos.

De esa cláusula deduce el recurrente que la casa vendida es un bien oculto, por lo cual entra a formar parte efectiva del patrimonio común del municipio, y que por lo tanto el inmueble en cuestión en el momento de establecerse la demanda, se hallaba en estado legal de abandono, sin dueño aparente o conocido, que es lo que

caracteriza la vacancia de un inmueble, y que por eso le pertenece al municipio de Bogotá, dentro de cuyos linderos se encuentra.

Con este proceder considera el recurrente que se quebrantó el artículo 1758 del Código Civil en su parte final, que preceptúa que las obligaciones y los descargos contenidos en el instrumento público, **hacen plena prueba** respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, por título universal o singular.

La Corte observa: El sentenciador no conceptuó ni estudió la cláusula a que se refiere el recurrente, para decidir si el bien vendido por el señor arzobispo tenía o no el carácter de oculto, ni tenía por qué estudiarla porque en el presente litigio no se trata de bienes ocultos sino de vacantes, que tienen su diferencia y su distinción jurídica. Los ocultos, de acuerdo con la ley fiscal, son los que además de estar simplemente abandonados en su sentido material por la entidad dueña de ellos, están en condiciones de tales, que su carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio común de la nación, de los departamentos o de los municipios respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio.

Del espíritu y lectura de esta disposición fiscal, se desprende que los bienes ocultos tienen un dueño, hacen parte del patrimonio de él, aun cuando éste ignore que el bien es de su propiedad, y que se hallen abandonados en el sentido material, es decir, que no estén ocupados materialmente ni por el dueño, ni por el representante de éste, pero, que en todo caso hacen parte del dominio de alguna persona, que es su dueño, al paso que los bienes vacantes, de acuerdo con el artículo 706 del Código Civil son los inmuebles que se encuentren en la nación sin dueño aparente o conocido, condición ésta que los distingue de los bienes ocultos, que sí tienen un dueño aparente o conocido y para él los denuncia la persona que crea tener ese derecho de acuerdo con el Código Fiscal. Hay, pues, distinción legal, muy precisa, entre estas dos clases de bienes, que los diferencia nítidamente.

Decir en un instrumento público sobre venta de un inmueble, que él es un bien oculto, no equivale a reconocer que es vacante. Además, la calificación jurídica que las partes hacen en un instrumento público, de un acto o contrato, no modifica el verdadero carácter del acto o contrato así calificado, ni esta calificación obliga al juzgador cuando el contenido del instrumento público sea materia de decisión judicial. Así, llamar venta a un contrato de donación por las partes que lo celebran, no es desnaturalizar la donación, ni obligar al juez a que se atenga, en la decisión judicial, a la calificación jurídica que los contratantes le han dado al acto o contrato.

Obsérvese igualmente que no todas las manifestaciones que hacen los contratantes en un instrumento público, obligan o hacen fe contra los declarantes. Sólo hacen plena prueba las obligaciones y descargos que allí estipulen, y graduar un acto o contrato con determinada calificación jurídica no es imponer una obligación ni un descargo a los otorgantes, como sucede con la escritura a que se refiere el recurrente.

Por estas razones se rechaza el cargo formulado.

2º A juicio del recurrente el sentenciador quebrantó el artículo 463 del Código Judicial que contiene una disposición eminentemente sustantiva, al desconocer los efectos del desistimiento que formuló el reverendo padre Salvador Restrepo, contra quien primitivamente se dirigió la demanda, desistimiento que coadyuvó el arzobispo de Bogotá.

Admitido el desistimiento por auto ejecutoriado, ni el juez, ni el Tribunal, tenían ya jurisdicción para conocer de este asunto y es obvio que en semejante situación nada había que dirimir judicialmente, pues lo relacionado con las oposiciones ya

estaba juzgado. El fallo en consecuencia debió ser de inhibición, toda vez que no había materia sobre qué resolver. Así se expresa el recurrente.

Como cuestión de hecho se anota que el juez del conocimiento, al practicarse el secuestro del bien denunciado como vacante, encontró que él se hallaba en poder del hermano Alpidio Zuluoga en representación de la Compañía "American Educational Union" que alegaba derecho de dominio sobre él, y en consecuencia se le dejó en su poder y se le previno que compareciera al juicio, todo esto de acuerdo con la ley procesal. La compañía mencionada se apersonó en el juicio y sostuvo que ella era la dueña, en virtud de los títulos traslaticios de dominio acompañados al proceso.

Habríase quebrantado por el sentenciador el artículo 463 invocado, si hubiera continuado el juicio a pesar del desistimiento que hicieron los primitivos demandados y la persona que en el momento del secuestro se opuso. El juicio se ha seguido, no contra el Arzobispo ni contra el padre Restrepo en representación de la Compañía de Jesús, sino contra la sociedad ya dicha, "The American Educational Union", representada por el hermano Alpidio Zuloaga, y el desistimiento del señor Arzobispo y del padre Restrepo no ligan a la compañía que se pretende dueña del bien vacante disputado, ni la priva del derecho de que se decida, por la justicia, si el bien que ella posee y ocupa materialmente, es o no vacante. La compañía no ha desistido del juicio.

No se acepta, en consecuencia, el cargo enunciado.

3º Considera el recurrente que el Tribunal invirtió la carga de la prueba y para sostener este reparo dice:

"El juicio de vacantes se plantea contra el tenedor de un inmueble —caso de que no esté materialmente abandonado— cuyo dominio ha adquirido conforme a derecho. Por tanto, y dado que ese tenedor, al formular la oposición a la demanda, alega la calidad de dueño, es a él a quien corresponde dar la prueba de su afirmación, según principios muy conocidos de pruebas judiciales".

No hay en la sentencia ningún pasaje, ni concepto alguno, en que el fallador haya dicho que al demandante en el presente caso le corresponde probar los requisitos que constituyen el carácter jurídico de bien vacante. No le echó a él carga de la prueba, por el contrario, el sentenciador, invocando el artículo 843 del Código Judicial sostuvo que era el opositor, en este caso la sociedad "The American Educational Union", la que debía dar la prueba de su oposición, es decir, que el bien denunciado como vacante sí tenía dueño conocido y consideró el Tribunal que el opositor había acompañado esa prueba consistente en los respectivos títulos traslaticios de dominio, citados en el curso de este fallo, y los respectivos certificados del registrador de instrumentos públicos de Bogotá. Pero el recurrente insiste que el Tribunal, al estimar esos documentos incurrió en error de hecho y de derecho violando los artículos 764 del Código Civil que define lo que es posesión regular y el 1871 que se refiere a la venta de cosa ajena.

El sentenciador no discutió si la posesión que del bien en cuestión tenía la sociedad opositora era regular o irregular; tampoco decidió si la venta de ese inmueble lo había sido de cosa ajena, para que se pudiera atacar, con visos de razón, el fallo del Tribunal, el cual al apreciar los títulos invocados por la compañía, dijo:

"Con estos antecedentes (los títulos a que se ha hecho referencia) si la acción de vacancia no tiene viabilidad ni eficacia aún tratándose de un poseedor irregular de la cosa, pues hay que aceptarle el carácter de dueño aparente, entonces qué decir del titular del bien, como sucede en el presente caso?

"Sencillamente, que el bien denunciado no es vacante, pues tiene su dueño conocido y de consiguiente la acción está desprovista de fundamento legal, existe un título registrado y una posesión material de la cosa en la persona de la entidad opositora, y la ley solamente estima como

vacantes los bienes que no tienen dueño aparente o conocido".

El Tribunal, como basamento, también de su fallo, invocó la jurisprudencia de la Corte, que así dice:

"Son bienes vacantes los inmuebles que habiendo estado bajo el dominio del hombre, no tienen en la actualidad dueño aparente conocido... La acción de vacancia no puede tener viabilidad y eficacia ni aún tratándose de un poseedor irregular de la cosa, porque si bien es verdad que tal clase de poseedor carece de título justo o inscrito y de buena fe al acto de la posesión, sí tiene una posición ventajosa que lo coloca en condición de adquirir el bien por usucapión extraordinaria; y el denunciante del bien vacante no puede desconocer esa situación por lo mismo que ya viene dicho que el poseedor se reputa dueño y habría que aceptarle el carácter de dueño aparente. Y en tal evento, una de las características esenciales y dominantes del bien vacante, esto es, que aparezca abandonado y sin dueño aparentemente conocido, desaparece ante un poseedor cualquiera".

De donde se deduce que el Tribunal no pudo violar los artículos 764 y 1871 del Código Civil, cuestiones, las señaladas en estos artículos, extrañas a la litis y por consiguiente al fallo.

Por último, considera el recurrente que el Tribunal ha debido aplicar los artículos 2528, 2529 y 2532 del Código Civil para rechazar la alegación de prescripción, ya que por ausencia de buena fe, no cabe la ordinaria y para la extraordinaria no había transcurrido tiempo suficiente.

Nada más exótico que esta acusación. Ni en el fallo de primer grado ni en el de segundo, se trató de saber si el bien cuya vacancia se solicitaba había sido o no ganado por prescripción que se hubiera consumado a favor de la compañía opositora, ni en este título constitutivo de dominio se basó el sentenciador para declarar que el bien materia de este litigio no era vacante, por tener un dueño aparente y conocido, fundado en los títulos traslaticios de dominio que se trajeron al proceso, de suerte que el fallador no tuvo ocasión para aplicar o dejar de aplicar las disposiciones citadas por el recurrente.

No prospera, en consecuencia, este reparo.

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

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta.

2º Las costas del recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, 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.

ACCIONES DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION

No es jurídico atacar un contrato, por considerarlo nulo, sea absoluta o relativamente, sin demandar a todas las personas que intervinieron en su celebración.

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda).

Son antecedentes de este negocio:

El 12 de agosto de 1925 la señora Josefina Malabet de Bacci, mujer casada con el señor Adolfo Bacci y debidamente autorizada por él, adquirió del señor William Ladd, a título oneroso, por escritura número 1847, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Barranquilla, un lote de terreno o solar situado en el barrio denominado "Boston", de la indicada ciudad, determinado como en la referida escritura se expresa.

Posteriormente la sociedad conyugal Bacci-Malabet edificó a sus expensas, en dicho solar, una casa-quinta, según consta en la escritura número 735, del 30 de abril de 1931, otorgada en la Notaría Tercera de Barranquilla.

La sociedad colectiva de comercio denominada "Bacci &Lozano", formada por los señores Adolfo Bacci, Bartolomé Bacci y Jorge Lozano Freile, contrajo varias deudas a favor de Pacini Hermanos & Cía. S. A. y las garantizó con la fianza solidaria de los indicados socios y con hipotecas de primero y segundo grados que Adolfo Bacci y Jorge Lozano Freile constituyeron sobre dos casas-quintas, así: Bacci, sobre la casa-quinta de que se había anteriormente, y Lozano Freile, sobre una de su propiedad denominada "Sofía", hipotecas que se hicieron constar en las escrituras números 736, del 30 de abril de 1931, y 1796 del 4 de diciembre del mismo año, ambas de la Notaría Tercera de Barranquilla.

Más tarde, hallándose Bacci & Lozano en incapacidad de pagar las mencionadas deudas, los dos socios nombrados, Adolfo Bacci y Jorge Lozano Freile, dieron en pago a Pacini Hermanos & Cía. S. A. las dos fincas hipotecadas, entre las cuales, como se ha visto, se contaba la casa-quinta perteneciente a la sociedad conyugal Bacci-Malabet. La dación en pago se verificó por escritura número 364, del 4 de mayo de 1933, de la Notaría Segunda de Barranquilla. En tal enajenación no intervino la señora Josefina Malabet de Bacci.

Así las cosas, el 27 de noviembre de 1937 dicha señora, obrando en su propio nombre, presentó demanda ordinaria ante el Juez 3º Civil del Circuito de Barranquilla contra la sociedad Pacini Hermanos & Cía. S. A., y en ella pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que se declare nulo y sin ningún valor el contrato celebrado por escritura pública número 364, de fecha 4 de mayo de 1933, por medio del cual mi marido Adolfo Bacci, sin mi autorización ni aprobación, dio en pago a la firma demandada un solar que es de mi exclusiva propiedad, y la casa en él construída, que pertenece a la sociedad conyugal existente entre los dos, y además, porque esa dación en pago carece de causa que la justifique.

"b) Como consecuencia de la nulidad del contrato de dación en pago, se ordene la cancelación del registro de la mencionada escritura número 364, del 4 de mayo

de 1933, otorgada a favor de la firma "Pacini Hermanos & Cía. S. A." por mi marido ya nombrado.

"c) Que por virtud de la nulidad del contrato de la dación en pago y de la escritura que lo contiene, se le condene como consecuencia a la firma "Pacini Hermanos & Cía. S. A." a restituírme el solar determinado en el punto "b" de la escritura número 364, del 4 de mayo de 1933, y a restituír a la sociedad conyugal en referencia la casa construída en el mismo solar con sus frutos civiles, los cuales estimo en la suma de cincuenta pesos oro legal ($ 50.00) mensualmente, desde el día 4 de mayo de 1933 hasta la fecha en que se haga la entrega material de dicha finca.

"d) Que se le condene asímismo al pago de los perjuicios que me ha causado a mí personalmente, y a la sociedad conyugal de la cual formo parte, perjuicios que estimo desde ahora en la suma de mil quinientos pesos oro legal ($ 1.500.00), o en subsidio a la que se establezca por medio de peritos nombrados en la forma ordinaria; y

"e) Que se le condene también al pago de los honorarios del abogado que me asesora y a las costas procesales".

Tramitado legalmente el asunto, se decidió por sentencia fechada el dos de octubre de mil novecientos treinta y nueve, cuya parte resolutiva dice:

"a) Declárase la nulidad parcial del convenio realizado por medio de escritura pública número 364, de mayo 4 de 1933, de la Notaría Segunda de este Circuito, sólo en lo relativo a la enajenación del siguiente bien:

Una casa-quinta de mampostería y techo de tejas, junto con el solar en que está edificada, situada en el barrio de "Boston", en la acera septentrional de la carrera Sabanilla, 6ª Norte, haciendo esquina en la banda occidental de la calle de Sucre, 19 Oeste, solar que mide diez y seis metros por cada uno de sus lados norte y sur, y treinta y dos metros por cada uno de sus lados este y oeste, y linda: por el norte, con predio que es o fue de William Ladd; por el sur, carrera en medio, con predio de Ramón Navas C.; por el este, calle de Sucre en medio, con predio de José A. Caballero; y al oeste, con predio que es o fue de William Ladd.

"b) En consecuencia, cancélese el registro hecho a favor de "Pacini Hermanos & Cía. S. A." del inmueble determinado en el punto anterior.

"c) Asímismo condénase a la parte demandada a restituír a la demandante y a la sociedad conyugal formada por ésta con el señor Adolfo Bacci, el bien antes individualizado y en la proporción correspondiente a cada una de éstas, según determinación hecha en el convenio cuya nulidad parcial se ha decretado.

"d) Condénase al demandado a restituír los frutos civiles pendientes a partir del 16 de diciembre de 1937 hasta cuando se haga entrega a la actora del bien de autos.

"e) No es procedente la condenación en perjuicios del demandado.

"f) Cóndénase en costas a la parte vencida".

De este fallo apeló la parte demandada y una vez agotada la tramitación de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla lo confirmó el doce de junio de mil novecientos cuarenta, "con aclaración de que la nulidad que se declara no afecta la hipoteca constituída por el señor Adolfo Bacci a favor de Pacini Hermanos & Cía. S. A.".y sin condenar en costas.

Las razones que indujeron al Tribunal a confirmar el fallo de primera instancia pueden sintetizarse así:

La validez de la hipoteca constituída por Adolfo Bacci a favor de Pacini Hermanos & Cía. S. A. en el año de 1931, es decir, antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932. es indiscutible, pues si el marido tenía facultad o capacidad legal para enajenar los bienes sociales, con mayor razón la tenía para hipotecarlos.

La Ley 28 estableció un nuevo régimen conyugal de bienes del 1º de enero de 1933. De esta fecha en adelante el ma-

rido dejó de ser único el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, y se creó una especie de administración dual de tales bienes. Por consiguiente, desde que entró a regir la mencionada Ley se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para disponer válidamente de los inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal. Como la formada por los señores Adolfo Bacci y Josefina Malabet no había sido liquidada en la forma prevista en el artículo 7º de la Ley 28 de 1932, para la transferencia del inmueble que dio origen a este pleito era indispensable el consentimiento de ambos cónyuges.

Respecto a la excepción de prescripción alegada por la parte demandada, con fundamento en el artículo 1750 del C. C., el Tribunal la consideró "sin viabilidad alguna, ya que el demandante lo que ha pedido en este juicio es la nulidad del contrato".

La sentencia de primera instancia se apoya en razones más o menos similares a las que expuso el Tribunal.

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandada, el que pasa a decidirse, por hallarse legalmente preparado.

El recurrente acusa la sentencia "por haber incongruencia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en ese proveído"; por haber incurrido el Tribunal en errores de hecho en la apreciación de la demanda y de la escritura por medio de la cual se celebró el contrato de dación en pago, y por violación del artículo 1568 del C. C., pues dice que no se tuvo en cuenta que se trataba de obligaciones solidarias.

Por último, la acusa también por haber incurrido el Tribunal en error de derecho al apreciar las pruebas correspondientes a la adquisición del inmueble a que se refiere el fallo, por no atender a que tal adquisición se hizo durante el matrimonio Bacci-Malabet, a título oneroso, por lo cual se violó el artículo 1781 del C. C., en su empiezo y ordinal 5º.

Acerca de este cargo, dice el recurrente:

"Al confirmarse la sentencia de primer grado se ha dejado en firme la declaración hecha en ella, de que a consecuencia de la nulidad pronunciada la finca dada en pago por Bacci pertenece 'a la demandante y a la sociedad conyugal formada por ésta con el señor Adolfo Bacci', a pesar de que el Tribunal manifiesta enfáticamente que esa finca es de tal sociedad conyugal con los vocablos que reproduzco en seguida:

'De las pruebas que se acaban de enumerar despréndese: que tanto el solar como la casa-quinta motivo de este litigio fueron adquiridos por la sociedad conyugal formada entre Josefina Malabet y Adolfo Bacci. Esto porque antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932 como después las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges, a título oneroso, pertenecen a la sociedad conyugal. Aunque la demandante afirma haber comprado el solar descrito con sus propios recursos y con dinero que le donó su señora madre Antonia Molinares de Malabet, este hecho no aparece acreditado por parte alguna en el expediente, pues la misma escritura citada por la demandante para probar esta afirmación nada dice a este respecto. Luégo el tribunal no puede dar por probado este hecho, pues sabido es que nadie tiene derecho a ser creído en juicio por su sola palabra; con mayor razón si se trata de una simple afirmación del demandante, sin respaldo probatorio en los autos.

Se considera:

Estima la Corte que es fundado el último cargo que se acaba de analizar, al cual concreta su estudio por ser suficiente para infirmar el fallo acusado.

El juez **a quo** estimó, en la parte motiva de su sentencia, que el solar en que fue edificada la casa-quinta de que se trata pertenece exclusivamente a la demandante, y en la resolutiva dijo:

"c) Asimismo condénase a la parte demandada a restituír a la demandante y a la sociedad conyugal formada por esta con el señor Adolfo Bacci, el bien antes individualizado y en la proporción correspon-

diente a cada una de estas....."

El tribunal confirmó dicha parte del fallo de primer grado, no obstante la declaración que hizo en la motivación de su sentencia, tendiente a demostrar que tanto el solar en que está edificada la casa-quinta que se reclama, como esta, pertenecen a la sociedad conyugal Bacci-Malabet, lo cual es exacto, conforme a lo expresado por el tribunal en el párrafo que atrás quedó transcrito, y teniendo en cuenta que el solar lo adquirió la señora Malabet, a título oneroso, cuando ya era casada con el señor Adolfo Bacci, según las pruebas citadas por el recurrente. Por tanto, se violó el artículo 1781 del C. C., de donde se deduce que prospera el cargo que se ha estudiado y que debe infirmarse la sentencia acusada, para dictar en su lugar la resolución que corresponda, en acatamiento a lo dispuesto en los artículos 538 y 539 del C. J.

En consecuencia, la Corte, para decidir en instancia, considera:

La actora solicitó la nulidad del contrato de dación en pago que consta en la escritura número 364 citada, sin especificar si pedía la nulidad absoluta de él o simplemente la rescisión, por causa de nulidad relativa, de la transferencia que de la casa-quinta perteneciente a la sociedad conyugal Bacci-Malabet hizo Adolfo Bacci a Pacini Hermanos & Cía. S. A.

En la escritura 364 no se consignaron dos contratos distintos sino uno solo, en virtud del cual los señores Jorge Lozano Freile y Adolfo Bacci, con el fin de cancelar unas mismas obligaciones a cargo de Bacci & Lozano, sociedad de la cual eran fiadores solidarios aquellos, dieron en pago a Pacini Hermanos & Cía. S. A. las dos fincas raíces que respectivamente habían hipotecado en garantía de las citadas obligaciones, por medio de las escrituras números 736 y 1796 de 1931. De consiguiente, si lo que se quería era pedir la nulidad absoluta del contrato referido, ha debido demandarse también a los otros contratantes, Jorge Lozano Freile y Adolfo Bacci, para que la acción quedara bien encaminada, y contra las mismas personas ha debido dirigirse igualmente la demanda, si se quería obtener la rescisión, por causa de nulidad relativa, de la enajenación que hizo Adolfo Bacci de la casa-quinta que pertenecía a la sociedad conyugal Bacci-Malabet. No es jurídico atacar un contrato, por considerarlo nulo, sea absoluta y relativamente, sin demandar a todas las personas que intervinieron en su celebración.

En uno u otro caso la demanda estuvo mal dirigida, y el tribunal, en vez de declarar la nulidad parcial del contrato, como lo hizo, sin decir qué clase de nulidad era la decretada, ha debido considerar probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido, por no haberse incoado la demanda contra todos los que intervinieron en el contrato.

No corresponde ahora a la Corte, por otra parte, estudiar si la acción incoada para atacar el contrato es la procedente, o no. Basta saber que la iniciada estuvo mal dirigida.

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, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla con fecha doce de junio de mil novecientos cuarenta, y previa revocatoria de la de primer grado, proferida por el Juez 3º Civil del Circuito de Barranquilla el dos de octubre de mil novecientos treinta y nueve, falla este pleito así:

No es el caso de hacer las declaraciones y condenaciones pedidas en la demanda, porque se halla probada en autos la excepción perentoria de petición de un modo indebido.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez. — Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS. SOCIEDADES. — SU CONSTITUCION Y EXISTENCIA

La prueba que demuestra la constitución y existencia de una sociedad no es sino la taxativa señalada por la ley, de modo que cuando se trata de litigios como el de autos, cuando se debe demostrar la existencia de una compañía o sociedad o quién tiene la personería de ésta, las partes no gozan de toda la amplitud probatoria, que pueden tener o tienen cuando se trata de demostrar otros extremos, por lo mismo que la ley ha señalado los únicos medios de hacer esas demostraciones. Y no solamente desde 1931 el legislador ha indicado la manera exclusiva de demostrar la existencia de una compañía y quién es su representante, porque antes de que existiera esa norma, imperaba otra que señalaba el modo de hacer esa comprobación, en forma también taxativa. Lo que hizo la Ley 28 fue mantener el principio taxativo, simplificando el modo de la comparación, pero como es obvio, exigiéndola siempre en la forma determinada por la ley. En casos como éste no puede suplirse la prueba por ninguna otra, porque existen actos jurídicos cuya vida legal y cuya demostración en juicio requieren dos elementos: *ad solemnitatem* y *ad probationem*. De modo, pues, que la aquiescencia tácita a la personería sustantiva de una sociedad no suple la formalidad de la comprobación.

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

Cristina Díaz v. de Pérez, por medio de apoderado demandó a la compañía de Energía Eléctrica y Acueducto de Chinácota S. A. para que fuera ésta condenada a pagarle a aquélla, como única interesada en la sucesión de su esposo el señor Cándido Pérez, la suma de $ 12.000 moneda corriente o lo que fijaran los peritos dentro del juicio en concepto de indemnización de los perjuicios morales y materiales causados a la demandante con la muerte de su esposo, acaecida por culpa de la sociedad demandada.

Pidió además que ésta fuera condenada a pagarle a la expresada Díaz v. de Pérez, en su carácter ya dicho, los gastos de asistencia médica y entierro de su esposo.

Los hechos básicos de la demanda son éstos: El señor Cándido Pérez era propietario de un establecimiento comercial, situado en la Calle Real de Chinácota y allí tenía instalada por la empresa demandada una nevera marca "Westinghouse" que funcionaba por medio de corriente eléctrica suministrada por la compañía y destinada dicha nevera a la venta para el público de bebidas heladas. Tal nevera funcionó regularmente en el establecimiento comercial del señor Pérez hasta las primeras horas de la noche del 19 de mayo de 1938, en que al ponerse en contacto el señor Pérez con ella, al abrirla, fue cogido violentamente por una corriente eléctrica que lo lanzó sobre unos cajones, produciéndole instantáneamente la muerte por electrocutación. Que ésta muerte se produjo única y exclusivamente por un voltaje anormal de la corriente eléctrica suministrada para el funcionamiento de la nevera y en virtud de causas o fenómenos que, con la debida dili-

gencia y cuidado en la red de distribución, hubieran podido ser evitados por la empresa demandada.

El 23 de abrill de 1940, el Juez del conocimiento desató la litis condenando a la compañía demandada a pagar a la demandante la suma de $ 3.456 moneda corriente, en concepto de indemnización de los perjuicios sufridos por aquélla con la muerte trágica de su esposo.

Apelado este fallo por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona lo revocó por sentencia de 19 de noviembre próximo pasado y en su lugar declaró la existencia de excepción perentoria por falta de personería sustantiva de la parte demandada por no haberse demostrado ni su existencia ni su representación por la persona designada en el libelo como gerente de la compañía en la forma solemne exigida por la ley.

La parte demandante interpuso casación contra tal fallo y hoy pasa a decidirse sobre la suerte del recurso.

Sobre la base de que el apoderado de la parte demandada en su alegato de conclusión manifestó que proponía la excepción de falta de personería sustantiva por no haber demostrado la actora la existencia de la compañía ni tampoco la personería de su representante en el juicio, el Tribunal dijo lo siguiente, que es lo fundamental de su fallo: "Para comprobar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial (como lo ha dicho la Corte) debe presentarse el certificado de que habla el artículo 40 de la Ley 28 de 1931. Sin la prueba de la existencia de una sociedad semejante falta uno de los presupuestos procesales en el juicio o sea la capacidad substantiva de una de las partes en él". En efecto, los artículos 465, 469, 470 y 471 del C. de Comercio establecen de manera perentoria que una sociedad sólo puede constituírse y probarse de manera solemne y los artículos 40 y 41 de la Ley 28 de 1931, determinan que para acreditar la constitución y existencia de una sociedad comercial, bastará un certificado firmado por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, sellado con el sello de ésta, en que conste el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las que en alguna manera la hubiere reformado, con las indicaciones generales que exigen para los extractos los artículos 469 del C. de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898, según el caso; y que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara. En el presente caso la actora ni al presentar la demanda ni durante el término de pruebas demostró la existencia ni la representación de la sociedal anónima demandada, de modo que falta por completo el sujeto pasivo de la obligación que se pretende deducir en el juicio".

El recurrente parte de la base de la no existencia en autos de los certificados requeridos por la Ley 28 de 1931 ya citada, y esto es evidente; mas sostiene que sin esos documentos puede darse por acreditada la existencia de la compañía demandada como la de su representante. Apoya su concepto en la aquiescencia tácita de la parte demandada y cita, además, en apoyo de su tesis, algunas sentencias de la Corte. Sobre esas bases señala como violados, por el fallo, los artículos 472, 477, 551 y 567 del C. Comercio y éste es el primer capítulo de su acusación.

La Corte considera: Las disposiciones que acaban de citarse no inciden en el presente recurso y por lo tanto no tienen eficacia sobre el fallo acusado, por cuanto en este pleito no se ha discutido ni sobre el modo como fue constituída la sociedad demandada, como tampoco si en su constitución se incurrió en alguna de las nulidades que al efecto establece la ley.

Se trata únicamente de saber si la existência de la sociedad está o nó acreditada en los autos, lo mismo que si está establecida la representación de tal sociedad. El Tribunal echó de menos esas pruebas y esa la razón de su fallo y la Corte llega a la misma conclusión por estas razones: la prueba que demuestra la constitución y existencia de una sociedad, no es sino la taxativa señalada por la ley, de modo que cuando se trata de litigios de la naturaleza del presente, cuando se debe

demostrar la existencia de una compañía o sociedad o quién tiene la personería de ésta, las partes no gozan de toda la amplitud probatoria, que pueden tener o tienen cuando se trata de demostrar otros extremos, por lo mismo que la ley ha señalado los únicos modos de hacer esas demostraciones. Y no solamente desde 1931 el legislador ha indicado la manera exclusiva de demostrar la existencia de una compañía y de quién es su representante, porque antes de que existiera esa norma, imperaba otra que señalaba el modo de hacer esa comprobación, en forma también taxativa. Lo que hizo la Ley 28 fue mantener el principio, el taxativo, simplificando el modo de la comprobación, pero como es obvio, exigiéndola siempre en la forma determinada por la ley.

Y no es sólo en esta materia sino en otras en que la ley exige determinadas pruebas para comprobar un hecho o un derecho; así para demostrar el dominio sobre un inmueble es necesaria la escritura pública, necesaria también para demostrar la existencia de una hipoteca. En estos casos, entre otros, no puede suplirse la prueba por ninguna otra, porque existen actos jurídicos cuya vida legal y cuya demostración en juicio, requieren dos elementos: **ad solemnitatem** y **ad probationem.**

De modo, pues, que la aquiescencia tácita no suple la formalidad de la comprobación y mucho menos en casos como el presente en que se propuso una excepción perentoria sobre el particular.

Las sentencias dictadas por la Corte, y a que se refiere el recurrente, contemplan casos muy distintos al que es materia de este debate. En ellos se planteó en la demanda y se estudió en la sentencia, el extremo de si la sociedad había sido bien constituída, o si no habiéndolo sido, esas informalidades o nulidades perjudicaban a terceros o si de ellas podían aprovecharse los socios. En este litigio se trata. como se dijo ya, no si la sociedad demandada se constituyó debidamente, sino si su existencia está acreditada en los autos en la forma establecida por la ley.

Tratándose de demostrar la existencia de una compañía comercial, de carácter privado, esta Corte ha sostenido la misma doctrina que el Tribunal fallador, como aparece no sólo de la sentencia a que éste se refiere, sino de la de fecha 29 de julio último, en la cual dijo la Corte, en el juicio ordinario de Maximina Henríquez v. de Benítez contra The Santa Marta Railway Company Limited: "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 viese su curso, sí constituyó y forzosamente tenía que constituír 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. impone 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".

El cargo que se estudia no puede por lo tanto aceptarse.

En la segunda parte de su demanda, el recurrente acusa la sentencia por haberse dejado de aplicar los artículos 2341 y 2356 del C. Civil y por quebrantamiento de los artículos 604, 606. 607, 722 y 730 del C. Judicial en cuanto no se apreciaron ni se les dio ningún valor a las diversas pruebas de confesión, testifical y pericial.

La Corte observa: si con esas pruebas se pretendió demostrar la existencia de la compañía demandada y quién es su representante legal, ya se vio que no son de recibo para acreditar esos hechos. Si, como aparece deducirse de la demanda, ese quebrantamiento dependió de no haberse tenido en cuenta esas pruebas para deducir la responsabilidad impetrada en la demanda, el sentenciador no pudo incurrir

en la violación de esas normas, por cuanto, no pudiendo entrar en el fondo del asunto, como el mismo fallador lo dice, por no estar comprobada la personería de la parte demandada ni de su representante, no tenía oportunidad ni podía estimar el valor legal de tales pruebas. De modo que las normas señaladas no podían ser tenidas en cuenta en la sentencia, por lo que acaba de expresarse, y desde que esto es así, no pudo haber violación de ellas.

El cargo que se estudia debe entonces correr la suerte del primero, quedando por lo tanto en firme la sentencia recurrida, con todos los conceptos en que ella se apoya, entre otros el siguiente: "So habiendo demostrado el actor, como era su deber, la existencia de la sociedad anónima demandada ni que su representación la ejerce la persona designada como gerente, falta en el juicio uno de los presupuestos procesales, no existe el objeto pasivo de la obligación que se pretende deducir y en tal virtud, por sustracción de materia no puede el juzgador entrar al estudio a fondo del litigio, pues no hay fundamento o base para condenar ni absolver cuando falta la prueba de la existencia de la persona jurídica demandada".

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 Escallon — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—El Secretario de la Sala de Casación en lo Civil, **Pedro León Rincón.**

ACCION REIVINDICATORIA

1.—Dentro de nuestro régimen matrimonial de participación en los gananciales respecto de antiguas sociedades ilíquidas sólo a través de la liquidación del haber social puede fijarse particularmente el dominio de las especies sociales en el patrimonio individual de cada uno de los cónyuges. Mientras esta liquidación y adjudicación no sobrevengan es impertinente plantear la cuestión de venta de cosa ajena respecto de cualquiera de ellos, que solamente tienen la expectativa de gananciales sobre la masa social ilíquida.—2.—La mujer, como socia y, por tanto, partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28 de 1932, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima, y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad, porque de la sociedad conyugal son y a ella deben volver.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Durante la sociedad conyugal formada entre Enrique Barrero y Dolores Samudio como consecuencia del matrimonio que contrajeron ante el Cura de Villapinzón el 22 de noviembre de 1902, el marido, por medio de la escritura pública número 483, otorgada el 14 de junio de 1919 ante el notario del Circuito de Chocontá, legalmente registrada, adquirió por compra a Francisco Adriano Barrero la mitad de un terreno situado en la vereda de Chiratá, jurisdicción del Municipio boyacense de Turmequé, en condominio indiviso con Emeterio Forero, y alinderado como en el instrumento se expresa.

Enrique Barrero vendió a Melquisedec Otálora el inmueble precitado el 23 de octubre de 1936 como consta en la escritura número 522 otorgada en esa fecha en la notaría de Chocontá.

Y este último comprador transfirió la misma finca a Carlos Alvarez Riaño, a título de venta, por escritura número 531 de la citada notaría, el 2 de noviembre de 1937.

Con estos antecedentes, únicos que tienen pertinencia con la cuestión sometida al recurso, y afirmando que el cónyuge no podía enajenar el derecho de su esposa en la finca de Chiratá, de propiedad de la sociedad conyugal, por no ser a la fecha de la venta gerente social único ni representante legal de la mujer, Dolores Samudio, por medio de apoderado y en libelo fechado el 4 de marzo de 1938, demandó ante el Juzgado del Circuito de Chocontá a su esposo Enrique Barrero, a Melquisedec Otálora y a Carlos Alvarez Riaño para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

Que en virtud de lo dispuesto en la ley 28 de 1932, sobre régimen patrimonial en el matrimonio, la demandante no ha perdido el derecho adquirido conforme a dicha ley y a disposiciones sustantivas en la finca que la sociedad conyugal formada con su marido adquirió por la escritura 483 de 14 de junio de 1919;

Que la venta hecha por Enrique Barrero a Melquisedec Otálora (escritura 522

de 23 de octubre de 1936), y la hecha por éste a Carlos Alvarez Riaño (escritura 531 de 2 de noviembre de 1937), solamente engendran obligaciones para Enrique Barrero, sin perjuicio de los derechos adquiridos por la demandante;

Que, consecuencialmente, Otálora y Alvarez Riaño están en la obligación de reconocerle a la demandante Samudio de Barrero su derecho sobre la mitad del terreno de Chiratá;

Que los demandantes están en la obligación de reconocer a la actora los perjuicios que le ocasionaron con los contratos contenidos en las precitadas escrituras públicas de venta y con el hecho de haberle arrebatado violentamente su derecho sobre la finca, y, finalmente, que deben pagarle las costas de este juicio si a él se opusieren.

Oponiéndose a las pretensiones de la actora y negando los hechos principales de la acción evacuaron los demandados el traslado legal de la demanda. El cónyuge Barrero, además, en la oportunidad procedimental propuso contra su esposa demanda de reconvención para que se declare que el predio de Chiratá y otro en jurisdicción del municipio de Villapinzón le pertenecen exclusivamente a él por haberlos adquirido a título gratuito y no deben ser, por tanto, incluídos en la liquidación de la sociedad conyugal que la actora ha iniciado judicialmente. Sólo como antecedente historial del proceso se hace referencia a esta contrademanda, sin detallarla en sus pedimentos y fundamentación por haber quedado esta parte del juicio al margen del recurso de casación.

Agotado el procedimiento del grado el Juez del Circuito de Chocontá, en sentencia del 5 de mayo de 1939, declaró que la actora Dolores Samudio de Barrero es propietaria de la mitad de la finca de Chiratá que adquirió la sociedad conyugal Barrero-Samudio por escritura 483, de 14 de junio de 1919, de la Notaría de Chocontá, en virtud de lo dispuesto en la ley 28 de 1932; que en consecuencia las ventas de ese inmueble hechas por Enrique Barrero a Melquisedec Otálora y por éste a Carlos Alvarez Riaño solamente engendran obligaciones entre los contratantes, quienes están en la obligación de respetar el derecho de la actora; que, como consecuencia de la declaración de que la demandante es dueña de la mitad del predio de Chiratá, se le dejan a salvo sus derechos para que los haga valer en juicio separado; que no hay lugar a hacer las demás declaraciones pedidas en la demanda principal ni las solicitadas en la de reconvención, y que los demandados directos deben las costas del grado.

Sentencia acusada

Los tres demandados, y sólo ellos, apelaron del fallo del Juzgado del Circuito, dando así lugar a la 2ª instancia del juicio que finalizó con sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 14 de noviembre de 1940, acusada en casación por la parte demandante, en la cual se revocó la apelada y en su lugar se absolvió de todos los cargos de la demanda a los demandados Barrero, Otálora y Alvarez Riaño, y se confirmó igualmente la absolución de la actora en razón de los pedimentos de la contrademanda. Sin costas en ninguna de las instancias.

Consideró el Tribunal, para motivar su resolución, que la acción incoada en su propio nombre e interés individual por Dolores Samudio es la reivindicatoria o de dominio que corresponde al dueño de una cosa singular que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela, y encontró, desde este punto de vista, que a la reivindicación intentada aquí le falta la condición esencial de ser la actora dueña del inmueble cuya restitución se demanda, porque la propiedad del predio pertenece a la sociedad conyugal ilíquida y no a la actora personalmente. "En el presente caso —se lee en la sentencia— no existe la prueba de que la actora haya adquirido el dominio de la finca que intenta reivindicar; antes por el contrario, ella misma afirma en el hecho primero de la demanda que dicha finca fue adquirida por la sociedad

conyugal que formó con su marido Enrique Barrero y como dicha sociedad no ha sido liquidada y mucho menos adjudicada dicha finca a la demandante, se ve que carece de acción para reivindicar dicho bien **para sí misma.** Cosa distinta sucedería si la acción hubiere sido intentada a favor de la sociedad conyugal, la que sí habría sido válidamente representada por la demandante".

Otros razonamientos aduce el Tribunal para fundar su sentencia pero la Sala solamente destaca el anterior porque contra éste exclusivamente se dirigen los cargos de la demanda. La consideración de las restantes razones fundamentales del fallo acusado no sería oportuna y procedente sino en el caso de que prosperando los ataques hechos fuera necesario estudiarlas para deducir si en ellas podía seguir reposando con suficiencia la legalidad de la sentencia.

El recurso

El recurso de casación, que debidamente admitido y tramitado se falla hoy, se apoya en los dos primeros motivos del artículo 520 del C. J. En el orden en que aparecen formulados los cargos en la demanda, se pasan a considerar.

a) En relación con el segundo motivo de casación acusa el recurrente la sentencia del Tribunal "por no estar en armonía con la litis contestación", pues el sentenciador entendió que se había iniciado aquí un juicio de reivindicación cuando de lo que se trata realmente es de una acción personal tendiente a que se reconozca a la actora como interesada en la sociedad conyugal que formó con su marido, esto es, "el reconocimiento del derecho que tiene todo accionista en una sociedad, y nada más".

Se considera el cargo.

La interpretación en conjunto de la demanda, redactada con olvido de que cualquier cosa es mejor que no escribir con claridad los libelos forenses, no da base al recurso por el motivo de que se trata porque no aparece como cosa cierta que el Tribunal haya hecho caso omiso de la verdadera acción deducida en el juicio pronunciando una sentencia sorpresiva o **ultra petita,** sobre cuestiones ajenas a la controversia planteada con la demanda. En efecto; fuera de las dos primeras declaraciones que se solicitan en la parte petitoria de la demanda, en realidad anodinas y constitutivas más bien del fundamento jurídico o razón legal de la acción incoada, con el juicio se persigue en sustancia que se reconozca y declare en la sentencia definitiva que la demandante Dolores Samudio personalmente tiene derecho de propiedad sobre la mitad del terreno de la vereda de Chiratá, en jurisdicción municipal de Turmequé, y que, en consecuencia, se condene a los demandados a restituírsela, junto con los frutos naturales y civiles que le corresponden.

Con estos pedimentos y los hechos fundamentales de la demanda en que se alude a que la actora tenía la posesión material del inmueble que le fue arrebatada por fuerza, se configura precisamente una acción de dominio en que se ha discutido la propiedad de la actora sobre la finca, como acertadamente lo consideró el Tribunal al proferir su sentencia que de este modo recayó exactamente sobre la materia sometida a debate, sin extralimitar ni desconocer las bases inmodificables de la **litis contestatio.**

No se encuentra, pues, fundamento para la casación por el motivo segundo.

b) Con la misma afirmación de que el Tribunal confundió la acción intentada se acusa la sentencia por el primer motivo, y se dice que incurrió en error de hecho al interpretar la demanda y en error de derecho "por una interpretación arbitraria del contrato de litis contestación, donde no fue planteado el juicio reivindicatorio. Por esa falla, indirectamente viola el artículo 1871, el 180 y demás disposiciones de fondo del código civil que le dan derecho a la mujer casada para reclamar en esta forma o en otra el derecho a todos los bienes que pertenezcan a la sociedad conyugal....., y la mayor parte de las disposiciones de la ley 28 de 1932 que dejó

los bienes de las sociedades existentes al tiempo de entrar en vigencia en estado de dividir amigable o judicialmente".

Se considera.

Según las razones que se dejaron expuestas en vista de los términos en que está concebido el libelo original del pleito y de la finalidad perseguida por la actora, que es, en resumen, la restitución de la finca con sus frutos por ser dueña de ella y haber perdido su posesión por efecto de una venta hecha por su marido que no puede perjudicarla, la acción deducida en este juicio fue bien tenida por el Tribunal como la de dominio que define el artículo 946 del C. C. No acepta la Sala, en consecuencia, que el Tribunal incurriera en ninguno de los errores que le imputa el recurrente y que lo condujeran a la violación consecuencial e indirecta de los preceptos legales sustantivos que cita. Colocado el Tribunal en presencia de una demanda de dominio ejercitada personalmente por la actora Samudio halló que no procedía porque la propiedad del predio cuya restitución se persigue no corresponde a la demandante sino a la sociedad conyugal que ella formó con su marido Enrique Barrero, y que mientras el haber social no haya sido liquidado amigable o judicialmente y en la liquidación se le haya adjudicado a la mujer el bien de que se trata, ella carece del dominio singularizado que habilita para el ejercicio de la reivindicación que es la principal acción con que se ampara el derecho de propiedad. En torno de esta cuestión, que representa y vale la razón esencial de la sentencia recurrida, nada observa el recurrente ni contra ella propone ningún cargo ni reparo de carácter legal. Se limita, como ya se vio, a afirmar simplemente que la acción no es reivindicatoria.

En ninguno de los pasajes ni razonamientos del fallo es posible encontrar la pretendida violación del artículo 1871 del C. C. que consagra la validez de la venta de cosa ajena sin perjuicio de los derechos del dueño, y antes bien parece afirmado en la sentencia que si se hubiera pedido para la sociedad conyugal, que es la dueña del inmueble cuestionado, el resultado del pleito hubiera sido distinto. Dentro de nuestro régimen matrimonial de participación en los gananciales, respecto de antiguas sociedades ilíquidas sólo a través de la liquidación del haber social puede fijarse particularmente el dominio de las especies sociales en el patrimonio individual de cada uno de los cónyuges. Mientras esta liquidación y adjudicación no sobrevengan es impertinente plantear la cuestión de venta de cosa ajena respecto de cualquiera de ellos, que solamente tienen expectativa de gananciales sobre la masa social ilíquida.

Menos aún puede tenerse como infringida en la sentencia la otra disposición del código civil que señala como violada el recurrente, el artículo 180, que establece que por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, disposición reformada en cuanto el marido no toma ya dentro del nuevo régimen patrimonial del matrimonio la administración de los bienes de la mujer, y cuya cita es de evidente impertinencia con ocasión del fallo que se acusa en este recurso.

En relación con el estado jurídico en que se halla hoy la mujer por virtud de la ley 28 de 1932, respecto de actos o contratos en que el marido haya dispuesto sólo de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal anterior al comienzo del nuevo régimen y no sometida a liquidación, esta Sala, en sentencia del 20 de octubre de 1937 (G. J., tomo XLV, p. 642), sentó la siguiente doctrina, que ha sido reiterada después en diversos fallos de casación: .'De todo lo dicho en la exposición anterior se desprende que la mujer, como socia y por lo tanto partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima, y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad porque de la socie-

dad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver".

Siendo los anteriores cargos ya considerados y rechazados por falta de fundamento legal los únicos propuestos en la acusación contra la sentencia definitiva de segunda instancia, 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 14 de diciembre de 1940, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

NULIDAD ABSOLUTA Y SIMULACION

1.—Cuando en un contrato de compraventa falta la causa real y la intención de trasferir el dominio, por una parte y, por la otra, la de adquirirlo, ese contrato es absolutamente nulo. 2.—Aunque la Corte, a partir de 1935, ha puesto singular empeño en distinguir la acción de simulación, por sí misma no entraña nulidad absoluta, de la de nulidad absoluta de un contrato, no es solamente de este pleito la dificultad de distinguir las dos acciones. Hasta 1935 se había tenido la simulación como nulidad, y por lo mismo se pedía ésta aun en los casos en que en realidad era de simulación la acción incoada, y habría sido erróneo y funesto para la administración de justicia dejar de ver cuál era la acción efectiva y dejar de estudiarla y decidirla, tal como su realidad lo exigía, porque la Sala hubiera optado por una doctrina ante la cual la simulación no implica de suyo nulidad y, en hallándose, da lugar a indagar si es nulo o válido el pacto efectivo mantenido en secreto u oculto bajo el aparente u ostensible. Análogamente, aunque a la inversa, en casos en que la acción efectiva es de nulidad, no porque se hable de simulación cabe dejar de decidirla, a pretexto de que esa doctrina, acogida en época relativamente reciente, haya establecido o reconocido las diferencias que hay entre estas dos acciones. Y con más veras ha de procederse así en un juicio como el presente, en que, a mayor abundamiento, lo primordialmente solicitado es la declaración de nulidad absoluta, en forma de no haber lugar a duda sobre que se ejercita esta acción.

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

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que falló en segunda instancia el juicio ordinario que en la primera comenzó en el Juzgado 1º y terminó en el 2º, ambos del Circuito de Andes, por Raimundo Cruz contra Angel Serna, para que se declare la nulidad absoluta de la compraventa que aparece celebrada entre estos dos, por escritura número 556, del 17 de junio de 1936, otorgada ante el Notario de aquel Circuito, del inmueble ubicado en **La Hondura**, paraje del Municipio de Bolívar, deslindado como rezan esa escritura y el libelo de demanda, el cual pide, consecuencialmente, la declaración de pertenecer dicha finca al demandante. Subsidiariamente pide se declare resuelto ese mismo contrato por falta del pago del precio, y en subsidio de esto, que se le declare rescindido por lesión enorme, por figurar como precio la suma de $ 700, valiendo por lo menos $ 3.000 el día del contrato.

Solicita asímismo que en cualquiera de esas declaraciones se cancele la inscripción del referido instrumento, la que el libelo cita con las variaciones a que hubo lugar en la nota de matrícula, en la Oficina de Registro de ese Circuito.

El Juzgado hizo la declaración demandada como principal, o sea la de nulidad absoluta y la de propiedad en favor de Cruz, y decretó la cancelación pedida, sin condenar en costas.

El Tribunal negó todas las solicitudes del demandante y absolvió a Serna. De ahí el recurso de casación interpuesto por aquél, que se halla debidamente preparado.

Como a su solicitud sobre declaración de nulidad añade Cruz la de que el contrato es simulado, por carencia de causa real y por falta de intención, tanto en él de transferir la propiedad como en Serna de adquirirla, ambas sentencias de instancia enfocaron el pleito hacia la simulación; de suerte que el Juzgado accedió a lo pedido porque la encontró demostrada, y el Tribunal llegó a la dicha conclusión negativa porque estimó que, tratándose de simulación, las pruebas acogidas por el Juez, por su origen en declaraciones de testigos, son inadmisibles en razón de faltar la prueba escrita o siquiera principio de prueba por escrito, indispensable al efecto de conformidad con los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887.

El primero de los cargos que el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal consiste en la violación de los arts. 740, 1502, 1523, 1524 y 1740 del C. C., en esta forma: el 740 requiere intención de trasferir el dominio por una parte, y por la otra intención de adquirirlo; el 1524 exige causa real para la existencia de una obligación, y el 1740 establece la nulidad de todo contrato a que falta alguno de los requisitos prescritos por la ley para su valor según su especie. Se violaron estas disposiciones porque se dejó de declarar la nulidad aquí demandada, a pesar de que en la compraventa en cuestión no hubo causa, ni esas intenciones, como desde su demanda el actor lo ha declarado.

Complementa ese cargo con el de error de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria que acredita sus afirmaciones de que acaba de hablarse, en cuanto se abstuvo de admitirla, y con el de violación, por indebidamente aplicados, de los artículos citados en la ley 153 de 1887 y del 1766 del C. C.

La razón de ser del fallo absolutorio está, como ya se dijo, en el concepto de que, faltando la prueba escrita y no habiendo siquiera el principio de prueba por escrito de la contraestipulación conforme a la cual el aparente comprador hubiese de devolver su escritura, como comunmente se dice, al aparente vendedor que, según esa contraestipulación no dejó de ser dueño por haberse otorgado y registrado tal instrumento, no podía ser admitido ese vendedor putativo a exigir en juicio la declaración consiguiente, la que implica infirmación de lo que declaró en un instrumento público, y, por ende, de lo que sobre la fe que éste da contra los otorgantes establece el artículo 1759 de dicho Código y de lo que sobre alteración del instrumento estatuye el 1766. Situado el Tribunal en tal punto de vista, lógicamente echó menos ese principio de prueba por escrito, pues no halló que los otorgantes de un instrumento dado estén en la imposibilidad de preconstituír prueba de ese orden, o siquiera ese principio de prueba a que alude, como excepción, en su parte final el artículo 93 citado.

Como se dijo, el Tribunal tomó por la senda de la simulación, vocablo que efectivamente figura en la demanda, porque ésta en lo pertinente al respecto pide la declaración principal con estas palabras: "Que es nulo, de nulidad absoluta, por carencia de causa real, esto es, por ser un contrato simulado, el de compraventa que aparece celebrado....." Esto en el punto a); y en el punto b) comienza con estas frases para precisar la declaración de propiedad del demandante allí solicitada: "Que siendo nulo ese contrato, por ser simulado o ficto, se declare que el inmueble aparentemente vendido...." y acaba diciendo que "no hubo intención de trasferir el dominio por parte de Raimundo Cruz, ni intención de adquirirlo por parte de Angel Serna, pues éste no pagó un solo centavo por el precio de esa finca".

Es evidente que el actor entremezcló la simulación y la nulidad absoluta, grave error por el cual ocasionó que el sentenciador disertase sobre tales acciones y se detuviese a distinguir entre la nulidad absoluta y la inexistencia, en el concepto de ser ésta y no aquélla la consecuencia que

se produce cuando se trata de una simulación integral.

No estima la Sala oportunos tales estudios, pues encuentra que los hace innecesarios la solicitud inequívoca de nulidad absoluta formulada en la demanda, y guardando, además, su propósito de interpretar toda demanda leal y fielmente, no puede dejar de lado la petición inequívoca de nulidad porque indebidamente el actor incurriera en la confusión y promiscuidad aludida, agregándole el concepto de simulación. Por censurable que tal redacción sea, la censura no puede llegar al extremo de desoír una súplica formulada terminantemente. En otras palabras: la presentación del concepto de simulación en la parte petitoria del libelo no autoriza al sentenciador para desconocer que lo silicitado allí mismo es la declaración de nulidad absoluta.

Estas breves reflexiones bastan para poner de lado las disquisiciones aludidas, y para que el sentenciador se halle obligado a afrontar el problema del recurso a la misma luz y sobre las mismas bases en que lo planteó la demanda, cuando solicitó la declaración de nulidad absoluta.

Al reconocer que éste es el pie sobre el cual debe posar el fallo y que esa nulidad es lo que la demanda persigue, quedan descartados, automáticamente, por decirlo así, los estorbos o valla que se opusieron en el Tribunal, dentro de su referido concepto, para que se estudiasen y acogiesen las pruebas que desechó o se abstuvo de considerar.

Y al estimarse tales pruebas, se llega a la conclusión de que efectivamente en la compraventa atacada faltaron la causa real y la intención de trasferir y la de adquirir de que habla el demandante, esto es, que ese contrato es absolutamente nulo.

En efecto: se hallan probados por él, en suma, estos indicios:

Que Cruz sostuvo un largo litigio con unos señores Jaramillos y con unos Canos, para fijar los linderos de su finca, el cual fue fallado desfavorablemente a Cruz; que éste es un individuo completamente ignorante, que ni siquiera sabe firmar; que Serna, como cuñado de Cruz, gozaba de su absoluta confianza, llegando a ser el director de los trabajos de la finca y el consejero de Cruz en el pleito sostenido con los Jaramillos y Canos; que Serna ha sido siempre un individuo sumamente pobre, padre de familia, y que para atender a sus obligaciones de esposo y padre no tenía otro recurso que el escaso salario de su trabajo personal como peón de Cruz; que Serna continuó trabajando como peón de Cruz en la finca que se dice haberle vendido éste; que Serna incurrió en contradicciones al absolver unas posiciones formuladas por el actor; que Cruz ha continuado gozando de la finca con ánimo de señor y dueño; que continúa al frente de la administración, no variándose en nada el estado que al respecto existía cuando se otorgó la escritura, y que es respetado por todos sus vecinos, trabajadores y arrendatarios como poseedor de la finca; que Cruz vendió una parte de la finca a Carmen Emilia Serna, por escritura número 78, del 28 de febrero de 1937, otorgada en la Notaría de Salgar, sin que Angel Serna hiciera reclamación alguna al respecto; que Serna no hizo gestión alguna durante la tramitación de la primera instancia del juicio, pues ni siquiera contestó la demanda; que el precio de $ 700 fijado a la finca es verdaderamente exiguo, pues se demostró que ésta valía al tiempo del contrato $ 3.390, y que nadie puede aceptar racionalmente una rebaja tan considerable en el valor de la cosa vendida, sino por tratarse de llenar un requisito para completar la ficción.

Por lo dicho bien se ve que están acogidos los cargos expresados con que la demanda de casación ataca la sentencia recurrida, y que, además, están expuestos los motivos de la que ha de reemplazarla, volviendo a la del Juzgado, no sin la modificación que corresponde a lo dicho aquí sobre cuál es la acción incoada, acerca de lo cual se advierte que en la parte de su fallo el Juez habla de simulación, pues dice:

"1º Declárase absolutamente nulo, por simulación, el contrato de compraventa celebrado entre Raimundo Cruz y Angel Serna, consignado en la escritura número quinientos cincuenta y seis, de diez y siete de junio de mil novecientos treinta y seis, otorgada en la Notaría de este Circuito y referente a la compraventa del inmueble individualizado en este instrumento público".

No es de este pleito tan sólo la dificultad presentada en lo tocante a distinguir acciones, principalmente cuando se trata de la nulidad absoluta y de la simulación integral, dificultad que, no por acentuada tratándose de ellas, deja de presentarse también cuando se trata de simulación de medio, llamada también relativa. Esta Sala ha puesto empeño en la distinción correspondiente, indicando las peculiaridades de cada una, particularmente cuando se contempla lo atañedero al cambio de doctrina ocurrido en la Corte desde 1935, cambio que sobrecogió a muchos pleitos a la sazón pendientes o a punto de iniciarse, y en cuyas demandas no podía exigirse la terminológía precisa a que la nueva doctrina obligaba y en las que, por lo mismo, habría llegado a constituír denegación de justicia la negativa de sus pedimentos efectivos, porque su redacción apareciese desviándolos de esa doctrina, al ajustarse a lo que correspondía a la que había prevalecido hasta aquella época.

Para entonces se había tenido la simulación como nulidad y por lo mismo se pedía ésta aún en los casos en que en realidad era de simulación la acción incoada, y habría sido erróneo y funesto para la administración de justicia dejar de ver cuál era la acción efectiva y dejar de estudiarla y decidirla, tal como su realidad lo exigía, porque esta Sala hubiera optado por una doctrina ante la cual la simulación no implica de suyo nulidad y, en hallándose, da lugar a indagar si es nulo o válido el pacto efectivo mantenido en secreto u oculto bajo el aparente u ostensible.

Análogamente, aunque a la inversa, en casos en que la acción efectiva es de nulidad, no porque se hable de simulación cabe dejar de decidirla, a pretexto de que esa doctrina, acogida en época relativamente reciente, haya establecido o reconocido las diferencias que hay entre estas dos acciones. Y con más veras ha de procederse así en un juicio como el presente, aunque, a mayor abundamiento, lo primordialmente solicitado es la declaración de nulidad absoluta, en forma de no haber lugar a duda sobre que se ejercita esta acción.

De otro lado, conviene observar, aunque precisamente hubiera de afrontarse el problema de este pleito como planteado dentro del concepto de simulación, y que no considerarlo así fuera un modo de esquivar la decisión del problema verdadero, no se podría tampoco desechar el haz probatorio referido en fuerza de ser la contienda entre los mismos otorgantes de la escritura que solemnizó el contrato atacado, y faltar la referida preconstitución de prueba escrita. Por regla general es de entenderse que cuando aquéllos son los litigantes, les ha sido agible y aún fácil, preconstituír esa prueba y por lo mismo no se les ha de considerar en la imposibilidad de obtenerla a que se refiere como excepción el citado artículo 93 in fine; y en lo general también, es de suponerse desde luego en esa imposibilidad a los terceros por el simple hecho de no ser partes contratantes. Pero si es razonable suponer habitualmente esas dos situaciones tan contrastadas, no puede afirmarse a ciegas, cual si las aludidas razones cifrasen presunción de derecho, que a las personas que otorgaron un instrumento público de contrato y estipularon privadamente uno contrario, no pueda ocurrirles impedimento para preconstituír dicha prueba o principio de prueba por escrito de su contraestipulación; de suerte que lo procedente y obligado es estudiar lo relativo a ese importantísimo detalle, sin olvidar que la ley, para establecer esa excepción de la parte final de dicho artículo 93, se limita a decir que la obtención de tal prueba "haya sido imposible"

en forma, como se ve, genérica y amplia que, por ende, permite u obliga entenderla extendida a lo moral y no reducida exclusivamente a la imposibilidad física.

Tampoco sería procedente, por ser innecesario, establecer si en ciertos casos asiste de hecho al interesado una especie de opción que lo capacite para escoger con igual prospecto de viabilidad entre esas dos acciones de simulación o de nulidad, a favor de circunstancias que permiten pensar en una y en otra en un mismo caso y atacar un contrato dado, ya por faltarle elementos indispensables para su validez, considerado como tal, ya por haber una contraestipulación cuyo cumplimiento implique que él se invalide o a cuya luz ha de quedar invalidado.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el veinte de febrero de mil novecientos cuarenta, y reformando la del Juzgado 2º del Circuito de Andes, de catorce de diciembre de mil novecientos treinta y siete, falla este pleito así:

Primero. — Declárase absolutamente nulo el contrato de compravente consignado entre Raimundo Cruz y Angel Serna en la escritura número quinientos cincuenta y seis, de diez y siete de junio de mil novecientos treinta y seis, de la Notaría del Circuito de Andes, sobre el inmueble allí individualizado.

Segundo.—En consecuencia, se declara ese inmueble de propiedad de Raimundo Cruz y se ordena cancelar la inscripción de dicho instrumento en el libro de registro de la respectiva oficina de ese Circuito, a la que se librará por el Juzgado del conocimiento el oficio correspondiente cuando se le devuelva el proceso.

Tercero.—No se hace condenación en costas en las instancias, ni en el recurso.

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, Secretario en propiedad.

ACCION PETITORIA DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Victoriano Martínez demandó en vía ordinaria a Clímaco Ríos con los fundamentos y fines que se verán en seguida, y Ríos lo contrademandó. El Juzgado del Circuito de Puerto Berrío desató la controversia haciendo las declaraciones pedidas por Martínez y negando las del contrademandante, en sentencia de 31 de octubre de 1939 de que apeló éste. Seguida la segunda instancia, el Tribunal Superior de Medellín negó lo pedido en demanda y contrademanda en fallo de 29 de agosto de 1940 contra el cual interpuso Martínez el recurso de casación que, tramitado debidamente, aquí se decide.

Los aludidos hechos fundamentales son en síntesis: Martínez como dueño de las fincas Playa Rica y Santa Bárbara, abiertas o levantadas en baldíos del Corregimiento de Maceo, recibió de Ríos en préstamo a interés con hipoteca de aquéllas $ 3.000 al 1 y medio por 100 mensual según escritura de 28 de enero de 1929; y, según documentos privados de 13 de mayo de ese año y 2 de febrero y 29 de diciembre de 1930, Ríos le entregó los ganados que allí se detallan en partidas que suman 163 cabezas y cuyo precio, detallado también allí, asciende a $ 5.257.20, en virtud de sendas convenciones según las cuales lo que ganase en engorde y crías se repartiría por igual entre los dos, quedando entre tanto esos semovientes pastando en las fincas aludidas de Martínez y cuidados y salados por éste.

Al acentuarse la crisis de aquella época, dice Martínez, entregó finca y animales a Ríos, en 1931, sin precisar fecha, para que quedase asegurado lo más posible y se fuese pagando con los frutos y con las ganancias correspondientes a Martínez y, una vez cubierto ese crédito, y otros, le hiciese la devolución del caso.

Según Martínez, cuando en 1934, creyendo extinguida ya así la deuda, exigió a Ríos esa devolución, encontró con sorpresa que éste se declaraba dueño de todo, porque entendía haber recibido a título de dación en pago y terminada por la referida entrega toda relación contractual entre los dos.

Entonces (julio 12 de 1934) rompió Martínez con Ríos y acudió a la autoridad. Así logró recuperar la finca en juicio reivindicatorio; pero, quedando pendiente lo relativo a los dichos animales, hubo de entablar otro juicio, que es el presente.

En éste, tras de relatar los antecedentes aquí resumidos y otros muchos más como hechos fundamentales, formula su intención solicitando se declare: 1º Que está disuelta la compañía para levante y engorde de ganados formada según los referidos documentos; 2º Que consiguientemente debe procederse a liquidarla y a dividir su haber; 3º Que la liquidación debe hacerse por los dos socios o persona designada por ellos sobre los documentos, cuentas, papeles y demás datos que presente Ríos como administrador "desde que recibió los haberes de la compañía hasta el 12 de julio de 1934 en que fue residenciado en juicio para la reivindicación de las fincas"; 4º Que los saldos que resulten en favor de Martínez deben aplicarse al pago de sus deudas a favor de Ríos, entre ellas el citado crédito hipotecario; 5º Que por haber Ríos imposibili-

tado a Martínez para manejar y administrar sus bienes desde antes de cumplirse el plazo de esas deudas lo imposibilitó para atenderlas a su debido tiempo y por consiguiente Martínez no es "responsable de la mora que haya podido ocurrir".

El Juzgado, como se dijo, hizo estas declaraciones en su fallo y negó las solicitadas por Ríos en la contrademanda; y el Tribunal, sosteniendo esta última negativa, revocó la decisión de primera instancia cuyas declaraciones en favor de Martínez negó totalmente.

Como Ríos se conformó con el fallo, pues la casación la interpuso y ha sostenido solamente Martínez, no hay lugar a estudiar la demanda de reconvención con motivo de este recurso. (C. J. Art. 494).

El Juzgado acogió la prueba testimonial presentada por Martínez. El Tribunal la desechó por tratarse de algo que vale más de $ 500, y observó que no hay ni principo de prueba por escrito sobre lo que Martínez afirma respecto de causa y título de esa entrega y agrega que la confesión de Ríos tiene que tomarse tal como la rinde, es decir, no separando la entrega misma de la causa que le asigna, sino reconociendo allí un todo indisoluble.

De ahí, y de no haber Martínez acreditado que hubo anticresis, deduce el Tribunal su negativa.

El recurrente acusa de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y de la demanda y consiguiente violación de disposiciones legales sustantivas que va detallando y comentando en su alegato de casación, como pasa a verse.

El Tribunal anota que Martínez no demostró la anticresis que afirma, y el abogado de éste replica no haber alegado la existencia de tal contrato, por lo cual halla que su demanda está interpretada erróneamente. Insiste en sostener que la aludida sociedad afirmada por él se mantuvo en pie tal como se pactó inicialmente, sin más cambio que el de la persona del administrador al entrar Ríos a serlo en vez de Martínez; de suerte que éste se coloca en la situación que a la realidad corresponde al demandar que ella se liquide.

Bien se echa de ver desde luego que, la clave del pleito está en el título y causa de una entrega no discutida en sí por los litigantes. Si prospera la versión de Martínez, no le es dado a Ríos esquivar la liquidación y cuentas del negocio que administró; y si se mantiene en pie la versión de Ríos, es claro que esas pretensiones carecen de base.

Prestando exagerado interés al nombre de la convención en cuya virtud se hizo la entrega, la idea de anticresis ha sido el eje de gran parte de las discusiones de las partes y también de las consideraciones del Tribunal. Al respecto es de reflexionarse, de un lado, que la denominación de un contrato dado no es de suyo una cuestión de tan grave predicamento, y de otro lado, que perfectamente pudo ocurrir entre los actuales contendores algo de tan frecuente ocurrencia real como es lo que Martínez sostiene que sucedió y que, en su caso, ha de regirse por los preceptos generales de la ley, aunque no quepa pensar en anticresis por no tratarse de inmuebles y aunque tampoco encaje dentro de lo requerido para que haya sociedad. En otras palabras: no tenía por qué ese convenio ser anticresis o sociedad para que, si estuviese demostrado, se acogiesen las pretensiones congruentes y consiguientes. A este fin justiciero no es necesario en ningún caso que el contrato respectivo encaje dentro de las circunstancias y detalles indispensables para recibir su catalogación o colocación en determinada casilla o nomenclatura. No se olvide la existencia de contratos innominados, nacida de la imposibilidad de ajustarlos todos, así sean innúmeras sus modalidades y variantes, a un cartabón riguroso fuera del cual no cupiera a los individuos pactar dentro de lo lícito lo que a bien tengan ni al juez dar a cada cual lo suyo.

El lapso abarcado por los negocios de que se trata es dividido por la dicha entrega en dos épocas, la primera de las cuales termina con ella y comenzó con el prés-

tamo de 1929 y los pactos sobre ganado consignados en los documentos citados ya aquí; y la segunda, abierta con la misma entrega de 1931, se cierra el 12 de julio de 1934, fecha señalada por el mismo demandante como la de rompimiento con Ríos, sin duda por ser la que su demanda en el aludido juicio reivindicatorio.

Es claro que la primera de esas épocas debe aquí descartarse o, con más precisión, debe reconocerse que no es la constitutiva de la materia del presente juicio, entre otras razones por la muy poderosa de que sería absurdo considerar a Martínez demandándose cuentas a sí mismo. Además el libelo de demanda es lo bastante preciso en este sentido para evitar semejante inteligencia de su fundamento e intención.

Refiriéndose, pues, el pleito a la época determinada y comenzada por tal entrega, al hallarlo así, como es obvio, resalta más la trascendencia de la causa y forma de la entrega, puesto que si éstas son las afirmadas por Martínez no puede escapar Ríos a la obligación de rendir cuentas del negocio que administró, y si son las afirmadas por Ríos, las pretensiones y exigencias de Martínez carecen de base.

Pudo suceder que Martínez entregase todo su haber a Ríos y que lo hiciese sobre el pie expuesto ahora en su demanda; pero es el caso que no tuvo precaución alguna, si ello fue así, para que constase por escrito o siquiera para obtener de Ríos ese principio de prueba por escrito que da a las declaraciones de testigos, según el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, la entrada cerrada por el artículo 91 de la misma, en relación con el 1767 del Código Civil y el 703 del Código Judicial. Procediendo así, quedó a merced de lo que Ríos confesara y éste condicionó su confesión en forma tal que, salvo quebranto de disposición terminante (C. J. artículo 609), no puede tomarse como prueba de que la entrega tuviese causa y calidad distintas de una dación en pago. A esta afirmación añade Ríos, a más de otros detalles, el muy significativo de que sus créditos a cargo de Martínez eran cuantiosos, pues el solo hipotecario de principal de $ 3.000 con interés del 1½ por 100 mensual ya era fuerte gravamen; de modo que Martínez no podía sensatamente calcular que se extinguiesen con su posible cuota de utilidades en el negocio de ganados deprimido a la sazón y reducido a las 128 cabezas de que habla su demanda inicial del citado juicio reivindicatorio, y con los frutos de sus fincas que, por ser exclusivamente de pastos, se identificaban con ese preciso negocio y para entonces no estaban en la situación en que Ríos dice haberlas puesto mejorándolas y complementándolas mediante la inversión de un capital suyo.

El recurrente acusa de violación del artículo 1757 del C. C. por haber invertido el Tribunal la carga de la prueba imponiéndosela a Martínez sobre el hecho negativo de no haberse liquidado el negocio, debiendo ser Ríos quien acreditase su afirmación sobre que la liquidación vino a ser innecesaria e improcedente o virtualmente quedó hecha al entregarse el activo en la dación en pago que éste asevera.

No es admisible el cargo. Su formulación lleva consigo una petición de principio, puesto que da por sentado que el negocio continuó sobre el mismo pie inicial, a pesar de la entrega, por no ser ésta tal dación en pago. Y ante todo sería preciso demostrar que esa entrega se hizo en la forma y al título afirmado por Martínez.

Acusa de violación del artículo 1678 del C. C., según el cual la cesión de bienes no confiere el dominio de éstos a los acreedores. El cargo proviene de que el Código define la cesión mediante la palabra **abandono** y de que ésta se vale Ríos al explicar la entrega negando las afirmaciones de Martínez. Bien se echa de ver que de una circunstancia tan accidental y superficial como es el uso de ese vocablo no puede deducirse que Ríos quisiese significar que hubo el pago por cesión de bienes estudiado en el Capítulo 9º del Título 14 del Libro 4º de esa obra. De otro lado, de paso se advierte, que no hubo intervención de Juez ni ningún otro de los elementos procedentes a la luz de las disposiciones de aquel Capítulo.

El cargo es, pues, inadmisible.

Lo es también el de violación del artículo 1494 de ese Código, quebrantado al decir del recurrente por el hecho de haber sido absuelto Ríos no obstante haber causado a Martínez el perjuicio de no atender a sus compromisos con él. Aquí se refiere a la última de las peticiones de la demanda, encaminada a que se declare a Martínez libre de mora con Ríos por ser obra de éste, con la incautación de los bienes aludidos, la imposibilidad de aquél de atender a éstos y a sus deudas.

La simple enunciación del cargo hace ver lo forzado del razonamiento. En el proceso no se hallan las pruebas que serían necesarias para acreditar que fue precisamente por actuación culposa de Ríos como Martínez dejó de cumplir. Más todavía y concretando el razonamiento, como es debido, al recurso de cuya decisión se trata: no está demostrado ni formulado siquiera el cargo de error de derecho o error manifiesto de hecho en la apreciación de las determinadas pruebas conforme a las cuales apareciera suministrada por Martínez en el proceso aquella demostración, y es claro que sólo formulando y fundando así un cargo de esa clase y complementándolo con el de consiguiente violación de ley sustantiva, es como puede prosperar el recurso. Así, en tal evento, prosperaría el de haberse infringido, por ejemplo, ese artículo 1494, en cuanto por esa senda se llegara al desconocimiento de una obligación cuya existencia estuviese comprobada o al reconocimiento de una obligación inexistente.

Acusa de violación de los artículos 2124 y 2141 del C. C., por negarse la disolución de la compañía y la liquidación procedente cuando se disuelve una sociedad.

Tampoco pueden admitirse estos cargos, entre otras razones por la decisiva de que, no pudiéndose reputar la entrega como algo distinto de dación en pago, no cabe reconocer la supervivencia de negocios por liquidar.

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 Medellín el veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta.

Sin costas del recurso de cargo del recurrente, por estar amparado por pobre.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Pélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

Cuando una sentencia es absolutoria no es procedente la causal 2ª del artículo 520 del C. J., porque la absolución entraña la negación de todas las peticiones de la demanda.

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

Los miembros del Cabildo de Indígenas de la parcialidad de Guaitarilla, demandaron a María Cerón de Pantoja y a Adela Getial de Checa para que se hicieran las siguientes declaraciones:

1º Que adolece de nulidad absoluta el contrato de compraventa celebrado por Delfín Getial a favor de Serafín Cerón en virtud del cual el primero vendió al segundo los terrenos del Resguardo denominados "Yanangala" y "Cumag".

2º Que adolece igualmente de nulidad absoluta el contrato de compraventa en virtud del cual Serafín Cerón vende a Delfín Getial, para su esposa legítima María Cerón, los mismos terrenos de "Yanangala" y "Cumag". Como consecuencia de las nulidades anteriores pidieron los miembros del Cabildo que las demandadas restituyan a la Parcialidad los lotes de terreno expresados, con sus frutos naturales y civiles.

Los antecedentes del litigio y que dieron base para las peticiones anteriores son éstos: Aparece de la escritura 320 de 2 de junio de 1916, pasada ante el Notario de Túquerres —escritura que se adujo al juicio después de proferida la sentencia de primer grado— que Delfín Getial vendió a Serafín Cerón tres partes de terreno denominados "Yanangala" y "Cumag", delimitados como reza la escritura. Aparace de la escritura 321 de 2 de junio de 1916, corrida ante el Notario de Túquerres, la venta que de dichos terrenos hace Serafín Cerón a Delfín Getial, para la esposa de éste, María Cerón.

La parte actora fundada en que tales terrenos son de la parcialidad ya dicha, pide la nulidad de los contratos, por cuanto las ventas se hicieron en contravención a lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 89 de 1890 y además por otras causas que señala en la demanda.

El Juez del conocimiento, el de Circuito de Túquerres, dictó el 8 de agosto de 1939 sentencia de primer grado en la cual absuelve a las demandadas de los cargos de la demanda. Se funda esa sentencia en que no se trajo a los autos copia de la escritura 320 ya citada.

Apelado el fallo por la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en sentencia de 4 de septiembre de 1940, revocó la del inferior y en su lugar declaró improcedente la demanda instaurada por el Cabildo de la Parcialidad de Guaitarilla.

Interpuesto recurso de casación por la parte vencida, pasa a decidirse.

El fallo del Tribunal se funda en lo que se copia a continuación "Ocurre que la parte demandante allegó a los autos la escritura 450 de 27 de julio de 1934, pasada en la Notaría Segunda del Circuito de Túquerres sobre el testamento de Delfín Getial, en el cual consta que instituyó como sus herederos a su esposa María Cerón y a su hija legítima María Adela Getial; pudiera aceptarse la representación legal por parte de sus herederos en lo que respecta a Delfín Getial, uno de los otorgantes de las escrituras tachadas de nulidad; mas en lo que se relaciona con Serafín Cerón, el otro contratante, ni

siquiera se ha presentado la partida de su defunción, menos la prueba de que las demandadas fueran sus sucesoras a ningún título; por lo tanto, no puede prosperar la solicitud de nulidad de los contratos celebrados por el último, porque a él no se le ha hecho comparecer en juicio. Existiendo la improcedencia de la acción, por faltar uno de los presupuestos procesales, que es la legitimación en causa, no es necesario adelantar en el estudio del presente asunto, porque falla en uno de sus fundamentos esenciales".

El recurrente ataca este extremo de la sentencia y dice que violó el artículo 1759 del C. Civil por cuanto no tuvo en cuenta ni estimó la escritura pública número 320 de 2 de junio de 1916 pasada ante el Notario de Túquerres y que al proceder así fue violado el artículo 40 de la Ley 89 de 1890.

La Corte considera: Fueron demandadas María Cerón y su hija María Adela Getial como sucesoras de los primitivos contratantes Delfín Getial y Serafín Cerón. El Tribunal en el aparte que ya quedó transcrito encontró que las demandadas son sucesoras de Delfín Getial, pero no encontró lo mismo en lo que hace relación a Serafín Cerón, cuya defunción no consta en autos como tampoco la prueba de que las demandadas sean sus sucesoras. De modo que no fue la omisión del Tribunal que apunta el recurrente, respecto de la escritura 320, sino que lo que determinó al fallador, y esa es la base de la sentencia, fue la no comprobación de la personería sustantiva de las demandadas como sucesoras de Serafín Cerón, y al encontrar tal cosa, concluyó el Tribunal que no era necesario adelantar el estudio del asunto, por falta de uno de sus fundamentos esenciales, o sea, observa la Corte, la falta de la comprobación precitada. El fallador sentó, como cuestión de principio, que para romper el vínculo existente en un contrato, deben ser citadas al juicio las personas que en él intervinieron y que como los contratos cuya nulidad se demanda fueron celebrados entre Delfín Getial y Serafín Cerón, la demanda ha debido instaurarse contra éstos dos contratantes. Mas en seguida, el mismo Tribunal aceptó que las demandadas son las sucesoras de Delfín Getial en virtud de las pruebas que al respecto existen en los autos; pero no llegó a la misma conclusión, por falta de pruebas, respecto de la representación de las demandadas como sucesoras de Serafín Cerón.

Se ve por lo anterior que la estimación o no estimación de la escritura 320 citada no tuvo ninguna incidencia en el fallo y entonces resulta que el cargo que se estudia, y dados los términos de la acusación, no puede prosperar.

En el segundo capítulo de la demanda acusa el recurrente el fallo por la causal segunda del artículo 520 del C. Judicial y a este respecto anota la Corte que cuando una sentencia es absolutoria, como lo es en el fondo la acusada, no incide ni puede incidir por regla general esa causal, porque la absolución entraña la negación de todas las peticiones de la demanda.

No obstante lo anterior, la Corte entra a considerar algunos reparos del recurrente, contenidos en el desarrollo del capítulo que se estudia.

El recurrente se expresa así: "Las demandadas propusieron la excepción dilatoria de inepta demanda, por no haberse enderezado la acción contra Getial y Cerón, sino contra ellas. Tal excepción se declaró no probada, y el correspondiente fallo, como ya se anotó, quedó en firme. Es, pues, ley del proceso. Ahora bien: el Tribunal aduce como única base de su sentencia precisamente el hecho constitutivo de la aludida excepción. Esto es inexplicable porque, habiendo la parte demandada propuesto la excepción referida y hallándose en firme el fallo que la declaró no probada, no podía, en mi sentir, entrar el Tribunal a estudiarla y, lo que es más grave, a fundar en ella su sentencia".

La Corte observa: Es cierto, como lo dice el recurrente, que las demandadas propusieron la excepción de inepta demanda y que esa defensa les fue fallada

adversamente y está en firme la resolución que tal cosa decidió. Mas siendo así las cosas, el fallo sobre la excepción dilatoria no tiene la trascendencia que le asigna el recurrente por lo que pasa a expresarse.

Las demandadas María Cerón y Adela Getial propusieron la excepción de inepta demanda, fundadas en primer término en que la acción se había dirigido contra personas distintas de las obligadas por cuanto no está comprobado que aquéllas sean las herederas de Cerón y Getial. A este respecto el Juez dijo lo siguiente: "Respecto a lo referente a los representantes de una herencia el demandante debe indicar que los demanda en representación de tal causante y si es verdad que al encabezar la demanda nada se dijo al respecto el hecho diez a la letra dice: Los demandados son herederos legítimos y declarados del vendedor y comprador, de allí que la acción de nulidad y la consiguiente reivindicatoria debe prosperar. Como se ve, es al enunciar los demandados que se debe indicar la calidad en virtud de la cual se los demanda, pero si es verdad que esto no aparece en el lugar que le correspondía, sí lo encuentra en el hecho anteriormente anotado... Por lo tanto se concluye que la demanda sí está dirigida contra los herederos y en representación de la herencia, y el demandante no está obligado a presentar de antemano la prueba de la personería de la parte demandada".

Mas adelante el Juez sostuvo que si está demostrada la representación de las demandadas en lo que hace a Delfín Getial, pero nada dijo respecto a la representación de ellas en lo que atañe a Serafín Cerón y la sentencia recurrida se basa exclusivamente en que ésta última representación no está acreditada, por lo cual el Tribunal dedujo una excepción bien distinta de la dilatoria que falló el Juez, quien como se ve de su sentencia, dejó a salvo la cuestión de fondo. Técnicamente la excepción que encontró el Tribunal, está mal denominada, porque lo que existe es falta de comprobación de la personería sustantiva de las demandadas en lo que hace a la representación de Serafín Cerón, lo que impidió al fallador de Pasto entrar en el fondo del asunto, quedando entonces sin agotarse la acción incoda en este pleito, que es sin duda el pensamiento de dicho fallador al declararla improcedente.

Por esto se ve que el reparo que hace el recurrente no es eficaz para casar el fallo.

Como aquél sintetiza los puntos de su ataque en dos proposiciones, la Corte se refiere a ellas en la siguiente forma: 1ª El extremo de si todos y cada uno de los hechos de la demanda están comprobados, es cuestión que no tuvo oportunidad de estudiar el fallador por cuanto la excepción que dedujo, le impidió, como ya se dijo, entrar al fondo del asunto. Como la Corte halla que al deducirse tal excepción el Tribunal obró jurídicamente, queda también inhibida para estudiar y decidir acerca de las cuestiones de hecho. 2ª Por lo mismo no se puede, como no pudo el Tribunal, entrar al estudio de las disposiciones de la Ley 89 de 1890, porque para ello sería necesario estudiar el problema planteado en la demanda, lo cual no es posible por lo que acaba de expresarse.

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. Sin costas 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 Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR LESION ENORME.—CASO DE RESCISION POR LESION ENORME EN UN CONTRATO DE VENTA DE UNA FINCA POR CABIDA

La ley exige para la procedencia de la acción de rescisión por lesión enorme que haya habido efectivamente lesión enorme y que se haya roto el equilibrio del negocio jurídico querido por las partes; y en esa virtud el justo precio de la cosa vendida, que ha de fijarse como medio de relación para el efecto de resolver si ha existido la lesión, tiene que referirse a la cosa entregada y que relacionarse necesariamente con el derecho que en realidad haya tenido el vendedor en la cosa vendida. Y esto es así porque el vicio de la lesión enorme proviene de que en la ejecución del pacto uno de los contratantes haya padecido un perjuicio o agravio patrimonial, por un manifiesto desequilibrio en las recíprocas prestaciones. Por ese aspecto de la cuestión hay que atenerse a la realidad de cada una de las obligaciones bilaterales en su cumplimiento, mas no a lo que recen las respectivas estipulaciones contractuales, porque lo que se propone la ley al otorgar esta tutela es salvaguardiar y proteger a las partes que intervienen en la compraventa de inmuebles con vista exclusiva de la prestación que efectivamente hayan realizado. De donde resulta que si el vendedor se comprometió a entregar una finca raíz de determinada calidad o extensión y el fundo vendido y entregado tiene características distintas o una cabida superficiaria inferior a la convenida, en tal caso lo que debe atender y tomar en consideración el juzgador para decidir si existe lesión enorme es si la cosa que en realidad se entregó, habida consideración a su calidad y extensión, tiene un justo precio a la fecha del contrato superior al doble del precio recibido. Esto es así dentro de la lógica más elemental, porque el vendedor en la compraventa de inmuebles sólo padece efectivamente la lesión cuando el justo precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende y que en realidad ha entregado, mas no cuando el precio recibido no guarde esa misma relación con la cosa que aparece estipulada en el contrato y que luégo resultó distinta en su extensión de la entregada. De las dos cabidas la que debe tenerse en cuenta es la real, esto es, la que efectivamente se ha demostrado que tiene el inmueble vendido o entregado.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1º—Por medio de la escritura pública 130, de 2 de agosto de 1935, corrida en la Notaría Primera de Ciénaga (Magdalena) el señor José del Carmen Oliveros vendió a la señora Carmelina Oliveros una finca bananera denominada "Mamonal", por precio de $ 1.645.17, así: $ 1.200.00 en dinero recibido y $ 445.17 en el pago del saldo pendiente de un crédito con prenda agraria que el vendedor estaba obligado a hacer a la Cooperativa Bananera del Magdalena, Limitada.

2º—Reza la mencionada escritura de compraventa: "Primero. Que transfiero a título de venta, a la señora Carmelina Oliveros, los derechos de dominio y posesión que tiene en una finca de bananos denominada "Mamonal" constante de cin-

co hectáreas cultivadas de extensión, ubicada en la región de Mamonal de esta jurisdicción y comprendida dentro de los siguientes linderos...".

3º—El vendedor Oliveros murió en Ciénaga después de perfeccionado el contrato y dejó como herederos a su esposa legítima señora Josefina de Haz de Oliveros y a su menor hija legítima Clara Elisa Oliveros, las que fueron reconocidas como herederas legítimas del causante en el juicio respectivo.

Juicio ordinario

Josefina de Haz de Oliveros, en su propio nombre como representante legítima de su hija menor Clara Elisa Oliveros, demandó a Carmelina Oliveros ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Ciénaga para que mediante el trámite ordinario se hicieran estas declaraciones:

Primera. Que es relativamente nulo el contrato de compraventa de la finca de bananos denominada "Mamonal", de cinco hectáreas de extensión, cuya situación y linderos se determinan en el libelo; segunda: Que se declare rescindido, por lesión enorme sufrida por el vendedor, el contrato especificado en el punto anterior; tercera: Que la compradora debe restituír a la sucesión del vendedor la mencionada finca de bananos o completar el justo precio de ésta; cuarta: Que debe restituír a la mencionada sucesión los frutos de la finca precitada, desde la notificación de la demanda hasta el día de la entrega.

El Juez a quo decidió la primera instancia en sentencia fechada el 26 de septiembre de 1938, en la cual decretó la rescisión por lesión enorme solicitada y ordenó la restitución y pagos a que se refieren los puntos 3º y 4º del libelo.

La sentencia acusada

El fallo anterior fue apelado por la parte demandada y conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, entidad que le puso fin en sentencia de 12 de agosto de 1940, confirmatoria del fallo apelado, pero con la reforma de que los frutos que la compradora está en la obligación de devolver, caso de que opte por consentir la rescisión, son los percibidos desde la contestación de la demanda. Agrega el Tribunal en su providencia que deberán tenerse en cuenta las disposiciones que regulan las prestaciones mutuas.

Funda el Tribunal el fallo condenatorio acusado en que como las cinco hectáreas que el comprador se obligó a entregar tenían a la fecha del contrato un valor de $ 900.00 por cada hectárea, según concepto pericial, y la suma fijada como precio, que fue de $ 1.645.17, es en todo inferior a la justa mitad de aquella cantidad, el vendedor sí resultó lesionado de acuerdo con el artículo 1947 del C. C. y por ello su acción debe prosperar.

Agrega el Tribunal que "es la cabida que el contrato expresa la que debe tenerse en cuenta para averiguar si el precio convenido da lugar a la rescisión por lesión enorme, y nó la que tenga realmente el predio entregado al comprador". Es indiferente, en concepto del Tribunal, que la finca a que este litigio se contrae haya resultado con una extensión inferior a las cinco hectáreas que reza la escritura de venta, porque si Oliveros vendió con relación a la cabida y ésta fue fijada en cinco hectáreas, su obligación como vendedor consiste en hacer entrega de esa totalidad; y si sólo entregó una finca de algo menos de cuatro hectáreas, quiere decir que no cumplió sino con una parte de su obligación, pero de que el vendedor no hubiere cumplido con su obligación total no se puede deducir que ésta no consista en hacer la tradición de la cabida ofrecida.

Concluye el Tribunal que es lógico que si el precio total asignado a las cinco hectáreas, resulta inferior a la mitad del justo precio, teniendo en cuenta la cabida expresada en el contrato, bien puede el vendedor acudir a la acción de rescisión por lesión enorme para librarse de la obligación que el contrato reza, aunque la cabi-

da real haya resultado menor que la ofrecida; y ello es así, según el Tribunal, porque el comprador puede obligar en tal caso al vendedor a que complete ésta o a que reduzca proporcionalmente el precio, si el completo no pudiere efectuarse.

El recurso

Interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada y acusa la sentencia anterior por las causales primera y segunda de las consagradas en el artículo 520 del C. J., esto es, por ser violatoria de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de varios preceptos legales; y por no estar el fallo en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes. Se pasa a estudiar la segunda de tales, por considerar la Corte que es fundada y suficiente para infirmar el fallo, al tenor del artículo 538 del C. J.

Segunda causal

Funda el recurrente la pretendida falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado en que en la parte petitoria de la demanda se solicita la rescisión del contrato de compraventa de la finca "Mamonal", de cinco hectáreas, y la restitución de la misma, de conformidad con el hecho pertinente de la demanda que afirma que la finca vendida tiene cinco hectáreas y no hay ningún punto petitorio que suplique, en subsidio, para el caso de que la finca tenga menos de cinco hectáreas, que se falle sobre la base de que el vendedor contrajo la obligación de entregar cinco hectáreas y que la compradora tiene derecho a que se le complete. Agrega el recurrente que no podía el demandante deducir en favor del demandado el derecho de éste al completamiento de la cabida, ya que el sujeto activo de un derecho es el único que puede reclamarlo; finaliza su cargo sosteniendo que hubo sentencia ultra-petita y que el Tribunal debió poner en relación el avalúo con la mensura para deducir si hubo lesión enorme, y no el avalúo con la cabida declarada para deducir, como lo hizo, con vista del precio estipulado en el contrato, que sí hubo lesión.

Concluye el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas periciales correspondientes al avalúo de la finca y a la mensura de la misma y al no relacionar una y otra para fijar el precio total del inmueble de acuerdo con la cabida real. Por ese concepto violó indirectamente los artículos 22 de la Constitución Nacional, 194, 195, 205, 742 y 743 del C. J.; violó directamente el 471 del mismo Código, y por indebida aplicación los artículos 1888 y 1947 del C. C.

Estudio del cargo

I

La acción incoada por el actor en este proceso es la de rescisión de la compraventa por lesión enorme. A obtener ese resultado procesal se enderezan todas las súplicas del libelo de demanda y alrededor de tal fenómeno rescisorio ha girado la controversia. El fallo acusado se ha limitado a decretar conclusiones sobre tal cuestión debatida, constitutiva de la causa petendi, de manera que no alcanza a vislumbrarse por este aspecto dónde está o en qué pueda consistir la alegada falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado.

Pero como la tacha de fallo ultra-petita que se presenta contra la sentencia se hace consistir también en que el Tribunal debió poner en relación el avalúo pericial de la finca con los dictámenes periciales sobre mensura de la misma, para concluír si hubo lesión enorme; y no relacionar el avalúo con la cabida declarada en el contrato para deducir, como lo hizo, que sí hubo lesión, conviene estudiar este importante aspecto de la cuestión debatida, para decidir con vista de esta acusación si se incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas periciales relativas al avalúo y a la mensura de la propiedad, lo mismo que al no rela-

cionar una y otra para fijar el precio total del inmueble.

Según la índole especial de este medio procesal, en la acción rescisoria por lesión enorme aspira la tutela del Estado proteger a aquellos que, aunque capaces para ejecutar los actos de la vida civil, por premiosa necesidad, por ignorancia o por imprevisión se han visto impulsados a realizarlos. (Véase sentencia de casación de 24 de agosto de 1938, G. J., Tomo XLVII, página 484).

Si se alega la lesión en la compraventa de un inmueble, se explica y justifica el ejercicio de esta acción como un medio tutelar de evitar el agravio patrimonial, por ser de la naturaleza de este contrato conmutativo que la prestación de una parte equivalga o tenga una justa equiparidad con la prestación recíproca de la otra.

De otro lado, la ley exige para la procedencia de esta acción que haya habido efectivamente lesión enorme y que se haya roto el equilibrio del negocio jurídico querido por las partes; y en esa virtud, el justo precio de la cosa vendida, que ha de fijarse como medio de relación para el efecto de resolver si ha existido la lesión, tiene que referirse a la cosa entregada y que relacionarse necesariamente con el derecho que en realidad haya tenido el vendedor en la cosa vendida.

Y esto es así, porque el vicio de la lesión enorme proviene de que en la ejecución del pacto uno de los contratantes haya padecido un perjuicio o agravio patrimonial, por un manifiesto desequilibrio en las recíprocas prestaciones. Por este aspecto de la cuestión, hay que atenerse a la realidad de cada una de las obligaciones bilaterales en su cumplimiento, mas no a lo que recen las respectivas estipulaciones contractuales, porque lo que se propone la ley al otorgar esta tutela es salvaguardiar y proteger a las partes que intervienen en la compraventa de inmuebles con vista exclusiva de la prestación que efectivamente hayan realizado.

De donde resulta que si el vendedor se comprometió a entregar un bien raíz de determinada calidad o extensión y el fundo vendido y entregado tiene características distintas o una cabida superficiaria inferior a la convenida (se trata de venta con relación a la cabida), en tal caso lo que debe atender y tomar en consideración el juzgador para decidir si existe lesión enorme es si la cosa que en realidad se entregó, habida consideración a su calidad y extensión, tiene un justo precio a la fecha del contrato superior al doble del precio recibido. Y esto es así, dentro de la lógica más elemental, porque el vendedor en la compraventa de inmueble sólo padece efectivamente la lesión cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende y que en realidad ha entregado, mas no cuando el precio recibido no guarde esa misma relación con la cosa que aparece estipulada en el contrato y que luégo resultó distinta en su extensión de la entregada.

Ahora bien, cuál de las dos cabidas debe ser tomada en consideración para reconocer la existencia de la lesión: la que expresa el contrato o sea aquella sobre la cual versa la obligación del vendedor, o la cabida real, esto es, la que efectivamente se ha demostrado que tiene el inmueble vendido o entregado?

Acepta la Corte que debe ser esta última, o sea la cabida real del bien vendido la que debe tomarse en consideración y tenerse como término de relación y de comparación para fijar el justo precio en el juicio, porque éste ha sido el objeto que en realidad ha entregado el vendedor y ésta ha sido la prestación contractual efectivamente cumplida como consecuencia del pacto. En la relación conmutativa del contrato el vendedor no ha padecido ni podido padecer otro quebranto patrimonial que el que haya podido acarrearle la entrega del bien vendido, con las características que sirvan para determinar su precio justo y efectivo. De nada importa que se haya obligado a entregar un inmueble de mayor extensión y cuyo precio sea superior, si luégo hace entrega de otro que por ser de extensión menor es

evidente que debe tener un precio inferior, sobre todo en casos como el de autos en que se vendió con relación a la cabida y el justo precio ha sido avaluado por su medida métrica, o sea por hectárea. El quebranto o la lesión, fundamento de esta acción, no puede jamás referirse ni relacionarse con una obligación contractual no cumplida, sino con la prestación bilateral que en realidad se cumplió y que es la que en definitiva guarda relación directa con el interés patrimonial, materia de la prestación tutelar de la ley.

— II —

a) En el caso de autos aparece indudable que la venta del inmueble se hizo con relación a su cabida, porque tal circunstancia de la extensión superficiaria se determinó y señaló de modo expreso en el contrato. Se ha cumplido el requisito que exige el artículo 1887 del C. C., que autoriza para vender un predio rústico como cuerpo cierto o con relación a su cabida. En la cláusula primera del contrato se dice que lo vendido fue "los derechos de dominio y posesión que tiene en una finca de banano denominada "Mamonal", constante de cinco hectáreas cultivadas de extensión..." Tal cláusula indica que la intención del vendedor fue la de vender esas cinco hectáreas y la del comprador la de adquirirlas, lo que evidencia que la venta fue realizada bajo este requisito y que se debe tomar en consideración su verdadera extensión superficiaria.

b) A petición de la parte demandada fue practicada por peritos ingenieros la medición del predio vendido, el cual resultó con una cabida muy inferior a la cabida estipulada, ya que a pesar de que los dos dictámenes difieren en una reducida cantidad de ocho metros con cincuenta y cuatro centímetros, la extensión superficiaria mayor reconocida por los peritos es la de tres hectáreas, seis mil trescientos sesenta y ocho metros, cincuenta y cuatro centímetros cuadrados (3 hts. 6.368 mts. 54 cents. cuadr.).

c) Ante la prueba de mensura anterior, que establece plenamente el hecho de que la cabida real del bien raíz vendido es inferior a la cabida declarada en el contrato, lo pertinente y lo jurídico, dada la naturaleza de este medio procesal, era estudiar y darle el debido mérito probatorio a la diligencia de mensura, lo mismo que a los dictámenes sobre esa materia, para apreciar cuál había sido en realidad la cabida del fundo entregado. Y una vez conocido este factor, de suyo indispensable porque se había vendido con relación a la cabida, poner en relación el avalúo del bien con la mensura, a efecto de poder decidir si realmente el vendedor había padecido la lesión, por ser el precio convenido inferior a la mitad del justo precio del bien entregado en venta.

Y no se diga que si el vendedor no cumplió fielmente su obligación, entregando una cabida superficiaria inferior a la convenida, siempre debe decretarse la rescisión, ya que quedaba a salvo el derecho del comprador que se le completara la cabida ofrecida en el contrato o a que se le disminuyera proporcionalmente el precio estipulado, como lo consagra el art. 1888 del C. C. Es evidente que en el caso de autos el comprador tenía ese derecho sustantivo de acción procesal para obligar al vendedor a completar la cabida o a reducir proporcionalmente el precio. Como sujeto activo de tal relación jurídica tiene la acción para reclamarlo. Pero de que exista esta facultad para el comprador no puede deducirse ninguna consecuencia contra la tesis propugnada por la Corte en este fallo, ni menos concluír que para la existencia de la lesión debe tomarse en consideración lo estipulado y no cumplido, porque en todo caso la acción que estatuye el artículo 1888 a favor del comprador perjudicado no es otra que la opcional resolutoria que consagra el artículo 1546 del C. C. a favor de los que intervienen en un contrato bilateral y conmutativo, en la cual se convierte. Ambos preceptos (1546 y 1888) se inspiran en la misma fuente y en el mismo principio, que no es otro que la necesidad de conservar la armonía del contrato y el equili-

brio en el negocio jurídico querido por las partes.

Como quiera que el Tribunal no procedió de esta manera, sino que sostuvo la tesis contraria y estimó que sólo debía tomar en consideración la cabida declarada en el contrato como único término de relación y de comparación para decidir sobre la rescisión suplicada, se hace necesario no sólo rectificar esa equivocada doctrina sino también aceptar que el Tribunal sentenciador incurrió en error de hecho manifiesto por no haber apreciado y aplicado al caso del pleito la prueba de la mensura del inmueble, y en error de derecho por no haberle dado a tales dictámenes periciales el valor o fuerza probatoria que efectivamente tienen, violando por tales omisiones, por infracción directa, el artículo 722 del C. J., y por aplicación indebida los artículos 1946, 1947 y 1888 del C. C.

Consecuencia inevitable de tales errores es la de que debe infirmarse la sentencia del Tribunal, por haber sido éstos los que constituyen el soporte básico de dicho fallo. Y al entrar la Corte a actuar como tribunal de instancia, procede a hacer estas breves consideraciones:

Sentencia de instancia

El demandado, al contestar el hecho primero del libelo, rechazó que la finca tuviera cinco hectáreas. De manera que sí quedó planteada en el debate la cuestión relativa a la cabida real de la finca vendida.

Sirve de fundamento a esta acción rescisoria incoada por las causahabientes del vendedor el hecho de que el precio recibido por éste fue inferior a la mitad del justo precio de la cosa vendida, a la fecha del contrato.

En cuanto al justo precio de la finca, dos de los peritos que intervinieron en el avalúo, señores Rafael González y E. A. Correa, conceptuaron de manera uniforme que en agosto de 1935 el precio de las tierras cultivadas de banano en aquella región era de novecientos pesos ($ 900.00) por cada hectárea. Ambos peritos fundamentan su dictamen y aun cuando uno de ellos expresa razones que no aparecen aducidas por el otro, coinciden en cuanto a la situación y estado de la finca, fertilidad del terreno, precio de los cultivos en aquella región, etc. Hay que reconocerles a tales experticios contextes el mérito de plena prueba, al tenor del artículo 721 del C. J. que así se lo otorga.

Según la diligencia de mensura y los dictámenes respectivos la finca vendida tiene una extensión superficiaria de tres hectáreas, seis mil trescientos sesenta y ocho metros con cincuenta y cuatro centímetros cuadrados (3 hts. 6.368 mts. 54 ctms. cuadrs.). Es verdad que los dos dictámenes periciales no están rigurosamente acordes en cuanto a la extensión total y definitiva, ya que uno señala la de tres hectáreas, seis mil trescientos sesenta metros cuadrados; y el otro fija la de tres hectáreas, seis mil trescientos sesenta y ocho metros, cincuenta y cuatro centímetros cuadrados. Pero esa pequeña diferencia no le resta mérito definitivo a ese elemento probatorio, ya que de todos modos aparece que la cabida real es inferior a la declarada. También se explica esa diferencia por los cálculos matemáticos rígidos que deben hacerse al deducir la extensión por los contornos de la figura geométrica. De allí que se adopte la mensura mayor de las dos para determinar la extensión o cabida real de la finca. Si se hace la respectiva operación aritmética y se relacionan el avalúo con la mensura, puede apreciarse que el justo precio del inmueble, a la fecha del pacto, era el de tres mil doscientos setenta y tres pesos con diecisiete centavos ($ 3.273.17).

Ahora bien, como el precio estipulado y pagado en virtud de la compraventa fue el de un mil seiscientos cuarenta y cinco pesos, con diecisiete centavos ($ 1.645.17) forzoso es concluír que no procede la rescisión del pacto por lesión enorme, debido a que el precio pagado es superior a la mitad del justo precio, en la cantidad de ocho pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 8.58). Y es bien sabido que sólo puede prosperar esta acción por parte del vendedor, al tenor del artículo 1947 del

C. C., cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende.

Falta, pues, el requisito esencial para el éxito y prosperidad de esta acción; no se ha demostrado la existencia de la lesión enorme y es de rigor, ante esa circunstancia, revocar el fallo de primera instancia y en su lugar absolver a la parte demandada, por carecer de fundamento la acción incoada.

F A L L O:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Santa Marta el 12 de agosto de 1940, y previa revocatoria de la dictada en primera instancia por el Juez 2º Civil del Circuito de Ciénaga el 26 de septiembre de 1938, absuelve a la parte demandada de todos los cargos formulados por carecer de fundamento la acción incoada.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese, 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 propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. JOSE MIGUEL ARANGO

En este asunto me aparto de la opinión de la Sala de Casación, para prohijar la solución dada por el Tribunal de Santa Marta al litigio entre Joselina de Haz de Olivares y Carmelina del mismo apellido.

La Sala para resolver si hubo o no lesión enorme en el memorado contrato, tomó, como término de comparación, para fijar el precio de la cosa, no la vendida a que se refiere el concierto de voluntades, sino la cosa entregada, distinta de la pactada en el convenio, violando con este proceder, en mi concepto, el artículo 1947 del Código Civil, e incurriendo en error de hecho en la apreciación de las pruebas, relativas al justo precio de las tierras vendidas en la fracción de Mamonal.

La redacción del artículo 1947 tan clara, tan concisa, tan límpida, no da asidero para suponer que la cosa vendida a que se hace referencia en ese mandamiento legal, sea una distinta de la señala, determinada y especificada en el respectivo contrato de compraventa, es decir, que sea una prestación desemejante de la convenida por los contratantes y a la cual se obligó el vendedor.

Interpretar de otra manera el artículo, como lo hace la Sala, es considerar que en un contrato de venta referente a una sola prestación hay dos cosas: La convenida y señalada por las partes, y la entregada por una de ellas y que ésta y su valor sea la que hay que tener en cuenta para examinar si hubo o no lesión enorme.

¿Cuál fue la cosa vendida materia de este litigio? Lo dice con precisión matemática el contrato: "Los derechos de dominio y posesión que tiene en una finca de bananos denominada Mamonal, constante de cinco hectáreas cultivadas de extensión, ubicadas en la región del mismo nombre y comprendida dentro de los linderos allí especificados".

De acuerdo con este pacto, el vendedor quiso enajenar, esa fue su voluntad, cinco hectáreas de terreno; la prestación que contrajo por el contrato fue la de entregar esa extensión superficiaria y responder por la evicción y saneamiento de la cabida dicha. El comprador quiso adquirir, y esa fue también su voluntad, cinco hectáreas de terreno; por esa extensión superficiaria pagó determinado precio. La voluntad de los contratantes respecto de la finca comprada, de su cabida y de su precio es cosa que no admite interpretación distinta a la del tenor literal de la cláusula correspondiente del contrato de venta.

Cabe advertir que tanto las partes, como los funcionarios judiciales que han intervenido en el pleito, inclusive la Corte, están acordes en que se trata de una venta por cabida y no de una venta de cuerpo cierto.

La cosa vendida, sin lugar a duda, fueron cinco hectáreas de terreno; la prestación a que se obligó el vendedor fue la de entregar al comprador esa extensión superficiaria, ni una pulgada más ni una menos. Si esa prestación no se cumpliera, tenía el comprador las acciones pertinentes reconocidas por la ley civil en sus artículos 1887 y 1888, porque se trata de una venta del precio con relación a su cabida.

Si la cosa vendida fueron cinco hectáreas de terreno, si el vendedor se comprometió a entregarlas, el precio de esas cinco hectáreas es el que ha de tomarse en cuenta para decidir si hubo lesión enorme, porque esta acaece cuando el precio que recibe el vendedor (aquí se trata de esta lesión) es inferior a la mitad del justo precio de la cosa vendida, pero la Sala no atendió al precio de la cosa vendida, sino al precio de la cosa entregada, con

desconocimiento de la disposición anotada.

Lo que convinieron y estipularon los contratantes era la venta y entrega de cinco hectáreas de terreno y por ella se pagó y entregó el precio estipulado, de suerte que el valor de esas cinco hectáreas de tierra, objeto del contrato celebrado por las partes, es el que hay que comparar con el precio pagado por el comprador, para ver si él es inferior a la mitad del justo precio que los expertos le habían fijado a la cosa vendida, no a la entregada, que no abarca la totalidad de la cosa sobre que versa el contrato.

La interpretación de la Corte sobre el artículo 1947 del Código Civil, da lugar a una dualidad que no se justifica, cual es: La cosa, en el evento señalado en aquella disposición, es la entregada realmente, no la que reza el contrato, y si se ejercitare la acción consagrada en el artículo 1888 del Código Civil la cosa sería la que figura y se señala en el respectivo contrato, la cabida total por la cual se contrató, y no la cabida entregada. Esta suposición no es figurada puesto que tiene su respaldo en el artículo 1892.

Concretando el ejemplo tenemos: Para la lesión respecto de la venta de cinco hectáreas de terreno de que trata este litigio la cosa vendida es la entregada, tres hectáreas, y la cosa en este mismo contrato, si se hubiera establecido la acción reconocida por el artículo 1888 sería cinco hectáreas de terreno y no tres, que fueron las entregadas.

¿Cómo justificar este cambio de la cosa vendida por el caso de que ejercitaran una de estas dos acciones?

La cosa vendida tiene que ser la misma para cualquiera de estos dos casos.

En resumen: La cosa que se vende a que hace mérito la disposición del art. 1947, es la que las partes han señalado en el respectivo pacto, aquella por la cual se pagó determinado precio y aquella que tiene que entregar el vendedor y no la cosa, que faltando al contrato el vendedor, entregara materialmente el comprador.

La Sala ha de uncirse al sentido literal de la disposición del artículo 1947, por mandamiento imperativo del artículo 27 del Código Civil.

José Miguel Arango

RENDICION DE CUENTAS

Para la aplicación del artículo 2325 del Código Civil, se necesita comprobar previamente que la deuda se contrajo en pro de la comunidad, y sólo mediante esta comprobación podrá el comunero solicitar el reembolso de lo que hubiere pagado por la comunidad.

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

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Antecedentes

Doña Belén Romero de Soto, por medio de apoderado judicial, demandó al señor Gumersindo Romero para que se le ordenara rendir cuentas de la adminsitración de la octava parte de la finca llamada Belén, de la jurisdicción de Quipile, durante los años comprendidos del 4 de marzo de 1929 al mes de enero de 1932. El juez, por sentencia confirmada por el Tribunal Superior, accedió a las peticiones de la demandante y condenó al señor Romero a que rindiera cuentas, señalándole el término de diez días para el efecto.

Presentadas oportunamente, fueron objetadas por la demandante. Las objeciones se fallaron por sentencia de 11 de septiembre de 1939, que apelada por el demandado, fue reformada por el Tribunal Superior de Bogotá, en fallo de 21 de febrero del año en curso, en el cual se declaró que el señor Gumersindo Romero debe pagar a la demandante Romero Soto la suma de $ 771.97, saldo que arrojan en contra de Romero las cuentas rectificadas por el tribunal.

Sentencia

Ese fallo no satisfizo al señor Gumersindo Romero, quien interpuso el correspondiente recurso de casación, que hoy se decide, previo el estudio de los cargos que contra él se formulan por la demandante recurrente.

Estudio de los cargos

El tribunal para rechazar una de las objecciones de la demandante, conceptuó que Romero se había convertido en agente oficioso de la señora Romero de Soto en cuanto a la octava parte de la hacienda de Belén que le correspondía a la demandante, y de esa premisa dedujo que el demandado no tenía derecho a cobrar estipendio ninguno por esa gestión, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 2308 del Código Civil.

Tampoco reconoció el tribunal al demandado derecho para cobrarle a la demandante los gastos correspondientes en virtud del juicio de división del bien común que les promovió el comunero Juan Cabiedes, con violación, dice el recurrente, del artículo 2325 del Código Civil.

El recurrente considera que el tribunal violó el artículo 2308 del Código Civil, en su inciso 2º, porque el señor Romero como copartícipe o comunero en la hacienda de Belén y como coheredero en el mismo bien, tenía dos caracteres que lo capacitaban para tomar la administración, manejo o dirección de la hacienda de Belén, o por lo menos de una parte de ella, a saber: ser heredero del comunero Miguel Romero y coasignatario de la demandante, y comunero, en segundo lugar, de la misma demandante y del señor Cabiedes y que en virtud de esos dos caracteres el señor Romero estaba autorizado para in-

tervenir directamente en la administración de la hacienda de Belén y que por ello no puede considerarse como agente oficioso, carácter que le atribuyó el sentenciador, con violación evidente de las pruebas del proceso y de las disposiciones del Código Civil, que el recurrente cita erradamente en su alegato, pues allí se refiere el artículo 1227 del Código Civil que trata de las asignaciones alimenticias debidas por el difunto a determinadas personas y que gravan la masa hereditaria.

La pretensión de Romero sobre honorarios, es inadmisible porque la cuarta parte en la comunidad total daba ciertos frutos que eran para ambos Romeros por igual y que Gumersindo recibía íntegramente; de suerte que, refiriéndose este juicio a la mitad de la señora, de que él dispuso, mal podría aspirar él a honorarios por haber observado esta conducta.

Así, el concepto de que él fue agente oficioso, no incide en esa conclusión ni, por tanto, implica violación de disposición alguna sobre este cuasi contrato el hecho de haber el tribunal desechado las pretensiones antedichas.

Respecto de la decisión del Tribunal de Bogotá en que no le reconoció al demandado el derecho a pedir que se le paguen los gastos del juicio de división de la hacienda Belén, promovido por el comunero Cabiedes, considera el recurrente que con ella se quebrantó el artículo 2325 del Código Civil por cuanto al comunero tendrá acción contra la comunidad para el reembolso de lo que hubiere pagado por ella, derecho que le fue desconocido por el fallador de segundo grado.

Para desconocerle al demandado el derecho a cobrar los gastos invertidos en el juicio de división dice el tribunal.

"En cuanto a las sumas que carga a la cuenta por gastos hechos en el juicio de división de bienes iniciado por Juan Cabiedes contra Gumersindo Romero, Soledad Martínez v. de Romero y los herederos de Miguel Romero para obtener la división material de la hacienda, también son exóticos en la cuenta. Sobre el particular acoge este tribunal los razonamientos del señor juez del conocimiento".

"Si el tribunal declaró nulo el juicio divisorio es claro que deben pagar las costas quienes fueron condenados a ellas. Y a los autos no se ha traído prueba alguna de que el señor Miguel Romero o sus sucesores hubieran sido condenados a ello. Por lo expuesto, también debe prosperar esta objeción y deben eliminarse estos cargos".

El juez de primera instancia adujo los siguientes argumentos para rechazar la cuenta, que fueron prohijados por el tribunal:

"Por la propia confesión del señor apoderado de Romero, hoy demandado, y según el certificado por él allegado al juicio (Folios 270 del cuaderno número 4), queda comprobado tanto la existencia del juicio en la objeción como lo referente al fallo en él recaído. Los gastos que a dicho juicio se atribuyen, constan en recibos. Dado el origen de ellos, lo legal es traerlos comprobados es decir, haber allegado una copia de la liquidación respectiva con la constancia de haber sido aprobada. Además si el actor en dicho juicio fue condenado en costa lo natural y lógico es que él debe pagarlas y no la señora de Soto quien conforme a las afirmaciones de Romero, fue favorecida con el fallo.

"Dice Romero que esos gastos los hizo en defensa de su mandante. Tal afirmación no los justifica ya que igual cosa hubiera podido decir el actor Cabiedes quien con la división pedida venía a beneficiarla".

Para la aplicación del artículo 2325 que cita el recurrente como violado por el sentenciador se necesita comprobar previamente, que la deuda se contrajo en pro de la comunidad, y sólo mediante esta comprobación el comunero podrá solicitar el reembolso de lo que hubiere pagado por la comunidad.

No consta en autos que la oposición hecha por Romero al juicio de división de bienes comunes intentado por Cabiedes para que se partiera materialmente la

hacienda de Belén, fuera cosa que le aprovechara a la comunidad y faltando esa comprobación, es decir, que los gastos hechos por un comunero redundaran en beneficio de la comunidad, no hay ocurrencia para aplicar el artículo 2325 del Código Civil tanto más cuanto se presume que la indivisión de bienes que pueden partirse materialmente en porciones sin que su valor desmerezca por su fraccionamiento es de conveniencia, económicamente hablando, y tiene primacía sobre la indivisión o comunidad de los bienes, de acuerdo con nuestras normas sustantivas y adjetivas.

Debe advertirse igualmente que en los autos tampoco aparece la constancia de que la señora de Soto hubiera sido parte en el juicio divisorio entablado por Cabiedes.

Como último reparo considera el recurrente que el Tribunal violó las disposiciones sobre pruebas y cometió un nuevo error de hecho, cuando dio a los recibos presentados por Romero un alcance que no pueden tener: "Probar gastos, cuando sólo pueden probar suministros de dineros con destino a gastos de la hacienda, cosa muy diferente, y como lo que había que probar era que se habían hecho los gastos y no los suministros de dinero para ellos, la sentencia no aplica la ley y da una fuerza probatoria a unas pruebas que no las tienen".

Es bastante confuso este cargo. Parece que en él el recurrente se refiera al fallo en cuanto por él el Tribunal desestimó el recibo de fecha 18 de enero de 1941 por la cantidad de $ 52.00, con aplicación del artículo 652 del Código Judicial y como consecuencia de no haberlo apreciado se descontó de la cantidad de $ 1.322.35 a que asciende el valor de todos esos recibos, quedando dicha cantidad reducida a la suma de $ 1.270.35. Los demás recibos traídos a los autos fueron apreciados por el Tribunal a favor del demandado y como el recibo a que se ha hecho referencia aparece enmendado en parte sustancial, es obvio y jurídico que el Tribunal no lo hubiera apreciado, proceder éste que no implica violación de ley sustantiva ni incidencia en error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.

Fundado en lo anterior 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 veintiuno de febrero del año en curso.

2º Se condena el recurrente en las costas del recurso.

Publíquese, notifíquese, 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 PETITORIA DE DOMINIO.—ACCION CONSAGRADA POR EL ARTICULO 955 DEL CODIGO CIVIL

La consecuencia inmediata de una partición sucesoral es la de que los herederos se reputan dueños de los bienes adjudicados desde la fecha de la muerte del causante (atrículo 1401 C. C.). Por ministerio de la ley se le reconoce efecto retroactivo al acto de la partición y adjudicación, debidamente protocolizado y registrado, y en esa virtud se presume que el adjudicatario sucede directamente al causante, respecto de los bienes heredados y legalmente adjudicados. 2.—Antes de efectuarse la partición el heredero es dueño de un derecho universal proindiviso sobre todo el patrimonio del causante, en virtud del fenómeno de la delación; pero una vez efectuada la partición y registrada ésta, tal derecho universal de herencia no puede radicar sino sobre los bienes especialmente adjudicados o en adelante como mera expectativa sobre bienes sucesorales que no hayan sido inventariados o repartidos a los herederos, a prorrata de sus respectivas cuotas.—3.—Siendo la acción consagrada por el artículo 955 del C. C. equivalente a la reivindicatoria, se hace necesario que quien la ejercita demuestre la existencia de los mismos requisitos que para el ejercicio de la reivindicación.—4.—No puede ser materia de la acción subsidiaria que consagra este artículo, derivada de la reivindicatoria, el derecho real y abstracto de herencia, por prohibirlo de manera expresa el artículo 948 del C. C. Este derecho viene a estar protegido por la acción especial de petición de herencia, que viene a ser antes que otra alguna la operante para obtener una declaración judicial sobre su investidura.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

Los hechos fundamentales de la demanda, debidamente extractados, son los que a continuación se expresan:

1.—En el juicio ejecutivo adelantado por Restrepo Hermanos y otros terceristas contra Nacor Herrera, en el Juzgado 1º del Circuito Civil de Bogotá, fueron embargados "todos los derechos y acciones que el ejecutado tiene y los demás que pueda tener en la sucesión del Presbítero José Belisario Herrera", juicio que fue protocolizado por escritura número 493, de 8 de octubre de 1918 y cuya sentencia de partición se encuentra registrada en la Oficina de Registro de Facatativá; en el referido juicio ejecutivo se embargaron también, en un mismo auto de 29 de noviembre de 1918, varios inmuebles, los cuales formaban la totalidad de la hijuela de Nacor Herrera en la partición y adjudicación de la herencia mencionada.

2.—El demandante, Pablo Emilio Linares, remató el 10 de abril de 1926, en primer lugar, "los derechos y acciones que el ejecutado tenía y los demás que pueda tener en la sucesión del Presbítero Herrera"; otros licitadores, por separado pero a continuación y en el mismo acto, remataron todos los inmuebles que habían sido adjudicados a Herrera en la precitada sucesión, cuya partición se protocolizó por escritura número 493, de 8 de octubre de 1918, partición que se registró el 2 del

mismo mes. Sostiene el demandante que al rematar los derechos y acciones de Nacor Herrera en la sucesión del Presbítero Herrera se hizo dueño de los bienes adjudicados en la hijuela de Nacor Herrera y lo subrogó en el dominio de los inmuebles subastados después, puesto que al rematar los derechos de Nacor Herrera en la sucesión del Presbítero Herrera remató también las fincas detalladas en el memorial de denuncia de bienes; por tanto, el remate de esos inmuebles, efectuado con posterioridad, implica venta de cosa ajena. Es decir, que al rematar los derechos y acciones de la sucesión, quedaban incluídos en el remate de ellos los inmuebles que se adjudicaron a los mejores postores, cuando se sacaron a la subasta.

3.—El demandante pagó en el Juzgado el valor del remate que hizo el 10 de abril de 1926, que se elevó a la suma de $ 52.00, y lo mismo hicieron los licitadores que remataron tales inmuebles con el precio de cada cual.

4.—Los inmuebles rematados en el juicio ejecutivo por personas extrañas fueron entregados materialmente a los licitadores a excepción del lote descrito en la segunda de las peticiones principales de la demanda, el que tiene en posesión el demandante desde que hizo el remate de los derechos y acciones en dicha ejecución.

5.—Los inmuebles cuyo dominio alega el demandante produjo frutos por arrendamientos y a su turno estos productos rindieron intereses.

Juicio ordinario

En libelo fechado el 27 de julio de 1933, Pablo Emilio Linares demandó ante el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá a la sociedad comercial "Restrepo Hermanos" representada por el socio liquidador Gustavo Restrepo, al Presbítero Marciano López, María Gaitán Vega y Tomás Fandiño y a otras entidades, para que mediante el trámite del juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que soy dueño de la cantidad de cuatro mil ochocientos veinticinco pesos ($ 4.825.00) producto del remate de los bienes determinados en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del acta de la diligencia de remate llevado a cabo el 10 de abril de 1926 en el juicio ejecutivo de Restrepo Hermanos y otros terceristas contra Nacor Herrera, que cursan en el Juzgado 1º del Circuito Civil de Bogotá".

"Segunda. Que soy dueño de un derecho proindiviso de valor nominal de seis mil sesenta y tres pesos oro ($ 6.063.00) sobre un avalúo de ocho mil pesos, en un terreno que forma parte del denominado 'Casa de Teja' y 'Cerrito', en el punto llamado La Verbena, vereda de 'Paso Ancho', jurisdicción del Municipio de Zipaquirá, terreno que está alinderado así:...."

"Tercera. Que soy dueño de la cantidad de dos mil novecientos veintinueve pesos y ochenta y dos centavos ($ 2.829.82), que como producto líquido de los frutos civiles de los inmuebles rematados el 10 de abril de 1926, en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, en el juicio ejecutivo de Restrepo Hermanos y otros terceristas contra Nacor Herrera, consignó el depositario de ellos, doctor Parmenio Cárdenas, en dicho Juzgado".

"Cuarta. Que soy dueño de la cantidad de ciento treinta y cuatro pesos veintiséis centavos (134.26), que como producto líquido de los frutos civiles de los mismos inmuebles a que se hace referencia en la primera y segunda petición precedentes, consignó en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá el depositario sucesor del doctor Parmenio Cárdenas, señor Campo Elías Sánchez".

"Quinta. Que soy dueño de los frutos civiles que las cantidades de dinero a que se refieren las peticiones primera, tercera y cuarta precedentes, hayan producido hasta hoy y produzcan hasta el día en que me sean entregadas".

"Sexta. Que como consecuencia de la declaración de dominio a mi favor sobre los bienes relacionados en las peticiones anteriores, se ordene entregármelos, y en efecto se me entreguen, con excepción del derecho descrito en la segunda petición,

por encontrarme en posesión material del terreno en el cual está vinculado".

"Séptima. Que se condene a los demandados que se opongan, al pago de las costas del juicio".

Expresa el actor que como dueño de los derechos y acciones de Nacor Herrera, emanados de la sucesión del Pbro. Herrera, puede optar o por reivindicar los bienes raíces de quienes sean actuales poseedores de ellos o por recibir el dinero producto del remate, pero a fin de no perjudicar gravemente a esos terceros extraños al ejecutivo, se decide por recibir el dinero producto del remate, junto con los frutos civiles que esos dineros hayan producido y los respectivos intereses.

El Juez del grado falló en sentencia de 21 de junio de 1938, en la cual absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda. Basamenta su decisión en que lógicamente se sacaron a remate los bienes tal como fueron embargados, es decir: el actor Linares por $ 52.00 remató los derechos y acciones, y otros licitadores por más de $ 8.000.00 remataron los bienes raíces debidamente individualizados. Considera el Juzgado que lo rematado primeramente por Linares no existía sino en forma de expectativa en el momento del remate, pues ya la situación abstracta e indefinida de derechos y acciones por obra de la partición y su registro se había concretado en determinados bienes que fueron denunciados, embargados y rematados por otros.

Concluye el Juzgado que no encuentra acreditado el dominio del demandante sobre los bienes rematados por los demandados y que, por ende, el actor carece de interés jurídico en la acción trasmisora de dominio que intenta como principal y en la puramente reivindicatoria que impetra subsidiariamente.

La sentencia acusada

Apeló el actor de la anterior sentencia, lo que motivó la subida de los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Esta entidad le puso término a la segunda instancia en providencia de 21 de octubre de 1940, confirmatoria de la apelada.

Para absolver a los demandados argumenta el Tribunal que cuando el actor Linares el 10 de abril de 1926 remató los derechos y acciones en abstracto que tenía Nacor Herrera en la sucesión del Pbro. Herrera, esta sucesión desde 1918 estaba liquidada, distribuída y adjudicada entre los herederos; de consiguiente, no existían a la fecha de la licitación derechos de herencia en abstracto susceptibles de negociar, comerciar y enajenar. La consecuencia inmediata de una partición sucesoral, sigue el Tribunal, es la de que los herederos se reputan dueños de los bienes adjudicados desde la fecha de la muerte del causante, a virtud del art. 1401 del C. C., que así lo dispone; y por efecto de la retroactividad que se efectúa por ministerio de la ley, se presume que el adjudicatario sucede directamente al causante, ha adquirido los bienes no por tradición sino por sucesión por causa de muerte. En consecuencia, cuando se denunciaron y embargaron esos derechos herenciales en abstracto, no se denunció nada, ni se embargó nada, porque éstos no existían; y al rematarlos Linares nada remató, ni nada adquirió. Por esas consideraciones estima improcedente la acción de Linares.

El recurso

Contra el fallo del Tribunal recurre en casación el actor Linares y lo acusa por ser violatorio de varias disposiciones sustantivas, ya directamente, ya por errónea interpretación, ya por aplicación indebida al caso del pleito. También lo acusa por indebida apreciación de las pruebas aducidas.

Considera el recurrente que violó el artículo 1072 del antiguo C. J., bajo cuya vigencia se realizó la subasta, y los artículos 1052 y 1054 del actual C. J., según los cuales la copia de la diligencia de remate debidamente registrada tiene valor de escritura pública y trasmite la propiedad

de lo rematado. Como el remate es una venta, la sentencia violó los siguientes artículos: el 1857, que la reputa perfecta, acordados el precio y la cosa; el 1866, pues puede venderse todo lo que no está prohibido vender; los 1868 y 1870, que se aplicaron indebidamente porque lo rematado no era una cosa inexistente; el 1871, porque se remató cosa ajena y si una venta de tal cosa vale, no puede perjudicar a terceros; el 1872, porque el recurrente no remató bajo condición ni plazo y por lo mismo se le deben frutos; el 1873, que dispone que si hay dos adquirentes y ninguno ha poseído prevalece el título más antiguo. El recurrente no determina a qué texto pertenecen los citados artículos, pero es lógico admitir que quiso referirse a nuestro C. C.

Viola también la sentencia los artículos 1880 y 1884, que implican la obligación de entregar lo comprado o rematado; el 32 de la ley 57 de 1887, porque se invoca el mínimo precio para desconocer el derecho adquirido; los artículos 663, 740, 741 y 756 del C. C., porque la tradición es uno de los modos de adquirir el dominio y se le niega a la tradición de los derechos que remató sus efectos jurídicos a pesar de estar registrada la respectiva diligencia; los artículos 751, 752 y 757, porque el recurrente, como subrogatario de Nacor Herrera, tiene la posesión jurídica de la herencia desde la muerte del Pbro. Herrera; los artículos 762, 765, 783, 785, 787 y 789, porque niega al actor y recurrente un título legítimo como subrogatario de Nacor Herrera, inscrito en el registro.

Estima igualmente violadas las normas sobre reivindicación, en especial los arts. 948, 950, 952 a 957 del C. C., porque de todos modos el actor Linares es dueño de la herencia y tiene la acción reivindicatoria. Viola la sentencia las normas sobre sucesión por causa de muerte, especialmente los artículos 1382, 1391 y 1401 del C. C., al apreciar las pruebas consistentes en la diligencia de remate y en las escrituras que completan ese título y las referentes a las piezas del juicio de sucesión aludido; agrega que si a esa partición se le da validez, los bienes obtenidos en la hijuela de Nacor Herrera pertenecen al recurrente por haberlos rematado.

Estudio de los cargos

— I —

Para poder decidir sobre las cuestiones jurídicas propuestas en casación es pertinente, ante todo, hacer un examen de la situación de hecho, que emerge en el proceso del haz probatorio, a saber:

1º El juicio de partición del Pbro. José Belisario Herrera, seguido en el Juzgado 2º del Circuito de Facatativá, se terminó por medio del trabajo de partición y adjudicación de los bienes relictos entre los herederos ab-intestato. Se dictó sentencia aprobatoria de la partición, se registraron ambos actos el 2 de octubre de 1918 y posteriormente se protocolizó dicha mortuoria por medio de la escritura número 493, de 8 de octubre de 1918, que también fue debidamente registrada en la Oficina de aquel Circuito.

2º En esa sucesión figuró Nacor Herrera como heredero ab-intestato del Pbro. Herrera, en su condición de hermano legítimo. En virtud de acuerdo general de todos los herederos se le liquidó su respectiva hijuela y en ella se le adjudicaron varios bienes raíces, debidamente determinados e individualizados. La hijuela de Nacor Herrera fue protocolizada y registrada en la forma antes dicha, desde octubre de 1918.

3º Los señores Restrepo Hermanos y otros terceristas siguieron ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá un juicio ejecutivo contra Nacor Herrera. En esa ejecución se dictó el 29 de noviembre de 1918, cuando ya estaba fenecida, protocolizada y registrada la mortuoria del Pbro. Herrera, un auto de embargo concebido así: "Decrétase el embargo, depósito y avalúo de los siguientes bienes denunciados en el anterior memorial como de propiedad del ejecutado, a saber: 1º Los derechos todos y acciones que el ejecutado tiene y los demás que pueda tener

en la sucesión del Presbítero José Belisario Herrera, seguido y terminado en el Circuito de Facatativá, **juicio cuya sentencia de partición se encuentra ya registrada en la Oficina de ese Circuito** (subraya la Corte); y 2º Las siguientes propiedades que por razón de dicha sucesión y en la partición aprobada en forma legal se le asignaron al ejecutado (aquí la lista de esos bienes").

4º El actor y recurrente en casación, Linares, remató en ese juicio ejecutivo, el 10 de abril de 1926, como primer golpe de martillo de la subasta, "los derechos todos y acciones que el ejecutado tenía y los demás que pueda tener en la sucesión del Pbro. Herrera....." Se continuó luégo la diligencia de remate y entonces sucesivos licitadores subastaron uno a uno los bienes raíces adjudicados a Nacor Herrera en la misma sucesión y que también habían sido individualmente embargados y depositados en el mismo auto de 29 de noviembre de 1918.

5º El actor Linares pagó como precio del remate de los derechos y acciones mencionados la cantidad de cincuenta y dos pesos ($ 52.00). Los otros licitadores abonaron en su totalidad, como precio de los remates diversos, algo más de ocho mil pesos ($ 8.000.00) oro. El acta de remate fue debidamente registrada en lo atañedero a la trasmisión del dominio de los bienes subastados.

— II —

Si desde el 8 de octubre de 1918, en virtud de la escritura número 493, estaba liquidada, distribuída y adjudicada entre los herederos la sucesión del Pbro. Herrera; y si en virtud del registro que se hizo de la hijuela que correspondió a Nacor Herrera se realizó a su favor la tradición jurídica de los bienes que se le adjudicaron, se impone la conclusión de que cuando el actor Linares remató el 10 de abril de 1926 los derechos todos y acciones de Nacor Herrera ya esa mortuoria estaba liquidada desde hacía varios años y no existían ni podían existir derechos y acciones herenciales, en abstracto, susceptibles de negociarse y de enajenarse sobre los bienes raíces que le fueron adjudicados en la hijuela y que luégo fueron individualmente determinados y embargados en el juicio ejecutivo.

En efecto, la consecuencia inmediata de una partición sucesoral es la de que los herederos se reputan dueños de los bienes adjudicados desde la fecha de la muerte del causante (artículo 1401 del C. C.). Por ministerio de la ley al acto de la partición y adjudicación, debidamente protocolizado y registrado, se le reconoce efecto retroactivo y en esa virtud se presume que el adjudicatario sucede directamente al causante, respecto de los bienes heredados y legalmente adjudicados. Quiere esto decir que Nacor Herrera se hizo dueño de esos bienes, por sucesión por causa de muerte, en vista del acto de partición efectuado y registrado en los días 2 y 19 de octubre de 1918 y desde ese momento quedaron extinguidos todos los posibles e hipotéticos derechos herenciales que pudiera tener en la sucesión de su hermano el Pbro. Herrera, ya que tales derechos quedaron concretados, liquidados y adjudicados en los bienes que constituyeron su hijuela herencial.

Como corolario de lo expuesto, cuando en el ejecutivo se denunciaron y embargaron los derechos todos y acciones de Nacor Herrera en esa sucesión, tales derechos y acciones no pueden referirse a los bienes específicamente rematados en dicha ejecución; de existir hipotéticamente tales derechos, tendrán que referirse y relacionarse a los posibles derechos herenciales de Nacor en otros bienes sucesorales que puedan corresponderle como heredero ab-intestato, pero que no han sido todavía liquidados, partidos y adjudicados al heredero. Y esto es así porque antes de efectuarse la partición el heredero es dueño de un derecho universal proindiviso sobre todo el patrimonio del causante, en virtud del fenómeno de la delación; pero una vez efectuada la partición y registrada ésta, tal derecho universal de herencia no puede radicar sino

sobre los bienes especialmente adjudicados o en adelante como mera expectativa sobre bienes sucesorales que posiblemente no hayan sido inventariados o repartidos a los herederos, a prorrata de sus respectivas cuotas.

Así lo ha resuelto invariablemente esta Corte en numerosos fallos, en especial en la sentencia de casación de 12 de noviembre de 1935, de la cual son estos pasajes: "la compra de derechos y acciones en una sucesión, sea en abstracto, sea vinculados á uno o más bienes, no da al comprador, en realidad, sino la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectivo y pedir se le reconozca su derecho, según los términos del contrato; pero no le dan, ni pueden darle, desde el momento de la compra la propiedad de determinados bienes. La concresión de esos derechos y acciones en un cuerpo cierto y determinado, es fenómeno legal que no se verifica sino con la aprobación y registro de la partición". (G. J., Tomo XLIII, pág. 189).

— III —

En este proceso se ha ejercitado como principal la acción trasmisora del dominio que en forma subsidiaria de la reivindicatoria consagra el artículo 955 del C. C. y que autoriza en ciertos casos para exigir la restitución del precio recibido por la cosa que se pretende reivindicar, siempre que por haberse enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución y con el fin de no perjudicar a terceros adquirentes, los que vienen a quedar dueños de la cosa una vez cubierto el precio.

Siendo como es un medio procesal equivalente a la acción reivindicatoria, se hace necesario que quien lo ejercite demuestre la existencia de los mismos requisitos que para el ejercicio de la reivindicación.

Como quiera que, por una parte, sólo puede reivindicar quien es dueño de la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa (artículo 950 ibídem); y por otra, sólo se puede reivindicar las cosas determinadas y debidamente singularizadas o una cuota determinada proindiviso de una cosa singular (artículo 949), es de rigor concluír que para la prosperidad de la acción aquí incoada debe demostrarse plenamente la existencia de estos dos factores o elementos.

En cuanto al primer requisito antes especificado, el actor Linares no ha demostrado su derecho de dominio sobre los bienes cuyo precio o valor reclama en este juicio, porque cuando se embargaron tales derechos herenciales, y cuando más tarde los remató, ya éstos no podían concretarse sobre los bienes incluídos en la hijuela de Nacor, porque el derecho abstracto de heredero se extinguió para convertirse en el derecho real de dominio sobre tales bienes, adquiridos por Nacor. Le ha resultado inválido, por tanto, el título de dominio que exhibe y que hace consistir en el acta de la diligencia de remate de esos derechos y acciones sucesorales, porque cuando los adquirió en virtud del remate o venta judicial forzada ya estos derechos no existían o en caso de tener alguna hipotética existencia había que hacerla valer sobre bienes del heredero ni inventariados, ni partidos, ni adjudicados.

En lo atañedero al segundo requisito, no puede ser materia de esta acción subsidiaria, derivada de la reivindicatoria, el derecho real y abstracto de herencia, por prohibirlo de manera expresa el artículo 948 del C. C. Este derecho viene a estar protegido por la acción especial de petición de herencia, que viene a ser antes que otra alguna la operante para obtener una declaración judicial sobre su investidura. De nada vale el argumento del recurrente, que hace consistir en que pagó el valor del remate de tales derechos y acciones ($ 52.00), ya que para evitar un enriquecimiento ilícito y torticero la ley le otorga los medios procesales operantes que tienden a impedir ese agravio patrimonial.

Dedúcese de lo expuesto que el actor carece de título de dominio sobre los bienes cuyo valor o precio reclama; que tales bienes ya habían sido adquiridos por

Nacor Herrera en virtud del modo sucesoral, por ser los actos legales de partición justos títulos traslaticios de dominio (artículo 765 del C. C.); que por esto es improcedente la acción y no ha incurrido el Tribunal sentenciador en error de hecho o de derecho en la apreciación del acta de remate ni de las otras pruebas del proceso; que no se han violado por ningún concepto las numerosas normas legales que cita el recurrente y que reglamentan los fenómenos de la tradición, de la posesión, de la reivindicación, de la sucesión por causa de muerte.

No son fundados los cargos presentados en casación. Se rechazan.

F A L L O:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 21 de octubre de 1940.

Las costas del recurso son del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, 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 ppdad.

REIVINDICACION

1.—Cuando la invalidez del contrato proviene de ser ficticio o simulado, no es aplicable el artículo 1748 del C. C. 2.—Aunque la demanda principal de reivindicación no prospere, no puede sostenerse que el actor carezca de personería sustantiva para que contra él no pueda dirigirse eficazmente la acción de declaratoria de pertenencia por prescripción adquisitiva de dominio, porque tal acción puede incoarse contra cualquiera que pretenda disputar la propiedad que se ha adquirido, como claramente lo dijo la Corte en su sentencia de 2 de octubre de 1941.

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El recurso de casación que va a decidirse tiene los siguientes antecedentes:

El Juez 1º del Circuito de Ramiriquí, por sentencia del 28 de junio de 1928, declaró absolutamente nulo el contrato celebrado por Mariano Parra Cadena con Martín Reyes Cárdenas, por escritura número 4, de 6 de enero de 1901, de la Notaría de Ramiriquí sobre compra-venta de varios bienes raíces. Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el 3 de mayo de 1930. Interpuesto el recurso de casación, la Corte, por fallo de 30 de septiembre de 1932, no infirmó el del Tribunal.

Por escrito presentado el 13 de diciembre de 1935 ante el Juez 2º del Circuito de Ramiriquí ,el señor Félix León Molano, obrando en su carácter de subrogatario de los derechos hereditarios de Ana Benilda Ruiz, demandó en juicio civil ordinario de revindicación a los señores Francisco, Miguel Angel, María Julia, María Inocencia y Jubal Castelblanco Reyes, y Delfín y Ana Arcelina Mendoza, y pidió que por sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera:** Que los cinco lotes de terreno contiguos, ubicados en la fracción de Caicedos, en jurisdicción de Ramiriquí, determinados por su ubicación y linderos en esta petición y poseídos, el primero por todos los demandados Castelblanco Reyes; el segundo por María Inocencia Castelblanco Reyes; el tercero por Delfín Mendoza; y el cuarto y el quinto por Ana Arcelina Mendoza, pertenecen a la sucesión ilíquida de Mariano Parra Cadena.

"**Segunda:** Que la posesión que aparece inscrita a favor de los demandados es irregular y fue adquirida por ellos sin justo título y con manifiesta mala fe, y que por lo mismo deben restituir los terrenos sobre los cuales radica la posesión, en el término que el señor juez señale en la sentencia, a la sucesión ilíquida de Mariano Parra Cadena, representada por sus herederos, por los mismos linderos señalados en la declaración primera pedida en esta demanda, con el fin de que al liquidarse la referida sucesión le sean adjudicados dichos terrenos a la persona o personas a quienes los legó el causante o a quien sus derechos represente.

"**Tercera:** Que los demandados, en su condición de poseedores de mala fe, están obligados a restituír a la sucesión ilíquida de Mariano Parra Cadena, representada por los herederos, los frutos naturales y civiles de los terrenos alinderados en este libelo, o su valor pericialmente estimado si no existieren; y no solamente los que hayan percibido desde cuando han poseído, sino también los que hubieran po-

dido percibir desde la misma época, obrando con mediana inteligencia y actividad, las personas a quienes corresponda el dominio de los referidos inmuebles si lo hubiesen tenido en su poder, y

"Cuarta: Que los demandados están obligados a pagar a la sucesión ilíquida de Mariano Parra Cadena, representada por los herederos, el valor de las costas del presente juicio en el caso de que se opongan a las declaraciones pedidas anteriormente".

Varios de los demandados, antes de contestar la demanda, propusieron algunas excepciones dilatorias, que se declararon no probadas.

Posteriormente contestaron la demanda todos los demandados, oponiéndose a la acción intentada, y el doctor Joaquín Castro B., como apoderado especial de ellos, presentó demanda de reconvención contra Félix León Molano y pidió que por sentencia se hicieran estas declaraciones:

"1ª Que mis mandantes han adquirido por prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria el dominio de los terrenos que se alinderan en la demanda del citado Molano y en la forma como él sostiene que están poseídos por cada uno de mis mandantes y para cada uno de ellos, y que se halla prescrita la acción reivindicatoria que el citado Molano ejercita en su demanda, por no haberse ejercitado tal acción en el término legal.

"2ª Que el demandado en reconvención señor Molano debe pagar a mis mandantes la correspondiente indemnización de perjuicios por el juicio que ha entablado contra mis mandantes sobre reivindicación de los terrenos a que se refiere el punto anterior, así como las costas del presente juicio, pago que efectuará en el término que usted señalará.

"3ª Que la declaración hecha por el señor Juez 2º del Circuito de Ramiriquí por auto de fecha cuatro de diciembre de 1935 en el sucesorio de Mariano Parra Cadena y por la cual se declaró a Ana Benilda Parra como heredera testamentaria del citado Parra Cadena, es nula, sin ningún valor ni efecto por no haber sido instituída la referida señora como heredera sino como legataria y no estar entre las facultades del juez declarar herederos testamentarios a personas no instituídas como tales por el testador y nula o al menos sin efecto la declaración contenida en el mismo auto y por la cual se declaró subrogado al señor Félix León Molano en los derechos y acciones que a la citada Ana Benilda Parra puedan corresponder como heredera testamentaria del causante Mariano Parra Cadena o que al menos tales declaraciones no afectan los derechos de mis mandantes ni dan al demandado en reconvención facultades reivindicatorias contra mis mandantes como terceros poseedores de buena fe".

El Juzgado, por sentencia del 20 de septiembre de 1938 resolvió:

"Primero: Declárase que los terrenos alinderados en la demanda principal, ubicados en la vereda de 'Caicedos', de esta jurisdicción, pertenecen en pleno dominio y propiedad a la sucesión ilíquida de Mariano Parra Cadena;

"Segundo: Condénase a los demandados Francisco, Jubal, Miguel Angel, María Julia y María Inocencia Castelblanco Reyes a restituír a la sucesión ilíquida de Mariano Parra Cadena, representada actualmente por el actor señor Félix León Molano, un terreno ubicado en la vereda de 'Caicedos', de esta jurisdicción, que poseen en común y cuyos linderos se encuentran especificados en la demanda principal e insertos en la parte motiva de esta providencia;

"Tercero: Condénase a María Inocencia Castelblanco Reyes a restituír a la sucesión ilíquida de Mariano Parra Cadena, representada actualmente por el demandante señor Félix León Molano, un terreno que posee en su nombre y como dueño, situado en la vereda de 'Caicedos', cuyos linderos se encuentran especificados en la demanda principal e insertos en la parte motiva de esta providencia;

"Cuarto: Condénase a Delfín Mendoza a restituír a la sucesión ilíquida de Mariano Parra Cadena, representada por el demandante Félix León Molano, un terre-

no que posee como dueño, situado en la vereda de 'Caicedos', de esta jurisdicción, cuyos linderos se encuentran especificados en la demanda principal e insertos en la parte motiva de esta providencia;

"Quinto: Condénase a Ana Arcelia Mendoza a restituír a la sucesión ilíquida de Mariano Parra Cadena, representada por el demandante Félix León Molano, un terreno que posee como dueño, situado en la vereda de 'Caicedos', de esta jurisdicción, cuyos linderos se encuentran especificados en la demanda principal e insertos en la parte motiva de esta providencia;

"Sexto: Las restituciones anteriormente decretadas las harán los demandados en el término de seis días contados desde la ejecutoria de esta sentencia;

"Séptimo: Condénase a los demandados señores Jubal, Francisco, Miguel Angel, María Julia, y María Inocencia Castelblanco Reyes, Delfín y Ana Arcelia Mendoza, a restituír a la sucesión ilíquida de Mariano Parra Cadena, representada por el demandante Félix León Molano, los frutos naturales y civiles de los terrenos que deben restituír, no sólo los percibidos, sino los que la sucesión hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado;

"Octavo: Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por los demandados;

"Noveno: Absuélvese al demandado señor Félix León Molano de los cargos de la demanda de reconvención formulados por el apoderado de los señores Castelblanco Reyes;

"Décimo: Ordénase la cancelación del registro de la hijuela de adjudicación a favor de Jubal, Francisco, Miguel Angel, María Julia y María Inocencia Castelblanco Reyes en la sucesión de la señora Julia Cárdenas, en cuanto dicha adjudicación se refiere al lote o lotes que se deben restituír a la sucesión ilíquida de Mariano Parra Cadena; la cancelación del registro de la escritura número 120, de veintiuno de abril de mil novecientos treinta y tres, que se refiere a la venta que Martín Reyes Cárdenas hizo a María Inocencia Castelblanco Reyes; la cancelación de la escritura número 530, del tres de octubre de mil novecientos ventiuno, por la cual el mismo señor Reyes Cárdenas vendió a Delfín Mendoza el terreno que éste debe restituír; y la cancelación del registro de la escritura número 525, de treinta de septiembre de mil novecientos veintiuno, por la cual Reyes Cárdenas vendió a Ana Arcelia Mendoza de Crespo el terreno que debe restituír a la sucesión ilíquida de Mariano Parra Cadena, representada por el demandante señor Félix León Molano;

"Undécimo: Líbrense los despachos correspondientes al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, para lo de su cargo; y

"Duodécimo: Condénase en costas a los demandados".

Apelado este fallo por la parte demandada, el Tribunal, por sentencia del 6 de noviembre de 1939 lo revocó y en su lugar decidió:

"1º No hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones impetradas en la demanda principal, y, en consecuencia, se absuelve de los cargos formulados a los señores Francisco, Miguel Angel, María Julia, María Inocencia y Jubal Castelblanco Reyes y a los señores Delfín y Ana Arcelia Mendozas;

"2º Tampoco hay lugar a hacer, y no se hace, ninguna de las declaraciones impetradas en la demanda de reconvención;

"3º Cancélese la inscripción de la demanda principal.

"Manténgase el expediente en la Secretaría por quince días contados desde el día siguiente al en que quede surtida a las partes la notificación de este fallo para los efectos del artículo 521 del C. J. Sin costas".

Los dos soportes fundamentales de la sentencia del Tribunal, en lo relativo a la demanda principal, son:

La acción reivindicatoria incoada se apoya en el artículo 1748 del C. C., pero como las sentencias dictadas en el juicio seguido por los hermanos Parra Cruz contra Martín Reyes Cárdenas declararon nulo el contrato celebrado entre éste y Mariano Parra Cadena, por considerarlo

absolutamente simulado, tal declaratoria no puede producir efectos contra terceros, como son los demandados, dado que Martín Reyes Cárdenas había vendido a la señora Juliana Cárdenas de Reyes los bienes objeto del contrato que se declaró nulo por ser simulado. Además, como en la escritura de venta otorgada por Mariano Parra Cadena a Martín Reyes Cárdenas se hizo constar que aquél recibió el precio de la venta, no puede haber acción contra terceros poseedores sino en el caso de probarse la nulidad o falsificación de la escritura, prueba que no se ha dado.

En lo tocante a la demanda de reconvención se funda la sentencia en las siguientes razones:

Pueden considerarse probados en autos los hechos constitutivos de la prescripción adquisitiva extraordinaria a favor de la herencia de Juliana Cárdenas, pero como el demandante en reconvención no propuso la acción en nombre de dicha herencia y para ella, sino en nombre de sus poderdantes y a favor de ellos, considerados como personas naturales, no puede prosperar, porque no hay prueba de que haya cesado la comunidad herencial.

Además, agrega la sentencia, la acción de pertenencia debe dirigirse contra el deudor o propietario, contra quien los acreedores y cualquiera otra persona tenga interés en hacer valer la prescripción, y como al estudiar la demanda principal se estableció claramente que el actor carece de acción reivindicatoria, porque la simulación absoluta del contrato Parra Cadena-Reyes produjo como resultado el de que Mariano Parra Cadena dejara de ser dueño, ante terceros, del bien objeto del contrato, ni él ni sus sucesores tienen la personería sustantiva requerida por el artículo 1º de la Ley 120 de 1928 para que contra ellos pueda dirigirse eficazmente la acción de declaratoria de pertenencia por prescripción adquisitiva del dominio.

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron recurso de casación ambas partes.

El señor apoderado del actor le formuló cinco cargos, a saber:

1º "Violación del artículo 1748 del Código Civil por no haber sido aplicado, siendo el caso de aplicarlo.

2º "Error evidente o manifiesto de hecho, como consecuencia del cual se violó también el artículo 1748 del Código Civil".

El error manifiesto de hecho lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal estimó que no había sido declarado absolutamente nulo el contrato referido, cuando en concepto de aquél sí lo fue.

3º "Violación, por interpretación errónea, del artículo 1766 del Código Civil".

Considera el recurrente que el Tribunal interpretó erróneamente este artículo al estimar que se refiere a toda clase de terceros, cuando lo cierto es que puesto en relación con los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, y con los artículos que reglamentan las medidas de publicidad de los contratos, debe interpretarse en el sentido de que la contraescritura pública sólo es inoponible al tercero que no supo o no pudo saber la existencia del pacto secreto.

Concluye diciendo que aún suponiendo, en gracia de discusión, que no fuera aplicable el artículo 1748 sino el 1766, "éste habría sido violado también por el Tribunal, por interpretación errónea".

4º "Violación, por indebida aplicación, del artículo 1766 del Código Civil".

Dice el recurrente que en el cargo anterior acusó la sentencia por violación, debida a interpretación errónea, del art. 1766, pero que en realidad lo que hubo fue violación de dicho artículo, por aplicación indebida, pues se aplicó, "a un caso de declaratoria de nulidad absoluta, hecha por sentencia ejecutoriada, cuando el artículo aplicable es el 1748".

5º "Error de hecho y de derecho, como consecuencia del cual se violaron los artículos 1748 y 1766 del Código Civil".

Alega el recurrente:

"El Tribunal, en su sentencia, partió de la base de que los demandados eran de

buena fe y de que no conocían ni tenían por qué conocer el hecho de que en realidad de verdad Martín Reyes nunca adquirió la propiedad de los terrenos a que se refiere la escritura número 4, otorgada ante el Notario del Circuito de Ramiriquí, el 6 de enero de 1901.

"El Tribunal partió de esta base a pesar de que en el expediente figuran innumerables declaraciones que evidencian lo contrario y a pesar de que figuran allí las propias confesiones de Martín Reyes hechas en las escrituras 525 y 530 de 1921.

"El Tribunal pasó por encima de todas esas declaraciones, contra lo expresamente dispuesto en el artículo 697 del Código Judicial, por lo cual incurrió en error de derecho, pues no solamente dejó de aplicar ese artículo que era el aplicable —para apreciar las declaraciones— sino que aplicó el 702, que no era el caso de aplicar, pues no hay exposiciones contradictorias entre sí, sino declaraciones que concuerdan en el hecho y circunstancias de modo, tiempo y lugar que por consiguiente forman plena prueba".

A esta demanda del actor contestó el señor apoderado de varios de los demandados, más o menos lo siguiente:

Que el contrato de que se ha venido haciendo mérito fue declarado nulo, pero por causa de simulación, y que de acuerdo con la jurisprudencia que la Corte tenía consagrada hasta 1935, no es aplicable el artículo 1748, porque los terceros no pueden ser perjudicados con la declaración de nulidad por simulación; que ese mismo artículo, aun suponiendo que pudiera aplicarse, deja a salvo las excepciones legales y que una de ellas es la que consagra el artículo 1934 del C. C., artículo que sirve también de sólido fundamento a la sentencia acusada; que el cargo consistente en error manifiesto de hecho, como consecuencia del cual se violó también el art. 1748, es jurídicamente inexacto en el sentido y con el alcance que le atribuye el recurrente, porque el Tribunal no desconoció la declaración de nulidad por simulación, sino que precisamente se apoyó en ella para deducir que no puede producir efectos contra los terceros demandados, porque ellos no conocieron ni pudieron conocer la simulación; que, en cambio, el recurrente si quiere desconocer el hecho de que no es lo mismo la declaración de nulidad por simulación que la declaración de nulidad por un vicio distinto, y que para ello pretende desligar la parte resolutiva de la sentencia de la parte motiva, lo cual es injurídico, ilógico y absurdo. Dice que estuvo bien interpretado el art. 1766 del C. C., y rebate los argumentos que expone el recurrente para demostrar que dicho artículo se interpretó erróneamente; sostiene que no hubo tampoco indebida aplicación del artículo 1766, sino la lógica sujeción por parte del Tribunal sentenciador al principio de la protección del tercero de buena fe, en el caso de declaración de nulidad por simulación, que se contempla. Por último, dice el opositor que el error de hecho y de derecho alegado por el recurrente en el quinto cargo de su demanda, descansa en la confusión fundamental que sufre dicho recurrente al no establecer la necesaria diferencia entre la venta hecha por Mariano Parra Cadena a Martín Reyes Cárdenas, y la que éste le hizo a Juliana Cárdenas de Reyes, pues la primera fue declarada nula por causa de simulación y la segunda se halla en pie, porque no ha sido demandada ni actualmente está en tela de juicio. Sobre este cargo diserta largamente el opositor, para rebatir los argumentos del recurrente.

A su vez, el mismo señor apoderado de varios de los demandados presentó su demanda de casación contra la parte de la sentencia que considera perjudicial a los intereses de sus representados, y le formuló igualmente cinco cargos, así:

1º "Violación del artículo 1º de la Ley 120 de 1928, por errónea interpretación y aplicación indebida".

Estima el opositor-recurrente que el Tribunal consideró que el citado artículo 1º indica como posible demandado en la acción de pertenencia al deudor o propietario, siendo así que obviamente le corresponde la de actor o demandante, y que debido a esa involucración violó el men-

cionado artículo desconociendo igualmente el derecho primordial que al propietario prescribiente reconoce el artículo 2º de la misma ley.

2º "Violación de los artículos 2º y 4º de la Ley 120 citada".

Sostiene que el Tribunal, al relacionar equivocadamente el artículo 1º con el 4º, en vez de relacionarlo con el 6º, desconoció el derecho que a los demandados concede el 2º de la misma ley para ser reconocidos como adquirentes por prescripción, por lo cual se violaron no sólo los artículos 2º y 4º sino también el 6º.

3º "Violación de los artículos 2531 y 2532 del Código Civil, en relación con el 2º de la Ley 120 de 1928".

Dice que al negar el Tribunal la declaración de pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio a los demandados, violó no solamente las disposiciones citadas sino también el artículo 5º de la propia ley, porque desconoció que se hallaban cumplidos todos los requisitos que tales disposiciones exigen para adquirir por prescripción.

4º "Violación de los artículos 778 y 780, inciso 3º del Código Civil, y 5º de la Ley 120 de 1928".

Alega que está comprobado con títulos escriturarios que la señora Juliana Cárdenas de Reyes ejerció la posesión de los terrenos objeto del pleito desde que los adquirió en 1902, y que muerta ella la posesión pasó a sus herederos, como lo reconoce la demanda, por lo cual la sentencia, al negar la declaración pedida, violó las disposiciones citadas porque la posesión no fue garantizada o amparada.

5º "Violación del artículo 2538 del Código Civil, en relación con los artículos 2535 y 2536 del mismo Código y 2º de la Ley 120 de 1928".

Respecto de este cargo dice:

"Si la prescripción adquisitiva de un derecho extingue la acción por la cual se reclama el mismo derecho, aparece claro que al negar el Tribunal la declaración de pertenencia solicitada en la demanda de reconvención como acción, negó por el mismo hecho la extinción de la acción correlativa, violando así el artículo 2538 del C. C., que atribuye a la declaración de pertenencia la virtud de extinguir la acción reivindicatoria establecida por el demandante principal en el presente juicio, violación que se consumó también respecto de los artículos 2535 y 2536 del mismo Código, que consagran la extinción por prescripción de las acciones y derechos ajenos y el tiempo dentro del cual se cumple este fenómeno jurídico. Estas violaciones trajeron como consecuencia la nueva violación del artículo 2º de la Ley 120 de 1928, que, como se ha visto, reconoce el derecho fundamental para el que tiene a su favor una prescripción de hacerla declarar y con esta declaración la extinción de la acción correlativa que es la deducida por el demandante principal".

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Demanda del actor-recurrente.

Sostiene el señor apoderado del actor-recurrente que el contrato celebrado entre Mariano Parra Cadena y Martín Reyes Cárdenas, por escritura número 4, otorgada el 6 de enero de 1901 ante el Notario del Circuito de Ramiriquí, fue declarado absolutamente nulo y que esa declaratoria da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, al tenor del artículo 1748 del C. C., que el Tribunal violó, por no haberlo aplicado, alegando que el actor no tenía esa acción contra terceros porque el contrato se declaró nulo por haberse demostrado que era simulado.

Dice que la acción de simulación nada tiene que ver con la acción de nulidad, pues en aquélla, en vez de pedir que se declare nulo el contrato, se pide que se declare la existencia del contrato oculto para que sea éste el que regule, en cuanto en sí mismo no tenga causas íntrínsecas de nulidad, las relaciones entre las partes y con terceros, salvo, por lo que respecta a estos últimos, el caso en que alguno o algunos de ellos no hayan tenido o no hayan podido tener conocimiento del pacto secreto.

Agrega que en ese sentido se orientó la jurisprudencia desde 1935, y que, "si la Corte incurrió en el fallo citado en un error al declarar absolutamente nulo el contrato en referencia, esta no es la oportunidad de revisar esa sentencia y de corregir ese error. Se trata de un fallo ejecutoriado que lisa y llanamente declara absolutamente nulo un contrato y en consecuencia no hay ni puede haber duda de que es aplicable el artículo 1748 del Código Civil, en virtud del cual mi poderdante tiene acción reivindicatoria contra terceros poseedores por razón de ese fallo".

Podría tener fuerza el argumento del recurrente si en el juicio que dio origen a la citada declaración de nulidad no se hubiera alegado la simulación del contrato como causa de nulidad, simulación a la cual se alude también en los hechos fundamentales de la demanda que dio origen al presente juicio, o si tal nulidad hubiese sido declarada por motivos distintos; pero como aquel juicio se inició cuando la Corte consideraba que todo contrato simulado era nulo, y la sentencia que le puso fin fue pronunciada antes del aludido cambio de doctrina, es preciso reconocer que no puede ser válido el argumento que se analiza.

Aunque la parte resolutiva de la sentencia en que se apoya el recurrente no dice que la nulidad se declara por causa de simulación, es de toda evidencia que el contrato se declaró nulo por ser simulado, según la demanda y las motivaciones de los fallos respectivos, y no es jurídico, ni lógico, independizar las dos partes de una sentencia para hacerlas valer por separado, pues ellas forman un todo indivisible, que no es dado desarticular.

En la demanda presentada por Miguel Angel y María Hortensia Parra Cruz, contra Martín Reyes Cárdenas, pidieron que se declarara:

"a) Que es nulo, de nulidad absoluta, por causa de simulación, el contrato de compraventa que reza la escritura número 4, de seis de enero de mil novecientos uno, pasada ante el Notario de este Circuito".

En la sentencia de primer grado se dijo:

"Segundo. Declárase nulo, por causa de simulación, el contrato contenido en la escritura pública número 4, de seis de enero de mil novecientos uno".

El Tribunal reformó la sentencia de primer grado, pero de la parte motiva de su fallo se deduce, sin lugar a dudas, que el contrato se declaró absolutamente nulo por ser simulado.

Y la Corte, en la sentencia de fecha treinta de septiembre de mil novecientos treinta y dos, por medio de la cual decidió no casar la del Tribunal, dijo, al estudiar el contrato respectivo:

"Para terminar este capítulo, resta sólo hacer la advertencia de que las consideraciones referentes al pago quizá no se contengan literalmente dentro del texto del hecho 6º. Mas como en la demanda se señala como hecho la simulación, cuanto contribuya a establecerla no es extraño al debate.

El análisis anterior deja en la Sala la convicción de que, efectivamente, el contrato de compraventa celebrado el día seis de enero de mil novecientos uno, entre Mariano Parra y Martín Reyes es simulado, y ese aserto tiene su apoyo jurídico en los varios indicios, presunciones y conjeturas anotadas que, siendo diferentes, se refuerzan mutuamente y concurren todos, con los rayos de la luz que proyectan, a iluminar el hecho desconocido denunciado en la demanda, como determinante del vicio de nulidad".

Es, pues, innegable que el contrato se declaró nulo porque se consideró que era simulado; y siendo así las cosas, esa declaración de nulidad no da acción contra terceros poseedores, de acuerdo también con la doctrina que la Corte ha sostenido en multitud de fallos.

Entre otros muchos puede citarse el de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos veintiséis, publicado en los números 1665 y 1666 de la **Gaceta Judicial**, página 178, en el cual se dice:

"Si aparece celebrado un contrato por

escritura pública y sobre esta base adquiere un tercero de buena fe, toda prueba que tienda a alterar las estipulaciones contenidas en aquella escritura no puede perjudicar a ese tercero, y con mayor razón no podría perjudicarlo la que se dirigiera a demostrar que el contrato fue ficticio o simulado. Por tanto, las sentencias de nulidad por simulación, esto es, fundadas en que no es verdadero lo que aparece estipulado voluntariamente por los otorgantes en una escritura pública, sentencias que afectan a las partes que intervinieron en el contrato, no tienen alcance contra terceros de buena fe. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte en varias sentencias, interpretando correctamente la ley y garantizando con ello la seguridad de las transacciones.

De otra manera, los terceros quedarían sujetos a la buena o mala fe de sus antecesores en el dominio, y el derecho de propiedad sería falseado por su base, pues bastaría la connivencia de cualquiera con el comprador y el vendedor de una cosa para anular por simulación el contrato de venta, a fin de obtener la reivindicación contra el tercero poseedor, o para privarlo de sus derechos de dueño".

Se deduce de lo dicho que cuando la invalidez del contrato proviene de ser ficticio o simulado, no es aplicable el artículo 1748 del C. C. De consiguiente, el Tribunal no violó ese artículo, por no haberlo aplicado, y no resulta fundado el cargo que se analiza.

Teniendo en cuenta lo que acaba de decirse, no es exacto que el Tribunal incurriera en manifiesto error de hecho, pues él no estimó que el contrato a que alude el recurrente no fuera declarado absolutamente nulo. Lo que sostuvo, y ello es verdad, fue que el contrato se declaró absolutamente nulo por ser simulado, y que, en consecuencia no tiene aplicación el art. 1748 del C. C. Tampoco resulta, por tanto, admisible el segundo cargo.

De la misma manera son inadmisibles los cargos 2º y 8º, conforme a los cuales el Tribunal interpretó erróneamente, o violó por aplicación indebida, el artículo 1766 del C. C.

Insiste el recurrente en sostener que el aplicable al caso del pleito es el artículo 1748 y no el 1766 del C. C. Lo dicho anteriormente basta para demostrar que aquél no puede tener aplicación aquí, por tratarse de una declaración de nulidad por simulación, y no resulta cierto que el Tribunal sostenga que el artículo 1766 se refiera a toda clase de terceros, aun a los de mala fe, o a los que sabían o debían saber la existencia del pacto secreto o de la contra-escritura, porque no aparece demostrado, como adelante se verá, que la señora Juliana Cárdenas de Reyes, sucesora de Martín Reyes Cárdenas a título singular en el dominio de los bienes, hubiera tenido conocimiento de que el contrato celebrado entre Mariano Parra Cadena y Martín Reyes Cárdenas fuera simulado.

Sostiene, por último, el actor-recurrente que el Tribunal partió de la base de que los demandados eran de buena fe y de que no conocían ni tenían por qué conocer el hecho de que en realidad de verdad Martín Reyes nunca adquirió la propiedad de los terrenos a que se refiere la escritura número 4, otorgada ante el Notario de Ramiriquí el 6 de enero de 1901, y que partió de esa base a pesar de que en el expediente figuran innumerables declaraciones que evidencian lo contrario y a pesar de que figuran allí las propias confesiones de Martín Reyes, hechas en las escrituras 525 y 530 de 1921, por lo cual, dice, el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho, dejando de aplicar el artículo 697 del C. J., que era aplicable, y aplicando el 702, que no lo era, y violando los artículos 1748 y 1766 del C. C.

Se considera:

En concepto de la Corte el Tribunal sí tuvo en cuenta y estudió ampliamente las pruebas citadas por el recurrente, las cuales no juzgó eficaces para demostrar la mala fe de los demandados, sin que tal estimación, para la cual goza de libertad el Tribunal, implique los errores alegados.

En efecto, pertenecen a la sentencia

acusada los siguientes párrafos:

"La adquirente Juliana Cárdenas, al contratar con Martín Reyes tuvo, pues, en cuenta los títulos de propiedad que dieron a sus antecesores una posesión inscrita de diez y seis años más o menos, creando para ellos una apariencia de dominio no destruída entonces derivada de la tradición o publicidad de la inscripción. Y no hay prueba valedera en el proceso de que esa adquirente tuviera, al tiempo del contrato, noticia alguna, ni siquiera el más leve indicio, de que la cosa comprada perteneciera a persona distinta de su tradente.

"Es verdad que contra la buena fe de la señora Cárdenas de Reyes y de sus sucesores se han querido hacer valer dos clases de pruebas: una que se hace consistir en las declaraciones hechas por Martín Reyes en las escrituras números 525 y 530 de 1921 (ventas a Delfín y Ana Arcelia Mendoza), declaraciones según las cuales el contrato de venta de la finca de **Caicedos**, celebrado entre el otorgante Reyes y doña Juliana fue ficticio; y la otra, en las declaraciones testimoniales de Ernesto Márquez (o Vargas), Leovigildo Hernández, Proclidas Junco y Alejandro Mendoza, relativas a una manifestación que dicen haber oído en el año de mil novecientos cinco de labios de doña Juliana, en el sentido de que ella aceptó, en términos más o menos explícitos, ser simulado el contrato mencionado y de que los Castelblancos así lo reconocieron.

"Está probado, como atrás se dijo, que Reyes hizo aquellas declaraciones en las escrituras de ventas; pero ellas, a lo sumo, significan una confesión unilateral del otorgante, que a él lo perjudican pero que en manera alguna puede ser oponible a terceros, máxime cuando Reyes contradijo esas manifestaciones suyas posteriormente, por medio de la escritura número 336 de 1922, en la que se recoge un contrato de permuta de algunos bienes pertenecientes a Martín Reyes, por el usufructo de los derechos herenciales de los señores Castelblancos en los bienes inventariados en la sucesión de Juliana Cárdenas, siendo así que entre dichos bienes se comprende la finca de **Caicedos**".

La sentencia estudia luégo ampliamente las declaraciones de Márquez o Vargas, Hernández, Junco y Mendoza, las que encuentra sin valor probatorio, por falta de originalidad y de memorabilidad en los testigos, quienes deponen sobre hechos muy poco verosímiles ocurridos treinta años antes, y dice:

"Y si a todo ello se añade que las condiciones personales de esos deponentes no los abonan como sujetos de probidad insospechable, de independencia económica o de completa salud mental, fácilmente se llega a la conclusión de que con prueba tan débil y deleznable jamás podría atacarse la buena fe que, es preciso presumir, existió en doña Juliana, mientras no se destruya la presunción con medios probatorios adecuados. La prueba, además, no vale (artículo 91, Ley 153 de 1887). Aplicados estos principios de la ciencia de las pruebas al caso de autos, queda en pie la prueba preconstituída entre Martín Reyes y Juliana Cárdenas de Reyes, respecto de la venta del terreno **Caicedos**, o sea la escritura número 107, de diez de abril de mil novecientos dos, instrumento auténtico que hace plena fe entre esas personas, y con mayor razón respecto de terceros.

"Si, pues, debe reputarse que Juliana Cárdenas adquirió la finca de **Caicedos** de Martín Reyes, considerándolo como verdadero dueño de ésta, por una ficción no extraña a la teoría jurídica **de la apariencia**, dicha señora es, asímismo, dueña de lo comprado y contra ella no cabe acción reivindicatoria intentada por quien no tiene la posesión inscrita.

"De otro lado, no puede perderse de vista lo estatuído en el artículo 1934 del C. C., concebido en estos términos: 'Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrato **sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores**'. Habiendo confesado Mariano Parra Cadena en la escritura de

venta a Martín Reyes el recibo del precio de la enajenación, parte considerable del cual se le pagó a presencia del Notario y de los testigos instrumentales, los sucesores de ese vendedor hoy no podrían reivindicar de terceros poseedores sino a virtud de un juicio en que se hubiera declarado nula o falsa la escritura número 4, de seis de enero de mil novecientos uno. La demanda correspondiente no se inició jamás, y hoy los demandados adquirentes se hallan amparados por ese precepto legal, que es uno de tantos en que se dispensa amparo a los terceros poseedores de buena fe".

Es suficiente lo dicho para concluír que no puede prosperar la demanda de casación presentada por el actor.

Demanda de los opositores-recurrentes

En concepto de la Corte son fundados los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal por el señor apoderado de varios de los demandados, que atrás quedaron explicados brevemente.

En efecto, contra lo que dice el Tribunal, aunque la acción intentada en la demanda principal no prospere, no puede sostenerse que el actor carezca de personería sustantiva para que contra él pueda dirigirse eficazmente la acción de declaratoria de pertenencia por prescripción adquisitiva del dominio, porque tal acción puede incoarse contra cualquiera que pretenda disputar la propiedad que se ha adquirido, como claramente lo dejó establecido la Corte en su sentencia de fecha dos de octubre último, en la cual dijo:

"Por medio de la Ley 120 de 1928, sobre reformas civiles y judiciales, se consagró en nuestro derecho positivo la acción sobre declaración judicial de pertenencia, conforme a la cual todo aquel que tenga a su favor una prescripción adquisitiva de dominio cumplida en las condiciones legales, puede pedir al Juez del Circuito de la ubicación del inmueble que declare en sentencia definitiva de un juicio ordinario que la cosa le pertenece, haciéndose de esta manera a un título que antes de la reforma era difícil obtener porque el derecho de alegar la prescripción como modo de adquirir los bienes raíces ajenos estaba destinado por su naturaleza más a medio de defensa o excepción que a fuente de acción judicial.

"Esta acción, encaminada como se ve a consolidar legalmente una situación de hecho por los motivos de orden público que justifican la prescripción, se ejercita, según lo dispone el artículo 4º de la ley, por la vía de un juicio ordinario en que se demanda la declaración de pertenencia con audiencia de 'la persona o personas contra quienes se pretenda hacer valer la prescripción'. De los términos claros de la ley, lo mismo que de la finalidad perseguida con la acción, se ve que al usucapiente corresponde la determinación o escogencia de su demandado, que tiene que ser la persona contra quien pretenda hacer valer su adquisición, por pretender o temerse que pretenda ese demandado algún derecho a la cosa que se ha prescrito, y para producir en relación con él los efectos determinados en el art. 12 de la ley citada. A falta o en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se quiera hacer valer la prescripción, el que tenga a su favor una usucapión legalmente cumplida y quiera hacerse a un título de dominio con la sentencia judicial de pertenencia, seguirá el juicio ordinario con audiencia del Ministerio Público en la forma prescrita en los artículos 6 a 11 de la precitada Ley 120 de 1928. 'El derecho de alegar la prescripción como medio de adquirir los bienes raíces —dijo la Comisión del Senado que estudió el proyecto de ley para segundo debate con acogida de las observaciones que al respecto formuló la Corte Suprema— está reconocido en nuestra legislación como medio de defensa, no como acción. Y está bien que se corrija este vacío, consagrando en un texto legal tal procedimiento, el que dada la importante trascendencia de la materia debe ser en juicio ordinario. Y la parte demandada debe ser la persona o personas contra quienes se pretenda hacer valer la prescripción, que será, verbi-gracia, el último poseedor inscrito, o el último poseedor

material, antecesor del prescribiente, y en general contra aquel o aquellos que se tema pretendan derechos al bien que se prescribe".

No es exacto tampoco el concepto emitido por el Tribunal sobre que no existe prueba en el expediente de que se haya liquidado la sucesión de la señora Juliana Cárdenas de Reyes, por lo cual la solicitud sobre declaración de pertenencia ha debido hacerse a nombre de la herencia y para ella, en vez de hacerse, como se hizo, en nombre de los demandados, como personas naturales y para ellos. La sucesión se liquidó y de eso hay prueba en autos. Otra cosa es que respecto de algunos bienes se haya formado una comunidad entre los adjudicatarios.

Existen en autos, entre otras, las siguientes pruebas:

a) Copia auténtica de la escritura número 107, del 10 de abril de 1902, de la Notaría primera de Ramiriquí, por medio de la cual Martín Reyes Cárdenas vendió a Juliana Cárdenas de Reyes la finca raíz ubicada en la fracción de Caicedos a que, en gran parte, se refiere la acción intentada por Molano.

b) Copia auténtica de la escritura número 414, del 28 de julio de 1928, otorgada en la Notaría segunda de Ramiriquí, por medio de la cual se protocolizó el juicio de sucesión de Juliana Cárdenas de Reyes y en la cual aparece la hijuela de los señores Jubal, Francisco Antonio, Miguel Angel, María Julia y María Inocencia Castelblanco Reyes, a quienes se adjudicó buena parte de la indicada finca de **Caicedos**, en su carácter de representantes legales de la señora Adelaida de las Mercedes Reyes, hija legítima de Juliana Cárdenas de Reyes.

c) Copia de un auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el veinte de agosto de mil novecientos treinta y cinco, en el juicio de sucesión de Mariano Parra Cadena, en virtud del cual se ordenó dejar en poder de los nombrados señores Castelblanco Reyes, como terceros poseedores, la misma finca de **Caicedos** a que se refiere este juicio.

d) La inspección ocular practicada por el Juez 2º del Circuito de Ramiriquí el cuatro de mayo de mil novecientos treinta y siete, en el presente juicio, en la cual inspección se identificaron los terrenos poseídos por los señores Castelblanco Reyes como pertenecientes a la finca vendida por Martín Reyes a Juliana Cárdenas.

e) Una abundante prueba testimonial, compuesta por las declaraciones juradas de los señores Laureano Cruz, Saturnino Huertas, Ireneo Guerrero, Andrés Vargas, Graciliano Galindo, Antonio Najar, Agapito Barreto, Remigia Moreno, Telmo Muñoz y varios otros, quienes declaran sobre la posesión material y diversos actos de dominio ejercidos en los terrenos de que se trata, primero por la señora Juliana Cárdenas de Reyes, desde cuando compró la finca de **Caicedos** a Martín Reyes, hasta su muerte, y luégo por sus herederos, los señores Castelblanco Reyes;

f) La propia confesión del actor en su demanda, quien señala a los demandados Castelblanco Reyes como poseedores de los respectivos lotes de terreno que pretende reivindicar.

Apreciadas en conjunto tales pruebas y teniendo en cuenta que el poseedor puede agregar a su posesión la de su antecesor en el dominio, conforme al artículo 778 del C. C., es evidente que aparece demostrada en autos la posesión de los demandados Castelblanco Reyes, unida a la de su antecesora Juliana Cárdenas, con justo título, por más de treinta años, o sea desde el 10 de abril de 1902, fecha de la venta que a ésta hizo Martín Reyes, hasta cuando se presentó la demanda, o sea el 13 de diciembre de 1935. Luego está cumplida con creces la prescripción adquisitiva ordinaria del dominio.

Se deduce de lo expuesto que debe prosperar la demanda de casación propuesta por el señor apoderado de los demandados Castelblanco Reyes, esto es, que debe casarse parcialmente la sentencia del Tribunal para reformarla en lo que corresponda, teniendo en cuenta las consideracio-

nes que se llevan hechas, las cuales sirven a la vez para fundamentar la resolución de instancia que habrá de dictarse.

Es de advertir que aunque el recurso de casación por la parte demandada fue interpuesto por el señor apoderado de todos los litigantes que componen esa parte, como los señores Delfín Mendoza y Ana Arcelia Mendoza no constituyeron apoderado ante la Corte, ni fundaron el recurso en forma alguna, no es el caso de entrar a estudiar si la prescripción está cumplida respecto de ellos, porque la sentencia del Tribunal debe quedar en firme con relación a los mismos.

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 PARCIALMENTE la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja con fecha seis de noviembre de mil novecientos treinta y nueve y previa revocatoria de la de primer grado dictada por el Juez 2º del Circuito de Ramiriquí el veinte de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, falla este pleito así:

1º No hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones impetradas en la demanda principal, y en consecuencia, se absuelve de los cargos formulados a los señores Francisco, Miguel Angel, María Julia, María Inocencia y Jubal Castelblanco Reyes y a los señores Delfín y Ana Arcelia Mendoza.

2º Declárase que los señores Francisco, Miguel Angel, María Julia, María Inocencia y Jubal Castelblanco Reyes han adquirido, por prescripción ordinaria, el dominio de los terrenos que se alinderan en la demanda presentada contra ellos por Félix León Molano y en la forma como éste sostiene allí que están poseídos por cada uno de los referidos demandados.

3º No hay lugar a hacer, y no se hace, la declaración a que se refiere el ordinal 2º anterior respecto de Delfín Mendoza y de Ana Arcelia Mendoza, con relación a los terrenos que ellos poseen.

4º Cancélese la inscripción de la demanda principal.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango— Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en ppdad.

ACCION DE PETICION DE HERENCIA.— QUE SE ENTIENDE POR HEREDERO PUTATIVO.

1.—El fundamento esencial de la acción de petición de herencia, consagrada en el artículo 1321 del C. C., es el derecho que tenga el demandante emanado de la calidad de heredero que compruebe como prevaleciente o simplemente concurrente respecto de la misma calidad que pretenda tener el ocupante de los bienes hereditarios. El título de heredero, esto es, la vocación hereditaria con que se demanda, debe ser probado, según la regla general reflejada en ese artículo, por el actor, quien debe acreditar con las probanzas que determina y reconoce la ley los vínculos de consanguinidad o parentesco necesarios si se presenta como heredero ab-intestato. Es la calidad de heredero en que se apoya el demandante, controvertida por el demandado heredero, lo que constituye la cuestión principal en esta especie de acción. Cuando la vocación hereditaria se hace provenir del parentesco natural, si la pretendida filiación de la persona que demanda o de quien pretende tener derecho de representación no se ha establecido en ninguna de las formas autorizadas por la ley antes de iniciar la acción de petición de herencia, y tal estado civil requiere la declaración judicial o el reconocimiento por parte del padre de acuerdo con la ley aplicable, como fue el caso que contempló la Corte en la sentencia de fecha 24 de mayo de 1939, el juicio adquiere la naturaleza y significado de una acción de investigación o declaración de paternidad en la cual es procedente y necesario el planteamiento de la cuestión relacionada con personería sustantiva o derecho del actor para instaurar o promover el juicio. 2.—De acuerdo con el artículo 1326 del C. C. el derecho de petición de herencia expira en treinta años, plazo correlativo al de la usucapión extraordinaria del derecho real de herencia (artículo 2533, C. C.), reducido a veinte por la ley 50 de 1936, con la excepción referente al heredero putativo consignada en el inciso final del artículo 766 del C. C., quien puede oponer a la acción de petición la excepción prescriptiva de usucapión ordinaria de término decenal a contar del decreto que le ha dado la posesión efectiva de la herencia. 3.—Se entiende por heredero putativo, como lo dice la ley, el solamente aparente que no es en realidad heredero, esto es, el que por estar en posesión material de una herencia pasa a los ojos de todos como auténtico heredero, siendo en verdad un mero ocupante sin verdadera vocación hereditaria. Este heredero aparente sin título de tal es el que goza de la situación excepcional que lo habilita para adquirir por prescripción ordinaria en el caso y circunstancias determinados en el artículo 766, contra el verdadero heredero, por razones jurídicas claramente visibles. Los herederos, en efecto, adquieren la posesión de la herencia por ministerio de la ley o de pleno derecho desde el momento en que se les defiere y aunque el heredero lo ignore (artículos 757, 783, 1013, C. C.). El heredero putativo, o sea el que aparenta serlo, no goza de la posesión legal de la herencia porque le falta el título de heredero, y por esta razón está sometido a que el verdadero heredero lo prive de la herencia que ocupa de hecho con el ejercicio de la acción de petición; no siendo en realidad heredero carece de justo título, de tal modo que está en incapacidad de usucapir ordinariamente y sólo la prescripción extraordinaria puede consolidar su situación irregular de heredero aparente. Pero este estado de derecho cambia fundamentalmente en el caso de que el heredero putativo haya obtenido la posesión efectiva de la herencia por de-

creto judicial, porque entonces y a partir de este evento, se convierte en poseedor regular y con el decreto que le sirve de título se pone en capacidad jurídica de adquirir el derecho de herencia por usucapión ordinaria (artículos 766, 2512, 2518 y 2533, C. C.). En esta situación, que es la contemplada y requerida en el inciso final del artículo 766 del C. C., la acción de petición de herencia se ventila en realidad entre dos poseedores de una misma herencai que pueden coexistir por virtud de la naturaleza especial que corresponde a la posesión legal del heredero; de un lado el putativo que invoca su calidad de poseedor ordinario con base en el decreto de posesión efectiva y alega su prescripción, y del otro, el verdadero heredero a quien corresponde la posesión legal y el dominio de la herencia. Fuera de este caso en que el heredero putativo puede oponer al verdadero dueño de la herencia la usucapión ordinaria, quien ocupa una herencia sin derecho no puede adquirirla por prescripción de diez años sino por la extraordinaria que excepcionalmente dentro de los derechos reales exige para el de herencia el artículo 2533 del C. C. 4.—En lo tocante a la devolución de frutos y mejoras, la ley identifica los efectos de la petición de herencia a los de la reivindicación, de modo que es procedente considerar la buena o mala fe del poseedor para determinar el alcance de la restitución según las normas del artículo 964 del C. C.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Los hechos que han originado el litigio y han servido de base a la acción y a las sentencias de instancia pueden resumirse así:

Manuela del Castilo falleció soltera en Sapuyes el día 17 de septiembre de 1896, dejando como hijos naturales a Nicanor, Cipriano, José Joaquín y Efigenia, concebidos y nacidos los tres varones en el lapso comprendido entre 1838 y 1858.

Nicanor falleció en Guachucal, donde tuvo su último domicilio, el 2 de julio de 1912, soltero, sin dejar ascendientes ni descendencia natural y antes que sus hermanos.

Por medio de escrituras públicas números 154 y 222 de 11 de marzo y 8 de abril de 1913 Cipriano vendió a su hermano Joaquín los derechos herenciales en la sucesión de su hermano Nicanor. A pedimento de José Joaquín se abrió la sucesión testamentaria de Nicanor, que luégo quedó sin efecto por haber sido declarado nulo el testamento en sentencia ejecutoriada.

Joaquín del Castillo murió en Tulcán el 23 de diciembre de 1921, dejando como hijos legitimados, entre otros, a Dolores y Felisa María del Castillo, demandantes en este juicio.

Muerta también Efigenia del Castillo, sus herederos, en el año de 1922, aceptando su herencia y en representación de su madre, iniciaron el juicio sucesoral **ab intestato** de Nicanor del Castillo y en él se hicieron adjudicar todos los bienes relictos, con prescindencia de los otros hermanos naturales del causante.

En estas condiciones han considerado los sucesores de Joaquín del Castillo que a ellos les corresponden dos tercios de la herencia de su tío Nicanor por la cuota herencial de su padre como hermano natural del muerto y por la correspondiente a Cipriano, vinculado con el mismo parentesco y de cuyos derechos fue cesionario su causante y que a los sucesores de Efigenia del Castillo sólo les corresponde el tercio restante de la herencia.

Por esta razón y con fundamento en los hechos enunciados, en libelo fechado el 18 de septiembre de 1934 y ante el Juzgado del Circuito de Túquerres, Dolores y Felisa María del Castillo, en representación de su padre Joaquín del Castillo y para su sucesión ilíquida, demandaron en juicio ordinario y con acción de petición de herencia a Pedro Antonio, María del Carmen, María Ester, Daniel, Teresa de Je-

sús, Manuel Bernardo, Marcia, Rosario y Floresmilo Benavides, en cuyo poder se encuentran los bienes herenciales de Nicanor del Castillo como sucesores legítimos de Efigenia del Castillo, hermana natural del de cujus, para que se le adjudique a la herencia de Joaquín del Castillo, ordenando su restitución a los demandantes, lo siguiente:

"Primero. Dos tercios de las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, y aun de aquellas que el extinto señor Nicanor del Castillo pudo haber sido mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hayan vuelto legítimamente a sus dueños.

Segundo. Dos tercios de todos los aumentos que con posterioridad a la muerte de don Nicanor haya tenido su herencia.

Tercero. Dos tercios de los frutos civiles y naturales producidos, o que los bienes relictos hubieren podido producir con mediana inteligencia y actividad a partir del día en que los demandados entraron a ocupar la herencia, para ello considerados como poseedores de mala fe.

Cuarto. De manera especialísima, dos tercios de los siguientes bienes raíces:

A) De la mitad de un globo de terreno y una casa de bahareque y paja ubicados en el municipio de Guachucal, conocidos con el nombre de "Alto de Chillanquer" y deslindados así: por el norte, con terrenos de Manuel T. Vela y herederos de Griselda Realpe; por el oriente, con el camino nacional que conduce de Guachucal a Túquerres; por el sur, la hacienda Arbela de doña Paulina León y propiedades de los herederos de Pastora Arellano; y por el occidente, con propiedades de estos mismos herederos, a dar al primer lindero, en todo zanja por medio;

B) De una casa de bahareque y paja situada en la población de Sapuyes y alinderada así: por el oriente, con la plaza; por el norte, con propiedades de Ciro Miño, Apolinar Delgado y Avelino Romero, cerco, calle y tapias por medio; por el occidente, con las de Demetrio Caicedo y Dolores del Castillo de Médicis, calle por medio; y por el sur, con las de Tobías Bastidas y Angela Benavides, cerco por medio;

C) De otra casa de bahareque y paja y solar adyacente situados en la población de Sapuyes y alinderados así: por el norte, con calle pública; por el oriente, con propiedades de Herminia Arévalo, cerco por medio; por el occidente, con las del municipio, cerco por medio; y por el sur, con las de la misma mortuoria, grada por medio.

D) De otra casa de la misma construcción y solar adyacente, situados en la propia población de Sapuyes y alinderados así: por el oriente, con terrenos de la misma mortuoria, calle por medio; por el norte, con las de Celia de Benavides y Nicanor Caicedo, cerca por medio; por el occidente, con calle pública; y por el sur, con propiedades de Damiana Cuascuarán y Efigenia Belalcázar, cerco por medio.

E) De un globo de terreno situado en el municipio de Sapuyes, conocido con el nombre de "El Lloradero" y alinderado así: por el oriente, con terrenos de José Aucú, zanja por medio; por el norte, con los del mismo Aucú y Ramón Piscala, zanja por medio; por el occidente, con resguardos poseídos por el indígena Abelardo Guastumal, callejón por medio; y por el sur, con el camino que conduce al molino de Daniel Díaz, zanja por medio.

F) De otro globo de terreno ubicado en el propio municipio de Sapuyes, conocido con el nombre de "El Gallinazo", y deslindados así: por el oriente, con terrenos de Juana Escobar y Pastora Benavides, zanja por medio; por el norte, con los de Griselda Urabano, Herminia Arévalo, de la misma mortuoria, del municipio de Sapuyes y de Martina Jiménez, grada y zanja por medio; y por el sur, con los de Juana Escobar, callejón por medio.

G) De otro globo de terreno ubicado en el mismo municipio de Sapuyes, conocido con el nombre de "El Tembladar" y alinderado así: por el norte, con los de la mortuoria, aguada por medio; por el occidente, con los de Masías Caicedo y José Zamorano, zanja y aguada por medio; y

por el sur, con los de Nicanor Castro, zanja por medio.

H) De otro globo de terreno situado en el propio municipio de Sapuyes, conocido con el nombre de "Chambuyán" y deslindado así: por el oriente, con terrenos de Carlos Urbano y Rosendo Caicedo, aguada por medio; por el norte, con los de Jesús Chaialpud, José María Benavides y el camino que conduce al monte; por el occidente, con los de Pedro Rojas y Tobías Guerrero, zanja por medio; y por el sur, con las de la misma mortuoria, aguada por medio.

Subsidiaria y condicionalmente, para el caso de que usted repute improcedentes las anteriores solicitudes, pedimos que la herencia del extinto señor Nicanor del Castillo, en los dos tercios susodichos, nos sea adjudicada a nosotras, personalmente, y que por tanto a nuestro favor sean expedidas las órdenes de restitución que dejamos impetradas por medio de las cuatro solicitudes anteriores".

Se opusieron los demandados a que se hicieran las declaraciones pedidas, alegando que debió demandarse la restitución separadamente respecto de cada uno por la parte de bienes que manejan independientemente. Aceptan los hechos que consultan su posición de herederos de Nicanor del Castillo y niegan los demás que se señalan como fuente de las pretensiones hereditarias de los actores, y propusieron, además, en la forma y oportunidad legales, demanda de reconvención para que se declare que las demandantes no son herederas de Nicanor del Castillo por derecho de representación ni de trasmisión por no ser hijas legítimas o legitimadas de Joaquín del Castillo; que no son herederas de Cipriano del Castillo por no haberse demostrado ser éste hijo natural de Manuela del Castillo, y que las contrademandantes tienen derecho preferencial y exclusivo a ocupar la herencia de Nicanor del Castillo por derecho de representación como descendientes legítimos de Efigenia del Castillo, hermana natural del muerto. Subsidiaria y condicionalmente se pide la herencia de Cipriano del Castillo para el caso "de que este individuo probare ser hijo natural de Manuela del Castillo" y siempre que no hubiere perdido su derecho a heredar a Nicanor del Castillo por haber intervenido en la confección de un testamento falso, y, finalmente, que deben restituír a la herencia de Nicanor del Castillo los frutos naturales y civiles que debieron producir los bienes de éste desde la delación de la herencia hasta cuando los contrademandantes fueron declarados sus herederos por el Juzgado 2º del Circuito de Ipiales, que avalúan en la suma de $ 2.000.

Se opusieron las actoras a las pretensiones de la contrademanda, negando algunos de sus hechos y aceptando otros, y trabada así la litis doble, fue desatada en primera instancia en sentencia del 10 de noviembre de 1939, en la cual se declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante, absolviendo en consecuencia a los demandados directos. También fueron absueltos los demandados en reconvención y no se hizo condenación en las costas del grado.

Sentencia acusada

Por haber apelado ambas partes del fallo del Juzgado subió el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, donde se decidió la segunda instancia en sentencia de 29 de noviembre de 1940, en la cual se confirmó la absolución de los demandados en reconvención y se falló sobre los pedimentos de la demanda directa, así:

"a) Declarar con derecho a recoger la herencia dejada por don Nicanor del Castillo en dos terceras partes a las señoritas Dolores y Felisa María del Castillo en calidad de herederas legítimas de Joaquín del Castillo;

"b) Pedro Antonio, María del Carmen, María Ester, Daniel, Teresa de Jesús, Manuel Bernardo, Marcia, Rosario y Floresmilo Benavides restituirán a la herencia de Joaquín del Castillo, representada por las demandantes Felisa y María Dolores del Castillo, los dos tercios de los bienes dejados por don Nicanor del Castillo, tan-

to corporales como incorporales, y aun de aquellos que era mero tenedor y que no han vuelto legítimamente a sus dueños;

"c) A restituír a la misma herencia de don Joaquín los dos tercios de los aumentos que hayan sufrido los bienes expresados con posterioridad a la muerte de don Nicanor, pero solamente a contar desde el día que entraron a manejarlos;

"d) A restituír los frutos naturales y civiles producidos o que hubiesen podido producir los bienes con mediana inteligencia y actividad a partir del día que les fueron entregados los bienes;

"e) De manera especialísima, a restituír los dos tercios sobre los bienes enumerados en la demanda, en la petición cuarta, y marcados con las letras A, B, C, D, E, F, G, y H, siempre y cuando sean los mismos que se dividieron en la partición judicial verificada en la sucesión de don Nicanor del Castillo, como bienes propios de éste.

"No se hace especial condenación en costas".

El defecto que el Juzgado del Circuito de Túquerres halló en referencia con la personería sustantiva de la parte actora consistió en que a los autos no se allegó la prueba del matrimonio de los padres de las demandantes, condición esencial para poder considerarlas como legitimadas, y en que no se acreditó tampoco la condición de hermano natural de Cipriano respecto del causante Nicanor del Castillo. Estas deficiencias probatorias, en concepto del tribunal, fueron subsanadas en el término correspondiente del segundo grado con las pruebas legales conducentes.

El proceso ofrece, fehacientemente establecidos, los elementos que legalmente determinan la prosperidad de la acción de petición de herencia, porque de ellos aparece la calidad de herederos con que accionan los demandantes y la circunstancia de estar la herencia reclamada en manos de los demandados, quienes la ocupan también en calidad de herederos del mismo causante. Ambas partes hacen emanar sus pretensiones hereditarias, como asignatarios del mismo grado, de la sucesión de Nicanor del Castillo en calidad de descendientes legítimos y por derecho de representación, los actores de su padre y de su madre los demandados, hermanos naturales ambos del causante Nicanor del Castillo.

Del análisis detallado y cuidadoso que el tribunal hace de las partidas de origen eclesiástico traídas a los autos y de los demás elementos de prueba legalmente aducidos deduce que están ampliamente acreditados los distintos estados civiles y calidades a que se alude en los hechos fundamentales de la demanda. De este estudio probatorio resultan establecidas las siguientes conclusiones básicas del fallo acusado:

Manuela del Castillo fue madre de Nicanor, Joaquín, Cipriano y Efigenia del Castillo, porque los concibió y dio a luz siendo soltera en el lapso comprendido entre los años de 1838 y 1858 fue madre natural de ellos de acuerdo con la legislación civil española que entonces regía en el país. Según las leyes de Partidas y la Ley XI de Toro, que rigieron por disposición de la Carta de 1921 hasta julio de 1871 en que se adoptó para el Estado Soberano del Cauca el código civil chileno, tenían la calidad jurídica de hijo natural los habidos por mujeres que al tiempo de la concepción eran solteras o viudas, sin necesidad de reconocimiento. "Si ha de tenerse en cuenta —dice la sentencia— estas leyes que regían en aquel tiempo, ha de concluirse que doña Manuela del Castillo que fue soltera y así murió sin descendencia legítima, calidad que no se discute porque no hay prueba en contrario y porque está admitida por los mismos demandados, sus cuatro hijos expresados deben ser tenidos como sus hijos naturales".

Los cuatro citados hijos de Manuela del Castillo eran entre sí hermanos naturales con derechos sucesorales. Pero muerto Nicanor sin dejar ascendencia ni descendencia, sus hermanos naturales lo suceden **abintestato.** Joaquín del Castillo

dejó entre sus hijos legitimados a Felisa y Dolores del Castillo, demandantes en este juicio, con derecho a la herencia de su padre y en su representación a la de su tío Nicanor. Cipriano vendió sus derechos herenciales en la sucesión de Nicanor a su hermano Joaquín, a cuya herencia corresponden, por tanto, dos terceras partes. "Y como cuando murió don Nicanor —concluye la sentencia— (1912) ya estaban en vigencia las leyes del actual código civil, la sucesión ha de arreglarse y liquidarse de acuerdo con ellas, las cuales dan derecho a heredar a los hermanos naturales cuando el causante no deja descendencia legítima ni natural, ni ascendencia natural como pasó con don Nicanor del Castillo. Entonces de acuerdo con el artículo 1050, inciso 4º del C. C., la herencia corresponde por iguales partes a sus hermanos naturales cuando el causante no deja cónyuge ni tiene hermanos carnales. Y así su herencia debe dividirse en tres partes: una para cada hermano natural; pero como Joaquín comprobó la porción de su hermano Cipriano, les corresponde otra parte a sus representantes, quienes deben llevar las dos terceras partes, como así se solicitó en la demanda".

Adoptadas estas conclusiones y razonamientos, resulta clara la desestimación que el tribunal hizo de los pedimentos de la contrademanda.

El recurso

La parte demandada interpuso oportunamente contra la sentencia definitiva que se acaba de resumir el recurso de casación que hoy decide la Corte por estar legalmente preparado, y que en su hora fundó el recurrente en demanda en que formula varios cargos todos con apoyo en el motivo primero del artículo 520 del C. J., que la Sala pasa a considerar en su orden de presentación.

a) El tribunal violó de manera directa los artículos 403 y 404 del C. C., y por aplicación indebida los artículos 1008 y 1321 de la misma obra y el 6º de la Ley 45 de 1936, porque la demanda de este juicio versa en definitiva sobre un estado civil, ya que se persigue que se declare la filiación natural de José Joaquín, Cipriano y Nicanor del Castillo respecto de su supuesta madre natural Manuela del mismo apellido y para esto es evidente que carecen las demandantes de derecho, acción o facultad, pues tales juicios deben surtirse con el legítimo contradictor que determina la ley. Muertos los interesados directos, esto es, la madre y sus pretensos hijos naturales, sus descendientes no pueden demandar la declaración de la filiación natural que ellos no promovieron en vida y de cuya acción eran ellos los únicos dueños, como lo sostuvo la Corte en sentencia de casación civil de fecha 24 de mayo de 1939.

Se considera el cargo.

La acción deducida en este juicio y sobre la cual recayó la sentencia que se acusa es la de petición de herencia, consagrada en el artículo 1321 del C. C. en favor de quien probare su derecho a una herencia ocupada por otro en calidad de heredero, para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales y las de que el difunto era mero tenedor y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños. El fundamento esencial de esta acción, según aparece estructurada en la ley, es el derecho que tenga el demandante emanado de la calidad de heredero que compruebe como prevaleciente o simplemente concurrente respecto de la misma calidad que pretenda tener el ocupante de los bienes hereditarios. El título de heredero, esto es, la vocación hereditaria con que se demanda, debe ser probado, según la regla general reflejada en el art. 1321 citado, por el actor, quien debe acreditar con las probanzas que determina y reconoce la ley los vínculos de consanguinidad o parentesco necesarios si se presenta como heredero abintestato. Es la calidad de heredero en que se apoya el demandante, contravertida por el demandado heredero, lo que cons-

tituye la cuestión principal en esta especie de acción.

Cuando la vocación hereditaria se hace provenir del parentesco natural, si la pretendida filiación de la persona que demanda o de quien pretende tener derecho de representación, no se ha establecido en ninguna de las formas autorizadas por la ley antes de iniciar la acción de petición de herencia, y tal estado civil requiere la declaratoria judicial o el reconocimiento por parte del padre de acuerdo con la ley aplicable, como era el caso que se contempló por esta Sala en la sentencia que cita el recurrente, el juicio adquiere la naturaleza y significado de una acción de investigación o declaración de paternidad en la cual es procedente y necesario el planteamiento de la cuestión relacionada con personería sustantiva o derecho del actor para instaurar o promover el juicio. "En un caso como el presente escribió la Corte en la precitada sentencia de casación en que se niega y discute una filiación natural que no ha llegado al proceso jurídico preestablecida según las reglas legales y sobre cuya existencia se asienta el pretendido derecho a suceder, es evidente que lo esencial y predominante es la acción sobre el estado civil, puesto que el aspecto meramente patrimonial o pecuniario que tiene la petición de herencia es apenas una consecuencia del pleno y legal establecimiento de aquella relación de consanguinidad extramatrimonial".

El caso que hoy ocupa la atención de la Corte es bien distinto, porque la filiación natural de las personas de quienes descienden las dos partes litigantes y en cuya representación demandan, lo mismo que la del causante de la herencia en que quieren participar, se presenta como un estado civil legal, perfecta e irrevocablemente adquirido por ellos durante su vida. Esta filiación natural, fuente y fundamento de la vocación hereditaria que alegan ambas partes, ha llegado, pues, a este proceso jurídicamente preestablecida según las leyes de su época, de modo que la obligación del actor que la alega se reduce a establecerla probatoriamente en autos. En estas condiciones no estando planteado el pleito en forma que el título de heredero con que se demanda dependa de declaración judicial sobre filiación natural de nadie, no sería procedente dar aplicación a las normas legales y de doctrina que corresponden a las acciones propiamente de estado relativas a la filiación natural, a que hace alusión el recurrente.

Al extractar la motivación del fallo acusado, al comienzo de esta decisión, se destacó el concepto del tribunal sobre que Nicanor, Cipriano, Joaquín y Efigenia del Castillo eran entre sí hermanos naturales por ser todos hijos naturales de Manuela del Castillo, según las leyes civiles sustantivas coetáneas al hecho de la concepción, que hacía parte de la legislación española que extendió su imperio hasta época que abarca el nacimiento del último de los citados hijos de la del Castillo. Afirma la sentencia, en efecto, que respecto de la madre tanto en la ley de las Siete Partidas como en la de XI de Toro se conservó la calidad y denominación de hijo natural, con derechos sucesorales, a los habidos por mujeres que al tiempo de la concepción eran solteras o viudas, y por efecto del mero nacimiento, sin necesidad de que interviniera reconocimiento de la madre. Acerca de esta conclusión del sentenciador nada se observa en la demanda, y sería improcedente proponer el estudio sobre violación de preceptos legales de imperio abolido.

Este estado civil determinado por el hecho incontrovertible de que Manuela del Castillo tuvo hijos con anterioridad al año de 1860, siendo soltera, lo que creó para éstos legalmente en su día la calidad jurídica de donde arrancan las pretensiones herenciales de demandantes y demandados en este juicio, subsiste como cuando nació, cualesquiera que sean las nuevas condiciones que legalmente se exijan para su validez y adquisición bajo un nuevo régimen jurídico. Así lo manda la regla consignada en el art. 20 de la Ley 153 de 1887, conforme a la cual el estado civil

de las personas, adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida. "Donde quiera que el código civil hable de hijos naturales —según lo ha dicho la Corte—, debe entenderse que se trata no sólo de los que han adquirido ese estado por reconocimiento expreso y auténtico, de conformidad con el código y leyes posteriores, sino también de los que lo adquirieron de acuerdo con la legislación española o con las leyes particulares de algunos de los extinguidos Estados de la Unión Colombiana, aunque sus padres hayan muerto en vigencia de la nueva legislación sin hacer reconocimiento auténtico". (G. J. Tomo XXIV pag. 118).

Las consideraciones que se llevan expuestas engloban todos los aspectos del cargo que se estudia y ponen de manifiesto su carencia de fundamento legal, por lo cual se rechaza.

b) En este segundo cargo se señalan como infrigidos los artículos 395, 1769, 1321 del C C., 607 del C. J. y 7º de la ley 95 de 1890 como consecuencia de los errores de derecho que en seguida se expresan y en que incurrió el Tribunal en la apreciación de algunos elementos probatorios:

Al darle a la confesión de los demandados valor de plena prueba del estado civil. Se refiere aquí el recurrente al siguiente pasaje de la sentencia: "Los demandados admiten que Nicanor y Efigenia del Castillo son hijos naturales de Manuela, por cuyo aspecto este estado civil así como la calidad de soltera que tenía doña Manuela no son materia de discusión".

Al tener la partida de nacimiento de José Joaquín del Castillo como demostrativa de la calidad de hijo natural, pues ella no contiene tal declaración sino que expresa solamente que es hijo de Manuela del Castillo sin calificar la filiación como simplemente ilegítima, natural o legítima.

No resultan fundados, confrontándolos con las voces de la sentencia y los datos del proceso, estos dos errores de derecho en la apreciación probatoria. No se interpreta exactamente el pensamiento del sentenciador al decir que tuvo la confesión como prueba hábil de estado civil, porque no hay duda, de que la idea, incuestionablemente acertada, que quiso expresar el Tribunal, fue la de que siendo el estado civil de Nicanor y Efigenia la fuente de las pretensiones hereditarias disputadas y enfrentadas en la litis, la base mutuamente consentida y acordada del pleito, era en realidad una cuestión al margen de la discusión en el debate sobre derechos en la cuestión de Nicanor. Los litigantes que forman las partes en este juicio, como ya se ha dicho varias veces, vinculan sus derechos a la herencia de Nicanor del Castillo en su calidad de descendientes legítimos y en el lugar de sus padres quienes lo sucedían abintestato como hermanos naturales. La calidad de hermanos naturales entre el muerto y los ascendientes a quienes representan los litigantes se funda en que todos fueron hijos de Manuela del Castillo bajo una legislación que por ese sólo hecho les daba la condición de naturales, respecto de la madre, y el nacimiento de Nicanor en estas circunstancias está acreditado con la partida correspondiente de origen eclesiástico. (F. 4 cuand. Nº 1). Por lo demás, la acusación es inaceptable porque va contra los propios intereses y conveniencias de la parte que la formula, pues de prosperar se esterilizaría la fuente de los derechos que defienden en el pleito los sucesores de Efigenia del Castillo.

Respecto de la calidad de soltera que tenía Manuela del Castillo, también fundamento común de los derechos en controversia, y como tal fuera de la discusión, es elemento que debe presumir al hacer la calificación del estado civil para que quien lo impugne produzca la prueba en contrario, como lo tiene establecido la jurisprudencia. Es de anotar al margen de este cargo que también pugna con el interés jurídico de quien los formula.

La ausencia de calificativo jurídico de la filiación en la partida de bautizo de Jo-

sé Joaquín (f. 5 cuad. Nº 1), que hace referencia solamente a que es "hijo de Manuela Castillo, blanca soltera", no es constitutivo de ninguna tara legal. No se equivocó el Tribunal en la apreciación de esta prueba, porque de ella no dedujo sino la verdad de que el nacido lo era de determinada mujer, y en esto obró dentro de las reglas del derecho probatorio. Lo demás, la calidad jurídica de natural de esa filiación la fundó en los preceptos de las leyes españolas vigentes entonces y generadoras del estado civil definitivamente adquirido como se ha visto.

Otro error de derecho le imputa el recurente al Tribunal en la apreciación de esta partida, y que él denomina error de derecho en cuanto al espacio. Lo hace consistir en que constando en ella que José Joaquín nació en San Gabriel, República del Ecuador, el 30 de abril de 1839, su estado civil debe estudiarse a la luz de la legislación ecuatoriana vigente en aquel año y no a la de la colombiana o neogranadina, por lo cual violó el art. 1321 del C. C., el 7 de la ley 95 de 1890, 57 del C. P. y M. y las cláusulas II, L y LI del tratado con el Ecuador aprobado por la ley 13 de 1905, las dos últimas por haberse traído a los autos la citada partida en forma irregular.

Tampoco encuentra la Sala que este reparo sea fundado, porque aun aceptando la calidad de extranjero para José Joaquín, cosa ésta no planteada en el juicio y sólo presentada ahora en la demanda de casación, no se abre campo a la posibilidad de las infracciones legales señaladas. Se ha repetido, en efecto, que las vocaciones hereditarias en que se apoyan las partes en esta acción de petición de herencia arrancan o provienen de la hermandad natural, que las vinculaba con Nicanor del Castillo, causante de la herencia disputada, y que la condición de hermanos naturales en que estuvieron Nicanor, Joaquín, Cipriano y Efigenia fue consecuencia de haber sido Manuela del Castillo la madre natural de los cuatro en conformidad con el derecho colombiano de la época, de modo que fallecido uno de ellos tienen derecho a heredar los sobrevivientes por sí o por medio de sus representantes. La posible nacionalidad ecuatoriana de Joaquín no altera la situación jurídica que le ha dado el Tribunal a la sucesión de Nicanor, porque en virtud del principio de la igualdad jurídica que constitucional y legalmente rige para los derechos civiles de colombianos y extranjeros, éstos son llamados a las sucesiones abintestato abiertas en Colombia de la misma manera y según las mismas reglas que los nacionales, con sujeción a las leyes de la República. (arts. 10 de la C N., 1012 y 1053 del C. C.)

Ninguna cuestión ve la Sala en torno de la situación jurídica que corresponde a José Joaquín del Castillo en la sucesión de su hermano Nicanor, ni en este pleito de petición de herencia, que dé oportunidad y pertinencia a la cita de cláusulas del tratado colombo-ecuatoriano del 18 de junio de 1903 sobre derecho internacional privado aprobado por la ley 13 de 1905, cuyo quebranto no daría base quizá al recurso de casación, porque no hay en este caso ningún problema relacionado con aplicación de leyes civiles de estos dos países. Acerca de la manera como han llegado al proceso las partidas de bautizo y defunción de José Joaquín del Castillo no se observa ninguna irregularidad que pudiera afectar el valor de convicción que legalmente les corresponde como demostrativas del hecho del nacimiento, acaecido en San Gabriel, y de la muerte, ocurrida en Tulcán, por las ambas partidas, presentadas con la demanda, exhiben las autenticaciones de las autoridades ecuatorianas y la del correspondiente Agente Consular de Colombia, en forma que satisface las exigencias y requisitos del artículo 1º de la ley 39 de 1933, reformatoria del código judicial.

Impertinente es la cita del art. 7º de la ley 95 de 1890 entre las disposiciones que se dicen infringidas, porque el parentesco natural que la sentencia deduce y a que se ha hecho reiterada referencia, lo conside-

ró establecido el Tribunal en virtud de leyes que tuvieron y perdieron su imperio con mucha anterioridad al año de 1890, según se dejó establecido.

Afirma también el recurrente, al final del capítulo destinado a fundar este cargo, que el Tribunal erró al apreciar la prueba sobre el estado civil de Cipriano del Castillo, violando los arts. 395 del C. C. y 632 del C. J. al tener como prueba de la filiación natural de este individuo la mención que de tal estado se hace en la partida probatoria de su defunción, y al aceptar la prueba por posesión notoria de ese estado de hijo natural, cosa jurídicamente imposible entonces y sólo establecida por innovación del art. 6º de la ley 45 de 1936.

La lectura y consideración de la parte de la sentencia acusada en que el Tribunal analizó la prueba demostrativa de que Cipriano del Castillo fue hermano natural de del de cujus Nicanor del mismo apellido no revela ningún fundamento para la pretendida ilegalidad que se le imputa. Allí está dicho que en la primera instancia sólo se trajo a los autos la partida visible al f. 2 del cuaderno principal, presentada con la demanda, expedida por el cura párroco de Pupiales, en que consta que el 26 de abril de 1913 falleció Cipriano del Castillo, "hijo natural de Manuela del Castillo, de edad de unos sesenta y cinco años!", y que fue en el segundo grado del juicio, después de indagar sobre el lugar de nacimiento de Cipriano y presentar certificados notariales y eclesiásticos de Túquerres, Ipiales, Guachucal y Sapuyes sobre la inexistencia de la partida de su nacimiento en los archivos de estas ciudades, cuando se autorizó la prueba de la posesión notoria de hijo de Manuela del Castillo, advirtiendo que la falta de prueba supletoria directa sobre el hecho mismo del nacimiento no era posible obtenerla a consecuencia de la lejana antigüedad de ese hecho.

Como se ve, el Tribunal no admitió la prueba sobre la posesión notoria del estado de hijo sino después de que tal medio probatorio se hizo aceptable y justificable con la demostración de que faltaban los documentos o partidas ordinarias sobre el bautizo de Cipriano del Castillo y de que no era posible producir la prueba supletoria directa sobre el hecho de su nacimiento, y tal manera de proceder se acomoda a la regla contenida en el artículo 395 del C. C., que se pretende infringido. La prueba que se estimó al respecto no fue precisamente de posesión notoria del estado de hijo natural, sino simplemente del hecho de la filiación materna, que por haber ocurrido, según las pruebas, alrededor de 1848, era natural según las leyes españolas que regían, lo mismo que aconteció respecto de los otros nombrados hijos de Manuela del Castillo. No es exacto, por lo que hace al otro extremo de este cargo, que el Tribunal le haya dado a la partida de defunción de Cipriano mérito de prueba de su nacimiento; lo que hizo fue anotar, como prueba corroborante, la referencia que en este documento auténtico se hizo a que el muerto era hijo natural de Manuela del Castillo, lo mismo que con otros elementos probatorios indirectos que cita la sentencia.

No resulta, pues, fundado ninguno de los cargos sobre los errores en la apreciación probatoria que acaban de ser considerados.

c) Conjuntamente se estudian las acusaciones que forman los capítulos tercero y cuarto de la demanda de casación por referirse ambos a la prescripción opuesta por los demandados como excepción, declarada no probada en la sentencia del Tribunal. Se acusa aquí el fallo como violador de los artículos 765, 766, 769, 1326, 2527, 2528, 2529, 2533, 2641, 2653 y 2654 del C. C. en que incurrió el sentenciador al negar a los demandados su condición jurídica de herederos putativos en la parte de la herencia pretendida por los actores, y usucapientes, por tanto, al tenor del inciso final del artículo 766 del Código Civil, y como consecuencia, además, del error de derecho cometido por el Tribunal al negarle mérito probatorio a las hijuelas expedidas a favor de los demandados en la partición herencial de Nicanor del Casti-

llo con el pretexto de que están mal registradas, y con las cuales se demuestra la posesión regular por el lapso de la prescripción ordinaria.

Se considera.

De acuerdo con el artículo 1326 del C. C. el derecho de petición de herencia expira en treinta años, plazo correlativo al de la usucapión extraordinaria del derecho real de herencia, (artículo 2533 C. C.) reducido a veinte por la Ley 50 de 1936, con la excepción referente al heredero putativo consignada en el inciso final del artículo 766 del C. C., quien puede oponer a la acción de petición la excepción prescriptiva de usucapión ordinaria de término decenal a contar del decreto que le ha dado la posesión efectiva de la herencia.

Se entiende por heredero putativo, como lo dice la ley, el solamente aparente que no es en realidad heredero, esto es, el que por estar en posesión material de una herencia pasa a los ojos de todos como auténtico heredero, siendo en verdad un mero ocupante sin verdadera vocación heheditaria. Este heredero aparente sin título de tal es el que goza de la situación excepcional que lo habilita para adquirir por prescripción ordinaria en el caso y circunstancias determinados en el artículo 766, contra el verdadero heredero, por razones jurídicas claramente visibles. Los herederos, en efecto, adquieren la posesión de la herencia por ministerio de la ley o de pleno derecho desde el momento en que se les defiere y aunque el heredero lo ignore (artículos 757, 783, 1013 C. C.). El heredero putativo, o sea, el que aparenta serlo, no goza de la posesión legal de la herencia porque le falta el título de heredero, y por esta razón está sometido a que el verdadero heredero lo prive de la herencia que ocupa de hecho con el ejercicio de la acción de petición; no siendo en realidad heredero carece de justo título, de tal modo que está en incapacidad de usucapir ordinariamente y sólo la prescripción extraordinaria puede consolidar su situación irregular de heredero aparente. Pero este estado de derecho cambia fundamentalmente en el caso de que el heredero putativo haya obtenido la posesión efectiva de la herencia por decreto judicial, porque entonces y a partir de este evento, se convierte en poseedor regular y con el decreto que le sirve de título se pone en capacidad jurídica de adquirir el derecho de herencia por usucapión ordinaria (artículos 766, 2512, 2518 y 2533 C. C.). En esta situación, que es la contemplada y requerida en el inciso final del artículo 766 del C. C., la acción de petición de herencia se ventila en realidad entre dos poseedores de una misma herencia que pueden coexistir por virtud de la naturaleza especial que corresponde a la posesión legal del heredero: de un lado el putativo que invoca su calidad de poseedor ordinario con base en el decreto de posesión efectiva y alega su prescripción, y del otro, el verdadero heredero a quien corresponde la posesión legal y el dominio de la herencia. Fuera de este caso en que el heredero putativo puede oponer al verdadero dueño de la herencia la usucapión ordinaria, quien ocupa una herencia sin derecho no puede adquirirla por prescripción de diez años sino por la extraordinaria que excepcionalmente dentro de los derechos reales exige para el de herencia el artículo 2533 del C. C.

Aplicando estos principios legales al caso de estudio se ve clara y perfecta la razón con que el Tribunal de Pasto desechó la excepción perentoria de prescripción ordinaria que propusieron los demandados, porque es evidente que éstos no tienen la calidad jurídica de herederos putativos que es condición esencial para la aplicabilidad del artículo 1326 en relación con el 766 del C. C. Los demandados han sido llamados a este litigio en su comprobada condición de herederos legítimos, por derecho de representación, de Nicanor del Castillo, y su vocación hereditaria, fundamento de la litis, no ha sido negada ni desconocida por las demandantes, que se han limitado a demandar, como herederos de igual título, su cuota herencial ocupada por los demandados sin derecho, pero no como herederos putativos propiamente.

No siendo procedente, por lo ya dicho,

la excepción de prescripción ordinaria alegada por los demandados, huelga la consideración del cargo relacionado con errores de derecho en la apreciación de los títulos o hijuelas de la partición de Nicanor del Castillo, aducidos por los demandados en comprobación del término decenal para la usucapión pretendida. El registro defectuoso de estos títulos aparece como una segunda razón aducida por el Tribunal para negar la excepción de que se trata, de modo que subsistiendo la primera y principal como suficiente soporte del fallo en esta parte, no hay objeto en el análisis de este extremo.

d) En el cápítulo final de la demanda se acusa la sentencia por violación del artículo 964 del C. C., porque siendo los demandados, como está reconocido en la propia sentencia, poseedores de buena fe, no se justifica la condena a "restituír á la herencia de don Joaquín los dos tercios de los aumentos que hayan sufrido (sic) los bienes expresados con posterioridad a la muerte de don Nicanor, pero solamente a contar desde el día que entraron a manejarlos", ni la de "restituír los frutos naturales y civiles producidos o que hubiesen podido producir los bienes con mediana inteligencia y actividad a partir del día que les fueron entregados los bienes".

Se considera.

Respecto a los aumentos que haya tenido la herencia con posterioridad a la muerte del de cujus, distintos de los frutos y de las mejoras, y referentes a incrementos de la herencia por accesión o por mayor valor que han ganado las cosas por naturaleza o por transcurso del tiempo, no se ve cómo el Tribunal haya incurrido en violación porque en esta parte la sentencia se limitó a dar aplicación a la regla del artículo 1322 del C. C., que gobierna especialmente el fenómeno de los aumentos en las restituciones a que da lugar la prosperidad de la acción de petición de herencia.

Y por lo que hace a la devolución de frutos y mejoras, la ley identifica los efectos de la petición de herencia a los de la reivindicación, de modo que es procedente considerar la buena o mala fe del poseedor para determinar el alcance de la restitución según las normas del artículo 964 del C. C., y en esta condición es fundado el reparo que formula el recurrente por abarcar la obligación restitutoria a que se condena a los demandados tiempo anterior a la contestación de la demanda, siendo cierto, como lo apunta, que el mismo Tribunal dice, refiriéndose a la manera posesoria de los demandados, "que en todo han procedido de buena fe". Esta calidad de la posesión, aunque no hubiera sido expresamente reconocida por el sentenciador, no apareciendo prueba completa de mala fe, habría que presumirla legalmente. Se impone, pues, como consecuencia de esto, una breve y parcial reforma al fallo acusado.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto de fecha 29 de noviembre de 1940, en el sentido y con el exclusivo objeto de limitar la obligación de restituír los frutos a que se refiere la letra d) desde la contestación de la demanda. En todo lo demás queda vigente.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la G. J. y devuélvase oportunamente al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Fulgencio Lequerica Vélez—Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO PENAL

ENJUICIAMIENTO POR INTERVENCION EN LA POLITICA

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

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

Al doctor Jorge Fidel Fory, cuando desempeñaba el cargo de Juez Civil del Circuito de Puerto Tejada, se le denunció por delitos contra el sufragio e intervención en la política.

Perfeccionada la respectiva investigación, el Tribunal Superior de Popayán la calificó, dictando sobreseimiento definitivo en favor del sindicado.

De tal providencia se apartó el Magistrado doctor José G. Vargas, quien salvó su voto, y de ella apeló el Fiscal de dicha entidad, razón por la cual se hallan los autos en la Corte.

Para resolver el recurso, cumplida como está la tramitación propia de la segunda instancia, se considera:

Los señores Benjamín Mejía Angel y Julio Barona M., Presidente y Vicepresidente, respectivamente, del Jurado Electoral de Puerto Tejada, en oficio de 20 de marzo de 1939 dijeron al Director de Justicia del Ministerio de Gobierno lo siguiente:

"... Permitímonos informarle Juez Circuito ésta realizó ayer, momento elecciones, actos de coacción política más descarados cuanto puedan creerse. Después haber empleado tiempo Estado págale para administrar justicia dictando conferencias políticas en todos los pueblos del norte del Cauca contra gobierno, coronó su profanación alto cargo desempeña arrebatando por la fuerza a los electores iban contra la facción cuyo triunfo perseguía Jorge Fidel Fory como Juez ésta no es garantía imparcialidad requiérese sino amenaza para intereses ciudadanía. Estamos dispuestos suministrar pruebas exíjansenos". nos".

Llamado a declarar Mejía Angel expresó que el día de las elecciones para diputados a la asamblea y representantes a la cámara verificadas en Puerto Tejada el 19 de marzo de 1939, había visto al Juez doctor Fory cambiar papeletas a algunos votantes, a quienes no determinó.

Barona M. no incrimina en este particular al doctor Fory. De su declaración se hablará al examinar el cargo hecho a éste sobre intervención en la política.

El acusado en su indagatoria negó haber desarrollado el día de las elecciones actividad distinta a la de depositar su voto y para demostrarlo citó como testigos a Pablo Adolfo Zamora, Heliodoro López París, Eliécer Arrechea, Aurelio Barona y Nicolás Mosquera.

Estos señores en sus deposiciones sacan verdadero al doctor Fory. Su actividad, según ellos, fue la de simple espectador del curso de las votaciones.

Existe, pues, un solo testimonio de cargo (el del señor Mejía Angel) contradicho por las declaraciones de quienes niegan toda participación del doctor Fory en los actos de coacción electoral que se le atribuyeron. Por tanto, resulta legal el sobreseimiento dictado al respecto, toda vez

que al acusado favorece la duda que surge en tales circunstancias.

En cuanto a la imputación relativa a intervención en la política, de autos aparecen las siguientes pruebas:

El telegrama que el Alcalde de Corinto dirigió al Gobernador del Cauca, concebido en estos términos:

"Corinto, febrero 8 de 1939—Gobernador—Popayán—Número 53—Domingo pasado tres a cuatro tarde dictó conferencia política en este lugar el doctor Jorge Fidel Fory. Refiérome suyo 156—Servidor, Gerardo Medina L., Alcalde".

Al ratificar Medina L. lo dicho en el telegrama transcrito, se expresa así en declaración de folio 52 v. del cuaderno primero:

"... Es verdad que el día domingo cinco de febrero de 1939, como a eso de las tres o cuatro de la tarde poco más o menos, el doctor Jorge Fidel Fory, dictó desde los balcones de la casa municipal de Corinto una conferencia política, la cual fue oída por muchas de las personas que habían concurrido al mercado que se celebra en esa población el dicho día domingo. El doctor Fory fue acompañado de varios otros oradores entre los cuales recuerdo al doctor Sofonías Yacup".

El doctor Yacup, citado en la anterior deposición, no niega el hecho relatado por el testigo Medina. En su declaración se limita, como lo anota en su vista el Procurador, a decir "que no recordaba con precisión si el domingo 5 de febrero de 1939 el doctor Fory hubiera dictado una conferencia de carácter político desde los balcones de la casa municipal de Corinto, pues cuando el doctor Yacup estuvo en esa población y dirigió la palabra al pueblo, eran muchas las personas que lo acompañaban y fueron varios los oradores, sin poder precisar en el momento sus respectivos nombres y apellidos".

Y, por último, la declaración del señor Julio Barona M., atrás mencionada. Refiere este testigo que el Juez doctor Fory tomó parte en el debate preelectoral para las elecciones del 19 de marzo de 1939, llegando su intervención "hasta el punto de dictar conferencias públicas sobre ese tópico". Al preguntársele si sabía cuántas conferencias había dictado el doctor Fory, en qué lugares, en qué fechas y sobre qué tema especial, contestó:

"Conozco de dos, una que oí dictar desde mi casa de habitación, en Puerto Tejada; otra que me dijo don Luis Chaux, vecino de Miranda, que había dictado en Padilla; no recuerdo las fechas pero sí fue en los meses de febrero y marzo de 1939. El tópico no lo puedo declarar, puesto que soy conservador, y no me interesaba ese debate".

El señor Chaux, a que se refiere Barona, resultó ser testigo de mera referencia.

Las pruebas demuestran la intervención política del Juez doctor Fory. Su valor no puede desconocerse por el hecho de que los testigos no reproduzcan el texto de los discursos. Basta considerar que los deponentes afirman que se dictaron conferencias políticas, y no hay motivo alguno para dudar que éstas no fueran de carácter político.

De consiguiente, resultan inaceptables los siguientes apartes del auto apelado:

"Es claro, que los testigos no están, por lo general, en capacidad de referir textualmente palabras o frases que pudieran oír en actos públicos de esta índole, pero por lo menos sí deben ellos dar razón fundada de sus afirmaciones y exponer los temas que pudo tratar el sindicado en una conferencia de carácter público. Si se ha acreditado en los autos que en realidad el doctor Fory habló públicamente en Corinto, no se ha comprobado que abordara temas políticos de aquellos que la ley considera como infracción penal, y es por este concepto por lo que debe dictarse un sobreseimiento definitivo en armonía con lo preceptuado por el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal".

Refutando el párrafo copiado, dice la Procuraduría:

"Estima este despacho que son por lo menos rebuscados y pueriles los considerandos del Tribunal para poder llegar a la conclusión del sobreseimiento, pues parece lógico pensar que tratándose de una

época preeleccionaria y estando demostrado que hubo reuniones públicas en que tomaron parte diversos oradores políticos, el doctor Fory no podía pronunciar discursos tendientes a arengar las multitudes sobre urgencias artísticas, o a ilustrarlas sobre temas científicos o religiosos, porque semejante actitud sería estrambótica, por disonante o inadecuada".

En términos parecidos se pronuncia el Magistrado disidente doctor Vargas. En su salvamento de voto observa que "el concepto fiscal que transcribe el fallo fue emitido cuando aún no se había recogido el testimonio del señor Gerardo Medina L". Entonces pidió el agente del ministerio público sobreseimiento definitivo, pero una vez allegada dicha declaración el fiscal varió de parecer y solicitó llamamiento a juicio.

En resumen: si el Juez doctor Fory "habló públicamente en Corinto", hecho que admite el Tribunal, sin duda con fundamento en los testimonios de cargo, es preciso admitir también lo que esos testimonios dicen acerca del carácter político del discurso. Esta prueba no ha sido desvirtuada en forma alguna y por el contrario hay dos circunstancias que la corrobora, como son el lugar público y la época de actividades electorales en que ocurrió el hecho que los declarantes afirman. Además, la investidura oficial de los testigos, Alcalde Municipal el uno y Vicepresidente del Jurado Electoral el otro, es factor que da mayor credibilidad a sus aseveraciones.

La intervención política de los empleados o funcionarios públicos está prevista como infracción penal por el artículo 180 del estatuto de 1936, bajo cuya vigencia se realizó aquélla.

Y como en el presente caso están reunidos los elementos exigidos en el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), es de rigor dictar auto de proceder.

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 de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el sobreseimiento definitivo apelado respecto al delito contra el sufragio, y lo REVOCA en cuanto a la intervención en la política, abriendo, en consecuencia, causa criminal contra el doctor **Jorge Fidel Fory** por alguna de las infracciones de que trata el Capítulo VI, Título III, Libro II del Código Penal, cometida cuando ejercía el cargo de Juez Civil del Circuito de Puerto Tejada.

Hágase saber al procesado el derecho que tiene de nombrar defensor que lo represente en el juicio.

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

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diecisiete de abril de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

Por auto de 20 de agosto del año próximo pasado, la Corte enjuició al doctor Jorge Fidel Fory por la infracción contemplada en el artículo 180 del Código Penal, cometida en su condición de juez civil del circuito de Puerto Tejada.

El defensor del procesado solicitó oportunamente reposición de dicha providencia a efecto de que se revoque y se dicte en

su lugar sobreseimiento definitivo.

Sustanciado el recurso en forma legal, se pasa a decidirlo. Para ello, se considera:

El recurrente, en el escrito enviado a la Corte (folio 1 de este cuaderno), manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

1º Que el doctor Fory no formó parte, cuando fue juez, de ningún directorio o comité político, ya que para poder afirmar tal cosa es menester demostrar que se es miembro de esas corporaciones, se interviene en sus deliberaciones, se autorizan las actas respectivas y se ejercen "determinadas actividades y jurisdicción sobre la colectividad política" a la cual se pertenece, y al respecto no hay prueba alguna, y

2º Que el juez doctor Fory tampoco intervino en debates políticos, puesto que "debate, según el diccionario de la lengua, es la controversia, el altercado, la lucha, la discusión de una cosa, materia o punto sometido a análisis, y da la idea exacta de combate entre dos o más fuerzas, dos o más tendencias por el predominio de una idea, doctrina o principios de carácter político".

La prohibición a los funcionarios o empleados públicos contenida en el artículo 180 del Código Penal (Ley 95 de 1936), se viola por dos conceptos diferentes: o por formar parte de directorios políticos o por intervenir en debates de tal carácter.

Al juez doctor Fory lo llamó a juicio la Corte por haber dictado conferencias públicas en Corinto y Puerto Tejada con ocasión del debate preelectoral para las elecciones del 19 de marzo de 1939, y no por ser miembro de directorio o comité político. De manera que la alegación del defensor sobre este último punto resulta improcedente.

En cuanto al cargo formulado al procesado —haber pronunciado conferencias políticas—, el recurrente pretende destruirlo alegando, con base en una de las acepciones del vocablo "debate", que el juez doctor Fory no desarrolló ninguna actividad electoral, pues que de su parte no hubo controversia o discusión tendiente a defender determinada doctrina o principio de carácter político.

Quien en época preelectoral dirige la palabra a sus copartidarios desde una tribuena pública, está defendiendo determinados postulados políticos, combatidos a su vez por otros oradores pertenecientes a distinto bando o partido. Es esta la más acostumbrada y eficaz forma de controvertir, discutir o debatir las ideas y programas de cada colectividad política.

Actividades de esta naturaleza están prohibidas, por razones obvias, a los empleados o funcionarios públicos.

Y como al juez doctor Fory se le ha hecho el cargo de haber violado tal prohibición al dictar las conferencias de que antes se habló, y como la prueba testimonial que existe en autos sobre este hecho no ha sido desvirtuada es de rigor mantener el auto de proceder impugnado.

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 y, en consecuencia, no revoca el auto de fecha 20 de agosto de 1941, por el cual se llamó a juicio al doctor Jorge Fidel Fory, por violación de la prohibición del artículo 180 del Código Penal, en su carácter de juez de circuito.

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

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

CUAL ES EL CONTENIDO DEL ARTICULO 182 DEL CODIGO PENAL DE 1936.

El artículo 182 del nuevo Código Penal no comprende, en ningún caso, la *extralimitación de funciones públicas* o *el exceso en el ejercicio de ellas*. Solamente se refiere ese precepto a la suposición de títulos o facultades públicas; a quien simula ser empleado público sin título alguno; a quien se finge con aptitud, poder o derecho para el desempeño de dichas funciones, faltándole en absoluto toda investidura oficial; a quien se hace pasar por funcionario no siéndolo. El significado y el alcance propios del artículo citado son ostensibles a la luz de su contexto y de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 95 de 1936.

Las acciones accesorias de embargo y secuestro preventivos no pertenecen exclusivamente al Organo Judicial. La Policía, por ejemplo, puede y debe decretarlos en la acción civil dentro de los procesos penales, para garantizar el pago de los perjuicios que resulten del delito, tanto en las infracciones cuyo conocimiento corresponde a la Policía, como en las de competencia de las autoridades judiciales. El régimen especial de la Comisaría del Vaupés da al Comisario jurisdicción para decretar y practicar embargos y secuestros preventivos, ya que el artículo 5º del Decreto número 1131 de 1910, en plena vigencia, le atribuye al Comisario la función de conocer y decidir demandas en cuantía no mayor de trescientos pesos. Y así, el Comisario del Vaupés, X. X., cuando decretó y practicó un embargo y un secuestro preventivos, a solicitud de parte legítima, en negocio de cuantía superior a esa suma, únicamente se equivocó por exceso de competencia, error que, en las circunstancias que lo rodearon, no es hecho delictuoso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, abril diez de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Vistos:

Califica hoy la Corte el proceso instruído contra los señores Miguel Cuervo Araoz y Miguel Navarro B., por motivos de responsabilidad como Comisario Especial del Vaupés el primero, y el segundo en su condición de Secretario General encargado de la misma Comisaría.

Resultando:

Con fecha cuatro de octubre de mil novecientos treinta y ocho el señor Pablo Espitia Leal denunció al Comisario Cuervo Araoz, a quien le atribuye la perpetración de dos hechos que aquél presenta así:

"1º En su carácter de Comisario del Vaupés fue comisionado el señor Cuervo Araoz por el señor Juez del Circuito de Villavicencio para verificar el secuestro de unos bienes embargados preventivamente en el juicio que adelantó contra Benjumea Hermanos. El señor Comisario, violando expresas normas de procedimiento judicial, tan pronto tuvo conocimiento oficial de la comisión que se le confería, lo hizo notificar a la parte demandada, dándole tiempo suficiente para traspasar los bienes que se iban a secuestrar. Y así fue como el día de la diligencia y a la hora señalada, cuatro de la tarde, no se hallaron los bienes que ya habían sido em-

bargados por el señor Juez de Villavicencio. Y esto sucedió por el aviso oficioso dado por el Comisario a Benjumea Hermanos. De modo, pues, que por esta actitud injustificable del Comisario quedó burlada la orden del Juez del Circuito de Villavicencio. Y el Comisario faltó a su deber y cometió el delito, por lo menos, de denegación de justicia. Y como con estos procederes se viola el derecho, se denigra la justicia y se perjudica la sociedad, debe iniciarse la investigación correspondiente a fin de poner el correctivo eficaz a quien no sabe cumplir con su deber y desprestigia, con sus actos, al Gobierno de que hace parte.

"2º El señor Marco Tulio Leal es deudor de una suma de dinero del señor Julio Chiquimarcha (sic), y como el Comisario es buen amigo de este último, resolvió —ahí sí con rapidez y sin dar aviso a nadie— a secuestrar todos los bienes del deudor Leal, tales como los semovientes, mercancías y fincas raíces, todo por un valor superiorísimo al de la deuda. Al practicar la diligencia se hizo acompañar de la policía que está a sus órdenes. Con esta arbitraria actitud del Comisario se cometió un atropello contra los derechos de un ciudadano que tiene derecho —como todos los habitantes de la República— a que se le respeten y guarden por los encargados de vigilar y mantener el orden social en el país. Y como con esta actitud del Comisario se extralimitó en sus funciones, pues no son precisamente de su resorte esta clase de actividades, ya que ellas corresponden privativamente al poder judicial, cometió un delito que nuestra ley penal define y castiga y que debe ser investigado por la justicia ordinaria a fin de imponer el castigo a que se ha hecho acreedor el responsable. Usurpó funciones que no le corresponden y violó las normas legales sobre la separación de los poderes públicos, luego debe iniciarse la investigación que sea del caso a fin de esclarecer y determinar la responsabilidad que le corresponde al Comisario Cuervo por estos hechos punibles..."

Una vez completas las averiguaciones vino a saberse, entre otras cosas, lo siguiente: que el Juez del Circuito de Villavicencio comisionó a la Comisaría del Vaupés para que practicara la diligencia de embargo y secuestro preventivos de los bienes de Benjumea Hermanos, acción accesoria establecida por Pablo Espitia Leal; que tal diligencia se realizó en Mitú los días cinco y siete de marzo de mil novecientos treinta y ocho, y siete de julio de ese año; que por haberse ausentado en misión oficial el Comisario titular Cuervo Araoz, desde diciembre de mil novecientos treinta y siete, el acto no lo cumplió él sino Navarro B., Secretario General encargado del despacho, y que el cuatro de agosto de mil novecientos treinta y ocho el Comisario señor Cuervo Araoz, a solicitud de Julio Chequemarca, apoderado de Paulina Andrade viuda de Lizcano, decretó el embargo y secuestro preventivos de unos bienes de Marco Tulio Leal, lo que se llevó a término el día cinco de dicho mes.

Comprendido en la investigación el Secretario señor Navarro B. se le recibió la indagatoria del caso, y con las copias de fs. 19 v. y 82 se obtuvo la prueba de que los dos procesados eran Comisarios del Vaupés en las fechas referidas. Por su parte, el señor Procurador delegado pide sobreseimiento definitivo para el señor Navarro B., y que en cuanto al señor Cuervo Araos se le llame "a responder en juicio criminal por algunos de los delitos de que trata el Capítulo VII, Título III, libro II del Código Penal".

Considerando:

1º **Competencia de la Corte.** Corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia conocer privativamente de este proceso, conforme al mandato del artículo 42, ordinal 6º de la Ley 94 de 1938;

2º **Cargo a Miguel Navarro B.** Son del señor Procurador delegado en lo penal las razones que a continuación se transcriben y que la Sala acoge:

"Se halla demostrado en este proceso que la imputación acerca del aviso dado

por el Comisario comisionado a los deudores Homero y Arturo Benjumea, carece de fundamento. En realidad, lo sucedido al respecto fue lo siguiente: entre las ocho y las nueve de la mañana del día cinco de marzo de 1938, el señor Jorge Leopoldo Espitia (apoderado de Pablo Espitia Leal, aclara la Corte), se presentó al despacho de la Comisaría y solicitó al Comisario encargado, señor Navarro B. que citara a la oficina al señor Homero Benjumea para ver si se lograba un arreglo amigable de unas cuentas que estaban pendientes entre los hermanos Benjumea y el solicitante. El Comisario accedió a lo pedido y libró orden de comparendo a Homero Benjumea, quien se presentó a la Comisaría después de las once de la mañana. Apenas llegó Benjumea, en virtud de la citación, Espitia entregó al Comisario encargado el pliego o exhorto en que el Juez del Circuito de Villavicencio confería al Comisario la comisión para practicar el secuestro de algunos bienes de pertenencia de Benjumea Hermanos. El Comisario profirió inmediatamente el auto en que se ordenaba cumplir la comisión y señaló la hora de las tres de la tarde de ese mismo día para practicar la respectiva diligencia. Espitia pretendió que ésta se llevara a término inmediatamente, pues temía que durante el intervalo que correspondía al tiempo dedicado por el comisionado para almorzar, se sustrajeran los deudores algunos bienes materia del secuestro. Entonces el Comisario autorizó a Espitia para que nombrara a alguna persona de su confianza que ejerciera la debida vigilancia a fin de evitar aquella sustracción. Efectivamente Espitia designó al señor Marcos Pulido para que se estuviera en el establecimiento de los Benjumea y evitara que los bienes fueran distraídos. Al llevarse a término en la hora señalada, la mencionada diligencia, se presentaron algunos terceros invocando derecho de dominio sobre algunos bultos de balata, mercancía que formaba parte de los bienes que debían secuestrarse.

"La relación que acaba de hacerse aparece comprobada con la declaración juramentada y con la indagatoria rendidas por el señor Miguel Navarro B.; con la declaración rendida bajo juramento por el señor Aurelio Acuña G., protector de indígenas, y persona que en este carácter estuvo desde las horas de la mañana del día de la diligencia pesando balata y que se dio cuenta de que desde un principio los presuntos dueños de esta mercancía la recibían de manos de la casa de Benjumea Hermanos, y con la declaración rendida bajo juramento por Emilio Borrero.

"Por otra parte, resulta que la diligencia se llevó a término y que los bienes que se decían pertenecer a terceros fueron dejados en poder de éstos, en calidad de depósito.

"Por lo tanto, no hay prueba de que el Comisario encargado señor Navarro hubiera dado aviso a los deudores, para evitar que pudiera realizarse el secuestro...."

A todas luces esa es la verdad. Y porque no ha existido el hecho que dio lugar a la investigación, es forzoso sobreseer definitivamente en favor del Secretario encargado de la Comisaría, señor Miguel Navarro B. (número 1º del artículo 437, Ley 94 de 1938).

3º **Cargo a Miguel Cuervo Araoz.** Las copias de fs. 99 y 100 acreditan que el Comisario titular del Vaupés Cuervo Araoz, decretó y practicó el embargo y secuestro preventivos de varios bienes muebles e inmuebles pertenecientes a Marco Tulio Leal, el cuatro y el cinco de agosto de mil novecientos treinta y ocho, como acción previa de un juicio ejecutivo que Julio Chequemarca, en nombre de diversa persona, iba a promover, y que en efecto estableció ante el Juez del Circuito de Villavicencio contra el citado Marco Tulio Leal, apoyándose el Comisario en los preceptos de los artículos 274 y 292 del Código Judicial (Ley 105 de 1931).

En la declaración indagatoria de fs. 66 el señor Cuervo Araoz expone:

"El señor Julio Chequemarca solicitó a la Comisaría el secuestro y embargo preventivos de unos bienes de Marco Tulio Leal, estando su solicitud de acuerdo con

el Código Judicial y después de haber llenado todas las formalidades exigidas se efectuó ese embargo, que siguió inmediatamente su curso ante el Juez del Circuito de Villavicencio, a quien correspondía conocer de tal asunto por razón de la cuantía.

Por lo expuesto, escribe el señor Procurador delegado, en concepto de la Procuraduría el señor Cuervo Araoz ejerció una función pública que no le correspondía, pues se arrogó una facultad judicial que por la ley está privativamente adscrita a los funcionarios del órgano respectivo, lo que quiere decir que incurrió en el delito de usurpación de funciones públicas".

Y el señor Procurador, al estimar que debe ser sometido a juicio el Comisario, cree que Cuervo Araoz infringió el art. 182 del Código Penal, que dispone:

"El que sin autorización legal ejerza funciones públicas de cualquier clase, incurrirá en arresto de quince días a un año y en multa de diez a quinientos pesos".

El artículo 182 del Código Penal es de un contenido que está muy lejos de la aplicación que le da el señor Procurador delegado.

Ese artículo sólo reprime a quien simula ser empleado público sin título alguno para ello, a quien se finge con facultades para el desempeño de funciones públicas, careciendo en absoluto de toda investidura que pudiese servir de base a tales funciones, a quien se hace pasar por funcionario no siéndolo.

Ostensible es el significado del artículo 182, aun cuando no fuera sino por la única razón de su propio contexto: el ejercicio sin autorización legal, de funciones públicas de cualquier clase.

Y más ostensible es el indudable alcance del artículo 182, frente a las actas de la Comisión que elaboró el proyecto de Código Penal consagrado en la Ley 95 de 1936.

En el tomo II de Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal, se ve que el doctor Rafael Escallón propuso estos artículos (acta número 130, página 37):

"El que ejerza o pretenda ejercer sin título funciones públicas de cualquier clase..., etc.

"El que fuera de los casos previstos en el artículo anterior se arrogue indebidamente el título de funcionario público o use el título de tal...", etc.

Y luégo, en el acta número 131 (página 39), el doctor Cárdenas manifestó:

"Con respecto al primer artículo del capítulo denominado Usurpación de títulos y funciones públicas, desde la sesión pasada había dejado formulados dos artículos que corresponden a dos casos distintos, pero que están comprendidos en una sola disposición por la anterior Comisión colombiana, o sea, el artículo 149, y que el doctor Escallón vuelve a dejar en una sola disposición, con modificaciones. En realidad, uno es el caso del que pretende ejercer sin título funciones públicas.... Esos dos artículos que había formulado desde entonces, y que están en la mesa de la Secretaría, son los siguientes:

"Artículo. A cualquiera que usurpe funciones públicas, o atribuciones inherentes a un cargo público...", etc.

"Artículo. ....."

Por fin, en el acta número 210 (página 270) la Comisión adoptó este precepto:

"Artículo. El que sin autorización legal ejerza funciones públicas de cualquier clase...", etc.

Cómo vacilar acerca del propósito que guió a los miembros de la Comisión en cuanto a que con el artículo 182 del Código no quisieron sino determinar la ficción o suposición de títulos por lo que hace al ejercicio de funciones públicas, propósito que no varió el legislador de 1936?

Y menos cabe vacilación alguna en el particular, cuando se sabe, pues de ello dan fe las actas, que la Comisión creada por la Ley 20 de 1933 siguió muy de cerca las ideas de la Comisión colombiana a quien la Ley 81 de 1923 confió el examen de la Ley 109 de 1922 (Código Penal de que fue autor el doctor José Vicente Concha).

Preceptuaba esa Ley 109:

"Artículo 166. Será castigado con prisión de tres días a dos meses el que ejerza e intente ejercer sin título funciones públicas de cualquiera clase..."

"Artículo 167. Será castigado con multa de cinco a cien pesos el que indebidamente se arrogue el carácter de funcionario público, o use el título de tal, fuera de los casos expresados en el artículo anterior".

La Comisión revisora del Código Concha reprodujo los artículos 166 y 167 con una leve modificación del primero que no afectaba su fondo.

Y tanto se entendió que aquellos dos artículos se contraían a la sola **suposición de títulos** para funciones públicas de cualquier clase, que en el informe rendido el 31 de agosto de 1925 al Congreso por la Corte Suprema de Justicia, al tratar del capítulo **De la usurpación de títulos y funciones públicas,** la Corte dijo:

"En cambio se echan de menos disposiciones que castiguen la **usurpación de títulos, facultades o dignidades** (subrayas de la Sala), que no revisten carácter público, como si alguien se finge ministro de algún culto con el fin de celebrar algún matrimonio u oír en confesión a una o más personas, o bien se hace pasar por médico diplomado para recetar enfermos, o bien por gerente de un banco o presidente de una corporación científica con el fin de engañar a terceros..."

* * *

El análisis exegético que precede no persigue otra finalidad que la fijación exacta del espíritu en que se inspira el artículo 182 del Código Penal.

Mas éste no es el caso del señor Cuervo Araoz. Por otra parte el Comisario no invadió un campo vedado a sus atribuciones, ni menoscabó el principio que consigna el artículo 52 de la Constitución Nacional, ni "se arrogó una facultad judicial que por la ley está privativamente adscrita a funcionarios del órgano respectivo".

Es el Comisario del Vaupés un empleado del orden político-administrativo, pero no ejerció una función para la cual le faltara **toda** facultad.

Las acciones accesorias de embargo y secuestro preventivos no son actividades exclusivas del órgano judicial, contrariamente a la opinión del señor Procurador delegado.

Por ejemplo, en la acción civil dentro de los procesos penales, la Policía, rama de la jurisdicción administrativa, puede y debe decretar el embargo preventivo de los inmuebles y el embargo y secuestro preventivo de los muebles de propiedad del sindicado, para garantizar el pago de los perjuicios que ocasione el delito (Capítulo VI, Título III, libro 1º del Código de Procedimiento Penal, y Decreto número 1111 de 1938).

Y en el régimen de la Comisaría del Vaupés el Comisario tiene, por el artículo 5º del Decreto número 1131 de 1910, jurisdicción para conocer y decidir demandas cuya cuantía no pase de trescientos pesos, sujetándose a los trámites de las demandas de menor cuantía que establece el Código Judicial.

Si esa jurisdicción tiene el Comisario del Vaupés, **a fortiori** también la tiene para decretar y practicar embargos y secuestros preventivos en el límite de la cuantía apuntada.

Entonces, el Comisario señor Cuervo Araoz en el decreto y práctica del embargo y secuestro preventivo que pidiera Julio Chequemarca, solamente erró por exceso respecto de la **competencia** (que es la medida de la jurisdicción) para conocer, por razón de la cuantía mayor de trescientos pesos.

Y un error, en tales circunstancias, no está previsto como infracción en el Código Penal de 1936.

Tampoco es un abuso de autoridad (artículo 171), porque el acto no reúne los requisitos de haber sido arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad, máxime cuando el mismo denunciante Pablo Espitia Leal manifestó a folio 45 que prescindía de la imputación.

Y es conveniente advertir que en Mitú, capital de la Comisaría del Vaupés, no funciona ninguna oficina del órgano judicial.

Por no ser constitutivo de delito el hecho comentado, a Cuervo Araoz debe ampararlo un sobreseimiento de la clase detallada en el artículo 437 de la Ley 94 de 1938.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, oído el parecer del señor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, sobresee definitivamente en favor de los señores Miguel Cuervo Araoz y Miguel Navarro B., por los cargos de responsabilidad a que este proceso se refiere.

Con copia de lo conducente iníciese en uno de los Juzgados del Circuito Penal de Bogotá el sumario para averiguar si Pablo Espitia Leal incurrió en alguno de los delitos que reprime el capítulo 1º, título IV, libro segundo del Código Penal, cuando atribuyó a Miguel Cuervo Araoz la comisión del primer hecho que menciona en su denuncio.

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 LA LEY PENAL A UN CASO DE ABIGEATO OCURRIDO BAJO LA VIGENCIA DEL CODIGO DE 1890.

No puede computarse como circunstancia agravante (estatuto penal de 1890) la mayor necesidad de escarmiento por la mayor frecuencia de los delitos, puesto que esa circunstancia no está específicamente establecida en este proceso y los juzgadores de derecho no pueden darla por probada en virtud del conocimiento o del concepto que ellos tengan personalmente acerca del aumento de la delincuencia; y, por otra parte, para contrarrestar la mayor frecuencia de hurtos y robos de ganados fue para lo que se expidió la Ley 60 de 1911 que ordenó doblar las penas, de suerte que no sería equitativo agravar por dos conceptos la sanción.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, trece (13) de abril de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto)

Con aplicación de los artículos 397 y 398, numeral 7º, del Código Penal de 1936, el juzgado penal del circuito de Tuluá, en sentencia de 7 de febrero de 1941, condenó a Saulo Molina Azcárate a la pena principal de siete meses de prisión, por el hurto de una novilla de propiedad de un hermano suyo, cometido el 25 de junio de 1936.

Al revisar el tribunal superior de Buga ese fallo, por vía de consulta, lo reformó en el sentido de elevar la sanción principal a seis años de prisión.

Contra esta segunda decisión interpuso recurso de casación el defensor del condenado.

Las causales invocadas son la 1ª y la 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), las cuales se examinarán por su orden de trascendencia.

La alegación del recurrente, respecto de la causal 2ª, se endereza a demostrar que el tribunal incurrió en error al apreciar la prueba del cuerpo del delito.

De autos aparece plenamente comprobado el cuerpo del delito de hurto del referido semoviente con las declaraciones de Germán Cruz (folio 7 v.) Luis Vargas (folio 13), José Ignacio Ospina (folio 25 v) y Pablo Dorronsoro (folio 27).

Es verdad que el acusado manifestó en su indagatoria que el animal, materia del delito, era de su propiedad y que por eso lo había sacado del potrero en donde se hallaba, para venderlo, como lo hizo, al señor Alejandro Gallo, por la suma de cuarenta pesos. Pero no es menos cierto que el procesado no logró demostrar tal propiedad. Por el contrario, con los testimonios de Manuel María Gil (folio 7) y Gregorio Nacianceno Medina (folio 41) se acreditó que el dueño de la novilla era Nelson Molina.

Refiriéndose al motivo de casación de que se trata, dice el señor procurador delegado en lo penal:

"... el recurrente no aduce ningún motivo que sirva de base para apoyar semejante causal. La procuraduría, por su parte, estima inconducente la invocación de esta causal, puesto que con relación a la prueba del cuerpo del delito de hurto, no hay lugar a dudas; y la única que trató de insinuarse fue la sugerida por el reo cuando dijo que el bien hurtado era de su propiedad, aseveración que quedó contradicha de manera completa en el proceso".

De suerte que la causal 2ª carece de fundamento.

En cuanto a la causal 1ª —mala apli-

cación de la ley penal— cuya justificación coadyuva el procurador, resulta lo siguiente:

De la confrontación que hizo el tribunal entre los códigos de 1890 y 1936, llegó a la conclusión de que las disposiciones de este último eran, para el caso de autos, menos severas que las del primero.

Razonó, en síntesis, así: el delito cometido por Molina Azcárate, conforme al código de 1890, es el previsto por el artículo 795, cuya sanción sería de uno a tres años de presidio. Esta pena habría que doblarla por mandato del artículo 2º de la Ley 60 de 1911. Además, como la delincuencia habría que calificarla en primer grado, por ausencia de circunstancias atenuantes y concurrencia de agravantes, la sanción vendría a ser la de seis años de presidio.

Ahora bien, de acuerdo con el estatuto de 1936, el delito de hurto está reprimido con seis meses a cuatro años de prisión (artículo 397), que en el presente caso deben aumentarse hasta en la mitad, al tenor de lo dispuesto por el artículo 398, numeral 7º. Y como contra el acusado obran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad (las de los ordinales 1º y 4º del artículo 37), hay que imponerle el máximo, o sean seis años de prisión, pena ésta que, aunque de igual duración, resulta menos grave que la de seis años de presidio.

El procurador, después de preguntarse si "no resulta excesivo sancionar este delito (el hurto de la mencionada novilla) con la pena de seis años de prisión, que suele ser la acostumbrada para la represión de los homicidios simplemente voluntarios", expresa en su vista lo siguiente:

"Es verdad que la conducta del acusado es poco recomendable, o mejor aún, es mala de manera manifiesta. Seguramente el tribunal reafirmó el concepto desfavorable acerca de aquella conducta cuando el mismo Saulo Molina Azcárate apareció como copartícipe de un sonado y escandaloso atraco sucedido en época muy posterior al hurto de la novilla, aunque antecedente al fallo del tribunal. Pero el proceder de Molina, antecedente al hurto, sólo puede mirarse como una circunstancia agravante, la que sumada a la mayor necesidad que tiene la sociedad de escarmiento por la excesiva frecuencia de los delitos de hurto en cabezas de ganado mayor, da fundamento para calificar la delincuencia en segundo grado, puesto que en favor del condenado milita su falta de ilustración (Molina es chofer de profesión).

"De ahí que haya dicho anteriormente este despacho que, en su sentir, el tribunal aplicó equivocadamente la ley cuando dio preferencia al código de 1936, en vez de dársela al de 1890, que es sin duda más favorable para Molina Azcárate".

La Sala comparte la conclusión de su colaboración fiscal en cuanto a que el recurso debe prosperar por haberse aplicado indebidamente la ley penal en la sentencia recurrida.

Corresponde entonces a la Corte proferir el fallo que debe reemplazar al del tribunal; y para hacerlo tiene en cuenta lo siguiente:

Ante el Código Penal de 1890, más favorable en este caso al acusado según lo anota el señor procurador, la sanción imponible es la del artículo 795 con el aumento de que trata la Ley 60 de 1911, o sea de dos a seis años de presidio. No puede computarse como circunstancia agravante la mayor necesidad de escarmiento por la mayor frecuencia de los delitos, puesto que esa circunstancia no está específicamente establecida en este proceso y los juzgadores de derecho no pueden darla por probada en virtud del conocimiento o del concepto que ellos tengan personalmente del aumento de la delincuencia; y, por otra parte, para contrarrestar la mayor frecuencia de hurtos y robos de ganados fue para lo que se expidió la Ley 60 de 1911 que ordenó doblar las penas, de suerte que no sería equitativo agravar por dos conceptos la sanción.

Otro tanto puede decirse de la mala conducta anterior del reo, pues aun cuando haya algunos datos para pensar en ella,

es lo cierto que no resulta debidamente probada en este proceso.

En tales circunstancias sólo podría computarse como agravante comprobada las relaciones de parentesco del procesado con la persona ofendida o perjudicada por el delito; y al calificarse la delincuencia en el grado mínimo debe aumentársele la sexta parte diferencial entre éste y el máximo. Se tiene entonces que sobre los dos años de pena-base hay que hacer un aumento de ocho meses que es la sexta parte direfencial autorizada por el artículo 124 del Código Penal de 1890.

De consiguiente, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo en parte con el concepto del 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 12 de agosto de 1941, y en su lugar CONDENA a SAULO MOLINA AZCARATE, mayor de edad, natural de Buga y chofer de profesión, como responsable del delito de hurto, a las siguientes penas: dos (2) años y ocho (8) meses de presidio en el establecimiento que designe el gobierno, computándosele como parte cumplida de la sanción el tiempo que haya 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 inhabilitación perpetua para obtener empleo o cargo público y a la obligación de dar fianza de buena conducta para obtener la rehabilitación, bien por esta pena, bien por la pérdida de derechos políticos; a quedar sujeto a la vigilancia de las autoridades y al pago de las costas procesales.

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

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

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

APLICACION DEL ARTICULO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Se trata de un Magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial, a quien alguno acusó por intervención en debates políticos (artículo 180 del Código Penal), habiendo concluído la Corte y la Procuraduría con que era y es clara la no existencia del hecho que temerariamente se imputó al Magistrado, respecto del cual se profirió el fallo especial que ordena el artículo 153 de la Ley 94 de 1938.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, abril diez y siete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Vistos:

Solicita la Procuraduría que a este proceso se aplique el mandato del artículo 153 de la Ley 94 de 1938, por no existir el hecho que se imputó al doctor Eduardo Arango Garrido en su condición de Magistrado del Tribunal Superior de Manizales.

Resultando:

Alberto Manrique Focaccio, cuyo paradero se ignora a pesar de las gestiones realizadas para descubrirlo, en telegrama de primero de marzo de mil novecientos cuarenta y uno acusó desde Manizales y ante el Procurador General de la Nación al doctor Arango G., porque "hace política constantemente, combativa, visible, inescrupulosa".

Manrique F., quien actuó en nombre de la "Casa Liberal Gobiernista", manifestó el diez y siete de abril de aquel año lo siguiente:

"Me abstengo de formalizar bajo la gravedad del juramento que acabo de prestar denuncio criminal en contra del doctor Eduardo Arango Garrido por la acusación contenida en el despacho telegráfico de fecha primero de marzo del corriente año suscrito por la 'Casa Liberal Gobiernista' y por mí y cuyo fragmento aparece en copia en el oficio número 2144 de cinco de marzo último procedente de la Procuraduría General de la Nación, por cuanto que los hechos de que allí se acusa al citado doctor Arango Garrido no me constan de manera personal y los cuales llegaron a conocimiento de la Casa Liberal Gobiernista y del suscrito mediante información suministrada por personas dignas de crédito".

Buscado con diligencia Manrique F. a fin de que diera los nombres de las personas que informaron sobre las actividades políticas del Magistrado doctor Arango Garrido, no fue posible saber en dónde se halla aquél, y entonces, a petición del señor Procurador delegado en lo penal, la Corte ordenó que se interrogara a los miembros de la referida "Casa Liberal Gobiernista" y a la persona que desempeñaba la alcaldía de Manizales en la época del telegrama de Manrique Focaccio.

Y sucedió que el ex-alcalde señor Pedro Uribe Mejía, el doctor Eduardo Vásquez Zafra y el señor Julio Nicholls (los dos últimos formaron parte de la casa liberal mencionada), en síntesis aseguran no ser cierto que el doctor Arango G. hubiese intervenido de ningún modo en cuestiones de carácter político. Y más aún: esos testigos de toda excepción dicen que el doctor Arango G. es un Magistrado correcto,

Considerando:

Está adscrita privativamente a la Sala Penal de la Corte la función de juzgar a los magistrados de los Tribunales Superiores, por motivos de responsabilidad, según el artículo 42, numeral 6º, de la Ley 94 de 1938, y en tal virtud la Sala encuentra que, respecto del doctor Arango Garrido, se debe observar el artículo 153 **ibídem**, el cual previene en su primer inciso:

"En cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, el juez, previo dictamen favorable del Ministerio Público, procederá, aun de oficio, a dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el reo".

Es la primera razón del inciso transcrito la que aquí concurre, de acuerdo con la plena prueba surgida de los testimonios que la Sala compendió, reveladora de la temeridad de Alberto Manrique Focaccio cuando acusó al Magistrado Eduardo Arango Garrido de intervenir en política **constantemente, combativamente, visiblemente, inescrupulosamente,** aserto que infirman las imparciales atestaciones de los señores Uribe Mejía, Nicholls y doctor Vásquez Zafra.

En consecuencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en armonía con el concepto del señor Procurador delegado, DECLARA:

No ha existido el hecho que se imputó al doctor Eduardo Arango Garrido, Magistrado del Tribunal Superior de Manizales, y se dispone que cese todo procedimiento contra él.

Notifíquese, cópiese y archívese.

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

CONCEPTO SOBRE LA EXTRADICION DE UN NACIONAL COLOMBIANO, PEDIDA AL GOBIERNO DE COLOMBIA POR LA EMBAJADA DE VENEZUELA

Al Organo Ejecutivo, por medio del Ministerio de Gobierno, le corresponde, previo dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia, ofrecer o conceder la extradición de un procesado o condenado en el Exterior, *en los casos que autoriza el Código Penal;* y como el artículo 9º del Código de 1936 prohibe conceder la extradición de colombianos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe observar ese mandato. La República garantiza que el hecho imputado a N. N. (un homicidio en territorio de Venezuela), no se quedará sin el condigno juzgamiento en Colombia, según la regla del ordinal 1º, artículo 7º del Código Penal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Tramitado este negocio del modo que indica el artículo 395 de la Ley 105 de 1931, según lo manda el parágrafo único del artículo 15, Decreto número 2200 de 1938, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia rinde el dictamen que le corresponde en armonía con los artículos 9º del Código Penal, 710 de la Ley 94 de 1938 y 6º de aquel Decreto.

* * *

Se dice que el colombiano Juan Arévalo o Juan Valero Contreras mató en territorio de la República de Venezuela a Julio H. Suárez, nacional de ese país, el veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, habiéndose pasado el reo inmediatamente a Colombia.

El homicida se halla preso en la cárcel de Cúcuta, y la Embajada venezolana en Bogotá ha pedido al Gobierno, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, la extradición de Arévalo o Valero Contreras.

* * *

No hay duda alguna acerca de que tal sujeto es nacional colombiano, por nacimiento, natural de Colombia e hijo de padre y madre naturales colombianos (art. 7º de la Constitución, aparte a) del ordinal 1º).

Tampoco es dudoso que el hecho atribuído a Arévalo o Valero Contreras es uno de los que contemplan los artículos 1 y 11 del Acuerdo sobre extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911 por los plenipotenciarios de Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia y Venezuela al primer Congreso Boliviano que se reunió en la citada capital, Acuerdo que aprobó la Ley 26 de 1913 y artículos que respectivamente preceptúan:

"Los Estados contratantes convienen en entregarse mutuamente, de acuerdo con lo que se estipula en este Acuerdo, los individuos que procesados o condenados por las autoridades judiciales de uno cualquiera de los Estados contratantes, como autores, cómplices o encubridores de alguno o algunos de los crímenes o delitos especificados en el artículo 2º, dentro de la jurisdicción de una de las partes contratantes, busquen asilo o se encuentren dentro del territorio de una de ellas. Para

que la extradición se efectúe es preciso que las pruebas de la infracción sean tales, que las leyes del lugar donde se encuentren el prófugo o enjuiciado justificarían su detención o sometimiento a juicio, si la comisión, tentativa o frustración del crimen o delito se hubiese verificado en él".

"La extradición se concederá por los siguiente crímenes y delitos:

"1º Homicidio, comprendiendo los casos de parricidio, infanticidio, asesinato, envenenamiento y aborto.

".....

"....."

* * *

Mas el artículo 708 de la Ley 94 de 1938 estatuye que corresponde al Organo Ejecutivo, por medio del Ministerio de Gobierno, ofrecer o conceder la extradición de un procesado o condenado en el exterior, "en los casos autorizados por el Código Penal".

Y como el artículo 9º del Código Penal (Ley 95 de 1936), prohibe conceder la extradición de colombianos, no puede accederse al pedimento del Gobierno de Venezuela.

* * *

Ya el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, en nota número D-1821, de 25 de julio de 1941, había dicho al señor Encargado de Negocios de Venezuela en Bogotá lo siguiente:

"Ruego a Vuestra Señoría se digne inquirir de su Gobierno sobre la fecha de envío de la documentación relacionada con el proceso que deberá adelantarse por las autoridades colombianas respectivas contra el sindicado Arévalo, con el fin de ilustrar sobre ese particular al Ministerio de Gobierno".

Y en la comunicación número D-2646, de 18 de octubre del año último, el Ministerio de Relaciones Exteriores expresó al diplomático venezolano:

"Como ampliación a la observación preliminar que me permití hacer a Vuestra Señoría en el segundo aparte de mi nota número D-1821, del 25 de julio, la documentación remitida por esa Honorable Embajada será, a su vez, enviada al Ministerio de Gobierno, con el fin de que ese Despacho Ejecutivo disponga lo conducente en el sentido de poner el expediente a disposición de la autoridad judicial respectiva para que, si hay mérito para ello, se proceda a enjuiciar al sindicado, y se señale a éste la pena a que hubiere lugar por el delito que se le imputa, conforme a las disposiciones internas de carácter penal, en vigor.

"Debo manifestar a Vuestra Señoría que este procedimiento se basa en la circunstancia de que la persona cuya extradición solicita el Gobierno de Venezuela posee la calidad de nacional colombiano, y, por lo tanto, no podrá ser entregado, quedando sujeto el hecho a las normas comunes de procedimiento aplicadas por la autoridad judicial de la República a la que corresponde conocer del delito cometido por un colombiano en el extranjero, conforme a lo dispuesto en los artículos 7º y 9º del Código Penal vigente.

"Ofrezco ilustrar a Vuestra Señoría sobre el desarrollo que este negocio tenga ante las autoridades judiciales de la República".

* * *

Obvio es el motivo que existe para prohibir la extradición de los propios nacionales por demanda de otro Estado, y consiste en que se considera expuesto a posibles peligros, graves y humanos, el juzgamiento de ellos en el extranjero cuando habiendo delinquido fuera del país se encuentren de nuevo en su patria.

Y en Colombia la prohibición descansa también en la base de que esos posibles riesgos son innecesarios, pues esta República, en un intento o principio de internacionalización del Derecho Penal con el propósito laudable de empezar a hacer efectiva la solidaridad de las naciones en la represión de la delincuencia, consignó en el artículo 7º del Código de 1936 precisas reglas para aplicar la ley penal colombiana a nacionales y extranjeros que hayan perpetrado en el Exterior algún delito, sin contar la contingencia especial de que trata el artículo 5º ibídem.

Semejantes reglas de aplicación de la ley penal en el espacio equivalen a una extensión provechosa de la extraterritorialidad de la misma ley en busca de la defensa social de todas las naciones.

* * *

Cuando fue ley de la República la 26 de 1913, aprobatoria del Acuerdo de extradición con Ecuador, Bolivia, Perú y Venezuela, imperaba en Colombia el Código Penal de 1890 que en el artículo 18 únicamente impedía la extradición por delitos políticos.

Era, pues, permitido entonces conceder la extradición de colombianos por delitos diversos de los de índole política, aunque las Leyes 66 y 148 de 1888 y 50 de 1898, referentes a convenios de extradición con Norte América, Gran Bretaña y Perú, en su orden, exceptuaban la entrega de los ciudadanos de la Nación requerida.

Entre paréntesis la Sala advierte que el artículo 18 del Código Penal de 1890 fue derogado por el artículo 23 de la Ley 24 de 1936.

* * *

El numeral 1º del artículo 7º del Código Penal garantiza que el homicidio imputado a Arévalo o Valero Contreras, si fue delictuoso, no va a quedarse sin el condigno juzgamiento en Colombia.

De esa suerte el Estado colombiano ejercitará la defensa social contra la delincuencia, como la ejercitaría Venezuela, dejando intacta, a la vez, la soberanía con que pudo la República de Colombia prohibir la extradición de colombianos y de delincuentes político-sociales por requerimiento de otro Estado, prohibición que es de rigurosa observancia para la Corte.

* * *

En consecuencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia emite concepto desfavorable a la extradición del colombiano, sindicado de homicidio, Juan Arévalo o Juan Valero Contreras, solicitada por la Embajada de Venezuela en Bogotá.

Devuélvase la documentación al Ministerio de Gobierno.

Cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

EL PREVARICATO. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 168 DEL CODIGO PENAL. AUTO DE SOBRESEIMIENTO A FAVOR DEL DR. BLAS VIÑAS P., JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO DE MAGANGUE

I

Para reputar existente la enemistad o la animadversión —que es la expresión que trae el nuevo código al definir los elementos del prevaricato— es menester que ocurran manifestaciones inequívocas de malquerencia y hostilidad del juez hacia la parte que se reputa injustamente perjudicada. El hecho al cual se atribuye la capacidad de engendrar enemistad no puede lógicamente invocarse como prueba de la misma.

La animadversión del juez hacia una parte o la simpatía por la otra tampoco bastan. Es menester que aparezca que por uno u otro motivo, o por ambos, se produjo el acto acusado de ilegal. De aquí que la Sala considere que lo fundamental para la demostración del dolo en la providencia manifiestamente ilegal e injusta es el elemento A SABIENDAS. Producida esta prueba, la del afecto o desafecto cobra la eficacia probatoria que de ella se exige en el conjunto, o sea la virtud de haber determinado al juez a violar la ley.

II

Obrar A SABIENDAS es, desde luego, saber de modo cierto lo que se hace y el fin perseguido. Siguiendo los términos del artículo 168 del código penal es preciso que el juez obre a sabiendas, primero, de que su decisión es contraria a la ley y, segundo, de que con ella comete una injusticia flagrante. Y puesto que se trata de un hecho esencialmente doloso, el A SABIENDAS del prevaricato no es otra cosa que el elemento intencional por el doble aspecto de violar la ley y de faltar a la justicia. Pudiera decirse también que es la conciencia de la injusticia cometida en virtud de la violación deliberada de la ley.

A juicio de la Sala, la prueba del elemento A SABIENDAS a que se refiere el artículo 168 del código penal, se produce cuando el funcionario resuelve arbitrariamente, sin tomar para nada en cuenta la ley, o cuando la aplicación en sentido notoriamente contrario a lo que ella expresa, lesionando manifiestamente, sin razón ni justicia, los derechos de las personas o la seguridad social. Y habrá casos en que el ánimo y el móvil resulten probados al tiempo con documentos o por medio de manifestaciones verbales del propio sindicado.

El obrar A SABIENDAS, lo mismo que el motivo determinante del prevaricato, son factores internos cuya concurrencia no puede deducirse de simples conjeturas. Es menester que los hechos externos los revelen y que la prueba aducida al respecto sea completa. Sin ella el delito no podrá darse por existente y por tanto se carecerá de base para abrir causa criminal contra el acusado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, dos de mayo de mil novecientos cuarenta y dos (1942).

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

El tribunal superior de Cartagena dictó auto de sobreseimiento temporal a favor del doctor Blas Viñas P., juez civil del circuito de Magangué, por los cargos que le imputó el doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez en memorial del 14 de febrero de 1940.

Contra tal providencia apeló el fiscal 1º del tribunal. Surtidos los trámites respectivos se pasa a decidir el recurso.

En el memorial-denuncia se acusa al

juez doctor Viñas por prevaricato, morosidad en el despacho y violación de ley expresa.

En la legislación penal vigente la "violación de ley expresa" no constituye, por sí sola, infracción punible. Ese hecho viene a ser apenas uno de los elementos constitutivos de determinadas especies de delitos.

Siguiendo el orden del referido escrito, los hechos en que se funda la acusación pueden resumirse así:

Primero. Retardo en el despacho de solicitudes presentadas por el denunciante al juez Viñas. Se refiere a la petición de reposición de dos autos: a) el que exige al doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez la prestación de caución hipotecaria de veinte mil pesos en su carácter de albacea con tenencia de bienes de la mortuoria del señor José Jaime, y b) el que decreta la separación provisional del citado doctor del cargo de albacea.

Segundo. El juez no accedió a la solicitud del denunciante a fin de que se declarara impedido por enemistad con el peticionario y amistad con los herederos del finado Jaime, para seguir conociendo del juicio de sucesión y de los juicios relacionados con la prestación de fianza por el albacea y remoción del mismo.

Tercero. Negó la reposición del auto en que declaró separado a dicho doctor Rodríguez Gutiérrez del cargo de albacea y le concedió apelación en el efecto devolutivo, debiendo ser —dice el denunciante— en el efecto suspensivo.

Cuarto. Finalmente, el denunciante estima que el juez Viñas violó leyes expresas al dictar el auto que ordena al albacea prestar la referida fianza y al separarlo por medio de dos providencias posteriores del ejercicio de ese cargo.

La sala pasa a examinar los fundamentos jurídicos del fallo apelado. El cargo de morosidad lo considera el tribunal en último lugar y al respecto dice lo siguiente:

"Si se da lectura al memorial denuncio, fechado el catorce de febrero del año cursante, la demora se hace consistir en hallarse sin resolver en esa fecha el recurso de reposición introducido por el memorialista doctor Rodríguez Gutiérrez contra las providencias del treinta de noviembre anterior que decretaban la separación del cargo de albacea de la sucesión Jaime y la prestación de una fianza hipotecaria como garantía de la administración de los bienes sucesorales.

"Al decir de los autos es indiscutible la existencia del antecitado cargo, desde luego que en ellos no hay constancia de los proveídos que dieran vado a lo pedido; pero si se tiene en cuenta que la actuación es huérfana de las diligencias de presentación de los memoriales por medio de los cuales se introdujo el recurso; que el doctor Manuel Francisco Alvarez, apoderado del albacea doctor Rodríguez Gutiérrez, en escrito de primero del mes de febrero retropróximo corroboró la interposición del recurso introducido por su constituyente, al cual recayó el auto del cinco del mismo mes, negando la reposición introducida; y finalmente, que el juzgado en fallo de diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, decretó la suspensión de la actuación en los incidentes sobre separación del cargo de albacea y de la prestación de fianza como garantía de la administración, la sala conceptúa que tampoco aparece prueba plena del ilícito que es objeto de estudio, por cuanto que las probanzas relacionadas con ese particular no son suficientes para declarar que el juez doctor Viñas P. retardó por negligencia o descuido la ejecución del acto a que legalmente estaba obligado, o sea, no dio vado al recurso de reposición introducido por el albacea doctor Rodríguez Gutiérrez contra las providencias de treinta de noviembre de mil novecientos treinta y nueve".

Ciertamente —observa la sala— no se sabe qué día fueron presentados al juzgado a cargo del doctor Viñas los referidos memoriales, ni se trajo al sumario una certificación del secretario del mismo sobre si las solicitudes de reposición de los dos autos de 30 de noviembre de 1939, a que se contrae el cargo de morosidad, fue-

ron resueltas y cuándo, o si aun en la época del denuncio estaban pendientes.

Incurre sí en equivocación el tribunal al aseverar que el apoderado del albacea reiteró en su escrito de 1º de febrero de 1940 el pedimento de reconsideración de aquellos autos. Dicho memorial versa únicamente sobre la reposición de una nueva providencia del juez, dictada el 30 de enero de 1940. En ese escrito aparece, al final del pasaje que se copia en seguida, un dato que es oportuno destacar. Dice así el apoderado del albacea-denunciante:

"Contra el doctor Rodríguez ya anteriormente, como he dicho, se había presentado una demanda de remoción, en la cual se decretó de plano su separación provisional por culpa grave o dolo; de esa providencia se pidió la revocación y la apelación en subsidio. La revocatoria fue negada (subraya la corte) y está para decidirse la apelación en subsidio".

Según esto, de las dos solicitudes de revocatoria que, al decir del albacea, no merecieron oportuna resolución, una al menos fue decidida antes del 1º de febrero de 1940, es decir, con no poca anterioridad al 14 de dicho mes, fecha del denuncio en que se le hace al juez Viñas el cargo de morosidad con relación al despacho de tales solicitudes.

Pero no es esto solo. Revisando cuidadosamente todos los memoriales y autos que en copia auténtica obran a fs. 42 a 60, se observa lo siguiente:

Entre el 2 de diciembre de 1940, fecha en que aparecen suscritas las solicitudes de reposición de los dos autos del 30 de noviembre de 1939, y el 19 del mismo mes (víspera de las vacaciones judiciales), transcurrieron diez y siete días, no todos hábiles, durante los cuales se introdujeron —que se sepa— tres solicitudes más en el juicio de sucesión del finado señor Jaime: una el 13, del albacea doctor Rodríguez Gutiérrez; otra el 16, del heredero señor Abraham Jaime, y otra el 18, suscrita por el apoderado de los herederos. Todas se refieren a puntos importantes y fueron resueltas sin demora.

Esto quiere decir que en la mencionada mortuoria las solicitudes e incidentes se sucedían unos a otros, sin que el expediente suministre datos para deducir que en ese breve lapso, en que el juez debía atender este juicio y todos los demás pendientes de resolución inmediata, incurrió en demora culpable al haber pospuesto una o dos peticiones relacionadas con la sucesión Jaime, dándole prelación a otras del mismo juicio.

Se advierte, además, que en el memorial del 18 de diciembre el señor Otto G. Camargo, como apoderado de todos los herederos, le pidió al juez que suspendiera la actuación de "tales juicios hasta tanto —dice— el suscrito considere conveniente la continuación de ellos". Se refirió aquí expresamente a la "demanda de remoción del albacea" y a la "solicitud para que éste preste fianza que garantice su administración". Esta solicitud significa que por aquellos días se trató de solucionar extrajudicial y amistosamente con el doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez las cuestiones que su gestión como albacea había suscitado y que embarazaban el curso de la sucesión?

Sea de ello lo que fuere, la solicitud anterior, que el juez debía atender y atendió, contribuye a debilitar la imputación relativa a morosidad en el despacho de los referidos memoriales.

El primer cargo no resulta, pues, legalmente fundado.

El juez —dice el denunciante— no se declaró impedido para actuar en el juicio de sucesión, en el de remoción del albacea y en el incidente relativo a la fianza exigida a éste por los herederos, no obstante que así se lo pidió, por mediar enemistad entre dicho albacea y el juez y amistad íntima entre éste y uno de los herederos.

La solicitud respectiva la hizo el doctor Rodríguez Gutiérrez el 5 de febrero de 1940. Por ella se limita a pedir al juez doctor Viñas que se declare impedido; le manifiesta que existen aquellos dos motivos, sin expresar los hechos que deben servir para demostrarlos y cita los arts. 434 y 435 del código judicial (ley 105 de 1931).

La primera de tales disposiciones se refiere a la prohibición al juez para conocer de un negocio en el cual esté impedido y la segunda enumera las causales de impedimento.

De suerte que por este memorial el albacea no recusó formalmente al juez, promoviendo el incidente respectivo, en este caso ante el juez suplente, por no haber en el lugar sino un juzgado civil del circuito.

Ante el escrito de que se trata, el juez declaró, por auto de 9 de febrero siguiente, que el albacea no era parte en el juicio de sucesión y por tanto no estaba autorizado para hacer esa clase de solicitudes. Considera sin fundamento las causales y niega lo pedido.

Es oportuno advertir aquí que por auto de 12 de mayo de 1939 el juez había declarado ya que el albacea no tenía personería para promover el juicio de sucesión, ni tampoco para actuar como parte en él, refiriéndose al memorial que el doctor Rodríguez Gutiérrez presentó entonces al juzgado, promoviendo la apertura de dicho juicio. Apelada tal providencia, el tribunal de Cartagena la confirmó.

Esa corporación dijo textualmente lo que sigue al revisar el proveído del juez: ".....el albacea no es parte en el juicio y no puede concurrir a él sino junto con los herederos...; pero, para concurrir a la defensa del testamento tiene, necesariamente, que presentarse ante el juez competente a aceptar el cargo, solicitando se le tenga como tal y una vez reconocido, se le dé la posesión de rigor. En el caso de autos se han pretermitido todas estas formalidades sine qua non y sin su lleno es clarísimo que el albacea nombrado no tiene personería para actuar en juicio".

Como se ve, la tesis del juez recibió amplio respaldo del tribunal. Jurídica o no, en ella se apoyó el doctor Viñas para negar al albacea el derecho de recusar al juez.

Este antecedente no puede pasar inadvertido para la sala al examinar, desde el punto de vista del derecho penal, los cargos formulados al juez Viñas. Si al iniciarse el juicio de sucesión se había resuelto, con la aprobación del tribunal, que el albacea no era parte en dicho juicio, no puede decirse que el juez estaba legalmente obligado a declararse impedido cuando meses después se lo pidió el mismo albacea, ya que las causales de impedimento invocadas se refieren únicamente a relaciones entre el juez y las partes.

El cargo de haber faltado a tal deber pudiera subsistir respecto del juicio de remoción del albacea y de los incidentes relativos a la prestación de una fianza y a su separación definitiva. Para ello sería indispensable que el informativo suministrara la prueba de que realmente existía enemistad entre el doctor Rodríguez Gutiérrez y el juez, o amistad íntima entre éste y uno de los herederos, puntos que van a ser materia de cuidadoso examen al ocuparse la sala, como lo hará en seguida, del prevaricato, delito que cree el denunciante fue cometido por el juez Viñas al pronunciar los dos autos de que se habló al principio.

* * *

Dice el artículo 168, inciso 1º, del código penal:

"El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas dictare sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, incurrirá en prisión de seis meses a cinco años".

El tribunal sobreseyó también por este cargo. A su entender, estaban comprobados los elementos constitutivos del delito, menos uno: la animadversión hacia el albacea o la amistad con los otros interesados.

Por su parte, el procurador delegado en lo penal fue de parecer que no faltaba en este caso ninguna prueba acerca de la comisión del delito y en consecuencia pide que se enjuicie al juez doctor Viñas por prevaricato.

El procurador glosa el fallo del tribunal así:

"Acepta, por consiguiente, el h. tribunal que los autos proferidos por el doctor Viñas son ilegales y que al proferirlos procedió dicho juez maliciosamente.

"Cuál pudo ser la fuente de esa malicia que acepta el tribunal? Pues sencillamente la manifiesta enemistad del juez y del albacea, enemistad de la cual hay prueba abundante en este proceso".

Al efecto, trascribe la vista las declaraciones de la mayor parte de los testigos citados por el denunciante. De ellas extracta la sala lo pertinente al punto concreto que interesa esclarecer.

Abel Vásquez García. Este testigo empieza declarando lo que dice haberle oído referir al doctor Viñas, en 1931, a propósito de una cuenta de cobro que por servicios médicos le pasó el doctor Rodríguez Gutiérrez y que aquél consideró excesiva.

Luego dice: "También recuerdo que un día, a principios de diciembre del año p. pdo. manifestó el doctor Viñas en mi presencia, estando en su juzgado, que no incluiría el crédito a favor del doctor Rodríguez como albacea en el juicio sucesorio de José Jaime en primer lugar por cuanto no había presentado los documentos requeridos para comprobar el crédito y en segundo lugar porque él lo consideraba como muy excesivo y escandaloso".

Preguntado acerca de si tenía conocimiento directo o indirecto de que en la actualidad existiera enemistad grave entre los doctores Rodríguez Gutiérrez y Viñas, contestó: "Como perito oficial de la sucesión de Jaime he podido observar que entre el doctor Rodríguez Gutiérrez y el doctor Blas Viñas P., juez único civil del circuito, existe enemistad personal, pues no se tratan con cordialidad, observación que he hecho por las reiteradas ocasiones en que los he visto juntos, el uno, por el puesto que ocupa de juez del circuito y el otro por su cargo de albacea de la sucesión Jaime y supongo que esa enemistad personal de ellos data desde la época en que el doctor Rodríguez como médico tuvo la diferencia con el doctor Viñas por el rechazo del tratamiento que le hiciera aquél a éste. Esa enemistad actual entre el doctor Viñas y Rodríguez es pública y notoria aquí en Magangué".

Pablo Emilio Suárez, al ser interrogado sobre si "en la actualidad existía enemistad grave entre los doctores Blas Viñas P. y Gilberto Rodríguez Gutiérrez", expuso: "Sí he oído decir a muchas personas, siendo público y notorio que en la actualidad todavía existe la enemistad entre el doctor Rodríguez Gutiérrez y el doctor Viñas, por el motivo anteriormente expresado".

Leopoldo Graviña, contestando igual pregunta dijo: "Es público y notorio en este lugar que en la actualidad existe enemistad manifiesta entre los doctores Gilberto Rodríguez Gutiérrez y Blas Viñas P., actual juez único civil del circuito, probablemente por los motivos expresados anteriormente".

José Dionisio Guerra Guerra, recaudador de hacienda nacional, cuenta que en alguna ocasión llegó, "como de costumbre" a su oficina el juez doctor Viñas y le manifestó: "Hombre, doctor Viñas, por qué está demorando usted tanto ese negocio de Jaime; ojalá usted se empeñara en terminarlo pronto, pues necesitamos el pago de los impuestos de lazareto, que asciende a más de ocho mil pesos, para las necesidades de la oficina, tanto le conviene a usted como a nosotros y el doctor Rodríguez Gutiérrez, albacea, me ha manifestado que está dispuesto a pagar inmediatamente esos impuestos". Agrega que el juez le contestó "qué quería decir con eso, que si quería sobornarlo".

Lo dicho dio lugar a que el juez llamara al recaudador a su despacho, lo mismo que al doctor Rodríguez Gutiérrez, a quien habría arrestado el juez, si no es porque el testigo no suministró base en la cual pudiera fundar tal resolución.

Termina así su declaración el señor Guerra Guerra: "Es comentario general de que el doctor Rodríguez y el doctor Viñas son enemigos desde hace tiempo por motivos de un tratamiento que hizo el

doctor Rodríguez al doctor Viñas y que éste consideró errado, pero a mí no me consta nada personalmente sobre este asunto. Es todo lo que puedo declarar sobre los hechos porque se me pregunta".

Manuel María Díaz Granados, ex-secretario del juzgado, refiere lo siguiente:

"Yo fui secretario del juzgado único civil de este circuito del cual es juez el doctor Blas Viñas P. y el motivo del disgusto entre nosotros lo ocasionó algunas cosas ocurridas en el negocio de la sucesión de José Jaime, entre ellas la de haberme hecho poner una constancia de que no había habido los inventarios y la de no haberle contestado un interrogatorio que me hizo como él lo quería y dejando yo de decir la verdad, motivo por el cual renuncié del puesto. La constancia a que me he referido anteriormente fue la de que el doctor Blas Viñas P., juez único civil, me informó que todas las partes del negocio de la sucesión habían acordado que se pusiera la constancia de que no habían habido inventarios con el objeto de hacerlos nuevamente, pero el suscrito un poco desconfiado, salió de la oficina a averiguar con las partes en el negocio si aquello era cierto y me manifestaron que eso era falso y prueba de ello que acto seguido se dirigieron al juzgado protestando contra la constancia puesta por mí como secretario; en vista de eso le protesté al señor juez el haberme sorprendido para que pusiera tal constancia y le manifesté que iba a anular esa constancia porque más tarde se me podrían venir responsabilidades y él quedaba ileso y yo sería el embromado, pero el señor juez se opuso de todas maneras que lo hiciera".

En cuanto al punto relativo a la enemistad manifiesta entre el albacea y el juez dijo Díaz Granados: "Sobre eso no me consta nada, lo único que oigo decir en la calle y a los propios doctores Blas Viñas P. y Gilberto Rodríguez Gutiérrez es que ellos son enemigos personales, sin que yo sepa el motivo cierto de su enemistad".

Manuel Antonio Torres. En su declaración se refiere al incidente de la cuenta de cobro del año de 1931, del doctor Rodríguez Gutiérrez al doctor Blas Viñas P., por servicios médicos. Dice el señor Torres que ese asunto fue motivo de comentarios generales y termina así: "...desde entonces los doctores Blas Viñas P. y Gilberto Rodríguez Gutiérrez se encuentran enemistados, lo que es público y notorio en esta ciudad".

Tales son los testimonios relativos a la enemistad entre el juez y el albacea de la sucesión Jaime, que destaca la vista del señor procurador. El denunciante citó también a los señores Gilberto Berrío G. y Antonio Eljach.

El primero dijo que personalmente estaba enemistado con el doctor Blas Viñas Paniza, "de enemistad grave y manifiesta desde hace muchos años", por lo cual el investigador "se abstuvo de recibirle la declaración de conformidad con la cita que le resulta en la diligencia de ratificación del denuncio".

El testigo señor Eljach, como la mayor parte de los anteriores, dijo:

"Yo he sabido por referencias de un disgusto existente entre el doctor Rodríguez Gutiérrez y el doctor Blas Viñas P., motivado por una cuenta que por concepto de servicios médicos le cobró el primero al segundo. Es público y notorio en esta ciudad que los doctores Rodríguez Gutiérrez y Blas Viñas P. son enemigos personales. Es todo lo que puedo declarar sobre la pregunta que se me hace".

Véanse ahora los reparos del doctor Viñas respecto a la idoneidad de algunos testigos y en general sobre el valor probatorio de las declaraciones que se aducen en su contra. En su declaración instructiva de fs. 21 a 28 dice lo siguiente:

"Leopoldo Graviña declara que existe buena amistad entre los dos, que lo prueba el hecho de haberme prorrogado la jurisdicción en un juicio que cursa en el juzgado municipal, después de haberle hecho sufrir cinco días de arresto como pena correccional, por irrespetos a mi autoridad, pero luego manifestaré que no es cierto que entre él y yo exista buena amistad, pues no nos tratamos siquiera y sé

que él me profesa un odio terrible y que si me prorrogó la jurisdicción fue maquiavélicamente, es decir, para si tenía alguna demora en la actuación denunciarme; es pues mi enemigo. Manuel María Díaz Granados T. Este señor, como él lo manifiesta en su declaración, es mi enemigo gratuito; después de haberlo tenido de oficial mayor y secretario en el juzgado a mi cargo por un espacio de dos años y medio poco más o menos, pero debo manifestar que el motivo de la enemistad que existe hoy entre los dos, que expone él, es absolutamente falso, pues el hecho de la constancia que dice él puso sobre inventarios, fue el día 23 de noviembre de 1939, como se puede constatar en el expediente respectivo, cuya copia solicito para que sea agregada a esta indagatoria, como todo lo demás que respecto a él tenga que exponer y él fue retirado por el que habla— de mi oficina como secretario el día 17 de diciembre de 1939, por haber dado un escándalo en la oficina, pues trató de darle muerte alevosa y violentamente al señor Abraham Jaime, que se encontraba en el despacho y con quien era amigo, por una sola chanza que éste le diera; salió a su casa que queda vecina y regresó con revólver en mano, pero afortunadamente el que habla y los demás compañeros de oficina ya lo habían traspuesto. Es igualmente falso que yo consiguiera la constancia del señor Díaz Granados en los inventarios, a que él se refiere, de la fecha antes dicha, por medio de engaño y falsedad, manifestándole que de acuerdo con todos los interesados del juicio se había convenido que lo que le hiciera poner tal constancia, como falso también que él saliera a cerciorarse con los interesados y que éstos le manifestaran que no era así y, entre las varias pruebas que podría presentar para comprar mi dicho, me limito sólo a que el señor juez pida copia del memorial que el señor síndico-recaudador me pasara con fecha 28 de noviembre de 1939; el que habla le improbó al señor Díaz Granados, como secretario, los términos en que puso la constancia, pues se le dijo que diera cuenta de que se fijaba nuevo día para un nuevo inventario, por cuanto el anterior de fecha treinta de octubre se había resuelto no darle curso o darle existencia ,por cuanto contenía ,varias irregularidades, entre ellas haberse practicado sin mi presencia, y otra el hecho de haberle incluído en dichos inventarios un crédito del doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez, por doce mil pesos moneda legal, sin haber hecho antes petición alguna, como lo ordena el artículo 941 del Código Judicial y también por no estar firmado por todos los interesados, ni por él, como secretario, motivos estos de que yo, el juez que habla, no obstante haberlos firmado por sorpresa, al no darle curso, por las razones apuntadas, como lo manifiesto en mi auto ,de fecha 29 de noviembre del año pasado, recaído al memorial antes dicho del síndico recaudador del impuesto. Aunque por el solo hecho de manifestar el señor Díaz Granados ser enemigo mío, no tiene valor legal alguno su declaración, el que habla ha creído conveniente hacer estas explicaciones para comprobar lo falso de lo expuesto por el señor Díaz Granados en su declaración. Con respecto a a las demás declaraciones, que son todas por referencias, sabrá apreciarlas el honorable magistrado que conozca del presente denuncio y bien comprenderá que no tienen valor legal alguno. Dejo demostrado que el doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez no ha comprobado la enemistad grave que dice existe entre él y yo, ni tampoco la intimidad que asegura existir entre el señor Abraham Jaime y el que habla, que por el contrario el denunciado ha comprobado lo que sostiene en su defensa".

Atrás se insertó la versión del recaudador sobre la conversación que promovió en su oficina con el juez a fin de obtener el pronto pago de los impuestos de la mortuoria mencionada. Oigase a continuación lo que a este respecto expone el sindicado:

"Un día —refiere— me mandó decir el señor Guerra que necesitaba hablar conmigo urgentemente. Poco después me

mandó la misma razón y otro día al pasar por el frente de su oficina me llamó y a solas, bastante impresionado me dijo lo siguiente: 'el doctor Rodríguez Gutiérrez quiere ver terminado los inventarios de la sucesión Jaime y que vea cómo le incluye el crédito que reclama contra la sucesión, y me recomendó que bajo toda la reserva del caso le dijera qué suma de dinero le pedía usted por eso'. A lo que le dijo el declarante: yo le contestaré. Acto seguido me vine a mi oficina, y creyendo en lo cierto de lo manifestado por el José Dionisio Guerra, cité por medio de la boleta respectiva a dichos señores a mi oficina. Mientras ellos llegaban, creyendo cierto, repito, lo que me había manifestado el señor Guerra, se puso el declarante a hacer la respectiva resolución imponiéndole al doctor Rodríguez cinco días de arresto inconmutables, por tal ultraje y ofensa a mi dignidad de juez".

El diálogo que con este motivo se desarrolló en el juzgado entre los doctores Viña y Rodríguez Gutiérrez no revela sentimientos de hostilidad del uno para el otro. El juez, en términos comedidos, solicitó a dicho señor repitiera lo que le había mandado proponer por conducto del recaudador, a lo cual contestó el doctor Rodríguez: "No, doctor Viñas, yo no le he mandado proponer nada, pues tengo un alto concepto de su dignidad como juez". A su turno, el recaudador, señor Guerra, al ser interrogado por el juez, contestó: "No, doctor Viñas, usted me interpretó mal lo que le dije, que fue que Rodríguez me dijo que me interesara con usted para que se llevaran a efecto pronto los inventarios porque él tenía que ausentarse pronto para Barranquilla". El doctor Viñas sigue refiriendo que increpó al informante su falta de carácter y que manifestó al doctor Rodríguez que desistía de la resolución que había dictado imponiéndole arresto por ofensa a su dignidad oficial, porque carecía ya de base en que fundarla. Y agrega: "En seguida el doctor Rodríguez se despidió de mí cortesmente y se fue, cosa que también hizo el señor Guerra. Al día siguiente de lo sucedido se encontró el declarante en la calle con el señor José Dionisio Guerra y acercándose le dijo: "Doctor, usted me iba echando un vainazo" (Véanse fs. 33 y 34, indagatoria del doctor Blas Viñas P.).

Refiriéndose a la declaración del señor Manuel Antonio Torres dice el doctor Viñas lo siguiente:

"Esta declaración, participa de la misma condición de las anteriores, cuando dice: 'desde entonces (una cuenta pasada por el doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez al doctor Viñas por servicios médicos prestados) los doctores Blas Viñas P. y Gilberto Rodríguez Gutiérrez se encuentran enemistados lo que es público y notorio en esta ciudad'. Debo hacer constar que este señor no tiene amistad con el declarante como afirma y es dependiente del doctor Rodríguez Gutiérrez, vendedor de sus productos farmacéuticos, como lo compruebo con los testigos señores Gabriel Morales y Abelardo Gamarra, mayores de edad y residentes en el lugar cuyos testimonios solicito atentamente del señor juez se sirva pedir para agregarlos a esta diligencia.

Dicho sea aquí de paso, los testigos Gabriel Morales y Abelardo Gamarra declararon que en verdad el señor Manuel Antonio Torres era dependiente del doctor Rodríguez Gutiérrez (fs. 39 y 40).

En otra parte de la primera indagatoria el doctor Viñas, al referirse a su conocimiento y relaciones de amistad con el doctor Rodríguez Gutiérrez, relata el incidente de la cuenta de cobro, del cual los testigos hablan por simples referencias.

El señor procurador reproduce en su vista ese pasaje precedido del siguiente comentario:

"Sobre el hecho originario de la enemistad de los doctores Viña y Rodríguez, esto es, el no haberle pagado el primero al segundo los honorarios médicos, se encuentra una confirmación elocuente y hasta amena en la indagatoria rendida por el doctor Viñas".

El acusado dijo: "Sí conozco al doctor

Gilberto Rodríguez Gutiérrez y desde que se estableció en este lugar he llevado buenas relaciones de amistad con él, haciendo observar que en el año de 1931 debido a una asistencia médica que me prestó y en la cual su tratamiento fue enteramente opuesto a la enfermedad que sufría, ocasionándome esto perjuicios a mis intereses, pues mi enfermedad se prolongaba, me ví en la necesidad de mandar a Sucre (B.), a buscar al doctor Romualdo Cabrales para que viniera a asistirme en mi enfermedad, arreglando sus honorarios por la suma de trescientos pesos, fuera de gastos, y este médico a los tres días me mejoró notablemente y preguntándole yo que tal le parecía el tratamiento a que me había sometido el doctor Rodríguez Gutiérrez, me manifestó que era contraproducente. Pocos días después todavía no restablecido por completo mi salud, estando aún en convalecencia, recibí del doctor Rodríguez Gutiérrez la cuenta que me pasaba por su mala asistencia médica, diremos, por la suma de doscientos pesos. Inmediatamente, como ya le había pagado al doctor Romualdo Cabrales los trescientos pesos y había hecho los gastos consiguientes de su venida y regreso, medicinas, etc., le contesté al doctor Rodríguez pasándole una cuenta por cuatrocientos pesos, en que estimaba los perjuicios recibidos por su erróneo y errado tratamiento médico y perjuicios consiguientes, ordenándole que de esa suma se abonara los doscientos pesos que me cobraba y que me enviara el saldo de doscientos pesos que quedaban a mi favor. Como se ve, yo moral y legalmente le pague al doctor Rodríguez el valor de sus servicios que me había prestado, pero él no me pagó el saldo que quedaba a mi favor con la cuenta que le había pasado. Debido a este incidente hubo unos pocos días en que casi el doctor Rodríguez no se trataba conmigo, pero pasado algún tiempo volvimos a tener amistad y para probarlo puedo citar entre otras personas al doctor Otto Camargo Martelo y al señor Enrique López Gómez, y en la actualidad no somos enemigos aunque él trate de demostrar lo contrario".

Anota también el colaborador fiscal de la sala que "leyendo con cuidado la indagatoria del doctor Viñas y la ampliación de esa diligencia, ampliación llevada a término por solicitud del acusado, salta entre líneas la mala voluntad del juez para con el doctor Rodríguez, aunque el indagado quiera asignar al denunciante un carácter muy curioso por lo poliforme, es decir, una dualidad de personas que son: una persona el doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez y otra persona el albacea testamentario del señor Jaime".

Para ilustrar todos los aspectos de la acusación y de la defensa, la corte transcribe además las informaciones suministradas por el acusado en su segunda indagatoria sobre la conducta del albacea. En ellas aparece la explicación del juez sobre el cargo de enemistad que le formuló el doctor Rodríguez Gutiérrez, primero con el fin de pedirle que se declarara impedido para seguir conociendo del juicio de sucesión Jaime y que luégo reitera en el denuncio por prevaricato.

"La tempestad —afirma el acusado— que ha formado el doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez, ha sido originada única y exclusivamente, como lo denuncia el expediente respectivo, la no inclusión de su crédito por doce mil pesos en el pasivo de la sucesión de José Jaime y que éste quiere injustamente atribuirlo a la enemistad supuesta que él alardea tánto, existir entre él y el declarante desde el año de 1931; de ahí su encono y su iracundia contra el que declara, como si fuera potestativo de mi cargo incluir créditos en los pasivos de las sucesiones, cuando se quiera, y negarlo de la misma manera, y no dependiera esto de la voluntad de los herederos que deben pagar aquellos créditos y de las formalidades legales, con que esté revestido el crédito, y lo raro del caso es que el mismo doctor Gilberto Rodríguez reconoce que hay que llenar ciertos requisitos legales para la inclusión de un crédito cuando en su memorial de fecha 25 de oc-

tubre del año pasado, del cual pido atentamente al señor juez solicite copia y agregue a estas diligencias, pide que previas las formalidades legales del artículo de 941 del C. J. se incluya el crédito que reclama. De todo lo que pasa, el afán del doctor Rodríguez de forjar denuncios reñidos con la ley y la verdad contra el que declara, y de ahí también su afán continuo de pedir mi separación del juicio de sucesión Jaime, ya pidiendo que me declare impedido, ya intentando juicios de recusación contra mí, alegando unas veces intimidad con unos de los herederos, que antes he dicho no existe, ya por la decantada supuesta enemistad que dice existe entre los dos, como si por el hecho de que el que declara se separara del negocio y dejara de conocer de él por impedimento o recusación él pudiera, con el juez que me sucediera, satisfacer su sed de dinero, haciendo incluír su crédito ajeno, porque los herederos una y mil veces, sea quien fuera el juez que conozca del negocio, se negarán a que él logre su intento. De aquí, permítaseme que repita, la cólera del doctor Rodríguez Gutiérrez contra el que habla, porque él ya ve venir muy pronto el espantajo del cumplimiento del deber de rendir sus cuentas como albacea de la sucesión Jaime, pues de autos resulta en cuenta presentada por el apoderado de los herederos doctor Otto Camargo Martelo, tomada del libro de cuentas de dicho albacea, que él, es decir, el doctor Rodríguez Gutiérrez, por sí y ante sí, sin la anuencia de los herederos, del producido de un ganado vendido, figura haberle dado al señor Augusto Arraut, a buena cuenta de su crédito de doce mil pesos, la suma de cinco mil pesos moneda legal, y sin embargo de todo esto, reclama el crédito ya cedido a Arraut, como de su propiedad y en su fantasía supone que el juez que haya de conocer de estos juicios e incidentes, dejará de darle la calificación que merecen estos actos exigiendo la correspondiente responsabilidad de ellos. También hace figurar entre las cuentas que me refiero, aportadas a los autos por el doctor Otto Camargo Martelo, la partida de ciento setenta pesos pagados a G. Berrío por un viaje hecho a Cartagena, cuando este viaje no se ha efectuado. Obsérvese también que el doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez, con su doble carácter de albacea y acreedor, ha pedido y querido que dentro de los límites del juicio sucesorio, se le reconozca su crédito contra la sucesión Jaime en vez de haberlo hecho por separado como particular en juicio ordinario, y si no él, el cesionario de dicho crédito, señor César Augusto Arraut. Con todos estos vicios de ilegalidad, era imposible que el que declara en su condición de juez pudiera atender su solicitud a este respecto, y más que todo, sin personería para hacer dichas gestiones, pues por acto de fecha doce de mayo de mil novecientos treinta y nueve el que declara se vio obligado a negarle varias solicitudes como albacea de la sucesión, abrogándose facultades que la ley no le reconoce, que por lo mismo hube de declarar que él, como albacea de la sucesión, no era parte de dicho juicio señalándole las atribuciones que el legislador le ha impuesto, cuales son las contenidas en los artículos 1312, 1352, 1354 y 1343 del código civil, y que él, como albacea, no era sino un guardián de los intereses de la sucesión; auto que confirmado por el honorable tribunal superior de justicia por providencia de 21 de julio de mil novecientos treinta y nueve, cuyas copias pido al señor juez solicite al juzgado y agregarlas a la presente actuación; de manera, pues, que desde que la providencia del honorable tribunal se ejecutorió y puso en conocimiento de las partes, debió el declarante no resolver, o rechazar o mandar archivar todas las solicitudes que él hiciera llamándose albacea de la sucesión de Jaime, que estuviera fuera de las señaladas por la ley; pero en el transcurso de la actuación del juicio el que habla lo confiesa, olvidó lo resuelto por el honorable tribunal y cometió el error de seguir admitiendo sus solicitudes, cometiendo así un desacato a lo ordenado por el honorable tribunal sobre el particular, y por esto, más tarde, no he considerado muchas

de las solicitudes que él o su apoderado doctor Manuel Francisco Alvarez me hiciera y he ordenado su archivo".

Tales son, examinadas minuciosamente por la sala, las pruebas de cargo sobre el tema de la enemistad entre el juez y su acusador. Con base en ellas y en el concepto del tribunal de Cartagena sobre la ilegalidad maliciosa de los autos de 30 de noviembre de 1939, la procuraduría pide, como ya se dijo, el enjuiciamiento del juez de Magangué doctor Viñas P.

No comparte la sala la conclusión a que llegó el señor procurador, ni acoge tampoco la opinión del tribunal y de su fiscal de que el juez violó manifiestamente y a sabiendas leyes sustantivas y adjetivas al pronunciar los referidos autos.

Los testigos no declaran sobre ningún hecho demostrativo de que el juez abrigaba enemistad para el doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez en la época en que el juzgado dictó tales providencias o en tiempo anterior a ellas. En el informativo sólo hay un testigo (Abel Vásquez García) que declara por propia percepción. Dice que en cierta diligencia judicial, en la cual participó como perito, y en otras ocasiones en que los vio juntos, pudo observar que los señores Viñas y Rodríguez Gutiérrez "no se tratan con cordialidad". ¿De cuáles actos u omisiones del uno o del otro dedujo el testigo su observación? No lo dice. Por otra parte, la falta de cordialidad en las relaciones de dos o más personas —vale decir, de afecto y franca amistad— no significa el extremo opuesto, o sea que exista enemistad, odio o animadversión entre las mismas.

Para contrarrestar los dichos de los testigos citados por el denunciante, el doctor Viñas aportó a los autos algunos testimonios relativos al estado de sus relaciones con el doctor Rodríguez Gutiérrez, en la época de las actuaciones por las cuales se le acusó. La sala inserta lo esencial de ellos.

Gabriel Morales (folio 31) dice: "Supongo que el doctor Blas Viñas P. y el doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez no son o no eran enemigos, porque en varias ocasiones los he visto que se saludaban, una vez en el sardinel de Mogollón y otra en el propio juzgado civil de este circuito". Esta declaración —anota la sala— fue rendida el día 18 de abril de 1940, o sea meses después de la acusación formulada contra el juez por el doctor Rodríguez. Posiblemente refiriéndose al tiempo anterior, el testigo dice: "no eran enemigos".

Enrique López Gómez (folio 32), sobre el punto concreto de las relaciones personales entre los doctores Viñas y Rodríguez Gutiérrez, expuso:

"Puedo decir sobre eso que por haberlos visto encontrarse en la calle y saludarse y charlando en la oficina del doctor Viñas puedo declarar que conservan amistad".

Otto Carmargo Martelo, abogado de profesión. "Puedo declarar —dice— y me consta ello por propias y directas percepciones que en mi práctica profesional en el ejercicio de la abogacía y teniendo por consiguiente que ocurrir diariamente a los juzgados de este circuito, he podido observar que en el juzgado único civil de este circuito a cargo del doctor Blas Viñas Paniza desde el año de 1937, la asistencia frecuente a dicho juzgado del doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez en demanda de que sus derechos sean decididos por la justicia, lo que asevero por haberme correspondido en mi carácter de abogado la representación de la contraparte en las solicitudes impetradas por el mencionado doctor ante aquella oficina, lo que me indica como consecuencia, dentro de una sana lógica, que entre los mencionados doctores Viñas y Rodríguez existen buenas relaciones de amistad y más si se tiene en cuenta que el incidente entre ellos surgido data desde hace cerca de 10 años".

Abelardo Gamarra, (folio 39 v.): "En cuanto a que el doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez sea amigo del doctor Blas Viñas P. también puedo declarar que los he visto charlando juntos".

Hay otro testimonio, el del señor David

Cure (folio 39). quien depone sobre meras referencias.

De las observaciones a que se contraen estos testigos, ¿se deduce precisamente que los doctores Viñas y Rodríguez Gutiérrez, antes que ser enemigos, mantenían perfectas relaciones de amistad en la época de que se trata? Tampoco. Comentario análogo al que se hizo sobre el testimonio del señor Vásquez García podría hacerse aquí. Los saludos, la conversación, el trato cortés entre individuos que tienen contacto más o menos obligado por razón de su oficio, apenas son manifestaciones de buena educación. Aunque es muy dudoso que se observen entre quienes se hallan gravemente enemistados.

En otro lugar se incluyó el texto de las declaraciones del doctor Viñas en que se ocupa de explicar los motivos distintos de la supuesta enemistad que, según él, guiaron los recursos intentados por su acusador a fin de separarlo del conocimiento del juicio de sucesión, llegando en ese camino hasta el denuncio criminal. Allí se lee que el doctor Rodríguez Gutiérrez ha intervenido en ese juicio con el doble carácter de albacea y de acreedor, proceder que el indagado censura en términos duros. En fin. para el Dr. Viñas la acusación que se le ha hecho no es otra cosa que un acto de venganza.

No revelan ciertamente buena disposición de ánimo para con el doctor Rodríguez Gutiérrez las declaraciones que respecto a él hace el doctor Viñas al tiempo de ser indagado y sobre las cuales llama la atención el procurador. La realidad es que el doctor Viñas asumió entonces una actitud francamente recriminatoria contra aquél. Mas ocurre que el doctor Viñas comparecía ante el juez penal como acusado por el grave delito de prevaricato. Sería demasiado rigor exigirle que guardara serenidad y mesura en tal circunstancia, o que omitiera lo que consideraba necesario decir en su defensa, en relación con la persona de su acusador. Su animosidad en ese momento no puede, pues, interpretarse como expresión de sentimientos anteriores y coetáneos con las providencias que han dado motivo a la acusación.

Según se sabe, los doctores Gilberto Rodríguez Gutiérrez y Blas Viñas P. tuvieron cierta diferencia o desacuerdo consistente en que el primero cobró al segundo honorarios por servicios médicos que el cobrado estimó contraproducentes, por lo cual resolvió pasar al facultativo una contracuenta por perjuicios.

Este incidente, cuya versión completa se debe al propio acusado, data del año de 1931. Acerca del curso que a partir de él tuvieron sus relaciones con el doctor Rodríguez Gutiérrez dice: "Debido a este incidente hubo unos pocos días en que casi el doctor Rodríguez no se trataba conmigo, pero pasado algún tiempo volvimos a tener amistad y para probarlo puedo citar entre otras personas al doctor Otto Camargo Martelo y al señor Enrique López Gómez..."

Según esto, el resentido fue el doctor Rodríguez Gutiérrez, lo que parece más presumible dentro de lo normal.

Son los testigos de cargo los que señalan el incidente de los honorarios como causa u origen de enemistad entre los susodichos señores. No dicen, sin embargo, de qué modo y en qué época se exteriorizó el sentimiento de animadversión mutua que empiezan dando por existente. Su conocimiento del asunto no aparece acreditado con hecho alguno. Se limitan a afirmar que esa enemistad "existe actualmente" y que este es un "hecho público en Magangué", o que tal es "el comentario público". Su misión de testigos, llamados a demostrar las afirmaciones del denunciante, la desempeñan, pues, haciendo a su vez dos afirmaciones, una para respaldar la otra, sin dar explicación sobre ninguna.

Aquí lo que se ve es un círculo vicioso, por el cual a un incidente ocurrido en 1931, se le atribuye el carácter de origen y de prueba a la vez de una enemistad sobre la cual nada o casi nada se sabe. Si a raíz de la solución que el doctor Viñas dio a la cuenta de su médico, las buenas relacio-

nes entre los dos apenas se alteraron en la forma pasiva y temporal que refiere el acusado —y esto hay que tenerlo por cierto puesto que no se produjo prueba en contrario—, no hay razón para admitir que la pretendida enemistad se mantuvo viva a lo largo de nueve años, y lo que es más grave, que ese sentimiento indujo al doctor Viñas, en noviembre de 1939, a violar la ley, en su carácter de juez civil, a fin de agraviar a su antiguo médico, doctor Rodríguez Gutiérrez, quien a la sazón actuaba con el cargo de albacea en el juicio de sucesión de José Jaime.

Para reputar existente la enemistad o la animadversión —que es la expresión que trae el nuevo código al definir los elementos del prevaricato— es menester que ocurran manifestaciones inequívocas de malquerencia y hostilidad del juez hacia la parte que se reputa injustamente perjudicada. El hecho al cual se atribuye la capacidad de engendrar enemistad lógicamente no puede invocarse como prueba de la misma.

La animadversión del juez hacia una parte o la simpatía por la otra tampoco bastan. Es menester que aparezca que por uno u otro motivo, o por ambos, se produjo el acto acusado de ilegal. De aquí que la sala considere que lo fundamental para la demostración del dolo en la providencia manifiestamente ilegal e injusta es el elemento **a sabiendas.** Producida esta prueba, la del efecto o desafecto cobra la **eficacia probatoria** que de ella se exige en el conjunto, o sea la virtud de haber determinado al juez a violar la ley.

Ya dijo la sala que encontraba infundado el concepto del tribunal en cuanto afirmó que el juez Viñas había violado leyes sustantivas y adjetivas "maliciosamente y a sabiendas". Conviene hacer al respecto algunas consideraciones.

El artículo 168 del código, que define el prevaricato, prescribe que la resolución contraria a la ley ha de ser expresa o manifiestamente injusta. De suerte —anota la sala— que el conocimiento por parte del juez del acto que realiza debe comprender ambos aspectos.

Como se recordará, el juez, a petición de los herederos de la sucesión Jaime, por auto de 30 de noviembre de 1939, resolvió que el albacea debía prestar fianza y en providencia de la misma fecha dispuso separar provisionalmente al doctor Rodríguez Gutiérrez del ejercicio de dicho cargo.

Sobre la caución dice el juez en el auto respectivo:

"Varias razones aduce el memorialista (apoderado de los herederos) en apoyo de su solicitud que este despacho considera fundadas por cuanto se desprenden de hechos que aparecen comprobados en el expediente y a la vez aparecen también respaldados con las cartas que están acompañando la solicitud. Le conviene a la justicia que los bienes que forman el haber de la sucesión sean administrados correctamente, no sufran menoscabo alguno y por consiguiente considera este despacho que ha llegado el momento de darle aplicación a la disposición invocada como un medio de evitarle perjuicios a los herederos y al fisco nacional". La disposición que el juez estimó oportuno aplicar es la que faculta a los herederos para exigir caución al albacea en el caso de justo temor sobre la seguridad de los bienes de que fuere tenedor.

Por el otro auto de 30 de noviembre, sobre admisión de la demanda ordinaria propuesta por los herederos para remover del cargo de albacea al doctor Rodríguez Gutiérrez, el juez dio aplicación al artículo 631 del código civil y decretó la suspensión provisional de dicho albacea. La aplicación de ese artículo se ha objetado de indebida.

Motivando esta providencia expuso el juez:

"Es evidente que si hay razones para remover al albacea de su cargo, tal medida resultaría ilusoria en sus afectos, si ella quedara reservada para aplicarla cuando se consiguiera la terminación del juicio; los males que se trataran de evitar

con la medida indicada, habrían llegado a un amplio desarrollo y por consiguiente la conclusión sería la evidencia de que carecería de toda finalidad práctica el recurso permitido por el legislador y establecido por medio del artículo 1357 del código civil. Considera este despacho justa la solicitud provisional, basada en el artículo 631 del mismo cuerpo de leyes citado, por cuanto todos los guardadores deben regirse por unas mismas leyes; por otra parte, se justifica tal pedimento, por la serie de hechos enumerados en el libelo, se desprenden de circunstancias que aparecen acreditadas en el expediente que contiene el juicio sucesorio del señor José Jaime, circunstancias confirmadas con las copias que han agregado a la demanda".

Se observa que a pesar de los dos autos de 30 de noviembre y de que por uno de ellos el juez señaló al albacea cuatro días para prestar la fianza, quedando separado del cargo si no la otorgaba dentro de ese plazo, dicho albacea siguió actuando en el juicio de sucesión. Véase si no el memorial de 13 de diciembre, suscrito por el doctor Rodríguez Gutiérrez, por el cual solicita, con el carácter de albacea, que se proceda a la práctica de nuevos inventarios, solicitud que el juez resolvió favorablemente, por auto de la misma fecha. Según esto, el doctor Rodríguez Gutiérrez no fue suspendido en firme del albaceazgo por ministerio de tales autos.

Hay una tercera providencia, fechada el 30 de enero de 1940. El denuncio no la menciona expresamente y el tribunal parece englobarla entre las del 30 de noviembre al hacer, al final del fallo, un comentario general sobre aquéllas. Con perfecta lógica el señor procurador la relaciona con los cargos de la acusación.

En esta última providencia el juez, a solicitud de los herederos, declara "separado del puesto de primer albacea testamentario de la sucesión del señor José Jaime al doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez y llama en su reemplazo al segundo albacea testamentario señor Felipe Urda Basanta". El texto de la solicitud no se incluyó en las copias traídas a este informativo. Según parece, los herederos alegaron que el doctor Rodríguez Gutiérrez se había radicado en Barranquilla. Al respecto hay, antes del auto, una certificación del secretario del juzgado que confirma ese hecho. El juez, luégo de reproducir las peticiones que se le formulan, razonó así:

"....como el cargo de albacea es de pura confianza, indelegable por ministerio de la ley y está obligado a responder hasta por la culpa leve en el desempeño de su cargo, al tenor del ordinal 3º del artículo 63 del código civil y artículo 1356 del mismo cuerpo de leyes, es de suponer, que con la tenencia de los bienes, resida en el lugar donde la mayor parte de éstos se encuentren, y esté radicado el respectivo juicio sucesorio, y es por todos bien sabido, que la masa hereditaria de este juicio, está compuesta de bienes raíces que necesitan la inmediata administración de quien está obligado a ejercerla, pues como lo afirma el memorialista, sus frutos, ya civiles o naturales, deben de ser recaudados, de lo contrario, vienen los perjuicios y si su administrador se ausenta, los deja abandonados, es deber de los interesados hacer cesar este estado de cosas, pidiendo como lo han hecho, se llame al segundo albacea, instituído como tal, antes expresado, pues la secretaría también informa, el albacea doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez está ausente y establecido en Barranquilla".

La alusión del auto sobre la calidad de indelegable del cargo de albacea parece referirse a la imputación hecha antes al doctor Rodríguez Gutiérrez, y discutida en incidente especial, de que éste había delegado su cargo en el señor César Augusto Arraut, designándolo administrador general de los bienes de la sucesión.

El juez consideró, en síntesis, que el cambio de residencia implicaba abandono y esta culpa grave y como el hecho principal, o sea el cambio de domicilio, lo halló probado con la certificación del propio secretario, falló de conformidad con lo pedido.

Se recordará que el juez, al explicar su conducta hace, hincapié en la circunstancia de que el doctor Rodríguez Gutiérrez actuaba con el doble carácter de albacea y de acreedor de la mortuoria por suma de alguna importancia ($ 12.000,00) que cobraba por servicios médicos prestados al Sr. José Jaime, cuenta que presentó al juzgado el 25 de octubre de 1939 con la solicitud de que fuera incluída en los inventarios de la sucesión, a lo cual se opusieron los herederos, advirtiendo que ni la aceptaban, ni la reconocían. Y manifiesta también que en los autos consta que el albacea doctor Rodríguez Gutiérrez había enajenado ganados de la mortuoria por valor de cinco mil pesos sin anuencia de los herederos, dineros que había abonado al señor César Augusto Arraut a buena cuenta de aquel crédito. El señor Arraut es la misma persona que, según se dijo había sido encargada por el albacea de la administración de los bienes de la mortuoria y aquí, en esta parte de la indagatoria del acusado, se le menciona como cesionario de un crédito que los herederos habían manifestado no reconocer.

Entre los documentos relacionados con la motivación de los autos que, por petición del acusado obran en copia en este informativo, se pueden mencionar los siguientes. Por sus fechas se colige que en verdad hacían parte del expediente de la sucesión cuando el juez dictó las providencias referidas.

a) Una cuenta de cobro que dice así:

"Doctor G. Rodríguez Gutiérrez —médico y cirujano— Especialidades: cirugía, sifilografía, enfermedades de la mujer. Magangué. Colombia. Oficina: calle de las damas. — Por telégrafo: Giltro. La sucesión de José Jaime al doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez debe, por servicios profesionales prestados al señor José Jaime durante su larga y última enfermedad, $ 12.000.00. Son doce mil pesos oro legal. Magangué, octubre 25 de 1939. (fdo.) G. Rodríguez";

b) Memorial de la misma fecha pidiendo al juez la inclusión de la anterior cobranza en el pasivo de la mortuoria;

c) Memorial de los herederos (27 de noviembre siguiente) por el cual se oponen a la inclusión de tal crédito y niegan su reconocimiento;

ch) Memorial del 25 de octubre (fecha de la cuenta) por el cual el señor César Augusto Arraut presenta al juez un documento suscrito por el heredero Abraham Jaime a favor del doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez y a cargo de la mortuoria, por $ 12.000,00, valor de los honorarios médicos ya mencionados, y $ 5.000,00 por honorarios del albacea. El documento presentado es de 18 de mayo de 1939 y aparece cedido al señor Arraut el 14 de octubre de ese año. Este pide que se cite al señor Abraham Jaime y a otro de los herederos para que sean reconvenidos al pago de la primera cantidad, o sean $ 12.000 a fin de constituirlos en mora, etc.;

d) Diligencia de 19 de noviembre de 1939 en la cual Abraham Jaime declara que ese documento carece de valor legal, entre otras razones, porque está adulterado; que él no dio sino un concepto y se le hace aparecer afirmando la obligación de pagar; que por tanto no vale para él y mucho menos para los otros herederos. Manifiesta, además, que le consta que en año y medio sólo vio al doctor Rodríguez Gutiérrez asistiendo durante tres días a dicho señor José Jaime, y

e) Finalmente, la certificación del secretario del juzgado sobre el cambio de domicilio del albacea doctor Rodríguez Gutiérrez.

Acerca del nombramiento de administrador de los bienes de la mortuoria, hecho por el doctor Rodríguez Gutiérrez en el señor César Augusto Arraut, no se trajo la prueba que dio origen a este cargo contra el albacea. Sólo se sabe que cuando el punto se debatió ante el juez de la sucesión, el doctor Rodríguez Gutiérrez manifestó que Arraut era un simple mandatario que obraba bajo sus órdenes y no un administrador delegado (véase copias citadas).

Tampoco se trajeron a este proceso las cartas que se le presentaron al juez con la solicitud de fianza y que él menciona

entre los fundamentos de esa providencia.

Materia de especial censura contra el juez ha sido la aplicación que dio al artículo 631 del Código Civil en el auto de admisión de la demanda de remoción del albacea. Dejando en pie la opinión del tribunal y de su ilustrado colaborador fiscal sobre el régimen legal de los albaceas con tendencia de bienes o sin ella, la sala se limita a observar, para los fines de la cuestión penal que le corresponde definir, que no es completamente irrazonable que el juez Viñas hubiera acudido a la regla del artículo 631 citado, a falta de disposición especial aplicable a una solicitud como la que según el auto, hicieron los herederos, respaldada por documentos que el juez tenía a su vista. En tales circunstancias, y por tratarse de un albacea con tenencia de bienes, es evidente que el juez se acogió al régimen general de los guardadores. Cuál pudo ser su raciocinio? El artículo 1353 del Código Civil dice expresamente que el albacea con tenencia de bienes tiene "las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente". Y como éste es un guardador de bienes, el juez entendió seguramente que la situación jurídica del albacea de la sucesión Jaime no era otra que la de un guardador y que por tanto estaba sometido a las limitaciones que la ley señala para el ejercicio de tales cargos. Es presumible, pues, que el artículo que remite al albacea con tenencia de bienes a las reglas del curador de la herencia yacente, lo relacionara con los siguientes preceptos del "cuerpo de leyes civiles" a que en frase general alude en su última providencia:

Artículo 575 del Código Civil. "El curador de los bienes de una persona ausente, el curador de una herencia yacente, el curador de los derechos eventuales del que está por nacer, están sujetos en su administración a todas las trabas de los tutores o curadores y además se les prohibe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conversación y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados".

Artículo 576 ibídem. "Se les prohibe especialmente alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos y enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles, a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, o que el pago de las deudas la requiera".

Por las afirmaciones del acusado, en manera alguna contradichas, se sabe que en los autos del juicio de sucesión hay constancia de que el albacea hizo enajenaciones de bienes para abonar su valor a un crédito suyo, no reconocido y ántes bien rechazado por los herederos. Y cuando el mismo acusado menciona la circunstancia de que el doctor Rodríguez Gutiérrez actuaba también con el carácter de acreedor por suma de alguna consideración, sin duda alude a la oposición entre el interés personal del doctor Rodríguez Gutiérrez y los intereses que manejaba como albacea, vale decir, como guardador de bienes, según el concepto predominante en el juez. Desde este punto de vista es posible que hallara manifiesta incompatibilidad en el doctor Rodríguez Gutiérrez para seguir actuando como albacea y que el caso lo estimara comprendido en las reglas relativas a incapacidad de los guardadores para ejercer el cargo o para continuar sirviendo (artículos 594 y 597 del Código Civil), pues además de asumir la calidad de acreedor por suma de alguna importancia, el doctor Rodríguez Gutiérrez, directamente o por interpuesta persona, empezabá a litigar contra la mortuoria, en persecución del pago de esa suma. Aun conservando el domicilio que tenía cuando asumió el albaceazgo, ¿podía seguir desempeñándolo, o por las causas antedichas había puesto fin a su mandato?

Tales son las reflexiones que sugiere la motivación de los autos. Como es obvio, ellas no pretenden sentar tesis alguna en

el campo de aplicación de la ley civil sustantiva o procesal. Sirven únicamente para anotar que, según los datos del expediente, el albacea y tenedor de los bienes de la sucesión Jaime se había colocado en situación un tanto anómala frente a los intereses que administraba. Puede ser que los remedios que se le pidieron al juez y que sin dilación aplicó contraríen, como lo afirma el tribunal, reglas especiales, ya de orden civil, ya en lo que concierne al procedimiento.

Examinadas las circunstancias particulares del caso ¿puede afirmarse con certeza que las referidas providencias son ilegales, que sobre ser ilegales son expresa o manifiestamente injustas y que quien las profirió obró a sabiendas?

En manera alguna. La nueva ley penal, al definir el prevaricato exige que el acto del funcionario acusado no solamente sea contrario a la ley sino "expresa o manifiestamente injusto". Es decir, que por el acto ilegal se cause un perjuicio evidente sin motivo ni explicación razonable. Se dice que el juez Viñas faltó a determinadas reglas de procedimiento. Si, como lo dejan entender los autos y las explicaciones del acusado, los intereses de la mortuoria se hallaban en peligro y requerían protección inmediata, caucionando sin dilación al albacea y separándolo luego del ejercicio del cargo, las resoluciones que en tal sentido dictó el juez, aun siendo ilegales, no pueden reputarse expresa o manifiestamente injustas.

Y en cuanto al elemento **a sabiendas** conviene hacer una rectificación a los conceptos del tribunal. Este componente no es el conocimiento por parte del funcionario de los preceptos que se reputan violados ni, en términos generales, el conocimiento de las leyes, que en el juez se presume por el solo hecho de recibir la investidura.

Obrar a sabiendas es, desde luego, saber de modo cierto lo que se hace y el fin perseguido. Siguiendo el orden de la susodicha definición es preciso que el juez obre a sabiendas, primero, de que su decisión es contraria a la ley y, segundo de que con ella comete una injusticia flagrante. Y puesto que se trata de un hecho esencialmente doloso, el **a sabiendas** del prevaricato no es otra cosa que el elemento intencional por el doble aspecto de violar la ley y de faltar a la justicia. Pudiera decirse también que es la conciencia de la injusticia cometida en virtud de la violación deliberada de la ley.

En el presente caso, el informativo no demuestra la intención dañada con que obrara el juez acusado, ni se ve injusticia en las medidas que decretó y que a él le fueron solicitadas por los respectivos interesados, en relación con la seguridad de los bienes que administraba el denunciante. La animadversión del juez hacia el doctor Rodríguez Gutiérrez carece de respaldo en el expediente y la simpatía hacia uno de los herederos es cosa que el tribunal no consideró siquiera, seguramente porque ninguna prueba se adujo al respecto.

A juicio de la sala, la prueba del elemento **a sabiendas** a que se refiere el artículo 168 del Código Penal, se produce cuando el funcionario resuelve arbitrariamente, sin tomar para nada en cuenta la ley, o cuando la aplica en sentido notoriamente contrario a lo que ella expresa, lesionando manifiestamente, sin razón ni justicia, los derechos de las personas o la seguridad social. Y habrá casos en que el ánimo y el móvil resulten probados al tiempo con documentos o por medio de manifestaciones verbales del propio sindicado.

El obrar **a sabiendas**, lo mismo que el motivo determinante del prevaricato, son factores internos cuya concurrencia no puede deducirse de simples conjeturas. Es menester que los hechos externos los revelen y que la prueba aducida al respecto sea completa. Sin ella el delito no podrá darse por existente y por tanto se carecerá de base para abrir causa criminal contra el acusado.

En resumen: débiles son los indicios acerca de la vieja enemistad que dicen los testigos había entre los doctores Viñas y Rodríguez Gutiérrez y por firme que fuese el concepto del juzgador sobre la ile-

galidad de las resoluciones dictadas, quedarían faltando los otros elementos característicos del prevaricato: la injusticia clara y patente de dichas providencias y el obrar **a sabiendas**, en el sentido criminoso en que debe entenderse esa locución. Tal es la realidad procesal y ante ella se impone reconocer que no se ha realizalo el delito materia de la investigación. Por tanto, el sobreseimiento debe ser definitivo y no temporal, como lo resolvió el tribunal (numeral 1º, artículo 437 del código de procedimiento penal).

La sala ha confrontado también el hecho investigado a la luz del artículo 171 del código penal a fin de ver si pudiera considerarse dentro de los términos de esa disposición. Mas para ello sería preciso que las providencias del juez Viñas pudieran calificarse de arbitrarias y sobre el particular no existe base sólida. Ya se vio que no es absolutamente irrazonable la interpretación que dio a ciertas disposiciones de la ley civil sustantiva. Las circunstancias de hecho que rodearon el caso tampoco pueden pasarse inadvertidas. ¿Qué faltó a las reglas del procedimiento? Esa irregularidad, por sí sola, no bastaría a efecto de considerar las medidas que dictó como actos exclusivos de su voluntad, realizados sin facultad y sin motivo legal alguno.

A mérito de lo expuesto, la corte suprema, sala de casación penal, oído el concepto del procurador delegado, y administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto apelado con la modificación de que el sobreseimiento es definitivo y no temporal.

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.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PERSONERIA JURIDICA AUTONOMA DEL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES.— ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS

1. La Corte reitera su jurisprudencia de que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es una persona jurídica autónoma, investida por la ley de poderes suficientes para comparecer en juicio como demandante y demandada en todo lo atañedero a la gestión de los ferrocarriles del Estado. 2.—En el derecho administrativo no son una novedad los entes públicos, creados por razones técnicas del servicio oficial, y llamados *establecimientos públicos*. Cuando el Estado para la mayor eficiencia de la administración, organiza bajo bases técnicas y especiales una dependencia oficial, dotándola de un patrimonio que debe manejar con independencia y autonomía, crea un establecimiento público, al cual queda así privativamente reservada la administración de ese patrimonio, con la función de velar por él. El *establecimiento público* es, pues, un organismo del servicio oficial, pero con patrimonio propio, especial y permanente, distinto de los ingresos generales de la Nación, que administra e invierte con autonomía. Tal como el artículo 2º de la ley 29 de 1931 ha querido que sea el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Lo hizo una "persona *jurídica autónoma*"; ejerce "todas sus funciones con una completa independencia"; puede presentarse ante las autoridades para la defensa de los bienes colocados bajo su cuidado, y le asignó el patrimonio que debe administrar: los ferrocarriles del Estado. 3.—El fiscal no representa la persona jurídica llamada Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Desde que esta entidad tiene un representante especial, el administrador general, es a éste a quien incumbe de modo privativo su representación. Es un personero legal, no convencional.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto trece de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto de fecha 28 de febrero del año en curso proferido en el presente juicio ordinario de Ernesto Abello H., contra la nación, ordenó poner en conocimiento del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, por medio de notificación personal a su administrador general, el motivo de nulidad consistente en haberse adelantado este juicio sin audiencia del referido consejo.

El 20 de marzo siguiente se verificó la notificación personal al administrador general del consejo, quien al tiempo de firmar la diligencia manifestó que no allanaba la nulidad en mención.

Por su parte el apoderado del actor interpuso apelación contra la providencia del tribunal, por cuyo motivo el negocio

llegó a la Corte para la sustanciación y fallo del recurso. Surtidos ya los trámites de rigor, procede la sala a pronunciar la correspondiente decisión.

Se considera:

La sala reitera aquí nuevamente su doctrina de que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es una persona jurídica autónoma, investida por la ley de poderes suficientes para comparecer en juicio como demandante o demandada en todo lo atañedero a la gestión de los ferocarriles del Estado.

Pero contra esta doctrina arguye el abogado de la parte apelante lo siguiente:

"La primera parte del artículo, donde establece que el consejo 'disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma', está diciendo a las claras, que el consejo no constituye en sí una persona jurídica, porque la nación no puede formar personas distintas de la que ella representa o, mejor, efectuar un desdoblamiento de su personalidad sin la intervención de otros intereses colectivos. La nación puede, por ejemplo, ser accionista en una sociedad o miembro de una corporación o fundación; pero no puede dividir su personalidad creando organismos separados, con toda la autonomía de una persona natural o jurídica. Por esa razón, el artículo citado hace una nueva ficción como lo es la de las personas jurídicas; pero es una ficción sui generis, ya que no impone a la persona del consejo las obligaciones de toda persona natural o jurídica, sino que le otorga ciertas 'prerrogativas y derechos', las cuales no son bastantes para constituir una persona jurídica independiente.

"El segundo aparte del artículo, consagra a favor del consejo la facultad de presentarse ante los tribunales para 'ejercitar cualquier acción o excepción' que estime conveniente para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado. Pero del texto de la ley solo resulta que es facultativo del consejo presentarse o no como demandante o excepcionante pues dice 'PODRA' presentarse ante los Tribunales.... Además, debe tenerse presente que la facultad que se le confiere es solamente para que se presente como excepcionante o demandante y no como demandado".

Las ideas contenidas en los párrafos transcritos merecen una seria rectificación. Son equivocadas.

En el derecho administrativo no son una novedad los entes públicos, creados por razones técnicas del servicio oficial, y llamados **establecimientos públicos.**

Cuando el Estado para la mayor eficiencia de la administración, organiza bajo bases técnicas y especiales una dependencia oficial, dotándola de un patrimonio que debe manejar con independencia y autonomía, crea un establecimiento público, al cual queda así privativamente reservada la administración de ese patrimonio, con la función de velar por él.

El **establecimiento público,** es pues, un organismo del servicio oficial, pero con patrimonio propio, especial y permanente, distinto de los ingresos generales de la nación, que administra e invierte con autonomía. Tal como el artículo 2º de la Ley 29 de 1931 ha querido que sea el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Lo hizo una "persona jurídica autónoma"; ejerce "todas sus funciones con una completa independencia"; puede presentarse ante las autoridades para la defensa de los bienes colocados bajo su cuidado; y le asignó el patrimonio que debe administrar; los ferrocarriles del Estado

Hauriou dice que el **establecimiento público** es un servicio público incorporado al Estado, dotado de personalidad jurídica, en lo cual se diferencia de ciertos centros de servicios públicos con autonomia aparente.

Marcel Waline dice del **establecimiento público** que es una persona administrativa encargada de dirigir un servicio público o un grupo de servicios públicos determinados. De lo cual resulta que el establecimiento público hace parte de la administración y es una persona de derecho administrativo.

Y la sala plena de esta misma Corte en

fallo de 10 de agosto de 1937, dijo lo siguiente, que no es más que el resumen de la doctrina contemporánea: "Los establecimientos públicos son desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de autoridad pública, o creaciones del Estado". (Gaceta Judicial tomo 45, página 213).

Por último esta misma sala de negocios generales en sentencia del 26 de septiembre del año pasado, publicada en la Gaceta Judicial, números 1961-1963, tomo L., página 251, dijo lo siguiente:

"Como el Estado no puede atender directamente todos los servicios de la administración o conexionados con ella, en muchos casos debe apelar a la creación de entidades autónomas con capacidad jurídica y técnica suficiente para cumplir satisfactoriamente un determinado fin de interés público.

"Cuando la ley —dice Fleiner—, con el fin de atender a una determinada función, separa de la organización general administrativa un conjunto de medios, de tal manera que éstos deban llevar una existencia independiente desde el punto de vista técnico y una personalidad jurídica propia, aparecen entonces los llamados establecimientos públicos.

"En esta clase de instituciones se encuentra la más grande variedad de regímenes, desde las que por su autonomía e independencia se asemejan a las personas privadas en cuanto llevan una vida absolutamente propia, sin sujeción ninguna a la administración, hasta las entidades que están subordinadas a esta que casi se confunden con un servicio sin autonomía, prestado directamente por el Estado".

Lo expuesto está diciendo, contra la opinión del abogado recurrente, que el Estado sí puede dividir su personalidad, en tantos órganos jurídicos e independientes de mayor o menor categoría, cuantos necesite para la mejor administración y provecho de los intereses públicos.

El Estado comprendió que la gestión de los ferrocarriles nacionales no podía ser una de las funciones comunes del gobierno, sino que tenía que obedecer a dirección especial y técnica; creó entonces el órgano adecuado, asignándole autonomía y personalidad jurídica, con lo cual quiso asegurarse el éxito de la nueva entidad.

Y como los ferrocarriles nacionales hay en Colombia bastantes establecimientos públicos, nacionales, departamentales o municipales, sometidos a características propias, dentro de los lineamientos generales que se acaban de establecer para distinguirlos.

Y desde que esos establecimientos poseen su propia individualidad jurídica, en defensa de los intereses para cuya guarda han sido creados, están investidos de todas las acciones y excepciones que puede tener un particular, contra cualquier otra persona, aún de carácter administrativo, incluyendo el mismo Estado.

Bien es sabido que la persona jurídica habla por medio de sus representantes legales. A ella jurídicamente no se le oye por conducto de personas que sean ajenas a esa representación. El fiscal no representa la persona jurídica llamada Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Desde que esta entidad tiene un representante especial, el administrador general, es éste a quien incumbe de modo privativo su representación. Es un personero legal, no convencional. Desde que existe el órgano con su personero, el fiscal del tribunal carece de poder para representar ese órgano, porque no es el funcionario que la ley ha previsto como el indicado por la naturaleza de su cargo para asumir con éxito la defensa del grupo de bienes nacionales que están bajo la custodia del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles.

Todas estas nuevas razones de orden científico, agregadas a las que ya ha dado la Corte, el Tribunal de Cundinamarca y el señor procurador delegado, reafirman aún más la tesis que se ha venido sustentando últimamente acerca de la entidad encargada de salir a la defensa de los intereses nacionales por razón de acciones judiciales originadas en hechos atañederos a los ferrocarriles del Estado.

Estas razones confirman la legalidad del auto apelado declarativo de la nulidad procesal proveniente de haberse seguido el pleito con el señor fiscal del tribunal, en calidad de representante de la nación, como si no existiese el órgano especialmente encargado de asumir la defensa de esta clase de negocios.

Pero el señor abogado recurrente alega que aun respetando la doctrina de la Corte, en el presente negocio no existe la nulidad declarada por el tribunal en atención a que el Consejo de los Ferrocarriles ha verificado actos que significan un consentimiento prestado a que el señor fiscal lo esté representando en el jcicio, y en ese evento no hay nulidad según lo previene la ley procesal.

Los actos aludidos, especialmente aquellos de más importancia son:

a) A los fls. 13 y 14 del c. número 1 aparecen dos memoriales de fecha 8 de junio y 23 de julio de 1940 suscritos por el señor fiscal 2º del tribunal de Bogotá en su calidad de representante de la parte demandada y el apoderado del actor ,en virtud de los cuales solicitaron y obtuvieron en dos ocasiones sucesivas una suspensión de términos para ver de llegar a un arreglo amigable, ordenando el tribunal, al decretar dichas solicitudes de confromidad con lo pedido por las partes, que durante el término de la suspensión "el expediente debe entregarse al señor Fiscal'.

b) Al folio 15 del mismo cuaderno obra otra solicitud de dicho apoderado encaminada a que el tribunal decretara la reanudación de los términos suspendidos. Tal solicitud fue acogida también por el señor fiscal 2º, y en ella se dice, entre otras cosas lo siguiente:

"Hago esta solicitud en vista de que el expediente fue retirado por las partes como consta de autos en busca de un arreglo amigable del pleito ante el Consejo de Ferrocarriles, y para tal efecto, se dejó en poder de los abogados del Consejo hasta ahora sin que pudiera llegarse a ese acuerdo" (subraya la sala).

Esta declaración del apoderado del demandante, prohijada en todas sus partes por el señor fiscal 2º, acredita según el recurrente que este juicio parmaneció, por entrega que del expediente hizo al Consejo el señor fiscal, por algún tiempo al estudio de los señores abogados del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales a efecto de que éllos decidieran si era el caso de entrar en arreglos amigables con la parte actora.

c) Una carta que el administrador general del Consejo de los Ferrocarriles dirige al abogado de la parte demandante, en contestación a la del abogado en que pronía una transacción del pleito, carta en la cual aquel funcionario le informa que el Consejo no acepta la transacción por creer que los ferrocarriles no son culpables de la muerte por la cual se cobran los perjuicios materia del pleito, y en la que existe además este párrafo: "El expediente del juicio fue examinado por la comisión encargada al respecto por el Consejo, formada por el Consejero doctor Marco Tulio Gómez y por el Abogado Consultor".

Esta carta no hace parte del proceso y fue presentada a la Corte con el alegato destinado a sustentar el recurso de apelación.

Con el apoyo de todos estos elementos se afirma que si la causal de nulidad llegó a existir en principio, hoy no puede estimarse subsistente, dadas dichas actuaciones que equivalen a una ratificación tácita de la personería del señor fiscal.

La Corte no lo estima así. El numeral 4º del artículo 450 del código judicial, única disposición que se presta para resolver el caso actual, dice que no hay nulidad por ilegitimidad de la personería: "..... 4º Cuando resulta claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como apoderado represente sus derechos, aunque carezca de poder, o éste no se halle arreglado a la ley.

"No puede alegarse como caso 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."

De acuerdo con la disposición transcrita se requiere que de los autos resulte claramente que el interesado ha prestado su consentimiento a que la persona que por él está adelantando el juicio sin poder, represente sus derechos.

Ese no es el caso de autos. En el juicio no existe ninguna gestión directa de parte del Consejo, que pudiera tener el alcance de un acto de presencia de la entidad en la etapa hasta hoy adelantada del debate, condición indispensable para entender que el Consejo ha tolerado que el señor fiscal lleve su representación judicial.

Los supuestos actos de consentimiento, anteriormente enumerados, no alcanzan a constituír una ratificación tácita de la intervención judicial del fiscal. Apenas equivalen ellos a la verificación de actividades enteramente privadas del Consejo, tendientes a obtener informaciones del estado del proceso, mediante el examen de los autos. Pero de aquí a darle a ese examen la significación de un consentimiento prestado en favor de la validez de lo actuado por el fiscal media gran diferencia. El hecho de que el principal interesado examine y estudie un proceso seguido sin su intervención, es un hecho simple que está lejos de tener efectos vinculantes para él. Y ese hecho es lo único que en definitiva se deduce, de los actos a que alude el recurrente.

Por lo expuesto la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia CONFIRMA el auto que ha sido materia del presente recurso de apelación.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Juan A. Donado V. — Hernando García Pachón, oficial mayor.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo veinte de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El apoderado de la parte demandante en este juicio contra la nación, por perjuicios provenientes de hechos que se atribuyen a los Ferrocarriles Nacionales, interpone el recurso de reposición contra el auto de esta Corte, en virtud del cual confirmó lo resuetlo por el tribunal a quo consistente en que el proceso adolece de nulidad por estar indebidamente representada la parte demandada.

En el auto reclamado por el señor apoderado la sala dijo, en síntesis, refiriéndose a la entidad conocida con el nombre de Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por la ley 29 de 1931, que se catalogaba jurídicamente entre las personas que el derecho administrativo denomina establecimientos públicos, esto es, dependencias de carácter oficial, organizadas por el Estado sobre bases técnicas, con personalidad jurídica especial para que puedan así atender, con mayor éxito, la administración de los bienes puestos bajo su cuidado.

Con este criterio la sala estimó que siendo el Consejo el órgano creado por la ley para atender la gestión de lo atañedero a los ferrocarriles del Estado, y estando dotado este organismo de personería, se procedía incorrectamente y contra el querer mismo del legislador, atribuyéndole al ministerio público, como se había hecho en el juicio, capacidad legal de representar judicialmente los intereses colocados al cuidado del Consejo, arrebatándole a éste dicha representación; lo que generaba la nulidad de procedimiento que el tribunal había declarado.

El recurrente tomando frases aisladas del auto de la Corte, quiere hacerle decir que el Consejo, por ser un establecimiento público, se independiza radicalmente del Estado que lo creó, al punto de ser un estado soberano dentro de otro estado.

Empero las ideas de la sala son nítidas. Citó las opiniones de Hauriou, Waline y Fleiner, para quienes el establecimiento público es una dependencia del Estado, dotada de personalidad jurídica, o un servicio público, independizado de los demás por razones técnicas; y en párrafo prominente dijo: "Cuando el Estado para la mayor eficiencia de la administración, organiza bajo bases técnicas y especiales una dependencia oficial, dotándola de patrimonio que debe manejar con independencia y autonomía, crea un establecimiento público, al cual queda así privativamente reservada la administración de ese patrimonio, con la función de velar por él".

De manera que el recurrente nada agrega a lo dicho por la Corte, y al contrario repite lo mismo que ella sustenta, cuando tratando de rectificarla, resume en los siguientes postulados el verdadero carácter jurídico del Consejo, según la norma legal que lo creó:

Primero. "El Consejo de Ferrocarriles es un establecimiento público y como tal una persona de derecho administrativo, o mejor un órgano del Estado que lo creó".

Segundo. "Como persona de derecho administrativo puede intervenir y resolver los negocios de carácter administrativo que atañen a los asuntos de su competencia, en forma autónoma o independiente".

Tercero. "El Consejo, no como establecimiento público que forma una persona distinta del Estado (la sala diría más bien esencialmente distinta del Estado), sino como persona de derecho público que se confunde con el Estado mismo, puede intervenir ante los tribunales y autoridades de cualquier orden para la defensa de los intereses que le están encomendados..."

Para llegar a estas conclusiones que son las mismas de la Corte, no valía la pena el esfuerzo de razonamiento que hace el recurrente cual si estuviese sacándola de un error doctrinario o rectificándole ideas, que el mismo recurrente termina aceptando, vencido por la realidad resplandeciente de ellas.

Empero, y aquí es donde empieza la discrepancia entre el distinguido abogado recurrente y la sala, aquél termina el postulado tercero que en la transcripción anterior dejóse inconcluso así: ".....pero la manifestación de este atributo (el de la defensa de los intereses que le están confiados al Consejo), debe exteriorizarse por conducto de los agentes del ministerio público, que en todo caso llevan la personería del Estado, cualquiera que sea el órgano por medio del cual se ejerce su soberanía".

La conclusión es pues manifiestamente equivocada. Si se conviene en que se creó el órgano encargado de la defensa, aún judicial, de determinados intereses nacionales, cómo se sostiene entonces que sea persona o funcionario distinto y extraño al órgano, el que ha de representar o defender tal interés?

Por ello la sala emitió el siguiente concepto en el auto reclamado, anticipándose a destruír esa deducción, concepto que es fundamental y que el recurrente pasa por alto: "El fiscal no representa la persona jurídica llamada Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Desde que esta entidad tiene un representante especial, el administrador general, es a éste a quien incumbe de modo privativo su representación. Es un personero legal, no convencional. Desde que existe el órgano con su personero, el fiscal del tribunal carece de poder para representar ese órgano, porque no es el funcionario que la ley ha previsto como el indicado por la naturaleza de su cargo para asumir con éxito la defensa del grupo de bienes nacionales que están bajo la custodia del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles".

Por último, la sala no puede menos de transcribir en esta providencia, la réplica del señor procurador delegado en lo civil, a todas las argumentaciones del recurrente, porque desde el punto de vista en que él se coloca y que armonizan con los de la sala constituyen un sabio e inconmovible razonamiento jurídico, destinado a combatir la tesis de que el agente del ministerio público pueda legalmente suplantar la representación que por derecho corresponde al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en la guarda y defensa de los intereses que le están confiados. Dice así el señor procurador delegado:

"El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, llámese o no establecimiento público, es una entidad creada por la ley para administrar determinados bienes pertenecientes al patrimonio del Estado. Es un mandatario especial del Estado para la administración de dichos bienes.

"Para la cumplida ejecución de dicho mandato la misma ley dotó al Consejo de todos los **derechos** y prerrogativas de una **persona jurídica autónoma.** En tal carácter puede contratar, enajenar, adquirir, **comparecer en juicio,** en todo lo relativo a la administración de los bienes confiados a su cuidado.

"Que el Consejo es independiente o no? ¿Que es intervenido, controlado, supervigilado por el Estado? No importa aquello. El hecho jurídico indiscutible es que puede ejercer y ejerce funciones de persona jurídica entre las que se cuenta la comparecencia en juicio, sea para demandar o excepcionar, cuando quiera que en el proceso estén comprometidos los intereses confiados a su cuidado.

"El Consejo administra, pues, un patrimonio del Estado, a manera de mandatario, dotado de los atributos de la personalidad jurídica. Sus actos o contratos lo obligan como mandatario, pero aprovechan o perjudican al Estado, por cuanto sus efectos se producen en un patrimonio de éste.

"Cuando quiera, pues, que se trate de un acto ejecutado en ejercicio de sus funciones de mandatario administrador del Estado, y que dé lugar al ejercicio de una acción civil, es necesario que el Consejo intervenga en el proceso. Para tal evento, precisamente, se le dotó de ese atributo propio de la persona civil: la comparecencia en juicio.

"El Consejo comparece entonces como mandatario administradór de los bienes confiados a su cuidado, por cuanto ese patrimonio se ve comprometido en el proceso. Va a defender ese patrimonio. Y esa defensa no es puramente facultativa para el Consejo. Es obligatoria porque es un deber moral y legal del mandatario defender los intereses confiados a su cuidado.

"En derecho administrativo las facultades se otorgan a los funcionarios para que llegado el caso cumplan sus deberes de tales. De tal suerte que es empírico decir que porque la ley ha dicho que el Consejo puede comparecer en juicio, es puramente facultativa, llegado el caso, dicha comparecencia. Repito: la facultad legal no es aquí sino un medio para que, llegado el caso, se cumpla una obligación por el respectivo funcionario.

"La ley ha querido que en estos casos no baste la representación general, común y ordinaria del Ministerio Público, de la misma manera que ha querido sustraer los ferrocarriles nacionales de la administración general, común y ordinaria del Estado. Y para ello ha dotado al Consejo del atributo de comparecer en juicio, a fin de que haga uso de él cuando quiera que en el proceso se vea comprometido el patrimonio puesto bajo su administración. Función ésta no facultativa sino de obligatorio ejercicio.

"La ley no ha dicho que el Consejo sea representante legal de la Nación, ni tal concepto se ha emitido por quienes sostenemos la tesis impugnada por el recurrente. El representante legal del Estado en juicio es el Ministerio Público. Pero en determinados casos, como el que se contempla, se exige la comparecencia de un mandatario especial, administrador del patrimonio que se ve comprometido en el juicio.

"Tampoco tiene el Consejo la calidad de un apoderado judicial. Es una calidad especialísima de mandatario administrativo. Calidad especialísima que conserva a pesar de las normas del Código Judicial, posteriores a la ley orgánica del Consejo, porque esas normas tenían que dejar vigente un régimen especial de administración de determinados bienes del Estado.

"Y se quebrantaría por completo ese régimen especial si se sometiera al régimen ordinario del Código Judicial, colocando el patrimonio ferroviario nacional, bajo la representación única, común y ordinaria del Ministerio Público.

"El hecho negativo de efectos procesales anulatorios es el siguiente: no se llamó al juicio al Consejo para que cumpliera su función de defender el patrimonio puesto bajo su cuidado. Cómo se califique ese hecho, no importa. Lo cierto es que se halla claramente señalado por la ley como causal de nulidad.

"Y no se subsana el vicio por la sola constancia que pueda haber de que el Consejo tuvo conocimiento extrajudicial de la existencia del proceso y no alegó la nulidad. No: el hecho que la ley exige para purgar el vicio es este otro: haber representado en el juicio sin reclamar el pronunciamiento de nulidad. Es, por tanto, una gestión procesal a manera de parte contendiente lo único que según la ley puede subsanar el vicio".

Finalmente, la tesis que aquí sustenta la sala acaba de ser confirmada por la Corte en pleno al decidir sobre la deman-

da de inexequibilidad de los artículos 1º y 2º de la ley 29 de 1931.

Por las consideraciones expuestas la sala niega la reposición impetrada contra su auto del trece de agosto último, pronunciado en el presente negocio.

Notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta — Con salvamento de voto, José M. Blanco Núñez.— Manuel Pineda Garrido, Srio.

DECLARACION DE RENTA

En el supuesto de ser falsas las declaraciones de renta que haga un contribuyente, el Recaudador está obligado a interrogar bajo juramento los testigos que crea suficientes para comprobar la fidelidad de la declaración, a exigir informes a las autoridades inmediatas de la residencia del contribuyente, y a verificar el examen de sus libros. Pretermitidas esas vías amplias y legales y aplicándose el procedimiento señalado para casos de fraude demostrado, requerimiento o desobedecimiento, se obra fuera de derecho. La facultad de comparar el rendimiento de una empresa con otras similares del Departamento a que pertenece el contribuyente, en la liquidación del impuesto, sólo es permitida cuando se desatienden por el declarante los requisitos establecidos en las disposiciones 106 y 108 del Decreto número 318 de 1936 y el artículo 12 de la Ley 81 de 1931.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

La Recaudación de Hacienda Nacional de Ríosucio (Caldas) visto el reconocimiento número 16 que presta mérito ejecutivo al tenor de los artículos 982 y 1059 del Código Judicial, decretó libramiento de pago por la vía ejecutiva contra la sociedad minera de "Vedecabezas, Guimo y Torito", por la cantidad de dos mil ochocientos sesenta pesos con catorce centavos ($ 2.860.14), más el uno por ciento por cada mes o fracción de mes de demora y por las costas de la ejecución.

Le intimó igualmente al deudor, a falta del pago inmediato, la obligación de asegurar la efectividad de la deuda, para lo cual el señor Bartolomé de la Roche, representante legal de la Sociedad, denunció quinientas acciones de milava parte (500) de la mina "Vendecabezas", Guimo y Torito", avaluadas en la suma de doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000 m. l.).

La cantidad demandada coactivamente proviene del monto del impuesto deducido a dicha compañía en el año de 1938, suma que el demandado considera errada, y en su defensa, por medio de apoderado, propone las excepciones de inexistencia de la obligación en todo o en parte; falsedad o nulidad del título que sirvió como recaudo ejecutivo; error de cuenta, y la innominada del artículo 329 del Código Judicial.

Iniciada la tramitación de las excepciones en la Corte, por jurisdicción que tiene para conocer de ellas, y corridos integralmente todos los términos, se pasa a decidir previo el estudio de cada una de las excepciones.

Primera.—Inexistencia de la obligación en todo o en parte. El apoderado de la Sociedad Minera apoya la excepción en el hecho de no haberse cumplido por parte del empleado liquidador del impuesto ninguna de las reglas que señala la ley para tal fin, y principalmente la de no haberse tomado como base de la liquidación la declaración presentada por el Gerente de la Compañía. Dice: "La Ley 78 de 1935 no ha dejado al arbitrio de los administradores de Hacienda Nacional la fijación de la cuantía del impuesto sobre la renta que deben pagar los ciudadanos. Por el contrario, tanto dicha ley como sus decretos reglamentarios, establecen que el contribuyente es quien debe hacer la declaración sobre la renta que ha tenido en sus di-

versas actividades durante el año gravable, y las deducciones a que tiene derecho, bien por los gastos invertidos en sus negocios o empresas industriales, o bien en los gastos de índole familiar y personal".

Para acometer el estudio de la excepción traída, la Sala encuentra de necesidad la transcripción de los artículos 106 y 108 del Decreto 818 de 1936 y 12 de la Ley 81 de 1931, pertinentes al caso.

"Artículo 106.—Cuando cualquier contribuyente sujeto a los impuestos establecidos en la Ley 78 de 1935, omitiere hacer en tiempo oportuno la declaración de que trata la ley mencionada y el artículo 3º de este decreto, el Administrador de Hacienda Nacional respectivo liquidará los gravámenes que a tales personas correspondan, utilizando para ello el respectivo formulario, el cual debe llenarse con las informaciones que haya podido obtener de cualquier fuente u origen y que deben constituír la base del impuesto deducido. De esta facultad podrán hacer uso hasta el treinta y uno de diciembre del año siguiente de aquel en que debió hacerse la declaración. Pasado ese término las informaciones que obtengan los Administradores de Hacienda Nacional sobre patrimonios o rentas no declarados, deberán ser enviados al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales para que éste, haciendo uso de la facultad que le confiere el ordinal 2º del artículo 15 de la Ley 81 de 1931 estime las rentas y los patrimonios, y fije los impuestos que deban satisfacerse.

"De esta última autorización podrá hacer uso el Jefe de Rentas con ocasión de los reclamos de los contribuyentes o fuera de ellos; pero en este último caso solamente cuando se haya verificado el pago del impuesto liquidado por el Administrador.

"Artículo 108.—A falta de informaciones sobre la renta o patrimonio de un contribuyente, el Administrador o el Jefe de Rentas pueden citarlo a su despacho o pedirle por medio de un oficio la declaración de una u otro, y en caso de que se niegue a darla o eluda la contestación, podrán hacer la estimación de que trata el artículo anterior sobre bases de comparación con las declaraciones de años anteriores y con una razonable semejanza de intereses con otros contribuyentes que hayan declarado rentas y patrimonios similares. La citación de que trata este artículo deberá ser personal, y si se hiciere por medio de oficio deberá comprobarse que el contribuyente la ha recibido.

"Artículo 12, ordinal 2º—Para los fines de este artículo los Administradores de Hacienda Nacional, en los distintos Departamentos, podrán exigir informes escritos de los contribuyentes cuando sospechen que las declaraciones son falsas o inexactas, de aquellos que dejen de hacerlas y de otras personas; podrán así mismo hacer comparecer e interrogarlos bajo juramento; exigir informes escritos de los Alcaldes, Personeros y Tesoreros Municipales y de los Notarios y Recaudadores; examinar las oficinas, libros y archivos de dichos funcionarios y si fuere necesario para la determinación de la verdad o falsedad de cualquiera declaraciones presentadas, examinar los libros y papeles de tales contribuyentes en cuanto esto sea constitucionalmente posible".

El primer artículo se refiere al contribuyente que omite en tiempo oportuno hacer la declaración de renta para la liquidación de sus gravámenes; el segundo que es precisamente la fe legal de donde partió el liquidador para gravar la Sociedad ejecutada, se refiere al contribuyente que procura eludir informaciones sobre renta y patrimonio, y que en tiempo legal no presenta la declaración; el tercer artículo transcrito facilita a los empleados recaudadores los medios de comprobación cuando sospechen que las declaraciones son falsas o inexactas.

Las dos primeras normas dan al Administrador de Hacienda Nacional la facultad de liquidar el impuesto utilizando las informaciones que obtenga de cualquier fuente u origen, y la de acudir al mismo contribuyente en solicitud de datos sobre la renta, con la advertencia de que si se niega a dar la declaración o elude la

contestación requerida por medio de oficio, se estimará su renta "sobre bases de comparación con las declaraciones de años anteriores que con una razonable semejanza de intereses con otros contribuyentes que hayan declarado renta y patrimonio similares".

En el caso de la Sociedad Minera "Vendecabezas, Guimo y Torito" se tiene acreditado con pruebas que la declaración de renta correspondiente a 1938 fue presentada en tiempo legal, y que el Gerente no fue citado para que ampliara, explicara o modificara la declaración. En el supuesto de ser falsos, adulterados e inexactos los informes dados por el señor Bartolomé de la Roche, no se apeló por el empleado recaudador a interrogar bajo juramento los testigos que creyere suficientes para comprobar la fidelidad de la declaración, ni exigió informes a las autoridades inmediatas y del lugar de residencia de la Sociedad, ni verificó el examen de los libros de la Compañía.

Luego, pretermitidas las vías amplias y legales que tenía el señor Auditor para verificar la exactitud de la declaración presentada por el de la Roche, y por el contrario, habiendo aplicado el procedimiento señalado en casos de fraude demostrado, requerimiento o desobedecimiento, obró fuera de derecho. La facultad de comparar el rendimiento de la empresa con otras similares del mismo Departamento, en la liquidación del impuesto, sólo es permitida cuando se desatienden por el declarante los requisitos establecidos en las disposiciones transcritas.

La Sala considera, en virtud de lo dicho, probada la excepción que impropiamente denomina el demandado de inexistencia de la obligación y que es realmente de ineficacia del título ejecutivo, por encontrar que hubo de parte del empleado liquidador del impuesto de la Sociedad Minera "Vendecabezas, Guimo y Torito" manifiestas ilegalidades.

No es pertinente hacer el estudio de las demás excepciones, por cuanto el artículo 344 del Código Judicial establece que no hay necesidad de estudiar las otras propuestas o alegadas, cuando se encuentre probada una.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al manifestar su concepto contrario a la prosperidad de las excepciones, se expresa así:

"Por dos aspectos me opongo a que se declaren probadas las referidas excepciones:

Es inverosímil que una Sociedad Minera que ha producido en oro una suma mayor de cien mil pesos, sólo obtenga un producto líquido de un poco más de mil pesos al año. Ninguna entidad comercial, sin tener la organización debida y por rudimentaria que sea, presenta un líquido tan desalentador en el término de un año con ese producto bruto tan apreciable. Posiblemente esa razón de orden moral llevó al empleado Auditor de Impuestos Nacionales de Manizales a apartarse de la declaración que hizo el señor de la Roche de dicha renta y sus deducciones durante el año gravable de 1938, y a proceder conforme a lo ordenado en el artículo 108 del decreto reglamentario de la ley orgánica. Para ello está autorizado por la ley".

"Por el aspecto legal también me opongo, ya que la parte final del ordinal 3º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, dice que 'para tener derecho a la deducción se requiere además, como requisito indispensable, que el contribuyente que la solicite, manifieste que está dispuesto a permitir al respectivo Administrador de Hacienda o al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, según el caso, el examen e inspección directa de los libros de comercio o archivos, a fin de que dichos empleados puedan cerciorarse de que por haberse cumplido la condición requerida en esta disposición, no habrá perjuicio para el fisco al conceder la deducción'.

La Corte considera que si de ordinario es inverosímil —como lo afirma el Procurador— que una Sociedad Minera que ha producido en oro una suma mayor de cien mil pesos, sólo obtenga un producto líquido de un poco más de mil pesos al año, es verdad así mismo que hecha

como fue por el contribuyente, en tiempo oportuno, su declaración, en la cual aparecen detalladas erogaciones sensiblemente iguales al monto del producto bruto de las minas, el procedimiento para rectificar y desestimar la declaración era otro muy distinto del que puso en práctica el Recaudador, claramente establecido en la ley y los decretos reglamentarios.

En cuanto al segundo reparo del señor Procurador, observa la Sala que en la declaración de renta se lee: "La empresa tiene un libro de ingresos y egresos rubricado por la Administración Nacional de Hacienda de la ciudad de Medellín. Toda aclaración pedida será inmediatamente contestada y explicada". Y el señor Recaudador no solicitó las aclaraciones y explicaciones ofrecidas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA probada la excepción de ineficacia del título ejecutivo, y en consecuencia, decreta el desembargo de las acciones mineras sometidas a la traba en el juicio.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

TERCERIAS EN JUICIOS EJECUTIVOS

Por el hecho de que en un juicio por jurisdicción coactiva promueva un particular tercería, bien directamente o ya por la vía de la acumulación de los juicios ejecutivos, el juez ejecutor no pierde el conocimiento del juicio principal, y es ante él ante quien deben promoverse todos los incidentes relacionados con tal juicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapinas Pilonieta).

Alberto Barbosa, a quien se le admitió una tercería en el juicio ejecutivo que adelanta el departamento de Cundinamarca, por jurisdicción coactiva, en el respectivo juzgado ejecutor contra los señores Julio C. Acevedo y Julio Acevedo, apeló del auto de fecha 23 de mayo último, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá, a cuyo conocimiento pasó el negocio de la tercería.

El Tribunal en dicho auto declaró inadmisible un incidente de nulidad del juicio principal promovido por el tercerista.

El Tribunal apóyase en que conforme el artículo 1060 del Código Judicial, la justicia ordinaria es hábil para conocer únicamente del incidente de tercería, de suerte que carece de competencia para conocer de las demás incidencias que se presenten dentro del juicio principal.

Para resolver se considera:

Las razones en que se apoya el Tribunal son concluyentes.

Efectivamente el artículo 1060 del Código Judicial señala la intervención de la justicia ordinaria en los juicios por jurisdicción coactiva, limitándola al conocimiento de los incidentes de excepciones, de las tercerías y de las apelaciones y consultas.

En armonía con este precepto está el ordinal 3º del artículo 76 de la misma obra que le atribuye a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el conocimiento, únicamente, "del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios ejecutivos de que conozcan los recaudadores de rentas departamentales".

Ante la claridad de estas disposiciones es inútil hacer consideraciones tendientes a evitar su alcance práctico, con el propósito de que la justicia ordinaria aprehenda también el conocimiento del juicio principal.

Si instaurada una tercería todo el procedimiento del juicio ejecutivo quedase bajo el gobierno del juez que conoce de la tercería, la ley lo habría dicho en la misma forma legal con que se expresó para formular el ordenamiento contrario consignado en los artículos que acaban de citarse.

Y es porque promovida la tercería no hay imposibilidad jurídica en que el juicio ejecutivo continúe adelantándose, según lo expresa el artículo 1068 ibídem: "el incidente sobre tercerías no suspende el curso del juicio ejecutivo..."

De consiguiente por el hecho de que en un juicio por jurisdicción coactiva promueva un particular tercería, bien directamente o ya por la vía de la acumulación de juicios ejecutivos, el juez ejecutor no pierde el conocimiento del juicio principal, y es ante él ante quien deben promoverse todos los incidentes relacionados con tal juicio. En esto no hay absolutamente ninguna dificultad. Y por ello se impone que los recaudadores departamen-

tales o municipales, en su caso, saquen copia de lo pertinente que haya de quedar en el juzgado para el adelantamiento del negocio en lo que hubiere lugar, para que puedan remitir a la justicia ordinaria originales los elementos de juicio en que se apoya la tercería, a semejanza de lo que por disposición expresa —artículo 12 del Decreto 1315 de 1936— están obligados a efectuar los recaudadores de rentas nacionales.

La tesis del Tribunal es, pues, incontrovertible, comoquiera que se apoya en disposiciones legales que por su claridad no admiten interpretaciones distintas de las que surgen de su expreso contenido.

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia CONFIRMA el auto materia del presente recurso de apelación.

Las costas son de cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán — Isaías Chaves—Hernando García Pachón, Oficial Mayor.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo veintiséis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Se pide reposición del auto dictado en este negocio con el fin de resolver el recurso de apelación que fue interpuesto contra el auto del Tribunal de Bogotá.

Por medio del auto recurrido confirmóse el del Tribunal que declaró inadmisible la articulación de nulidad de lo actuado propuesta por el tercerista particular Alberto Barbosa en el juicio ejecutivo que por jurisdicción coactiva adelanta el departamento de Cundinamarca contra Julio Acevedo y Julio C. Acevedo.

El auto del Tribunal y la confirmación que le ha impartido la Corte básanse en que el Tribunal no puede conocer del incidente propuesto, en fuerza de que, según lo claramente estatuído en el artículo 1060 del Código Judicial, su competencia está limitada al conocimiento de la tercería; de consiguiente, el juicio ejecutivo al cual se refiere la tercería de Barbosa y la pretendida nulidad, continúa bajo la jurisdicción del juez ejecutor. En lo cual no hay inconveniente, ya que el incidente sobre tercería no suspende el curso del juicio ejecutivo, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1068 ibídem.

El recurrente se esfuerza nuevamente por obtener que sea el Tribunal el que conozca del incidente de nulidad, para lo cual alega en síntesis:

Que los juzgados de ejecuciones fiscales en calidad de organismos administrativos carecen de jurisdicción contenciosa, la que sólo puede ser ejercitada por el Poder Judicial.

En torno a esta tesis se extiende el memorialista, para concluír que siendo así es al Tribunal al que le corresponde conocer de los incidentes contenciosos, como el de nulidad, que proponga el tercerista dentro del ejecutivo al cual adhiere su tercería.

Se considera:

El recurrente hace un esfuerzo baldío tratando de demostrarle a la Corte que los jueces de ejecuciones fiscales carecen de competencia para decidir las controversias de carácter contencioso que surgen en los juicios de que conocen por atribución de la ley. La Sala no ha negado ese principio. Bien al contrario sobre esa base edificó el auto reclamado. El principio está consagrado en la ley cuando dispone en el artículo 1060 del Código Judicial que de las tercerías y de los incidentes de excepciones promovidos en las ejecuciones fiscales conozca la justicia ordinaria. Y ello es así porque tales incidentes tienen por objeto la discusión de derechos sustantivos contrapuestos entre el Estado y el ejecutado o los terceristas.

Pero lo que le ocurre al reclamante es que él le asigna al vocablo contencioso una extensión ilimitada, dentro de la cual envuelve cualquier discusión que surja en el juicio aún de índole procedimental. Y eso no es admisible. Si fuese válido tal concepto los jueces de ejecuciones no podrían ni aun librar las ejecuciones por cuanto al encauzar el procedimiento y adelantarlo colócanse en situación de tener que interpretar la ley para aplicarla, con lo cual, es de obvia comprensión, pueden provocar la oposición de la contraparte, dando lugar a tantas discusiones y controversias cuantos sean los reclamos que se les propongan, de ninguno de los cuales, con el criterio del reclamante, serían aptos para conocer.

La propia ley procedimental se ha en-

cargado de clasificar las cuestiones que por su carácter verdaderamente contencioso, dentro de las ejecuciones fiscales, escapan al conocimiento de los jueces ejecutores, pasando su conocimiento privativo a los jueces comunes: excepciones y tercerías. Los demás incidentes: desembargos, nulidades, oposiciones, etc., no los consideró el legislador de la índole de aquellos otros, cuando permite que los resuelva el juez ejecutor, limitando la intervención de la justicia ordinaria al recurso de apelación que se proponga contra tales decisiones del funcionario administrativo.

De esta manera la justicia ordinaria, por expreso y especial ordenamiento legal, tiene solamente una intervención excepcional en las ejecuciones fiscales. La existencia de una tercería, promovida por particulares, directamente o por la vía de la acumulación, no rompe la jurisdicción excepcional de la justicia ordinaria. La tramitación de la tercería se adelanta sin que ello traiga la paralización del juicio ejecutivo (Art. 1068 del Código Judicial). Siendo así se explica que mientras se sustancia y decide la tercería por la justicia ordinaria, el juez ejecutor pueda adelantar la acción ejecutiva, hasta donde el mismo artículo 1064 permítelo.

Lo expuesto demuestra la sin razón del reclamante.

En consecuencia, niégase la reposición impetrada.

Notifíquese y cópiese.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

OPOSICION AL DESLINDE.—CLASES DE OPOSICION EN EL JUICIO DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO

La ley establece tres géneros de oposición al deslinde: a) la que se refiere a la posesión provisional en que el juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, en el acto de la diligencia; b) la que puede hacerse al deslinde dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia, y c) la que se *hace al deslinde* en juicio ordinario. La primera oposición se presenta en el acto de la diligencia; la segunda dentro de los diez días siguientes a su fecha; la última en cualquier tiempo anterior a la prescripción de la acción de oposición.—2.—El derecho a proponer la primera oposición surge de los términos del artículo 869 del C. J. que sugiere la oposición a la posesión en el acto mismo de la diligencia de deslinde y amojonamiento con la prevención de que la no asistencia de la parte o partes al acto, solamente perjudica a ellas mismas, por cuanto que pierden la oportunidad de oponerse en el momento previsto para hacerlo. El derecho a proponer la segunda oposición al deslinde, lo consagra el artículo 871 del C. J. dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia. El derecho a presentar la tercera oposición, también al deslinde, surge del mandato del artículo 870 ibídem, la que puede presentarse en cualquier tiempo después de transcurridos los dos primeros momentos de oposición, pero ella no se decide dentro del juicio especial de deslinde y amojonamiento sino en juicio separado, ordinario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Ramón Aguirre promovió juicio especial de deslinde y amojonamiento contra el Departamento de Antioquia, ante el Tribunal Superior de Medellín y con citación y audiencia del Fiscal de la corporación, para que se señalasen judicialmente los linderos de su propiedad colindante con terrenos de la entidad demandada en el distrito de Itaguí, de la estación de ese nombre sobre el ferrocarril de Amagá.

El Fiscal segundo del Tribunal contestó la demanda aceptando la petición que ella contenía; las partes trajeron a autos los títulos de propiedad del bien raíz que iba a deslindarse, nombraron los peritos para el caso, pidieron el recibo de algunos testimonios, y el día 22 de febrero señalado para la diligencia, las personas que debían intervenir se trasladaron a la Estación Itaguí, lugar del deslinde, a excepción del representante del Departamento de Antioquia.

Oídos los testigos y peritos, el Tribunal, teniendo en cuenta lo testimoniado y visto, señaló los puntos de deslinde entre la propiedad del señor Aguirre y la del Departamento de Antioquia. Dice el acta respectiva: "A continuación de haber expresado sus conceptos los peritos, en desacuerdo en parte, el Tribunal, teniendo en cuenta los dichos de los testigos y por las observaciones hechas directamente en el terreno, resolvió señalar la línea divisoria de los dos predios con los siguientes linderos: 'Partiendo de un punto en el muro que construyó Ramón Aguirre a otro punto en donde principia el andén de la Estación, de tal manera que la línea recta que una esos dos puntos coin-

cida con la línea que forma el borde externo, hacia el frente, del empedrado que construyó el ferrocarril; del punto determinado en el andén, en línea recta al poste terminal de un alambrado, poste que está cercano a un árbol de mango'. Una vez señalados estos linderos, y sin necesidad de poner mojones por cuanto la línea que forma el empedrado referido y el poste donde termina el alambrado son puntos de referencia precisos para formar las dos rectas, el Tribunal puso al señor Ramón Aguirre en posesión del terreno comprendido dentro de esas líneas y los edificios de su propiedad, lo mismo que hizo entrega al ferrocarril del terreno correspondiente".

Se resolvió que el acta de la diligencia de deslinde y amojonamiento, para mayor comodidad, fuera firmada el lunes siguiente en la Secretaría del Tribunal, a donde concurrió el señor Fiscal, representante del Departamento, y manifestó, al firmarla, que "se oponía a la línea que fue determinada como divisoria de los predios a que se refiere la demanda por considerar que ella no corresponde a la que determinan los títulos de propiedad de ambos litigantes y por estimar que Aguirre ocupa una superficie de 32.20 metros cuadrados que es de propiedad del ferrocarril..." (cuaderno principal, folio 44). Posteriormente, en memorial de 26 de febrero, solicitó que en virtud de la oposición por él presentada se declare que "no vige aún la posesión que se dice haberse dado a las partes de sus respectivos terrenos". Dijo asimismo el Fiscal que en virtud de la oposición que presenta, en término que considera hábil, no puede tener vigencia la constancia que obra en el acta, relativa a la posesión en que quedaron las partes, respecto de sus predios así divididos, y que no rigiendo esa posesión el actor no puede hacer uso de ella para correr cercos, tirar alambradas, usar de la faja de que ha venido en posesión el ferrocarril, hasta tanto que se decida sobre el juicio ordinario que ha de seguirse, y pidió que así lo declarase el Tribunal.

Este, en providencia del veintisiete de febrero, negó lo solicitado.

El seis de marzo el Fiscal presentó, ante el Magistrado que sustanciaba el negocio, demanda "en juicio ordinario de oposición al deslinde".

El Tribunal por auto del veintiuno de abril, negó la reposición que el Fiscal pidió del auto de veintisiete de febrero, y además resolvió no admitir la demanda de oposición.

Posteriormente, el primero de julio, revocó la providencia del veintiuno de abril en cuanto negó la admisión de la demanda de oposición, y ordenó dar traslado de ella a la contraparte.

Hállase al conocimiento de la Corte el recurso de apelación contra el auto de veintisiete de febrero. Del auto del primero de julio no apeló el representante del Departamento.

Tramitada la apelación ha llegado el momento de decidir.

Sintetizando y aclarando las peticiones de la demanda, lo actuado y decidido en el acto del deslinde, las solicitudes posteriores del Fiscal y el contenido de las providencias del Tribunal, se tiene lo siguiente:

1º El actor pidió el deslinde de su propiedad y la fijación de mojones que señalasen los linderos de ella con predio del Departamento de Antioquia;

2º El Tribunal llevó a cabo la diligencia de deslinde, señaló la línea divisoria de los predios, fijando linderos, y puso al demandante "en posesión del terreno comprendido dentro de esas líneas y los edificios de su propiedad".

3º Al firmarse el acta de la diligencia, dos días después de practicada, y no en el lugar donde se verificó sino en la Secretaría del Tribunal de Medellín, el Fiscal de esa entidad "manifestó que se oponía a la línea que fue determinada como divisoria de los predios a que se refiere la demanda".

4º Posteriormente, en memorial de 16 de febrero, dijo el Fiscal: "Pero por el momento, y considerando que ante la oposición por mí presentada en un término

que considero hábil para ella, mal puede tener vigencia legal la constancia que obra en la misma acta, relativa a la posesión en que quedaron las partes respecto de sus predios así divididos, porque como yo me opuse es preciso acatar la disposición del artículo 869 del C. J. cuando dice que "hecho esto, el juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada, si ninguna de ellas se opone". Al haber existido la oposición, mal puede regir esa posesión, si ella no rige, mal puede el actor hacer uso de la misma para correr cercos, tirar alambradas, usar la faja de que ha venido en posesión el ferrocarril, hasta tanto no se decida sobre el juicio ordinario que ha de seguir. Se encamina este memorial, como puede desprenderse de lo expuesto, a que el Honorable Tribunal haga la declaración de que ante la oposición que he formulado, no vige (sic) aún la posesión que se dice haberse dado a las partes de sus respectivos terrenos".

5º El Tribunal, en auto del 27 de febrero, negó lo solicitado, respecto a la posesión declarada en la diligencia de deslinde.

6º Hay dos oposiciones presentadas por el Fiscal: la una a la línea determinada como divisoria de los predios; la otra a la posesión en que se dejó al actor, en la diligencia de deslinde, del terreno comprendido dentro de las líneas fijadas y los edificios de su propiedad; la primera se hizo en el acta de 22 de febrero y la segunda en el memorial del 26. Importa no confundir estas dos oposiciones, para clarificar los conceptos, un tanto confusos, emitidos así por el opositor como por el Tribunal.

7º Las decisiones del Tribunal, y en particular la que es objeto del presente recurso, se refieren a la segunda de las oposiciones propuestas, a la que se hizo contra la posesión en que se dejó al demandante. El Tribunal, sin que aparezca el motivo para obrar así, y quizá por la confusión a que se alude, se abstuvo de decidir nada en relación con la primera de las oposiciones, referente a la línea divisoria trazada.

8º A la tercera petición del actor, consignada como demanda en juicio ordinario de oposición al deslinde, se le dio entrada dentro del presente juicio y se dispuso correr traslado de ella por diez días al señor Ramón Aguirre.

Al tramitarse el asunto en la Corte, el señor Procurador Delegado en lo Civil manifiesta así su inconformidad con lo resuelto por el Tribunal:

"Olvidó el Tribunal de la causa, para deducir tal consecuencia, que por ser un Agente del Ministerio Público el representante de una de las partes contendientes, era de estricta aplicación la norma del artículo 312 del Código Judicial, en materia de notificaciones, que dice:

'Deben hacerse personalmente las siguientes notificaciones:

'... ... ...

'2ª Las que se hacen a los empleados públicos en su carácter de tales'.

"La fijación de la línea divisoria en el acto de la diligencia de deslinde es nada menos que la **diligencia** que se dicta en el respectivo juicio especial. Y si una de las partes se halla representada por un Agente del Ministerio Público, como sucede en este proceso, debe notificarse **personalmente** a dicho funcionario la decisión pronunciada en el acto de la diligencia sobre la línea divisoria entre los predios.

"Mientras aquella notificación no se hubiera hecho al Fiscal, en el caso subjudice, no había llegado el momento procesal de manifestar su conformidad o su inconformidad con la decisión pronunciada en el acto del deslinde. Y no se opone a ello el hecho de que por ésta o la otra circunstancia el Fiscal no concurriera a la diligencia de deslinde, pues tal circunstancia no excusaba el cumplimiento de la norma procesal arriba citada, en virtud de lo cual era de rigor que se le notificase personalmente el fallo pronunciado en aquella diligencia.

"De todo lo anteriormente expuesto se desprende sin lugar a duda que no es ju-

rídica la conclusión de que fue extemporánea la manifestación de inconformidad del Fiscal respecto del deslinde practicado, toda vez que antes de ser notificado personalmente del fallo pronunciado en la diligencia no había llegado el momento procesal de hacer tal manifestación. En una palabra, para manifestar el Fiscal su inconformidad con la línea fijada —vale decir con el fallo pronunciado en el juicio especial— era de absoluta necesidad jurídica que se le notificara personalmente dicho fallo, ya fuera en el acto mismo de la diligencia o después de él, como se hizo. Porque es preciso advertir que no es de rigor que tal notificación se surta en el acto mismo de la diligencia".

Se considera:

La ley establece tres géneros de oposición al deslinde: a) la que se refiere **a la posesión provisional** en que el juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, en el acto de la diligencia; b) la que puede hacerse **al deslinde** dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia; y c) la que se hace **al deslinde,** en juicio ordinario.

La primera oposición se presenta en el acto de la diligencia; la segunda dentro de diez días siguientes a su fecha; la última en cualquier tiempo anterior a la prescripción de la acción.

El derecho a proponer la primera oposición surge de los términos del artículo 869 del C. J. cuando dice: "Hecho esto, el Juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada, **si ninguna de ellas se opone**". Esto sugiere que pueden las partes oponerse. El precepto no establece que se proceda en una determinada forma cuando una de las partes se opone, luego hay que entender la disposición en el sentido de que si tal cosa ocurre, debe él considerar los motivos de la oposición y resolver en consecuencia según su criterio, sobre la posesión en que queden las partes por razón de la línea trazada. Pero en todo caso, y es lo que interesa directamente al asunto en estudio, las partes pueden oponerse a la posesión declarada, siempre que ello se haga dentro de la propia diligencia de deslinde.

El derecho a proponer la segunda oposición al deslinde, lo consagra el artículo 871 del C. J.

El derecho a presentar la tercera, también al deslinde, surge del mandato del artículo 870 ibídem.

No puede, jurídicamente, confundirse entre sí las oposiciones de que se trata y aplicar a una, las normas que rigen las otras. Esto, sin embargo, ha ocurrido en el presente juicio.

Pero aplicando las reglas que se han expuesto al caso en examen, es fácil aclarar la situación legal que él comporta, y deducir las consecuencias necesarias.

Oposición a la posesión.—Como ésta debe hacerse en el acto de la diligencia, la oposición que para ese objeto presentó el Fiscal del Tribunal dos días después de practicada aquélla, era tardía y no puede producir efectos en el juicio. Es muy claro, como lo anota el Tribunal, que una cosa es la diligencia de deslinde, que ha de practicarse y se practica **in situ,** y otra bien distinta el acta referente a ella; no es preciso que ésta se extienda en el lugar donde aquélla se realiza, y es frecuente que los funcionarios la suscriban en otra parte para mayor comodidad. Y no prospera la argumentación del señor Procurador tocante con la notificación que dice debió hacerse personalmente de la diligencia al Fiscal, porque siendo ello verdad, como lo es, la ley les concede a las partes el derecho de oponerse a la posesión siempre que lo hagan en el momento de practicarse la diligencia, no después; y porque es jurisprudencia admitida por los Tribunales y la Corte la de que en los negocios de deslinde la diligencia en el terreno es apenas un acto de medida o apeo provisional que no implica fallo decisorio, el que sólo se profiere posteriormente por el juez según lo establecido en el artículo 871. Solamente en la oportunidad y circunstancias previstas en este precepto puede el juez declarar firme el deslinde y ordenar su inscripción. Con-

tra el deslinde podía el Fiscal oponerse al ser notificado de la diligencia respectiva y en un término ulterior de diez días; contra la posesión, solamente en el acto en que la diligencia se practicó.

Bien claro dice el artículo 869 que no presentándose oposición en el momento en que el juez decide sobre los linderos —el caso de autos— las partes siguen gozando o entran a disfrutar sin restricciones de los terrenos que les correspondan.

Es racional que si una de las partes o ambas, hecho que considera el Código, no asiste a la diligencia de apeo, el juez asesorado principalmente de peritos y teniendo a la vista los títulos de propiedad de los bienes en litigio, pueda declarar legalmente señalada la alindación de los predios y en el disfrute de ellos a sus dueños.

La no asistencia de la parte o partes al acto, perjudica a ellas mismas, por cuanto que pierden la oportunidad de oponerse a la posesión en el momento previsto para hacerlo.

El señor Procurador Delegado alega que como toda diligencia debe notificarse a los empleados públicos en su carácter de tales, "mientras aquella notificación no se hubiera hecho al Fiscal, en el caso sub-judice, no había llegado el momento procesal de manifestar su inconformidad con la decisión pronunciada en el acto del deslinde". Se observa, que el momento para manifestar la oposición a la posesión, sea de un funcionario público, o de un particular, llega cuando se fija la línea divisoria y no cuando se notifica la providencia. Bien distinto es que la decisión judicial se notifique al Fiscal en persona y a la contraparte por estado, a que uno y otro manifiesten su oposición en el tiempo y lugar que la ley hace común a toda clase de litigantes.

Por tanto, acreditada la falta de asistencia del Fiscal a la diligencia de deslinde, la oposición a la posesión que presenta a los cuatro días de verificada aquélla, en memorial de 26 de febrero, no puede prosperar.

Oposición al deslinde en los diez días siguientes a la diligencia—El artículo 871 del Código de Procedimiento se expresa: "Si dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia, no se formula oposición al deslinde, el Juez, a petición de cualquiera de las partes, lo declara en firme y ordena se inscriba el fallo en el libro número primero del registro y se cancele la inscripción de la demanda".

De acuerdo con esta norma el señor Fiscal, a los dos días de la diligencia y en el momento de ser notificado de ella, presentó oposición al deslinde, o línea divisoria de los predios en litigio, acto oportuno dentro de los diez días a que se refiere el artículo preinserto. No obstante, una verdadera confusión lo llevó a formular luégo oposición a la posesión, en términos que una oposición y otra oposición fueron confundidas por el Tribunal, considerándolas ambas como oposiciones a la posesión. Pero hecha la distinción y como la oposición al deslinde se propuso en tiempo legal, la Corte ha de declarar su viabilidad y ordena su tramitación.

Oposición en juicio ordinario.—El art. 870 del Código Judicial dice: "Si alguno de los interesados no se conforma con el deslinde en todo o en parte, el punto se ventila en juicio ordinario, en el cual el opositor tiene el carácter de demandante".

El orden en que dentro del Código se halla colocado el artículo, posiblemente hizo incurrir en confusión al señor Fiscal, y a la vez, al Tribunal. Al uno por presentar demanda ordinaria contra el deslinde el seis de marzo cuando aún no estaba en firme; y al otro por aceptarla y tramitarla estando pendientes dos oposiciones. No sobra repetir que la demanda ordinaria de que habla el artículo 870 se puede presentar en cualquier tiempo después de transcurridos los dos primeros momentos de oposición, pero que ella no se decide dentro del juicio especial de deslinde y amojonamiento sino en juicio separado. El Tribunal admitió la demanda ordinaria dentro del presente juicio, y como de la providencia en que tal cosa se hizo no conoce ahora la Corte, la Sala se

limita a anotar la improcedencia de lo adelantado al respecto por el Tribunal.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA el auto de 27 de febrero de 1941, cuanto negó la oposición a la posesión de los terrenos deslindados entre el Departamento de Antioquia y Ramón Aguirre, y lo modifica en lo necesario para declarar, como declara, procedente la oposición al deslinde presentada por el Fiscal al firmar el acta y dispone que el Tribunal siga adelante su tramitación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA EN JUICIO DE REIVINDICACION

Del tenor literal y claro de los artículos 946 y 952 del C. C. se concluye evidentemente que cuando en un juicio ordinario de reivindicación se señala en el libelo respectivo como demandada a una persona distinta del poseedor de la cosa, objeto de la acción de dominio, se configura la situación jurídico-procesal denominada ineptitud de la demanda.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

El Gobierno Nacional por medio de la Resolución Nº 117 del 25 de julio de 1936, publicada en el Diario Oficial Nº 23274, autorizó al señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla para que, en nombre de la Nación, promoviese sendos juicios reivindicatorios contra los señores Luis Carlos Baena, Jorge Castellanos, Héctor Silva Herrera, Manuel Castellanos, Ramón Acha Jiménez, Emiliani Hermanos, Luis Giescken, Gabriel A. Pinedo y David Ferrero, o contra cualquier otra persona que tuviese el carácter jurídico de poseedor de todo o parte de los terrenos adyacentes al Faro de Nisperal, situados en el municipio de Puerto Colombia

En tal virtud, el citado funcionario, como representante legal de la Nación, demandó por la vía ordinaria ante el Tribunal Superior de Barranquilla, a los señores Manuel Castellanos, Ramón Acha Jiménez y Héctor Silva Herrera, en libelo presentado el 1º de diciembre de 1939 para que, entre otras cosas, se condenara a los demandados a restituír a la Nación una porción de terreno de su propiedad que se dijo está actualmente ocupada por ellos.

Admitida la demanda por el Tribunal el doctor Silva Herrera, luégo de la notificación del auto respectivo, y dentro del término legal, presentó, por medio de apoderado, la excepción de inepta demanda, que hizo consistir en los siguientes hechos:

"a) En la demanda a que me refiero se señala como actual poseedor de uno de los lotes que se pretende reivindicar al doctor Héctor Silva Herrera (véase hecho 12).

"El doctor Silva Herrera no está actualmente en posesión de dicho lote. Sus poseedores actuales son la señora Helena Teresa Colina viuda de Balcázar y el señor Nelo Gianmaria.

"Como la demanda de reivindicación debe dirigirse contra el actual poseedor (artículo 952 C. C.), es inepta esta demanda pues ella ha sido dirigida contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa, según los claros términos del artículo 333 C. J., ordinario 2º.

"b) El señor fiscal del Honorable Tribunal Superior, a nombre de la Nación, intenta la reivindicación de una finca raíz como cosa singular y la dirige contra varios demandados para que la restituyan. Cada demandado, según se desprende de la demanda misma, posee por separado predios independientes unos de otros. Al intentar la demanda conjuntamente contra todos se incurrió por el demandante en error al acumular indebidamente acciones que no son acumulables. Porque o los demandados son comuneros de la finca que se reivindica o no lo son. Si lo primero, la acción debe dirigirse contra todos o contra el representante de la comunidad; si lo segundo, procede intentar tantas acciones separadas cuantos sean los demandados.

En el caso de autos, a pesar de que en la demanda se señala a los demandados como poseedores exclusivos de predios distintos, se dirige una acción conjunta contra todos.

"La demanda así intentada es inepta por cuanto no reúne los requisitos señalados en la ley, al involucrar indebidamente acciones que han debido intentarse por separado"

Tramitado el incidente a que dió lugar la referida excepción, el Tribunal de la causa, en auto del 29 de mayo del presente año, la declaró probada. Por apelación de este proveído ha subido el negocio a esta Superioridad, la cual procede a resolver lo pertinente una vez surtida la tramitación del recurso.

Se considera:

De conformidad con lo prescrito en el artículo 333 del C. J., uno de los casos en que tiene cabida la excepción de inepta demanda, se presenta cuando la demanda incoada en un juicio "se dirige contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda".

Dice el artículo 946 del Código Civil: "La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla". En concordancia con esta definición legal de la acción reivindicatoria, el artículo 952 del propio código estatuye que dicha acción se dirige contra el actual poseedor de la cosa que se trata de reivindicar".

Del mismo tenor literal y claro de las citadas disposiciones se concluye evidentemente que, cuando en un juicio ordinario de reivindicación, se señala en el libelo respectivo como demandado una persona distinta del poseedor de la cosa, objeto de la acción de dominio, se configura la situación jurídico-procesal denominada ineptitud de la demanda.

En el caso de autos, el señor Héctor Silva Herrera, uno de los demandados en el presente juicio reivindicatorio, y designado como actual poseedor del inmueble que trata de reivindicar la nación, manifestó que no es poseedor (artículo 215 del Código Judicial) del inmueble, o, por lo menos, de la totalidad del globo de terreno a que se refiere la demanda.

De la inspección ocular practicada por el tribunal **a quo** en el incidente de excepción, se comprobó que el terreno indicado en la demanda como poseído por el doctor Héctor Silva Herrera, y delimitado así: "Norte con predio de Manuel Castellanos y Ramón Acha Jiménez; sur, predio de Gabriel A. Pinedo; este, línea férrea en medio con la sanidad; y oeste, con el mar Atlántico", estaba en el momento de la diligencia, poseído por la señora Helena Colina v. de Balcázar, y no en posesión del demandado señor Silva Herrera.

En el auto en alzada el tribunal **a quo** se expresa así:

"La demanda no puede dirigirse contra varios demandados:

"La demanda viene propuesta contra Manuel Castellanos, Ramón Acha Jiménez y el doctor Héctor Silva Herrera, que ocupan cada uno predios distintos y ello hizo pensar al tribunal en un principio que se trataba de un lote de terreno proindiviso de que eran dueños y poseedores los demandados, y hubo un tiempo en que como lo dice la escritura número diez y siete de enero de mil novecientos treinta y dos, y número 1203 de 11 de diciembre de 1931, ambas de la Notaría Primera de este Circuito, que varios de los lotes en discusión estuvieron en comunidad en cabeza de los demandados. Pero con motivo de los sucesivos traspasos el lote sobre el cual alega dominio el doctor Silva Herrera tal y como viene individualizado por medidas y linderos, dice le pertenece exclusivamente, según puede verse por la escritura número 493 de 21 de agosto de 1933 de la Notaría Primera de este Circuito. Luego por cada uno de los predios que se dice ocupan los demandados Manuel Castellanos, Ramón Acha Jiménez y Héctor Silva Herrera deben intentarse demandas separadamente.

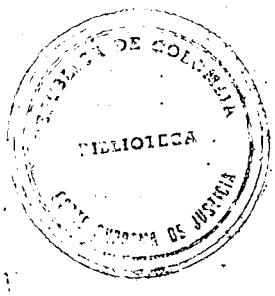
"Puede ser, y es una misma la acción, pero diversos los demandados y diversos los intereses que cada cual ha de defender, conclusión a que se llega como motivo de las varias diligencias de inspección

practicadas en esos predios, y el estudio que se ha hecho de los títulos acompañados al libelo enunciados en el cuerpo de esta providencia, además de no saberse a ciencia cierta cuáles de esos predios caben dentro del perímetro del que pertenece a la nación. Solo la litis con cada uno de los ocupantes vendrá a definir con precisión ese extremo y por eso es imprescindible intentar tantos juicios cuantos ocupantes o poseedores aparezcan con distintos títulos. Seguramente por ello la Resolución Ejecutiva así lo ordenó al disponer que se intentaran 'sendas acciones' contra los demandados. Además en ese sentido es uniforme y copiosa la jurisprudencia del país, por estimarse seguramente que de otro modo no habrá uniformidad en la acción, pues como dueños de distintos predios no existe entre ellos ninguna vinculación jurídica. Por otra parte las prestaciones deducidas y concedidas o negadas podrían ser distintas en cada caso, según resultaran alguno o algunos poseedores de buena o mala fe etc., etc."

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. CONFIRMA el auto apelado, proferido por El Tribunal Superior de Barranquilla, el 29 de mayo del año en curso.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta. — José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. Manuel Pineda Garrido, Srio.



REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA

SE REFORMA EL AUTO ANTERIOR

1.—En el incidente de oposición a un secuestro basta el hecho de la posesión material actual. Es lo único que hay que establecer. La circunstancia de que una persona esté ocupando una cosa con señorío de dueño. Que esa posesión le corresponde al ejecutado por ser el verdadero dueño, según la ley, nada hace. Lo que a la ley le interesa —artículo 1020— es conservar el *statu quo* de quien reúne las apariencias de poseedor, con el objeto de que la cuestión de dominio se discuta en otra oportunidad. La alegación a que daría lugar el artículo 739 del Código Civil corresponde a otro estado del juicio y no a un simple incidente en que lo que debe tenerse en cuenta es la mera posesión material. 2.—El artículo 1020 del C. J. contempla meramente el caso de que quien ocupe la cosa que se va a secuestrar manifieste que la tiene en arrendamiento o a cualquier otro título de mera tenencia procedente del deudor. En tal caso el secuestro no se aplaza. Se procede a efectuarlo simbólicamente, para no afectar los derechos del tenedor. El reglamentado en el artículo 1021 es más complejo, pues prevé una situación distinta de la del precepto anterior. Que la oposición se haga sobre la base del hecho de la posesión, no se podrá consumar el secuestro en ninguna forma.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales — Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En sendos escritos presentados oportunamente el señor procurador delegado en lo civil, representante de la nación, parte ejecutante, y el apoderado de la señora Elvira Cualla v. de Fernández, una de las personas que integran la representación de la sucesión ejecutada, demandan reposición del auto de la sala por medio del cual se falló el recurso de apelación interpuesto por el opositor Roberto Fernández contra el auto que decidió el incidente de oposición al secuestro.

El señor procurador interpone el recurso con los siguientes fines: 1° Para que se revoque el auto en mención en cuanto declaró fundada la oposición y ordenó levantar el embargo y el secuestro del inmueble; 2° Para que subsidiariamente se reforme dicho auto en el sentido de declarar que el opositor se halla en el caso previsto por el artículo 1020 del Código Judicial; 3° En subsidio para que se reforme el auto en reposición en el sentido de ordenar solamente el levantamiento del **secuestro** y no del **embargo,** como está ordenado.

El apoderado de la señora Cualla de Fernández coincide en la primera y en la tercera finalidad.

Y en la súplica de dicho apoderado se exponen dos razones diferentes para impetrarla. En la primera se sustenta la misma tesis que desarrolló el señor procurador, por cuyo motivo la sala considerará globalmente las alegaciones expuestas por ambos recurrentes. La segunda razón, enfoca el problema desde otro punto de vista, de manera que será materia del capítulo segundo.

Capítulo primero

La sala en el auto recurrido expresó la siguiente idea, que es cardinal fundamento de la solución allí adoptada:

"El que Fernández no alegue derecho de propiedad sobre el suelo en que la casa esté edificada no le quita el carácter de poseedor de todo el inmueble, pues para tener la posesión, que no se le puede desconocer, de la edificación, necesariamente queda también afectado el suelo, y la prueba es que al suelo y a la edificación conjuntamente han tenido que referirse sus actos de posesión. Quien alegando ser poseedor de un inmueble a título de edificador en suelo ajeno, ocupa también por necesaria consecuencia el suelo, presenta un fenómeno de posesión sobre el edificio y el suelo, jurídicamente indivisible, cuya desintegración llevaría a fallar por anticipado acerca de las relaciones jurídicas derivadas de la comunidad entre el edificador y el propietario del suelo reglamentadas por los artículos 738 y 739 del Código Civil".

Los recurrentes arguyen que esta tesis es equivocada, porque viola el tradicional principio del Código Civil sobre **accesión** de muebles a inmuebles que mira como elemento principal el inmueble y como cosa accesoria los muebles que a él se juntan para formar un solo todo. El señor procurador dice que no trae esta cuestión a cuento, porque crea que ahora se trate de un problema de dominio sino porque se relaciona directamente con la posesión que se discute. "Es que en estos casos no se puede desvincular por completo la cuestión de dominio de la posesión".

Si se examina al través de sus distintas disposiciones el título de nuestro Código Civil sobre **accesión**, se verá sin duda que todo el sistema legal en esta materia reposa en el viejo aforismo Accesio cedit **principali.** Y en materia de accesión de muebles, muy especialmente en el caso de **edificación**, es palmario que la ley considera como cosa principal el inmueble y como accesoria los muebles que a él se juntan para formar un solo todo. De ahí que el dueño del terreno se haga dueño del todo, surgiendo entre ese dueño y el dueño de los materiales, relaciones **puramente personales.**

En materia de posesión debe imperar el mismo sistema. Si el edificador no es poseedor del terreno, lo lógico es que el poseedor del terreno aun cuando no se halle bajo su aprehensión material, sea poseedor del todo, no al contrario. Sin perjuicios eso sí de los derechos del edificador, inclusive, si fuere el caso, el de **retener** el inmueble, mientras no se le pague el valor del edificio.

Entonces se dirá cuál es la situación jurídica del opositor Fernández respecto del inmueble materia del secuestro? La de un simple tenedor que a lo sumo tendrá derecho de retención en garantía de sus derechos personales que surgieron de la edificación.

Por último el señor procurador sugiere la reforma del auto de la Corte, en el sentido de que para amparar los derechos del señor Fernández se le dé aplicación al artículo 1020 del Código Judicial. Como dicho señor no tiene más que la tenencia del inmueble, para no alterar las relaciones entre el edificador y el dueño del suelo, se haga **un depósito simbólico,** que conservando la tenencia y el ejercicio de los derechos anexos a ella, coloque al secuestre en el lugar jurídico del ejecutado para todos los efectos de aquellas relaciones.

Se considera:

Los razonamientos anteriores que ya habían sido previstos por la sala, son insuficientes en orden a obtener la modificación de la situación jurídica que ampara al señor Fernández.

En el auto recurrido detallóse el abundante arsenal probatorio con el cual se acredita, sin discusión, que especialmente desde el año de 1937 el señor Roberto Fernández ejercita un pleno derecho de

señorío sobre el inmueble de la calle 15, a tal punto que enajenó todos los productos de él a la señora Julia Medina de Lee, quien los está percibiendo; celebra los contratos de arrendamiento; ha efectuado las reparaciones del inmueble; ha promovido en su propio nombre juicios de lanzamiento contra algún inquilino de la casa, y la autoridad judicial, después de hacerla desocupar entrególa al arrendador Fernández.

Está demostrado también, sin contradicción, que ésta era la situación jurídica que mantenía el señor Fernández el día de la diligencia de secuestro del inmueble en esta ejecución, en la cual se opuso a ella alegando su calidad de poseedor. Por eso consiguió que el inmueble se dejara en su poder como lo previene el artículo 1021 del Código de Procedimiento, mientras la tramitación del incidente a que le pone término el auto recurrido, cuyo objeto es decidir si se trata o no de un legítimo poseedor cuya posesión deba respetarse conforme a las leyes.

Y en este incidente se trajo todo el cúmulo de comprobantes de que ya se hizo mérito, a virtud de los cuales la sala decidió que el señor Fernández sí tiene el carácter de poseedor del inmueble.

Si la posesión se constituye por el **señorío de hecho sobre una cosa,** y ese señorío consiste como debe consistir en disponer de la cosa atribuyéndose facultades de dueño, no se puede negar al señor Fernández el carácter de poseedor material del inmueble.

Pero se insiste en que el señor Fernández funda su posesión en el hecho de ser el edificador en suelo ajeno, lo que lo convierte en simple tenedor precario, porque el edificador tan solo está ligado con el dueño del suelo por una relación personal, que no le da el carácter de poseedor.

La sala encuentra en el alegato del apoderado del opositor una acertada réplica a la tesis de los recurrentes; está contenida en los dos párrafos siguientes:

"Expresaré en otra forma mi argumentación. El Título V del Libro II del Código Civil contiene las normas reguladoras de la adquisición del derecho de dominio por medio del fenómeno jurídico denominado accesión, entre esas normas legales se encuentran las que le dan derecho al dueño del terreno en que otra persona ha edificado, bien para hacer suyo el edificio, pagando las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe según las reglas dadas sobre la materia en el título de la reivindicación o bien de obligar al edificador a que le pague el justo precio del terreno con los intereses legales. La ley da en consecuencia la norma conforme a la cual habrá de decidirse el conflicto que surge entre el dueño del terreno y el edificador, pero de que el legislador dé esa norma conforme a la cual repito se habrá de decidir las pretensiones opuestas de los interesados en los componentes de un inmueble, no se sigue como consecuencia que quien deba ser preferido sea realmente en el hecho dueño, porque ni ha habido una manifestación de su voluntad para elegir los derechos que la ley le confiere, ni ha pagado el valor de la edificación, todo lo cual se necesita para que el dueño del suelo llegue a ser dueño de la edificación, y es indudable que todas estas cuestiones no pueden decidirse dentro de un incidente como el que se ordena tramitar por el art. 1021 del Código Judicial. No hay equivalencia entre estos dos conceptos: Llegar a ser dueño de una cosa, y serlo ya en el hecho, y de la confesión de estos dos conceptos diversos parte precisamente la base de la argumentación que contesto.

"No puede desconocerse que la tenencia material de la casa estaba en poder de don Roberto Fernández cuando se pretendió hacer el secuestro de ella, y la afirmación que se ha hecho de que él no podía tener el ánimo de señor y dueño en relación con la totalidad del inmueble por no ser dueño del terreno, es cosa que está contradicha con los repetidos actos de dominio que ejecutó sobre el inmueble, al

arrendarlo y percibir sus productos sin tomarle consentimiento a nadie. No debe perderse de vista que la posesión es un hecho, susceptible sí de llegar a engendrar un derecho por ser la base de la adquisición mediante el fenómeno jurídico denominado prescripción adquisitiva, pero en sí no es un derecho, y sin embargo los reclamantes pretenden contradecir ese derecho invocando en su favor normas reguladoras de la adquisición del derecho de dominio, con lo cual ya lo dije en otro lugar, se salen de la cuestión planteada por el opositor y que fue resuelta por la justicia".

De otro lado el argumento de los recurrentes tiene relación con el origen de la posesión actual, ya que según ese argumento precisa determinar si a ella se llegó por modo legítimo o ilegítimo, cuestión ajena al incidente de oposición que se está fallando, porque se relaciona con el problema de la propiedad.

En el incidente de oposición basta el hecho de la posesión material actual. Es lo único que hay que establecer. La circunstancia de que una persona esté ocupando una cosa con señorío de dueño. Que esa posesión le corresponde al ejecutado por ser el verdadero dueño, según la ley, nada hace. Lo que a la ley le interesa —artículo 1020— es conservar el **statu quo** de quien reúne las apariencias de poseedor, con el objeto de que la cuestión de dominio se discuta en otra oportunidad.

La aplicación de la teoría de los recurrentes lleva a fallar por anticipado lo concerniente al derecho de propiedad que asista al opositor, contra el propósito claro del legislador consignado en el artículo 1021, citado, de que la controversia allí prevista se limite al aspecto de la posesión material actual. Con distinto criterio, en el presente caso habría que calificar el derecho de propiedad que asiste a Fernández como edificador en suelo ajeno. Y si se resuelve que no ha podido adquirir la posesión que él ha estado ejerciendo sobre todo el inmueble, por no ser dueño del suelo ni por consecuencia de la edificación, habría que consumar el secuestro, desconociéndole de plano la posesión en que se encuentra, contra lo que estatuye el artículo 739 del código civil, reglamentario de las relaciones jurídicas entre el edificador y el dueño del suelo.

El señor procurador se ha percatado bien de la gravedad de esta solución, y por ello sugiere que en subsidio se niegue la oposición de Fernández y se practique un secuestro simbólico, al tenor del artículo 1020 del código de procedimiento. Solución que tampoco es aceptable. El artículo prevé el caso de que al verificarse el secuestro los bienes se hallen en poder de una persona que los tenga como arrendatario o a cualquier otro título precario procedente del ejecutado. Entonces no se alteran los derechos del tenedor a quien se le previene que siga entendiéndose con el secuestre.

Empero esta solución no difiere en manera alguna de la anterior. Para llegar a ella hay que estudiar la misma cuestión del derecho de propiedad que asiste a quien se presenta como poseedor; sólo por este camino sería dable descalificar la posesión que ostenta el opositor, con el objeto de reconocerle una simple tenencia u ocupación precaria. Mas el artículo invocado no sirve a la pretensión del señor procurador. La disposición contempla meramente el caso de que quien ocupe la cosa que se va a secuestrar manifieste que la tiene en arrendamiento o a cualquier otro título de mera tenencia procedente del deudor. En tal caso el secuestro no se aplaza. Se procede a efectuarlo simbólicamente, para no afectar los derechos del tenedor.

El evento reglamentado en el artículo 1021, es más complejo, pues prevé una situación distinta de la del precepto anterior. Que la oposición se haga a base del hecho de la posesión. No de mera tenencia. Lo cual impone el cambio de sistema, pues si hay posesión, no se podrá

consumar el secuestro en ninguna forma.

Por último el apoderado de la señora Cualla de Fernández se refiere al documento privado de 8 de mayo de 1927, protocolizado con las respectivas diligencias de reconocimiento mediante la escritura número 1.326 de 2 de agosto de 1929 —y del que hizo mérito la Corte en el auto recurrido— por medio del cual Roberto Fernández facultó a dicha señora, para que en nombre de él cobrara el valor de los arrendamientos de las fincas a que se refiere un contrato anterior de arrendamiento, por haber sido éste simulado.

Se observa que estos hechos ocurrieron diez años antes de la época en que aparece Fernández, según otras pruebas, ejerciendo pleno señorío de dueño sobre la casa embargada. Por eso dijo la Corte en el auto reclamado:

"Es posible que antes del año de 1937 la posesión de la casa hubiera estado en manos de los herederos de Tomás Fernández; pero desde este año en adelante sí no queda la menor duda de la posesión de Roberto; la lectura de las diligencias judiciales de lanzamiento adelantadas por él ante el juzgado segundo municipal de Bogotá contra Etelvina de Valderrama, arrendataria de la casa a virtud de uno de los contratos que le otorgó Roberto y la diligencia de entrega de la misma casa a Fernández el 23 de julio del año memorado, así lo convencen".

Capítulo segundo

El apoderado de la señora Cualla de Fernández expone un nuevo argumento en orden a conseguir el rechazo de la oposición.

Dice que en el auto recurrido la sala pasa por alto la norma legal de que la incorporación de cualquier obra en terreno hipotecado, con posterioridad al registro de la hipoteca, queda afecta al gravamen y vinculada a la suerte del no pago de la deuda que dio lugar a la hipoteca, norma consagrada por varios preceptos y especialmente por el último cólon del artículo 2445 del c. civil.

"En este caso concreto —explica el señor apoderado— no se puede olvidar que la índole y características del derecho hipotecario, por ser real, indivisible, y dar derecho de preferencia y persecución, no permite hacer la distinción entre el edificador en suelo ajeno, considerándolo como tercero y el dueño del suelo, cuando éste hipotecó el suelo y un edificio que entonces había en él, porque todo acto o hecho con que el dueño del suelo pretenda desmembrar el dominio del suelo y sus accesiones, persigue fatalmente a la cosa hipotecada en una forma indivisible y afecta el todo en forma, para usar la expresión de la Sala en el auto que comento, "jurídicamente indivisibles" como la sombra del cuerpo. De lo contrario, es una nimiedad advertirlo, quien hipoteca un lote o una finca sin mejoras, puede sustraerse a los efectos del gravamen hipotecario, llamando a un tercero para que construya en el lote o mejore la finca, aun a ciencia y paciencia del dueño del terreno, porque, con el principio sentado por la Sala, le bastaría después que el constructor o mejorador se oponga al secuestro y consiga que por aparecer como tenedor o poseedor de lo accesorio se le entregue también lo principal, en burla del acreedor hipotecario y claro está que en fraude de sus derechos. La misma observación se puede hacer sobre los efectos que tendría, sobre la doctrina de la Sala, la venta que el deudor hipotecario le hiciera a un tercero de la edificación".

Considera la sala que los principios que invoca el señor apoderado y que le sirven de base al razonamiento anterior, suscitan un problema completamente distinto del que se deja estudiado. Ese problema concierne a la materia de las relaciones del acreedor hipotecario con el edificador en suelo afectado por dicho gravamen. Hasta dónde el acreedor de tal índole está habilitado para perseguir la finca en su

totalidad, aun estando en poder del edificador, es cuestión ajena a este incidente. Este tópico por su naturaleza tiene que discutirse con el señor Fernández, cuando sea parte en el juicio. Hoy es un tercero que si aparece en el proceso es por una incidencia de fines limitados.

La ejecución no está dirigida contra él con acción real. La discusión pues sobre el alcance de la hipoteca en cuanto pueda afectarlo por virtud de las disposiciones sustantivas que invoca el señor apoderado, resulta prematura. Cualquier decisión al respecto, fundada sobre tal aspecto, estaría fuera de lugar.

Capítulo tercero

En la parte dispositiva del auto reclamado se ordenó levantar el secuestro y el embargo de la casa.

Los dos recurrentes coinciden en impetrar la reforma de esta orden, con el objeto de que se limite al secuestro.

En este reclamo la sala encuentra razón. El artículo 1021 habla únicamente de levantar el secuestro. Y es porque el embargo puede continuar subsistiendo, condicionado a lo previsto en el último inciso del mismo artículo; lo cual debe ser materia de resoluciones propias del juez a quo.

Es pertinente la siguiente observación del señor procurador:

"Quizá se haya tenido en cuenta para decretar el levantamiento del embargo lo que dispone el último inciso del artículo 1021 que acaba de citarse. Pero ello no es razón para ordenar tal medida, pues no ha llegado la oportunidad de saber si el ejecutante insiste o no en perseguir el derecho del ejecutado, y si prestó o no la caución de que trata el texto legal para decidir si subsiste o no el embargo del inmueble".

RESOLUCION

Por las consideraciones expuestas la sala niega las reposiciones impetradas del auto que profirió en este negocio el día trece de octubre pasado.

Subsidiariamente accede a reformar el segundo aparte del numeral primero de la parte resolutiva, en el sentido de concretar la orden allí dada al levantamiento del secuestro, y no del embargo, conforme se había dispuesto.

Notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta. — J. M. Blanco Núñez.—Aníbal Cardoso Gaitán—Hernando García Pachón, Ofl. Mayor.

NOTA: El fallo a que se refiere esta resolución se encuentra publicado en el número 1978, página 314 de la Gaceta Judicial.

EXCEPCIONES

En los contratos con la administración la voluntad de ésta se manifiesta mediante el cumplimiento de preceptos determinados y órdenes dimanadas del funcionario o funcionarios encargados de impartirlas, de modo que la coincidencia de consentimientos no es posible ni puede tener un objeto ni una causa distinta de aquello que tuvo en mira la administración.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

En el juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva de la nación contra Carlos Otero Santamaría y otros, el doctor Federico A. Daza, como curador **ad-litem** de Otero, y apoderado de María Josefa Rocha de Faccio y de los herederos de Aldo Faccio, presentó un pliego de excepciones para que las decidiera la Corte.

Surtida la tramitación ritual del incidente de excepciones, llega ya el tiempo de que la sala profiera su fallo definitivo.

Las excepciones

Son dos las excepciones propuestas. En el memorial de excepciones la primera se propuso bajo diferentes aspectos, pero todo se reduce a esta proposición: **limitación de la responsabilidad de los hipotecantes a la suma de $ 2.000.00 expresada en el contrato de caución.**

La segunda excepción hácese consistir en la **ineficacia absoluta del auto de fenecimiento número 242 de fecha 9 de febrero de 1939, que forma parte del recaudo ejecutivo.**

Primera excepción

Por medio de la escritura pública número 2.050, otorgada en la notaría tercera de este circuito, el 11 de noviembre de 1936, —cuya copia hace parte del recaudo ejecutivo— los señores Aldo Faccio y su esposa María Josefa Rocha de Faccio constituyeron garantía hipotecaria a favor del gobierno nacional sobre un lote de terreno de propiedad de la segunda y edificaciones levantadas allí mismo por el primero, con el fin de asegurar el manejo de Carlos Otero Santamaría en el cargo de "auxiliar primero de contabilidad —cajero contador de la Caja de Auxilios de la policía nacional".— La respectiva cláusula hipotecaria reza así: "Que para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones expresadas (las de Otero en el puesto dicho), los comparecientes Aldo Faccio y María Josefa Rocha de Faccio constituyen hipoteca a favor del gobierno nacional, por la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) moneda corriente fijada como cuantía de la presente fianza y por cualquiera otra suma que se deduzca a cargo del fiado por causa del desempeño del empleo mientras dure en él, sobre un lote de terreno con los garages, dentro de él edificados....."

El excepcionante asegura que todos los antecedentes administrativos de la anterior escritura confluyen a demostrar que el acuerdo de voluntades respecto a la cuantía de la caución, concretóse a dos mil pesos, de manera que la cláusula que la hace ilimitada carece de explicación razonable y por consiguiente de obligatoriedad contra los hipotecantes.

Para respaldar el anterior aserto con el memorial de excepciones trájose copia de los siguientes documentos:

1º Del oficio número 4721 de 8 de agosto de 1936, del director de la policía nacional al contralor general de la república, en que se le pide a este funcionario "fijar la cuantía de la fianza que deba prestar el contador auxiliar 1º, que se habilite cajero pagador de la oficina de caja y auxilios".

2º Del oficio número 2292 del 13 del mismo agosto, de la policía nacional al contralor, en que la primera oficina le da algunos informes a la contraloría, relacionados con la cuantía de los dineros que iba a manejar el señor Otero, en el cargo que se le había dado, y la forma de hacer los pagos "por medio de cheques girados por el cajero general de la policía a favor del Cajero contador de la Caja de auxilios, cruzados para que este último empleado no los pueda hacer efectivos sino mediante consignación bancaria. Los egresos se hacen con el visto bueno de la Jefatura de este Departamento y los cheques son visados por el auditor fiscal de la contraloría. Por último informo a usted que la caja de auxilios no hace pagos en dinero efectivo sino en la forma que le dejo relacionada anteriormente. 2.—Estos informes los dio el departamento administrativo de la policía, con el objeto, según agregóse en la misma nota, de que la cuantía de la fianza "sea fijada en una suma que no pase de $ 2.000."

3º—Del oficio número 8935 del 13 de agosto citado, en que el contralor avisa al director de la policía nacional, que en vista de los informes de la nota precedente "ha fijado en dos mil pesos ($ 2.000) la cuantía de la fianza que debe prestar el Contador auxiliar 1º que se habilite Cajero contador de la oficina de caja y auxilios".

Por último en la misma escritura de caución hipotecaria existe incorporada la nota número 6248 dirigida al notario tercero por el director de la policía en que le ordena extender "una escritura de fianza que debe constituír el señor Carlos Otero Santamaría, por la suma de dos mil pesos ($ 2.000) moneda corriente, a favor del Gobierno Nacional. Y para lo de su cargo me es grato adjuntarle —agrega la nota— el certificado número 3734 expedido por el registrador de instrumentos públicos y privados de este circuito con fecha 10 del mes próximo pasado, y otro expedido por el secretario del departamento de catastro municipal de Bogotá en el cual se hace constar el avalúo correspondiente a la propiedad relacionada en el primeramente citado. Los linderos de la finca que se trata de hipotecar constan en la escritura pública número 916 de 1935 extendida en esa misma notaría y estos deben quedar incluídos dentro del texto de la escritura de constitución de la fianza. El nombre del cargo que desempeña el señor Carlos Otero Santamaría es: Auxiliar primero de contabilidad-Cajero contador de la Caja de Auxilios de la Policía Nacional."

No obstante estos antecedentes la cláusula octava de la escritura hipotecaria, arriba copiada, dice que la hipoteca se constituye por la cantidad de dos mil pesos fijada como cuantía de la fianza" y por cualquier otra suma que se deduzca a cargo del fiado por causa del desempeño del empleo mientras dure en él"

Se trata de consiguiente de determinar el sentido de esta cláusula, que en su primera parte limita la cuantía de la hipoteca, y en la segunda la destruye.

Si se estuviese únicamente en frente del contrato, no habría vacilación en considerar la estipulación contractual tal como ella aparece, de alcance ilimitado. Ese fue el caso que resolvió esta misma sala en sentencia del 13 de febrero del corriente año, "Gaceta Judicial" números 1971 y 1972, página 395— fallo al cual refiérese el señor procurador delegado en lo civil en su alegato de impugnación de las excepciones. Allí no existieron elementos distintos de examen que la estipulación contractual, igual a la que figura en la escri-

tura hipotecaria base de la presente acción. Por tal motivo la sala explicando la fijación de la cuantía de la fianza a una suma determinada, al propio tiempo que se expresa claramente la intención de quitar todo límite a la responsabilidad de los fiadores, dijo que aquella fijación no podía tener sino efectos puramente fiscales en relación con la calificación de la solvencia de los fiadores y con el cobro de los impuestos respectivos.

Empero, el caso que ahora se contempla es distinto. La estipulación contractual tuvo un proceso administrativo, que es su origen y antecedente inmediato, del cual no se puede desligar. En ese proceso existen notas informativas y resoluciones, de las cuales aparece con nitidez cuál fue la voluntad verdadera al fijar la cuantía de la caución en dos mil pesos: limitar la responsabilidad de los fiadores del señor Otero Santamaría. No fue pues con efectos puramente fiscales en relación con la calificación de la solvencia de los fiadores y el cobro de impuestos sobre el contrato de caución.

Siendo así, la solución del caso también tiene que ser distinta, teniendo en cuenta el concierto de voluntades claramente manifestado en el proceso administrativo con que culminó el contrato.

Solución que armoniza muy bien con los principios legales. El artículo 1618 del código civil estatuye que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Y el verdadero significado de la determinación de la cuantía aparece de manifiesto con la resolución del contralor y el oficio consecuencial en que el director de la policía dio la orden de extender la escritura hipotecaria, con los datos necesarios para que el notario la redactara.

El contralor de acuerdo con la atribución que le confiere el artículo 14 del decreto 911 de 1932 determinó el valor de la fianza. El director de la policía en el oficio dicho cumplió la orden del contralor, mandando que se extendiese la escritura, para lo cual le dio precisas instrucciones al notario acerca de la cuantía de la fianza, nombre de las partes y linderos de la finca gravada. No obstante, el notario, encargado de extender el instrumento, formuló la cláusula octava en términos contradictorios, fuera de la orden que se le diera, con lo cual quebrantó el artículo 2597 del código civil.

En los contratos con la administración la voluntad de ésta se manifiesta mediante el cumplimiento de preceptos determinados y órdenes dimanadas del funcionario o funcionarios encargados de impartirlas, de modo que la coincidencia de consentimientos no es posible ni puede tener un objeto ni una causa distinta de aquello que tuvo en mira la administración. De ahí que si el Estado no pretendió que los fiadores del señor Otero se obligasen por más de dos mil pesos, este es el verdadero límite de la garantía, y la única interpretación que merece la contradictoria estipulación, mayormente atendiendo a la norma de hermenéutica contractual consagrada en el artículo 1624 del mismo código.

SEGUNDA EXCEPCION

Se funda en que en el "aviso de observaciones", número 6100 de 25 de noviembre de 1938, dictado como resultado del examen de las cuentas de la Caja de Auxilios de la policía nacional, correspondiente al mes de marzo de 1938, de la responsabilidad de Otero Santamaría, y que es la base del auto de fenecimieto número 242 de fecha 9 de febrero de 1939, que deduce contra él mismo el alcance cuyo cobro se persigue en este juicio, no se le fijó término alguno al responsable para que dentro de él pudiera oponer sus descargos tendientes a desvanecer las glosas que allí se le formularon, con lo cual se le vulneró el derecho que le consagra el artículo 18 del decreto ley 911 de 1932.

Se observa:

En primer término existe la razón fundamental, contraria al reconocimiento de la excepción, de que conforme lo apunta el señor procurador delegado en lo civil, en

estos asuntos la acción de la justicia ordinaria no puede ir hasta la revisión de todo el proceso administrativo, así sea en su parte adjetiva o procedimental.

En segundo lugar, hay que reconocer que si se pudiera entrar a calificar en el fondo el hecho exceptivo, resultaría inoperante. La contraloría en el caso particular del señor Otero procedió en ejercicio de sus atribuciones. Según el mismo artículo que invoca el excepcionante el contralor "fijará el término dentro del cual los responsables deben contestar tales observaciones o **procederá sin demora a tomar las medidas legales** que a su juicio fueren necesarias para salvaguardiar los intereses nacionales".

En el caso de las "observaciones" al señor Otero, se trataba de que se encontró un desfalco en la caja por él manejada, de modo que la medida indicada era precisamente la que tomó el Contralor de ordenar inmediatamente el reintegro de la suma que hizo falta. No cabía pues la concesión de término para contestar glosas.

La excepción carece de fundamento.

RESOLUCION

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, falla así el incidente de excepciones formulado en la presente ejecución:

1º—Declárase no probada la excepción consistente en la ineficacia del fenecimiento número 242 de 9 de febrero de 1939, por medio del cual se le dedujo el alcance al principal responsable señor Carlos Otero Santamaría;

2º—Declárase probada la excepción consistente en que el gravamen hipotecario constituído por Aldo Faccio y María Josefa Rocha de Faccio, a favor de la nación, y con el objeto de asegurar la responsabilidad de Carlos Otero Santamaría en el cargo de auxiliar primero de contabilidad-cajero contador de la caja de auxilios de la policía nacional, mediante escritura pública número 2050, otorgada en la notaría tercera de Bogotá, el 11 de noviembre de 1936, está limitado a la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) moneda corriente. En consecuencia la finca gravada solo puede perseguirse hasta obtener el pago de la mencionada cantidad.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al juez ejecutor.

Arturo Tapias Pilonieta. — José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. Hernando García Pachón, Of. Mayor.

SE CONFIRMA LA SENTENCIA RECURRIDA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, enero treinta y uno de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

La señora Amelia Echeverri vda. de Grant, el 1º de septiembre de 1939, presentó demanda ordinaria ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, contra la Nación, representada por el Fiscal del propio Tribunal, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que la señora Amelia Echeverri v. de Grant es la única beneficiaria del seguro colectivo de vida que le correspondió al señor Rafael Grant, como empleado de la empresa del Ferrocarril del Pacífico.

"b) Que la Nación está en la obligación de pagar una vez ejecutoriada la sentencia, a la señora Amelia v. de Grant, la cantidad de mil setecientos doce pesos ($ 1.712.00) por concepto del seguro colectivo de trabajo que le correspondió a Rafael Grant.

"c) Que la Nación debe pagar a la señora Amelia Echeverri v. de Grant los intereses correspondientes al seguro de vida desde la muerte de Rafael Grant, hasta el día en que se verifique el pago".

Como hechos fundamentales de la demanda se propusieron estos:

"1º El señor Rafael Grant trabajó en los años de mil novecientos veinticinco (1925) a mediados de mil novecientos veintiocho (1928), en la construcción del Acueducto de la ciudad de Buenaventura.

"2º La construcción del acueducto de Buenaventura se hallaba a cargo de la empresa del Ferrocarril del Pacífico.

"3º El señor Rafael Grant, estuvo trabajando en la construcción del Acueducto de Buenaventura con un sueldo de tres pesos con cincuenta centavos a cuatro pesos con ochenta centavos diarios.

"4º El señor Rafael Grant desempeñó el cargo de Plomero desde el año de mil novecientos veinticinco (1925) hasta mil novecientos veintiocho (1928).

"5º A mediados del año de mil novecientos veintiocho (1928) cuando trabajaba el Sr. Rafael Grant resempeñando su oficio de plomero, trabajo que se hace con un soplete de alta potencia, motivo por el cual el señor Grant se encontraba muy sofocado, cayó un fuerte aguacero, que le afectó de una tuberculosis galopante.

"6º Por causa de la enfermedad contraída en el trabajo el señor Rafael Grant fue trasladado a la ciudad de Cali, y hospitalizado por cuenta del Ferrocarril del Pacífico en el Hospital de San Juan de Dios, en donde falleció el veinticuatro de septiembre de mil novecientos veintiocho.

"7º El día veinticuatro de septiembre de mil novecientos veintiocho, en la ciudad de Cali, se le dio sepultura eclesiástica al cadáver del señor Rafael Grant.

"8º El señor Rafael Grant, contrajo matrimonio católico en la Iglesia Catedral de Cali el día veintidós de septiembre de mil novecientos diecisiete, con la señora Amelia Echeverri.

"9º Los esposos Grant Echeverri, no procrearon hijos durante su matrimonio.

"10º El señor Rafael Grant no dejó ascendientes, por tanto la única beneficiaria es su esposa legítima.

"11º Desde el año de mil novecientos veintiocho la señora Amelia Echeverri v. de Grant en su carácter de única beneficiaria, viene haciendo la reclamación correspondiente a la empresa del Ferrocarril del Pacífico sin que hasta la presente haya obtenido el pago del seguro que le corresponde como única beneficiaria".

En derecho basóse la demanda en la ley 32 de 1922, ley 44 de 1929, ley 133 de 1931, Decreto 800 de 1932 y demás disposiciones pertinentes sobre la materia.

Admitida la demanda, el representante legal de la entidad demandada en el correspondiente traslado, contestó los hechos aducidos por la demandante, en la siguiente forma:

"Al hecho 1º No me consta.

"Al hecho 2º No me consta, y por tanto, ni lo afirmo ni lo niego.

"Al hecho 4º No me consta. Que lo demuestre.

"Al hecho 5º No está demostrado. Que lo pruebe.

"Al hecho 6º No está comprobado. Que lo pruebe.

"Al hecho 7º Es cierto. Así lo constata (sic) la partida de defunción.

"Al hecho 8º No me consta. Que lo pruebe.

"Al hecho 9º No me consta, ni está demostrado.

"Al hecho 10º No me consta, ni hay prueba para aceptar este hecho.

"Al hecho 11º No me consta. Que lo demuestre.

"Niego, pues, los hechos, a excepción del marcado con el número 7º, y cuanto al derecho, si no logra demostrar sus afirmaciones, pido que lo negueis, y como consecuencia, absolvais a la Nación de las peticiones formuladas en la demanda, condenando en costas a la actora".

La primera instancia de este proceso finalizó con sentencia en que se absolvió a la Nación de todos los cargos que le fueron formulados. Por apelación de esta providencia, ha subido el negocio a esta Superioridad; surtida la tramitación respectiva, se procede a resolver la alzada.

Conviene advertir, en primer lugar, que por haberse instaurado la demanda objeto de esta litis, antes de la vigencia de la ley 45 de 1939, la Corte considera de su competencia la decisión del recurso interpuesto.

Es igualmente oportuno hacer observar que la demandante pudo sujetar su demanda a los trámites del juicio verbal, mas por cuanto voluntariamente eligió el del juicio ordinario —quizá por la mejor oportunidad que este último juicio brinda para el reconocimiento del derecho por la amplitud de sus trámites— la Corte no puede variar o modificar esta situación procesal creada por la misma actora, y es así como no puede ella desentenderse de darle cumplido efecto a las ritualidades de dicho juicio, una de las cuales es la de que deben ser ratificadas ante el juez de la causa y con audiencia de la parte contraria las declaraciones que se hayan recibido extrajuicio, requisito sin el cual no pueden ser estimados como prueba.

La Corte considera que ante la ausencia de elementos probatorios que acrediten el derecho al seguro de vida que reclama la demandante, se impone la absolución de la parte demandada. Las declaraciones extrajuicio que fueron presentadas en este juicio, no pueden hacer plena prueba para el reconocimiento judicial de tal derecho, ya que carecen de la ratificación que exigen las disposiciones legales de procedimiento civil: artículo 693 del Código Judicial.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia apelada.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Pineda Garrido, Srio.

SE REVOCA UN AUTO PARA QUE SE LE DE CURSO LEGAL A UN INCIDENTE

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero diez de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

En el juicio ejecutivo de la Nación contra Ramón Murcia y otros, adelantado por el Recaudador de Hacienda Nacional de Alpujarra, los ejecutados denunciaron unos créditos personales a su favor y a cargo de los señores Manuel González Vizcaya y Manuel Santos Díaz.

En la tramitación que correspondió al avalúo pericial de dichos créditos, el apoderado de la parte ejecutada objetó de error grave el dictamen rendido por los peritos en la diligencia respectiva.

El ejecutor fiscal declaró en auto del 7 de junio de 1941, infundada la objeción propuesta. Por apelación de este proveído ha subido el negocio a esta Superioridad.

El señor Procurador Delegado en lo Civil observa que el juez de la causa pretermitió completamente los trámites señalados por el artículo 720 del Código Judicial en la decisión de la objeción de error grave con que se impugnó el dictamen pericial de que se ha hecho referencia; y "además concedió la apelación del auto materia de este recurso sin resolver previamente el de reposición interpuesto en primer término en el mismo escrito en que se interpuso el de apelación como sudsidiario".

Estas observaciones del señor Agente del Ministerio Público se conforman con la realidad del proceso.

Procede, como lo indica el citado funcionario, la revocación del auto apelado para que se le dé el curso legal que corresponda al incidente de objeciones al dictamen pericial y a la petición de reposición arriba mencionada.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, REVOCA la providencia recurrida, y en su lugar dispone devolver el expediente a la oficina de origen con el objeto de que se cumplan los trámites prescritos por la ley procesal en materia de objeciones a dictámenes periciales.

Notifíquese y cópiese.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Pineda Garrido, Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SE CONFIRMA EL AUTO APELADO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero diez de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

Con fundamento en el reconocimiento número 8 del 12 de febrero de 1940, de la Recaudación de Hacienda Nacional de Alpujarra, por el cual se reconoció a favor de la Nación y a cargo de Ramón Murcia, Manuel González Vizcaya, Helena Peralta, Fidelina y Rebeca Murcia Peralta, la suma de $ 524.97 por concepto de impuestos de donaciones, la citada Recaudación libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y a cargo de los expresados deudores del Fisco, por dicha suma más los recargos correspondientes.

Notificado el auto ejecutivo a cada una de las personas ejecutadas en el presente juicio, se ha interpuesto oportunamente recurso de apelación contra esa providencia, y por tal motivo ha subido en esta ocasión el negocio a esta Superioridad.

Se procede a resolver la alzada, luego de la tramitación respectiva, y mediante las siguientes consideraciones:

El título que sirve de recaudo, es decir, el mencionado reconocimiento hecho por el Recaudador de Hacienda Nacional de Alpujarra, presta mérito ejecutivo de acuerdo con la ley: artículo 1059, ordinal 2º, del Código Judicial. Tal reconocimiento reúne, pues, las condiciones externas de forma para que pueda legalmente librarse la ejecución, máxime cuando respecto a ese documento existe en su favor una presunción de verdad, y también cuando se considera que para librar mandamiento de pago se atiende sólo a las formalidades externas del título ejecutivo.

Desde este punto de vista, nada tiene que objetar la Corte al auto ejecutivo recurrido, el cual sí está debidamente notificado.

Si los ejecutados estiman que tienen derecho para atacar la eficacia intrínseca del título que origina el crédito que actualmente se cobra ejecutivamente, las leyes en general ofrecen los medios de defensa, y la ley procesal en particular, el modo de hacerlos valer oportunamente en el presente juicio.

Pero las excepciones oponibles son materia de un incidente separado, extraño a la decisión del presente recurso.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA el auto ejecutivo, objeto de la apelación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Pineda Garrido, Srio.

NULIDAD DE LO ACTUADO POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

El artículo 36 del C. J. fue reformado por el Decreto Ejecutivo número 1315 de 1936.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero diez de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

La Recaudación de Hacienda Nacional de Pasto adelanta dos juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva a favor de la Nación y contra la Empresa Intermunicipal de Teléfonos de la misma ciudad, por las sumas de $ 530.21 y $ 610.56 por concepto de impuestos sobre la renta correspondientes a los años de 1936 y 1937, respectivamente.

Promovido por la parte ejecutada un incidente de excepciones, fue remitido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Este Tribunal en sentencia del 1º de julio de 1941 declaró: "**Comprobada** la excepción de ineficacia del título ejecutivo respecto del gravamen correspondiente al año de 1936 y **no probada** la excepción de petición de modo indebido del impuesto correspondiente al año de 1937".

Por apelación interpuesta por la parte ejecutada contra la referida sentencia ha llegado el asunto a esta Superioridad.

Según informe de la Secretaría "este juicio se repartió en papel común porque no vino con las dos hojas de papel sellado de que habla el artículo 353 del Código Judicial y porque no se suministró en la Secretaría tal papel dentro del término señalado en dicho artículo".

Según el mismo informe de la Secretaría, el interesado suministró el papel sellado requerido por la ley, pero extemporáneamente.

Considera esta Sala que no es el caso de declarar ejecutoriada la resolución objeto del presente recurso, porque se observa que en este juicio se ha incurrido en la causal de nulidad conocida con el nombre de incompetencia de jurisdicción.

En efecto, el artículo 36 del Código Judicial prescribe: "La Sala de Negocios Generales (de la Corte Suprema de Justicia) conoce privativamente de los asuntos siguientes:

. . . . . .

"5º Del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios que se sigan por los Recaudadores de Rentas Nacionales y los Jueces de Ejecuciones Fiscales Nacionales investidos de jurisdicción coactiva".

Esta disposición fue reformada por el artículo 10 del Decreto Ejecutivo número 1315 de 1936, que ordena: "El conocimiento de las apelaciones, de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios ejecutivos de que tratan los incisos precedentes, correponderá a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos ($ 500.00) o más; en los demás casos este conocimiento corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial dentro de cuya jurisdicción tuviera su domicilio principal el demandado recurrente o actor en la incidencia".

De conformidad con los citados preceptos, este negocio por razón de la cuantía (mayor de $ 500.00), corresponde al conocimiento privativo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales.

Careciendo, pues, el Tribunal a quo de

jurisdicción para conocer de este juicio ejecutivo, se ha incurrido en la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción, causal contemplada en el artículo 448, numeral 1°, del Código Judicial, y que es de carácter improrrogable (artículos 150 y 151 ibídem), lo que hace innecesario llevar al conocimiento de las partes la causal de nulidad precitada. Se trata, pues, como se ve, de un asunto de orden público.

Por ello 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 nulo lo actuado en el presente juicio en el incidente de excepciones por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, y condena al pago de las costas respectivas.

Por cuanto se observa que la parte ejecutada, en vez de procurar que sus excepciones fueran decididas por esta Corporación, las sustentó ante un Tribunal incompetente, debe contribuír al pago de la mitad de las costas procesales. La otra mitad será pagada por los miembros del Tribunal que intervinieron en la respectiva instancia, doctores Aníbal A. Córdoba, Francisco de P. Santander y Miguel Eduardo Román (conjuez): artículo 458 del Código Judicial.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Pineda Garrido, Srio.

PRESCRIPCION EN MATERIA DE CREDITOS DEL ESTADO

La exigibilidad de los créditos del Estado por deudas que se cobran no arranca de las fechas en que se causaron a deber los impuestos, por fallecimiento, verbigracia, de una persona, sino del día en que ellos fueron liquidados. De esa manera la fecha que debe tomarse como punto de partida para alegar la prescripción contra un crédito del Estado, es la de liquidación definitiva.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero diez de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

La sindicatura del impuesto de herencias, asignaciones y donaciones de Bogotá, en auto del primero de septiembre de 1938 libró orden de pago por la vía ejecutiva contra los herederos y legatarios en las sucesiones acumuladas de Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado, por las respectivas cantidades que a cada uno de los asignatarios le fue liquidada, de acuerdo con la respectiva cuenta de la sindicatura, aprobada judicialmente en el mismo año de 1938.

Adelantados los trámites del juicio, el apoderado de los ejecutados Alfredo Suárez y Soledad Rey de Castañeda, propuso en nombre de sus representados un pliego de excepciones.

Consiste en la de prescripción tanto de la acción ejecutiva como ordinaria, basada en los siguientes hechos:

Que los causantes fallecieron, Suárez el 22 de mayo de 1915, y la señora Hurtado el 18 de julio del año de 1912. Que por consiguiente entre la fecha del fallecimiento de los causantes y la fecha en que se inició la acción ejecutiva, primero de septiembre de 1938, han transcurrido 23 y 26 años respectivamente, es decir, un tiempo mayor del que se requiere para agotar la acción judicial.

La excepción fue sustanciada en esta Corte, de acuerdo con la ley, y con audiencia del señor procurador delegado en lo civil de la nación, funcionario que se opone a que se decrete el reconocimiento de la prescripción.

Para la sala ya ha llegado el tiempo de proferir su fallo, a lo cual procede.

Con fecha 26 de julio de 1938 se practicó por la sindicatura la liquidación de los impuestos que se están cobrando, liquidación que quedó ejecutoriada el 30 de agosto del mismo año.

En un caso exactamente igual al presente, fallado en sentencia de excepciones de fecha cuatro de agosto de 1938, la sala, acogiendo el mismo concepto fiscal que en este negocio reproduce la procuraduría, sentó la siguiente doctrina, sintetizada por el relator, conforme se va a leer, y que constituye un precedente jurisprudencial que se opone al reconocimiento de la excepción: "La exigibilidad de los créditos del Estado por deudas que se cobran no arranca de las fechas en que se causaron a deber los impuestos, por fallecimiento, verbigracia, de una persona, sino del día en que ellos fueron liquidados. De esa manera la fecha que debe tomarse como punto de partida para alegar la prescripción contra un crédito del Estado, es la de la liquidación definitiva". (Gaceta Judicial número 1944, página 671).

La doctrina anterior tiene sólido respaldo.

La exigibilidad de un crédito en dinero,

presupone una cantidad determinada conocida de antemano, porque sólo mediante ese conocimiento nace la respectiva acción de cobro. El acreedor no puede reclamar el pago, mientras ignore la cantidad líquida a que tiene derecho, y el deudor tampoco puede ser compelido a satisfacer un crédito de cuantía incierta.

Cómo puede el Estado intentar una acción ejecutiva para el recaudo de un impuesto, si antes de que termine el proceso administrativo de la respectiva liquidación, el crédito no puede expresarse en un guarismo determinado, que es elemento esencial de la acción ejecutiva tendiente a obtener la entrega de una suma de dinero, según el artículo 982 del código judicial?

Según el artículo 2535 del código civil la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

La prescripción extintiva es pues un abandono del ejercicio del derecho.

Mientras está pendiente el proceso administrativo de la liquidación de un impuesto, no es posible que corra el término de prescripción de la acción de cobro, en razón de que dicho proceso es la base para la futura actividad del Estado en el ejercicio del correspondiente derecho sobre la cantidad liquidada como deuda fiscal. De la liquidación del impuesto en adelante nace el concepto de exigibilidad, y entonces sí cabe ya hablar de abandono.

En el impuesto de sucesiones y donaciones el Estado cobra un rédito pasado un año a partir de la muerte del causante, si el impuesto no se paga inmediatamente aun cuando no se conozca la cantidad líquida debida. Pero ello mira a sancionar la negligencia de los herederos sobre los cuales recae la obligación de establecer y suministrar todos los elementos necesarios en el juicio de sucesión, para que los funcionarios fiscales estén en capacidad de cumpllir su labor mecánica de elaborar la cuenta del impuesto causado.

Antes de que se conozcan y aporten esos elementos, hay una deuda en abstracto, que requiere en primer término la actividad de los herederos como condición indispensable para obtener su liquidación.

Sería injurídico y contrario a todo principio de prescripción que los herederos pudieran convertir su propio abandono y negligencia, en abandono y negligencia del Estado, deduciendo de allí, a su soberano capricho, la liberación de la respectiva deuda. Tal cosa es inadmisible.

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 probada la excepción de prescripción propuesta en este incidente.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Pineda Garrido, Srio.

SE ABSTIENE LA CORTE DE RESOLVER EL RECURSO DE ALZADA PROPUESTO

Las notificaciones de un auto ejecutivo deben hacerse personalmente, de acuerdo con el art. 1000 del C. J.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero once de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, decretó "mandamiento de pago por la vía ejecutiva, a favor de la Nación y contra la persona y bienes del señor Luis Eduardo Díaz Agudelo, como contratista de conducción de correos nacionales y encomiendas postales de la Línea del Norte —Segundo Grupo—, y de los señores Francisco J. Camacho y José María Velásquez V., todos vecinos de Bogotá, por la suma de **trescientos treinta y dos pesos, veintiocho centavos** ($ 332.28), o sea el monto de los valores perdidos; por la suma de **doscientos treinta y dos pesos** ($ 232.00) m. l., monto de las multas impuestas; por los intereses sobre la primera de las citadas sumas, a la rata del doce por ciento (12%) anual, desde que se hicieron exigibles hasta que se efectúe su pago total; y por las costas del juicio, si se causaren a deber".

La Corte observa que las notificaciones del referido auto ejecutivo, en lo que respecta a los ejecutados señores Francisco J. Camacho y Luis Eduardo Díaz Agudelo, no han sido hechas personalmente conforme lo ordena el artículo 1000 del Código de Procedimiento Civil.

El doctor Arturo Hernández, aparece notificándose "como apoderado" de la ejecución librada contra los señores Camacho y Díaz Agudelo; pero en los autos no está acreditado que dicho doctor tenga la representación judicial de los ejecutados. No basta la simple referencia que se haga en el auto que se analiza a un poder que se dice otorgado al doctor Hernández. Tal poder debe figurar en el presente asunto, y en este expediente no se halla ese poder.

Por tanto la notificación que al doctor Hernández ha hecho el Ejecutor Fiscal carece de valor, y resulta improcedente el recurso de apelación interpuesto por quien no es parte ni es apoderado de las partes litigantes, en esta acción ejecutiva.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, después de oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, se abstiene de darle curso a la presente alzada, por carecer de jurisdicción todavía para fallarla, y ordena remitir el expediente a la oficina de origen para que las notificaciones del auto ejecutivo se hagan en la forma legal.

Notifíquese y cópiese.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Pineda Garrido, Srio.

INDICE

Págs.

EDITORIAL — LOS TRIBUNALES INGLESES, por Sir Leslie Scorn 561

SALA PLENA

LEY 29 DE 1931 SOBRE REPRESENTACION DE LA NACION EN JUICIO POR EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTICULOS 1º Y 2º—Se declara que son exequibles los artículos 1º y 2º de la ley 29 de 1931, orgánica del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca. 565

SALVAMENTO DE VOTO del magistrado Dr. José M. Blanco Núñez 570

SALVAMENTO DE VOTO del magistrado doctor José Antonio Montalvo 575

DECRETO NUMERO 4 DE 1941, ACUSADO EN SUS ARTICULOS 2º Y 4º COMO INCONSTITUCIONAL. — POTESTAD REGLAMENTARIA. — DECRETOS QUE EXTRALIMITAN ESA POTESTAD.—SU CONDICION JURIDICA.—Se declara inexequibles por inconstitucionales los artículos 2º y 4º del Decreto Ejecutivo número 4 de 1941. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 577

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

AGUAS. — AGUAS DE DOMINIO DEL ESTADO—AGUAS DE DOMINIO PRIVADO. — DERECHO DE RIBERANIA.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el ocho de octubre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de Januario Gómez B. contra Raúl Jimeno y José Manuel Guillén. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 582

RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR EL COADYUVANTE DE UN PLEITO—EL COADYUVANTE EN UN PLEITO, NO SIENDO PARTE DE POR SI EN EL, NO PUEDE INTERPONER EL RECURSO DE CASACION. La Corte se abstiene de conocer del recurso de casación contra la sentencia de doce de diciembre de mil novecientos cuarenta, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio de deslinde entre The Western Andes Mining Company y Juan de la C. Piedrahita. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 592

BIENES OCULTOS Y BIENES VACANTES. — DISTINCION ENTRE ESTOS. — No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diecisiete de octubre de mil novecientos cuarenta, en el juicio sobre declaración de vacantes de unos bienes, promovido por el señor Adolfo Carrizosa. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 594

ACCIONES DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y DE REIVINDI-

Págs.

CACION. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquila, con fecha doce de junio de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de Josefina Malabet de Bacci contra la sociedad Pacini Hermanos y Cía., S. A. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 599

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS.—SOCIEDADES — SU CONSTITUCION Y EXISTENCIA.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, con fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio seguido por Cristina Díaz v. de Pérez contra la Compañía de Energía Eléctrica y Acueducto de Chinácota, S. A. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 603

ACCION REIVINDICATORIA—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario adelantado por Dolores Samudio contra Enrique Barrero y otros. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 607

NULIDAD ABSOLUTA Y SIMULACION. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el veinte de febrero de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de Raimundo Cruz contra Angel Serna 612

ACCION PETITORIA DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta, en el juicio de Victoriano Martínez contra Clímaco Ríos. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza.... 617

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO.—CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio seguido por los miembros del Cabildo de Indígenas de la parcialidad de Guaitarilla contra María Cerón de Pantoja y Adelaida Getial de Checa. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 621

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR LESION ENORME.—CASO DE RESCISION POR LESION ENORME EN UN CONTRATO DE VENTA DE UNA FINCA POR CABIDA.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el doce de agosto de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario adelantado por Josefina de Haz de Oliveros contra Carmelina Oliveros. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 624

SALVAMENTO DE VOTO del magistrado Dr. José Miguel Arango 631

RENDICION DE CUENTAS—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Belén Romero de Soto contra Gumersindo Romero. Romero. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango..... 633

ACCION PETITORIA DE DOMINIO. — ACCION CONSAGRADA POR EL ARTICULO 955 DEL CODIGO CIVIL. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintiuno de octubre

Págs.

de mil novecientos cuarenta, en el juicio de Pablo Emilio Linares contra la sociedad comercial Restrepo Hermanos y otros. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 636

REIVINDICACION — Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja con fecha seis de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, en el juicio reivindicatorio seguido por Félix León Molano contra Francisco, Miguel Angel, María Julia, María Inocencia y Jubal Castelblanco Reyes y otros. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda... 643

ACCION PETITORIA DE HERENCIA.—QUE SE ENTIENDE POR HEREDERO PUTATIVO. — Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de Dolores y Felisa María del Castillo contra Pedro Antonio, María del Carmen, María Ester, Daniel Benavides y demás hermanos. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 655

SALA DE CASACION EN LO PENAL

ENJUICIAMIENTO POR INTERVENCION EN LA POLITICA.— Se abre causa criminal contra el doctor Jorge Fidel Fory por alguna de las infracciones de que trata el Capítulo VI, Título III, Libro II del Código Penal, cometida cuando ejercía el cargo de juez civil del circuito de Puerto Tejada, y se le confirma el sobreseimiento definitivo respecto al delito contra el sufragio. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto..... 667

No se accede a la reposición del auto anterior. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto.. 669

CUAL ES EL CONTENIDO DEL ARTICULO 182 DEL CODIGO PENAL DE 1936. — Se sobresee definitivamente en favor de los señores Miguel Cuervo Araoz y Miguel Navarro B., por los cargos de responsabilidad en extralimitación de funciones a que fueron llamados. Magistrado ponente, Dr. Campo Elías Aguirre 671

APLICACION DE LA LEY PENAL A UN CASO DE ABIGEATO OCURRIDO BAJO LA VIGENCIA DEL CODIGO DE 1890. Se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, fechada el doce de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, y en su lugar se condena a Saulo Molina Azcárate como responsable del delito de hurto. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto..... 677

APLICACION DEL ARTICULO 153 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. — Se declara que no ha existido el hecho que se imputó al doctor Eduardo Arango Garrido, Magistrado del Tribunal Superior de Manizales. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 680

CONCEPTO SOBRE LA EXTRADICION DE UN NACIONAL COLOMBIANO, PEDIDA AL GOBIERNO DE COLOMBIA POR LA EMBAJADA DE VENEZUELA.—Se emite concepto desfavorable a la extradición del colombiano Juan Arévalo o Juan Valero Contreras, sindicado de homicidio. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 682

EL PREVARICATO.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 168 DEL CODIGO PENAL. — AUTO DE SOBRESEIMIENTO A FAVOR DEL DR. BLAS VIÑAS P.,

Páginas

JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO DE MAGANGUE. — Se confirma el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena sobre sobreseimiento a favor del doctor Blas Viñas Paniza, juez civil del circuito de Magangué, con la modificación de que el sobreseimiento es definitivo y no temporal. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto..... 685

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PERSONERIA JURIDICA AUTONOMA DEL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES.—ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Se confirma el auto de veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de Ernesto Abello H. contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.. 703

No se repone el auto anterior. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 708

DECLARACION DE RENTA.—Se declara probada la excepción de ineficacia del título ejecutivo, en el juicio que adelanta la Recaudación de Hacienda Nacional de Ríosucio (Caldas) contra la sociedad minera "Vendecabezas, Guimo y Torito". Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 712

TERCERIAS EN JUICIOS EJECUTIVOS.—Se confirma el auto de veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ejecutivo del Departamento de Cundinamarca contra Julio C. Acevedo y Julio Acevedo. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 716

Páginas

No se repone el auto anterior. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 718

OPOSICION AL DESLINDE.-CLASES DE OPOSICION EN EL JUICIO DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO.—Se confirma el auto de veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio promovido por Ramón Aguirre contra el Departametno de Antioquia. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 720

EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA EN JUICIO DE REIVINDICACION.—Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de reivindicación de la Nación contra Manuel Castellanos, Ramón Acha Jiménez y Héctor Silva Herrera. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 726

SE REFORMA EL AUTO ANTERIOR.—Se niegan las reposiciones del auto de la Sala de trece de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, y subsidiariamente se reforma el segundo aparte del numeral primero de la parte resolutiva, en el juicio que el juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá sigue contra Tomás Fernández, hoy sus herederos. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 729

EXCEPCIONES. — Se declara probada la excepción consistente en el gravamen hipotecario constituído por Aldo Faccio y María Josefa Rocha de Faccio a favor de la Nación, en el juicio ejecutivo de ésta contra Carlos Otero Santamaría. Magistrado ponente,

Páginas

doctor Arturo Tapias Pilonieta.. 735

SE CONFIRMA LA SENTENCIA RECURRIDA. — Se confirma la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario seguido por Amelia Echeverri vda. de Grant contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez. 739

SE REVOCA UN AUTO QUE LE DIO CURSO LEGAL A UN INCIDENTE.—Se revoca el auto de siete de junio de mil novecientos cuarenta y uno, proferido por la Recaudación de Hacienda Nacional de Alpujarra, en el juicio de la Nación contra Ramón Murcia y otros. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez....., 741

SE CONFIRMA EL AUTO ejecutivo dictado por la Recaudación de Hacienda Nacional de Alpujarra contra Ramón Murcia y otros. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 724

NULIDAD DE LO ACTUADO POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.—Se declara nulo lo actuado en el juicio ejecutivo (incidente de excepciones) de la Recaudación de Hacienda Nacional de Pasto, en nombre de la Nación, contra la Empresa Intermunicipal de Teléfonos de la misma ciudad. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 743

PRESCRIPCION EN MATERIA DE CREDITOS DEL ESTADO. — Se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por los ejecutados Alfredo Suárez y Soledad Rey de Castañeda, en el juicio seguido por la Sindicatura del impuesto de herencias, asignaciones y donaciones de Bogotá contra las sucesiones acumuladas de Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta....., 745

SE ABSTIENE LA CORTE DE RESOLVER EL RECURSO DE ALZADA PROPUESTO. — La Corte se abstiene de darle curso a la apelación interpuesta en el juicio ejecutivo de la Nación contra Luis Eduardo Díaz Agudelo y Francisco J. Camacho. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 747

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"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 Institutionum D. Justiniani).

TOMO LII BOGOTA, ABRIL DE 1942. NUMERO 1981

DE LA EVIDENCIA EXTRINSECA

("PAROL EVIDENCE RULE")

BENJAMIN ORTIZ

El artículo 25 de la Ley de Evidencia declara inadmisible la evidencia extrínseca en relación con el contenido de un documento, estando sujeta tal regla a varias excepciones que discutiremos posteriormente. La prohibición establecida en dicho artículo no se limita a la evidencia oral, sino que impide también el que se admita prueba documental que sea extrínseca o colateral al documento principal que está en "issue". Por lo tanto, el término "parol evidence rule" no es completamente adecuado.

Varios son los fundamnetos que pueden invocarse para sostener la regla. En primer término, es indudable que el documento en sí es prueba superior, en cuanto a su contenido, al testimonio oral, el cual puede ser ineficaz debido a la debilidad de la memoria y de la capacidad de observación de los testigos. En segundo lugar los documentos están revestidos de cierta solemnidad, y debe asumirse que al otorgarlos, las partes han meditado y han deliberado en cuanto a los términos del convenio, surgiendo la presunción de que la in-

tención de las partes se expresa exclusivamente a través del documento, no debiendo acudirse a otras fuentes con el fin de comprobar tal intención. Además, debe mantenerse la integridad de los documentos. Si ellos pudiesen anularse por prueba testifical, el número de impugnaciones del convenio escrito sería ilimitado.

FALTA DE VALIDEZ

Consideramos ahora algunas excepciones a la regla. Para que pueda ser aplicado el principio objeto de esta discusión, es necesario que exista un documento o contrato válido. Es obvio que si no han concurrido la oferta y la aceptación, no ha surgido contrato alguno a la vida legal. Si la oferta es condicional, y no se ha cumplido la condición, no ha habido contrato, y la regla de la evidencia extrínseca no es aplicable. Por lo tanto, un convenio separado que contenga una condición a la oferta, puede probarse mediante prueba testifical. (Laborde V. López, 26 D. P. R 534.) Debemos distinguir esta situación de aquella en la cual han concurrido la oferta y la aceptación, existiendo un contrato válido, pero estando sujeta la obligación a una condición suspensiva. En el primer caso se dispone expresamente que la oferta no debe ser considerada si ocurre o no ocurre un acontecimiento; en el segundo caso, las partes se ponen de acuerdo y otorgan un contrato válido, sujetando el cumplimiento de un contrato ya existente lo que queda suspendido. En esta última situación, si el convenio escrito contiene obligaciones absolutas, no es admisible prueba oral de una condición suspensiva, ya que la prueba oral sería antagónica a un contrato válido, lo cual no es permisible.

Elemental es el principio de que un contrato es inexistente si no ha mediado causa o si la causa es simulada. Por lo tanto. aun si ha habido un convenio escrito, es admisible prueba oral o extrínseca de la falta de causa.

También es elemental el principio de que un contrato obtenido a través del fraude es anulable. Es admisible prueba extrínseca del fraude. Es cierto que el fraude no produce la inexistencia del contrato; lo convierte solamente en anulable. Pero la base fundamental de la regla de la evidencia extrínseca es al efecto de que se presume que la intención de las partes se manifiesta exclusivamente a través del documento, no pudiendo acudirse a prueba testifical para determinar la intención de los contratantes. El documento es exclusivo en cuanto a la intención, pero no en cuanto al fraude, el cual anula la intención

Surge un problema interesante en relación con la prueba de error o equivocación, como base de la nulidad de un contrato. Es un principio establecido en la Ley de Evidencia que no es admisible prueba oral demostrativa del error de las partes, a no ser que la equivocación de uno de los contratantes haya sido inucida deliberadamente por la otra parte, o que haya habido un error mutuo, común a ambos contratantes (5 *Wigmore* 267-278'. Sin embargo, bajo el Derecho sustantivo, o sea, bajo el artículo 1218 del Código Civil, no existe tal limitación. Cualquier clase de error invalida el contrato, aunque haya sido unilateral y, posiblemente, subjetivo, y aunque no haya sido inducido por la otra parte. No se establece distinción alguna. Esta es una de las diversas situaciones en que existe un conflicto aparente entre el Código Civil y la Ley de Evidencia. (Otros ejemplos serían aquellos que se refieren a la prueba secundaria sobre el contenido de las certificaciones del Registro Civil, a las confesiones o admisiones en casos civiles; a los documentos públicos; a la prueba de reputación general sobre la posesión continua de estado en acciones de filiación, a la pesquisa de la paternidad y a la regla de transacciones con un finado-. De aplicarse el Derecho sustantivo sería admisible prueba de error unilateral que no haya sido inducido deliberadamente por la otra parte, pero tal prueba no sería admisbile bajo los princi-

pios de la Ley de Evidencia. Pueden sugerirse algunas soluciones al problema. En primer lugar, la Ley de Evidencia podría interpretarse en armonía con el Código Civil, permitiéndose prueba oral sobre el error unilateral y subjetivo. El artículo 45, objeto de este ensayo, permite prueba extrinseca si se alega una equivocación en el documento. El artículo en sí no define específicamente la equivocación, no establece límites, y, por lo tanto, podría argumentarse que dicha disposición debería interpretarse conjuntamente con el Código Civil, en vista, especialmente, de que la regla de la evidencia extrínseca es sustantiva, y no una regla de evidencia. Esto es lo que nos indica la regla en que ciertos hechos (extrínsecos al documento) son legalmente inefectivos, siendo esto materia sustantiva y no procesal. (5 Wigmore 236.) La dificultad de esta solución consiste en que al permitir toda clase de prueba sobre el error, estaríamos destruyendo la integridad de los documentos y estaríamos burlando los objetivos de la regla. Una segunda solución consistiría en señalar que la Ley de Evidencia, siendo especial, ha derogado implícitamente todas aquellas disposiciones del Código Civil que estén en conflicto con ella. Pero no debemos ir tan lejos, pudiendo armonizarse ambos estatutos. Por último, debemos recordar que el Código Civil se refiere a la prueba y a su valor probatorio una vez admitida la evidencia, mientras que la Ley de Evidencia se refiere a la admisibilidad. Desde este punto de vista, deben prevalecer los principios de Evidencia en lo que se refiere a la admisión de prueba sobre el error. Pero debemos notar que la regla que estamos discutiendo pertenece al campo del Derecho sustantivo y que se refiere, no a la admisibilidad de determinado testimonio, sino a la inefectividad jurídica de los hechos extrínsecos al documento.

En relación con la falta de validez del documento, es conveniente el señalar que es admisible prueba oral para demostrar que la firma no es auténtica. (Fernández v. Alvarez, 44 D P. R 88.)

CONFLICTO IMPLICITO

Aunque no es admisible prueba testifical que sea contradictoria con el documento, sin embargo, puede presentarse tal prueba si el objeto de ella es explicar una ambigüedad extrínseca en el documento o el de despejar cualesquiera incertidumbres que surjan en cuanto a la verdadera intención de las partes. El contrato puede ser incompleto, y las partes pueden haber tenido la intención de no hacer el documento principal exclusivo en cuanto a los términos y condiciones del convenio. Por ejemplo, el documento puede haber guardado silencio en cuanto al lugar y forma del pago de una obligación, habiéndose regulado tal cuestión mediante un convenio colateral, ya sea oral o escrito. Recordemos que el "Parol Evidence Rule" prohibe también la admisión de convenios colaterales escritos, si son inconsistentes con el documento principal. En todas estas situaciones el problema consiste en determinar si hay alguna inconsistencia implícita entre el documento principal y el convenio colateral, ya que no hay conflicto expreso. Por ejemplo, A y B pueden firmar un contrato de compra-venta de un caballo por $ 50. Es claro que no es admisible prueba extrínseca de un convenio colateral en el que se diga que el precio es el de $ 100, en lugar de $50, ya que habría entonces un conflicto expreso. Pero surgen varios problemas si se trata de introducir en evidencia prueba de un convenio colateral, oral o escrito, en el sentido de que el vnededor había ofrecido determinada garantía (no habiéndose mencionado garantía alguna en el contrato principal) o en el sentido de que los $ 50 se pagarían en determinado lugar, o en el sentido de que la obligación de pagar los $ 50 estaba sujeta a una condición suspensiva que no se mencionaba en el contrato. En todos estos casos tendríamos que resolver si hay un conflicto implícito. Si no lo hay, sería admisible la prueba extrínseca.

Si el contrato principal ha guardado silencio en cuanto a una condición o término no esencial, de aquellos que general-

mente no se incorporan en el convenio escrito, ,debe admitirse, a nuestro juicio prueba extrínseca (ya sea oral o ya sea a través de otro contrato colateral), que complemente el convenio principal, y fije las condiciones ignoradas en el primer documento. No hay un verdadero conflicto. Quizás teniendo este criterio en mente, nuestro Tribunal Supremo ha dicho que declaraciones sobre un convenio oral entre el comprador y el vendedor efectuado al tiempo de firmarse la escritura de compra-venta y con motivo de ella, que no varía ni modifica ni altera el instrumento escrito, son admisibles como prueba de un convenio coetáneo entre las mismas partes sobre un punto en que el contrato escrito se dejó incompleto por voluntad expresa de los contratantes, con la intención de completarlo mediante un convenio por separado. La regla que excluye la admisión de prueba oral es aplicable al contenido de un documento y no excluye prueba extrínseca para demostrar que dos contratos están relacionados entre sí y que tal fué la intención de las partes. En cuanto a los términos importantes del contrato, se asume que las partes los hubiesen incluído expresamente si así lo hubiesen deseado, y si los incluyeron, están impedidos por su omisión negligente de probar tales términos por evidencia extrínseca. De otro lado, en cuanto a aquellas disposiciones que carecen de importancia y que generalmente no son parte esencial del contrato, el hecho de no incluírlas expresamente en el convenio original no crea impedimento alguno, ya que no surge intención implícita alguna de excluirlas, y podrían ser probadas mediante evidencia extrínseca. En Mitchell v. Laith, 247 N. Y. 377, 160 N. E. 646, se trataba de un contrato de compra-venta de una finca. El vendedor prometió verbalmente destruir una edificación (un "Ice-House") localizada en la finca, pero la promesa no se mencionó en el contrato escrito. Resolvió la Corte que no era admisible prueba oral de la promesa. Sin embargo, nos inclinamos a convenir con la vigorosa opinión disidente del Juez Lehman, ya que la promesa de destruir la edificación no era parte esencial o importante del contrato en sí, y, por lo tanto, las partes no estaban bajo la obligación tácita de incorporarla al contrato, debiendo admitirse prueba oral de tal promesa, aunque posiblemente la admisión de tal prueba tendería a menoscabar la integridad del "Parol Evidence Rule".

Se ha establecido que si el contrato permanece en silencio en cuanto a una garantía determinada no es admisible prueba oral de tal garantía. De haber garantías, lo más natural y probable es que se hubiesen mencionado en el contrato, debido a la importancia de tal disposición. El silencio en cuanto a ellas implica que la intención de las partes fué la de no contratar sobre garantía alguna, y no surge impedimento alguno. (5 Wigmore 316).

Es admisible evidencia extrínseca cuyo fin sea el de explicar el convenio escrito, siempre y cuando no sea antagónica a las cláusulas del documento. Si a través de un contrato escrito se transfiere la posesión de bienes muebles, es admisible prueba oral, con el fin de demostrar que los bienes se habían dado en prenda. Por analogía, si en el contrato no se dice nada en cuanto al concepto legal en que se adquiere la posesión, podría admitirse prueba oral demostrativa de que los bienes muebles se poseen en virtud de comodato, depósito o préstamo. Pero si en el contrato escrito se dice específicamente que los bienes se recibieron en calidad de préstamo, sería improcedente el admitir prueba oral de que se habían recibido en calidad de depósito. La prueba oral sería antagónica al convenio escrito. Pero esto fué precisamente lo que se permitió en Ochoteco Jr. v. Córdova, 47 D. P. R. 554, basando nuestro Tribunal Supremo su resolución en que, de no admitirse la prueba oral, se estaría cometiendo un fraude. Entendemos que el Supremo le dio mucha elasticidad a la regla, en dicho caso, a no ser que la opinión se justifique por el argumento de que lo que se pretendió probar fué la falta de causa.

El artículo 1410 de nuestro Código Civil dispone que una venta de bienes inmuebles con pacto de retro-venta se presu-

mirá que constituye una hipoteca si el vendedor retiene la posesión, o si el comprador paga intereses o si el precio de venta es inadecuado. Es admisible prueba oral de las circunstancias arriba enumeradas, que levantan la presunción de la existencia de una hipoteca.

Una ambigüedad latente puede ser explicada por prueba oral. Si en un testamento se deja un legado a X, y hay varios individuos que responden al mismo nombre de X, es admisible prueba oral para demostrar la verdadera intención del testador en cuanto a la identidad del legatario. También es admisible prueba oral en casos en que la descripción de una finca sea errónea. El artículo 25 dispone en parte lo siguiente: "Pero este artículo no excluye otra evidencia de circunstancias bajo las cuales fuere hecho el convenio". Interpretando una frase idéntica, la Corte Suprema de California ha resuelto que solamente una ambigüedad que surja de la faz del propio documento puede ser explicado por prueba oral.

La regla que estamos discutiendo se aplica solamente a transacciones contemporáneas con el documento. No excluye prueba extrínseca sobre convenios posteriores, tales como aquellos que constituyan una novación. (5 *Wigmore* 330.) En Bankers Truts C° v. Morales, 48 D. P. R. 952 se establece que pagos hechos por un administrador judicial pueden ser probados oralmente.

Aplicando el anterior concepto a confesiones escritas de un acusado, la confesión excluye prueba extrínseca de manifestaciones orales del acusado, contemporáneas con la confesión. Pero es admisible prueba testifical de sus declaraciones anteriores y posteriores, a la confesión. La regla no excluye la admisión de testimonio concerniente a una confesión oral hecha en hora y sitios distintos.

El "Parol Evidence Rule" puede ser invocada solamente en litigios entre las partes contratantes. Si uno de los litigantes no fué parte en el contrato, no es aplicable la regla.

DOCUMENTOS JUDICIALES

La aplicación de la regla no se limita a documentos privados, sino que se extiende también a documentos judiciales. Generalmente, no se permite prueba oral sobre el contenido de tales documentos, refiriéndose esta regla a expedientes judiciales, sentencias y veredictos de Jurados. En cuanto a las sentencias, no se permite prueba oral sobre su contenido, que sea contradictoria a la sentencia. (5 *Wigmore* 49 et cp.) Debemos notar que esta cuestión es distinta a la de conclusividad de tales sentencias (el principio de "res judicata") o a la cuestión de la conclusividad de certificaciones de Marshals, las cuales pueden ser rebatidas por prueba oral.

En cuanto a veredictos de Jurados, no son admisibles en evidencia las declaraciones de los Jurados individuales, impugnando el contenido del veredicto. No pueden declarar sobre los móviles y razones que los indujeron a rendir tal veredicto, ni pueden declarar que ellos estaban equivocados al rendirlo. (Wigmore 108.) En Pueblo v. Ramírez, 50 D. P. R. 237 se resuelve que el affidavit de un jurado exponiendo que él se había equivocado al rendir el veredicto, no es admisible para impugnar el veredicto que rindiera.

En cuanto a irregularidades o mala conducta de un jurado durante el curso de las deliberaciones, es admisible prueba extrínseca de tales extremos, pero no se permite el testimonio de los Jurados (ya sea por declaración en juicio o por medio de affidavits), sobre tales extremos. Se permitiría la declaración de terceras personas. En solamente cinco o seis jurisdicciones se permite el testimonio de los propios Jurados. (5 *Wigmore* 126.) Sin embargo, esta limitación (de que no se permite la declaración de un Jurado, aun en casos de irregularidades) es aplicable solamente cuando se está tratando de impugnar el veredicto. No es aplicable cuando se está procesando a un Jurado por desacato.

(De la "Revista de Derecho, Legislación y Jurisprudencia". Puerto Rico.)

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

PERJUICIOS. — PRESUNCION DE CULPA POR EL HECHO AJENO QUE CAUSE DAÑO

1.—La presunción de culpabilidad por el hecho ajeno que cause daño no debe deducirse de las teorías expuestas por diversos comentadores nacionales o extranjeros, ni de las decisiones judiciales que prohijen esas doctrinas. No. La presunción de culpabilidad por el hecho de personas que dependan de otra, natural o jurídica, está establecida de manera perentoria por el mandamiento del inciso final del artículo 2347 que ordena que la responsabilidad que les pueda corresponder a tales personas, por hecho o culpas de los agentes que estén a su cuidado, cesará si comprobaren que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho, lo que está pregonando que para que cese su responsabilidad es necesario que la persona se descargue probando la ausencia de culpa o que el daño producido por el agente, sirviente, artesano, hijo de familia, discípulo, según los casos, se debió a un hecho extraño o a fuerza mayor o caso fortuito. — 2.— La responsabilidad para efecto de indemnizar el daño causado por las personas que estuvieren al cuidado de otra, se regula por el artículo 2347 del Código Civil, disposición ésta que no mira, para los efectos de la responsabilidad, a si el daño causado por el dependiente, por el criado, por el hijo, por el pupilo, etc., se deba a culpa, descuido o negligencia de la persona que ejecuta el hecho material productor del daño. Tiénese en cuenta únicamente, para deducir esa clase de responsabilidad, el cuidado, la vigilancia, la prudencia en la escogencia de los operarios o servidores por parte de la persona natural o jurídica que encarga el cumplimiento de esos menesteres, y por eso dice la ley que cesará la responsabilidad de tales personas si con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe no hubieren podido impedir el hecho, o que con ocasión del servicio prestado los ejecutores, operarios, criados o sirvientes se han comportado de modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente. Estos hechos de falta de previsión, de vigilancia o de mala elección en los agentes u operarios es lo que radica la responsabilidad extracontractual sobre la persona que está obligada a la vigilancia, a la buena elección y a la previsión en el manejo y conducta de sus empleados o servidores, y para descargarse de esa responsabilidad tiene que demostrar, la persona sobre la cual recae la presunción de responsabilidad, que en la escogencia de esos empleados obró con prudencia, buen juicio y que vigiló, en cuanto estuvo a su alcance, la actuación de los empleados o servidores que ejecutaron el hecho que causó el daño o que no tenían medios para prever o impedir la ejecución de ese hecho. Mientras esa prueba no sea dada, la presunción queda en pie.—3.—El fallador no está obligado a considerar el dictamen pericial como plena prueba sino en tanto que él, por las explicaciones y fundamento que contenga el acta respectiva, le lleve al ánimo la convic-

ción de que la regulación numérica está ajustada a la realidad de los hechos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Antecedentes procesales

En las horas de la tarde del día diez de septiembre de 1938, los Srs. Saúl Alandete y Lisandro Rodríguez, empleados del municipio de Barranquilla pusieron en acción un hidrante instalado en la esquina suroeste de la calle "Real" con el cruce de la carrera "Cuartel" en aquella ciudad.

El agua salió con violencia tal, que inundó el establecimiento industrial o fábrica de calzado de "Miguel del Gallego, Sucesores", causando daños de consideración.

La casa damnificada, por medio de su representante judicial, formuló demanda contra el municipio de Barranquilla representado por el señor personero municipal para que, agotada la tramitación del caso, se hicieran por el juzgado las siguientes declaraciones:

"a) Que el municipio de Barranquilla es responsable civilmente del daño que se causó a "Miguel del Gallego, Sucesores", el día 10 de septiembre del año actual, por el hecho o culpa de obreros que en esa fecha y en horas de la tarde del propio día trabajaban al servicio de la entidad pública citada, hecho o culpa consistente en haber puesto a funcionar el hidrante instalado en la esquina suroeste de la calle "Real" en el cruce con la carrera "Cuartel", de esta ciudad, por medio de maniobras ejecutadas por dichos obreros en tal forma que se produjo instantáneamente un fuerte escape de agua que aquellos no supieron o no quisieron contener, en dirección a la casa de enfrente ocupada por el establecimiento comercial de "Miguel del Gallego, Sucesores"

"b) Que, en consecuencia, el municipio de Barranquilla, debe pagar, a "Miguel del Gallego, Sucesores", una vez que se ejecutorie el correspondiente fallo, el valor de la indemnización de perjuicios por el daño causado como efecto del hecho o culpa a que se contrae el punto anterior, indemnización que será la que estimen peritos nombrados al intento, en la forma legal, o, en subsidio, la cantidad de $ 10.000 moneda corriente colombiana.

"c) Que el Municipio de Barranquilla debe pagar asimismo a "Miguel del Gallego, Sucesores", los intereses de la suma que salga a deber desde el día en que, a virtud de la condenación de pago, quede constituído en mora para satisfacerlo".

Sentencias

El Juez 1º del Circuito de Barranquilla condenó al municipio a pagar a los señores "Miguel del Gallego, Sucesores", después de ejecutoriada la sentencia, la suma de $ 4.230.33 moneda legal, lo mismo que los intereses de esa suma, a partir del día en que se haga exigible la obligación hasta la fecha en que se verifique el pago.

Apeló para ante el Tribunal Superior de esa ciudad el Personero del Municipio y el Tribunal, surtida la instancia del segundo grado, reformó el fallo del Juez y condenó al municipio de Barranquilla a pagar a los señores "Miguel del Gallego, Sucesores" el valor de los daños y perjuicios causados, por el hecho o culpa de los obreros a que atrás se ha hecho referencia, condenación que se hizo en abstracto, por cuanto el fallador de segundo grado no encontró en el expediente probado el valor o cuantía de los perjuicios en suma determinada y decidió que era el caso de hacer las demás declaraciones pedidas en el cuerpo de la demanda.

Recurso

Tanto el señor Personero, como el apoderado judicial de "Miguel del Gallego, Sucesores", interpusieron recurso de casación contra el proveído del Tribunal, el

primero por haber condenado al municipio a pagar perjuicios y el segundo por no haberlo condenado a pagar una suma líquida, a pesar de las probanzas que se trajeron al juicio para fijar en cantidad cierta esos perjuicios.

Sustanciado el recurso en forma legal se procede a estudiar los cargos que los recurrentes le formulan al fallo, basados en el artículo 520 del Código Judicial. Por razón de método se comienza el estudio por el recurso del Municipio.

Estudio de los Cargos

Ante la Corte llevó la vocería del municipio el señor Procurador Delegado en lo Civil, el cual le formula al fallo los siguientes capítuos de acusación:

1º Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial.

2º Violación indirecta de los artículos 2341 y 2376 del Código Civil, por interpretación errónea y por indebida aplicación al caso del pleito.

3º Violación indirecta de los artículos 2347, 2349 y 2352 del Código Civil, por interpretación errónea e indebida aplicación al caso controvertido.

El estudio de estos reparos se hará en orden inverso al presentado por el señor Procurador Delegado en razón de lógica jurídica, pues primero habrá de averiguarse si el municipio, como entidad de derecho público y persona jurídica, es responsable del daño que sus agentes causen a terceras personas y luégo examinar si la prueba traída a los autos es bastante para fundamentar esa responsabilidad.

El Tribunal Superior de Barranquilla prohijando las recientes doctrinas de la Corte, consideró que las normas sobre responsabilidad común por delitos y culpas se pueden dividir, por materias, en tres partes: La primera, las comprendidas en los artículos 2341 y 2345 del Código Civil, que contienen los principios que regulan la responsabilidad delictual y cuasi delictual del hecho personal; la segunda, la contenida en los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, que reglamentan todo lo relativo a la misma responsabilidad, por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro; y la tercera agrupada bajo los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355, y 2356 que se refieren a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas.

De estas premisas y con apoyo en ellas, el sentenciador de segunda instancia, colocó el caso del municipio de Barranquilla en relación con "Miguel del Gallego Sucesores" bajo la órbita de los artículos 2347, 2348, 2349 y 2352 del Código Civil y de allí dedujo que el municipio era responsable de los daños causados por sus agentes, no porque la responsabilidad proviniera directamente del acto personal del responsable, sino de una presunción de culpa que la ley establece contra el municipio, consistente en una falta de vigilancia o en una mala elección relativa al empleado o persona que ejecuta los trabajos por cuenta de la entidad y de ahí, lógicamente concluyó, que la presunción de culpa recaía sobre el municipio y que era éste a quien competía comprobar o desvanecer dicha presunción.

El señor Procuralor Delegado, en su alegato de casación, sostiene que la presunción de culpa se presume en la persona de quien depende el autor del hecho culposo o dañoso, o en el dueño de la cosa que ha causado directamente el daño. Pero no se presume en el hecho personal del respectivo agente y agrega: "Y ello es así, ya sea que se trate de deducir responsabilidal civil al autor mismo del hecho o a la persona de quien depende. Siendo uno mismo el hecho iría contra toda lógica jurídica que para el tercero se presumiera culposo y no para su autor. Es que la presunción de culpa en los casos de responsabilidad indirecta se establece con respecto al tercero, no con respecto al autor material y directo del hecho. Supóngase que se exigiera la responsabilidad civil a ese autor directo, cosa jurídicamente posible. Se diría con toda razón: No se presume la culpa. Y si al propio tiempo se exige la responsabilidad al tercero de quien depende el auto (sic), po-

drá decirse: Sí se presume la culpa en el autor. Por qué más severidad para el tercero que para el propio agente, autor material del hecho. Sería admitir que una cosa puede ser y no ser a un mismo tiempo.

"Y puesto que, según quedó demostrado, la relación del hecho materia del proceso por los dos únicos testigos que sobre su preparación, iniciación y consumación declararon uniformemente, no demuestra culpa en sus autores personales y directos, el tribunal sentenciador, interpretando erróneamente los artículos 2341 y 2356 del Código Civil les dio indebida aplicación al caso controvertido, fallando sobre la base de culpa presumida en el hecho personal de los operarios dependientes del municipio".

A esta argumentación del Procurador Delegado, la Corte tiene de hacerle un grave reparo, cual es: El Tribunal de Barranquilla no basó la presunción de culpabilidad del municipio, en la culpa por el hecho personal de los operarios dependientes de aquél. Ese hecho personal, en el cual pudo o no haber culpa de los operarios, no sirvió de base al sentenciador para condenar al municipio a reparar los daños causados por sus agentes.

Asentó el fallador su proveído en las disposiciones de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que de manera expresa preceptúan que toda persona es responsable no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellas que estuvieren a su cuidado y que los amos, los empresarios y artesanos lo son de los daños causados por sus criados, aprendices, dependientes, sirvientes o ejecutores de sus órdenes, con ocasión de los servicios prestados por aquéllos.

Así se lee en la sentencia del Tribunal de Barranquilla, después de transcribir una doctrina de la Corte en que perentoriamente se sustenta la tesis de que en casos de responsabilidad por el hecho ajeno producido por quien obra como dependiente, empleado o subordinado de otro, quienes responden por el daño causado son los empresarios o dueños.

"Ahora bien, sentada la tesis de que la presunción de culpa procede contra la entidad representada, se observa que en el caso que falla, el municipio que se opuso desde el principio a que se hicieran las declaraciones de la demanda no aportó en primera instancia prueba qué oponer a esa presunción".

La presunción de culpabilidad por el hecho ajeno que cause daño, no debe aducirse de las teorías expuestas por disertos comentadores nacionales o extranjeros, ni de las decisiones judiciales que prohijen esas doctrinas. No. La presunción de culpabilidad por el hecho de personas que dependan de otra, natural o jurídica, está establecida de manera perentoria por el mandamiento del inciso final del artículo 2347 que ordena que la responsabilidad que le pueda corresponder a tales personas, por hecho o culpas de los agentes que estén a su cuidado cesará si comprobaren que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho, lo que está pregonando que para que cese su responsabilidad es necesario que la persona se descargue probando la ausencia de culpa o que el daño producido por el agente sirviente, artesano, hijo de familia, discípulo, según los casos, se debió a un hecho extraño o a fuerza mayor o caso fortuito. Luégo se estudiará si el municipio logró descargarse de la responsabilidad que le aparejé el hecho de sus agentes, la cual se presume.

En resumen: No se fundó el fallo en los artículos 2341 y 2356 que se refieren a la responsabilidad proveniente del daño de la persona que ha cometido un delito o culpa o al que proviene por malicia o negligencia de otra persona; fundóse en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, de suerte que no puede decirse que el Tribunal hubiera quebrantado aquellas disposiciones civiles, que no tuvo ocurrencia de aplicar, porque el problema jurídico so-

metido a su fallo encuadraba en las disposiciones de los artículos últimamente citados.

El señor Procurador Delegado considera igualmente que el proveído del Tribunal de Barranquilla, quebrantó también los artículos 2347, 2349 y 2352 del Código Civil por interpretación errónea e indebida aplicación al caso controvertido.

Para sustentar estos reparos dice el señor Agente del Ministerio Público:

"El Tribunal sentenciador declaró la presunción de culpa de aquellas entidades superiores, órganos del municipio, y por ende la de éste, por el hecho de sus dependendientes, generador del daño. Pero siendo así que no está probada la culpa personal de esos dependientes y que esa culpa no puede presumirse, como atrás se demostró, no hay base sobre la cual puede sustentarse aquella responsabilidad indirecta. Si el Tribunal creyó que no era necesario en el caso del pleito la prueba de la culpa personal de los operarios, interpretó erróneamente los artículos citados del Código Civil, que regulan la responsabilidad civil directa, y como consecuencia de su error los aplicó indebidamente al caso controvertido. Si creyó que la culpa de los operarios estaba comprobada, erró en la apreciación de la prueba testimonial y como consecuencia de ello, dio indebida aplicación a los mencionados textos legales".

Para contestar las acotaciones del Agente del Ministerio Público a esa parte del fallo del tribunal, la Corte observa: la responsabilidad para el efecto de indemnizar el daño causado por las personas que estuvieren al cuidado de otra, se regula por el artículo 2347 del Código Civil, disposición ésta que no mira, para los efectos de la responsabilidad, si el daño causado por el dependiente, por el criado, por el hijo, por el pupilo etc., se deba a culpa, descuido o negligencia de la persona que ejecuta el hecho material productor del daño. Tiénese en cuenta únicamente, para deducir esa clase de responsabilidad, el cuidado, la vigilancia, la prudencia en la escogencia de los operarios o servidores por parte de la persona natural o jurídica que encarga el cumplimiento de esos menesteres, y por eso dice la ley que cesará la responsabilidad de tales personas si con su autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho o que con ocasión del servicio prestado los ejecutores, operarios, criados, sirvientes se han comportado de modo impropio que los amos no tenían medio de preveer o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente. Estos hechos de falta de previsión, de vigilancia o de mala elección en los agentes u operarios es lo que desplaza y radica la responsabilidad extracontractual, sobre la persona que está obligada a la vigilancia, a la buena elección y a la previsión en el manejo y conducta de sus empleados o servidores. y para descargarse de esa responsabilidad tiene que demostrar, la persona sobre la cual recae la presunción de responsabilidad, que en la escogencia de esos empleados obró con prudencia, buen juicio y discernimiento y que vigiló, en cuanto estuvo a su alcance, la actuación de los empleados o servidores que ejecutaron el hecho que causó el daño, o que no tenían medios para preveer o impedir la ejecución de ese hecho y mientras esa prueba no sea dada la presunción queda en pie.

Eso fué lo que hizo el sentenciador. No examinó si Alandete y Rodríguez cometieron alguna culpa en las maniobras que efectuaron para abrir el hidrante que causó los daños en el almacén de "Miguel del Gallego. Sucesores". Enfocó la cuestión jurídica desde el punto de vista del municipio, del cual eran agentes u operarios Alandete y Rodríguez, porque en este litigio no se demandaba el resarcimiento del daño causado por el hecho personal de estos operarios, sino la indemnización de los perjuicios causados por ellos como operarios del municipio, lo que vale decir que se perseguía una responsabilidad indirecta y de aquí que el sentenciador, situada la cuestión en ese terreno, estudiara las correspondientes probanzas traídas al proceso, para deducir del examen

de ellas si el municipio se había descargado de la presunción de culpabilidad que le acarrean los hechos dañosos ejecutados por sus servidores o agentes.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo formulado por el señor Procurador.

Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial.

Consiste este error, a juicio del recurrente, en que el Tribunal dejó de apreciar, al menos en parte, las declaraciones de Alandete y Rodríguez, ya que se limitó en su sentencia a transcribir el texto de tales declaraciones sin hacer de ellas un análisis en sus distintas afirmaciones, para deducir de allí las consecuencias jurídicas, favorables o desfavorables para las partes militares en el proceso, disposiciones de las cuales se desprende que no resulta comprobada la culpa de los operarios en el desarrollo de la maniobra mecánica cuyo efecto inesperado y dañoso se produjo, y sí que el daño se debió a un hecho extraño independiente de la voluntad de los obreros.

Se repara: El Tribunal estudió las pruebas acompañadas al proceso cuales fueron las declaraciones de Lino Muñoz, Carlos J. Jaraba, Ignacio Ochoa, César Osorio, Juan Valderrama, Dagoberto Ahumada, Antonio Osorio y las declaraciones de Alandete y Rodríguez y del estudio de todas ellas dedujo que el municipio no había logrado demostrar o descargarse de la presunción de responsabilidad a que se refiere el artículo 2347, en su último inciso.

En efecto: Las declaraciones de los testigos citados comprueban que el agua que irrumpió del ariete y que inundó el almacén de "Miguel del Gallego, Sucesores" fué la que causó los daños cuyo resarcimiento hoy se litiga.

Alandete y Rodríguez declaran que ellos en su carácter de empleados del municipio de Barranquilla por orden de la Dirección de Higiene Municipal se trasladaron a la esquina de la calle "Real" con carrera "Cuartel" a destapar la alcantarilla situada en esa calle, entre carrera "Veinte de Julio" y "Cuartel"; que al desatornillar el hidrante el agua salió con tal fuerza y rapidez que desconectó la manguera que habían puesto en el hidrante, y que el aguacero torrencial que en esos momentos caía sobre la ciudad, se arrastró la llave con la cual habían abierto el hidrante, privándolos por consiguiente de ella y que a consecuencia de este hecho no pudieron impedir la salida del agua; que abandonaron el lugar de los acontecimientos y se dirigieron a la Alcaldía a dar cuenta de lo ocurrido y que de allí despacharon otros empleados que con las llaves apropiadas cerraron el hidrante y contuvieron el escape del agua.

De estas declaraciones no aparece, en manera alguna, que el municipio haya demostrado que a pesar de su cuidado ordinario y autoridad competente no pudo impedir el hecho, o que los daños causados a "Miguel del Gallego, Sucesores" se produjeron en virtud de un caso fortuito, de una fuerza mayor o un hecho extraño incontrolable, ni circunstancia alguna que lo exonere de la responsabilidad que le corresponde por la visible falta de técnica de sus operaciones. En ausencia de estas pruebas, forzoso le fué al sentenciador, hacer responsable al municipio de Barranquilla por los daños causados a los señores "Miguel del Gallego, Sucesores".

En consecuencia, se rechaza esta acusación del señor Procurador.

Recurso de la Parte Demandante

Como ya se dijo el demandante interpuso casación porque el Tribunal de Barranquilla reformó la sentencia del Juez en cuanto condenaba al municipio a una suma determinada de dinero reemplazando esa condenación por una en abstracto para que el valor de los perjuicios se fijara al ejecutarse el fallo.

Entiende el demandante recurrente que el tribunal violó las disposiciones de los artículos 719 y 721 del Código Judicial por cuanto no le dio al dictamen de los peritos señores Evaristo Sourdis y Luis Felipe Palacio el valor que a esa prueba le asigna el artículo 721 del Código Judicial

pues siendo uniforme, explicado y debidamente fundado, el tribunal lo rechazó, quebrantando con este proceder la disposición citada.

Dice así el fallador, después de transcribir el dictamen pericial:

"Lo transcrito en sí no dice nada. Los peritos son personas que por su ciencia en determinadas materias, llevan al estudio de la cuestión el aporte de ese conocimiento que falta o puede faltar al juez; pero desde el momento que por referencia "consideran ajustado a la equidad" según se desprende....." y terminan los peritos decidiéndose por lo que dijeron los que no fueron peritos nombrados en el juicio, el concepto de éstos carece de verdaderos fundamentos de convicción".

Efectivamente los peritos para rendir su dictamen se basaron en una diligencia de inspección ocular practicada extrajudicialmente, relacionada con los perjuicios sufridos por "Miguel del Gallego, Sucesores" a causa de la inundación de que se ha hablado. Los peritos, como era natural, no tuvieron a la vista los daños mismos, causados de tiempo atrás y reparados yá, algunos. Tampoco dan razón de su dicho, ni especifican los efectos dañados por la inundación ni el valor que estos tuvieren en el comercio, ni su demérito por causa del agua.

Algo semejante sucede respecto de la apreciación del daño emergente y del lucro cesante. El juzgador, al leer la exposición pericial, hecha menos las razones que los peritos tuvieren para hacer avalúo, de suerte que no se sabe cuáles razones obraron en el ánimo de los expertos para llegar a las conclusiones estampadas en la respectiva diligencia.

Si el dictámen, como puede verse pasando los ojos por esa diligencia no tiene explicación ninguna, ni fundamento alguno para fijar el perjuicio sufrido por del Gallego, Sucesores, en cantidad líquida, tal prueba no reúne dos de los requisitos que establece esa disposición, para que el dictamen pericial haga plena prueba: ser debidamente fundamentado y explicado.

Hizo bien el sentenciador en rechazar esa prueba y al no darle valor, porque como en muchas ocasiones se ha repetido por esta Corte, el fallador no está obligado a considerar el dictámen de los peritos como plena prueba, sino en tanto que él por las explicaciones y fundamento que contenga el acta respectiva le lleven al ánimo la convicción de que la regulación numérica que hacen está ajustada a la realidad de los hechos.

En vista de lo expuesto se rechaza la anterior acusación

Basada en la exposición anterior, 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 el fallo proferido por el Tribunal de Barranquilla con fecha doce de diciembre de mil novecientos cuarenta.

2º Sin costas.

Sotifíquese, 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 Rincon. Srio.

CASACION DE LA SENTENCIA RECURRIDA POR HABER PROSPERADO LA CAUSAL 6ª DEL ARTICULO 520 DEL CODIGO JUDICIAL.—CANCELACION DE MARCAS Y PATENTES

1.—El artículo 9º de la Ley 94 de 1931 pertenece a la legislación de orden público, y no es susceptible, por tanto, de variación ni acomodaciones a casos y situaciones particulares. En ella se establece una competencia privativa que no es posible eludir sin caer en acción de nulidad, porque es improrrogable según el artículo 151 del C. J. En la actual legislación procedimental no existe la regla que en el anterior Código Judicial consagraba el artículo 165; ahora es indispnesable, tratándose de jurisdicción improrrogable, que el juez tenga competencia para conocer de la demanda de reconvención. Si no la tiene y se sigue el juicio con violación del artículo 9º de la Ley 94 ya citada, la sentencia es casable por la sexta causal. —2º— La regla de técnica legal del recurso de casación contenida en el artículo 540 del C. J. ordena, cuando se acoge la causal sexta de casación, que la Corte declare en qué estado queda el juicio y disponga el envío de los autos al Tribunal de su origen, o a otro que esté próximo a éste, para que dicte nuevo fallo, o determine lo procedente con arreglo a derecho. En este caso lo que procede en conformidad con la ley es casar la sentencia para colocar el negocio en estado de que el Tribunal pueda declarar la nulidad de la actuación desde cuando se admitió la demanda de reconvención en adelante, a fin de que, tramitado el juicio, sin contrademanda, se profiera sentencia solamente sobre las peticiones y cuestiones planteadas en la demanda principal y su contestación.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Por medio de Resolución Número 2147, de fecha 3 de marzo de 1926, el Ministerio de Industrias concedió "al señor José María Escobar Lotero, vecino de Giradot, Departamento de Cundinamarca, privilegio exclusivo, por el término de diez años, contados de la fecha de la expedición de la patente respectiva, para que durante él pueda explotar en el territorio de la República, una preparación medicinal denominada ELIXIR DE LARGA VIDA, respecto de la cual informa la Dirección Nacional de Higiene que la fórmula es correcta, está de acuerdo con el análisis que se practicó y correctamente indicado el objeto a que se destina, que es para combatir las anemias, el paludismo y la clorosis..."

Años después José Tobón Uribe, por medio de Resolución Número 420 de 17 de junio de 1935, del Ministerio de Agricultura y Comercio, despacho a que entonces correspodía lo referente a propiedad industrial, obtuvo el registro de la marca VINO DE LARGA VIDA para distinguir un producto farmacéutico de propiedades análogas al precitado. Escobar Lotero se opuso al regisrto de esta marca, y su oposición fue declarada sin fundamento por el Juzgado 4º del Circuito de Bogotá, por la principal razón de que una cosa es patente de invención y otra registro de fábrica. En la Resolución miniserial correspondiente se reconoció, pues, a Tobón Uri-

be como único propietario de la referida marca, pero se dejaron expresamente a salvo los derechos que Escobar Lotero pueda tener para seguir expoltando la patente concedida sobre "una preparación medicinal denominada Elixir de larga vida".

En abril de 1937, José María Escobar Lotero solicitó del Ministerio de Industrias y Trabajo, competente a la sazón para lo relativo a propiedad industrial, registro de fábrica consistente en el empaque especial usado para distinguir un tónico aperitivo y reconstituyente patentado por él con el nombre de "Elixir de larga vida". Se opuso Tobón Uribe a este registro, por lo cual fue el asunto a los Jueces del Circuito de Bogotá para que decidieran. En primer grado se declaró fundada la oposición, pero el Tribunal Superior revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar declaró infundada la oposición formulada por Tobón Uribe al registro solicitado por Escobar Lotero.

En la competencia sostenida por Tobón Uribe con Escobar Lotero, cada uno por buscar mercado exclusivo para su producto medicinal, el primero, por medio de la prensa hablada y escrita se dió a desacreditar el producto conocido con el nombre de "Elixir de Larga Vida", explotado por el segundo, y llegó hasta denunciar criminalmente ante la policía a Escobra Lotero obteniendo el decomiso de las existencias de su tónico. Consideró Escobar que estos hechos le causaban perjuicios morales y materiales, y por este motivo y con fundamento en ellos, en libelo de 12 de marzo de 1938, dirigido al Juez del Circuito de Medellín, demandó a José Tobón Uribe, vecino de allí, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se le condene a pagarle la suma de $ 12.000, o la que pericialmente se fije, como valor de los perjuicios morales y pecuniarios que le ha causado con su campaña de descrédito de su producto "Elixir de Larga Vida", con el decomiso de sus existencias y la investigación criminal que le hizo seguir, más las costas del juicio.

Se opuso el demandado a las pretensiones del actor al contestar el traslado legal de la demanda y negó sus hechos fundamentales. A su turno y en la forma adecuada formuló demanda de reconvención contra el actor para que se declare; "1º que el señor José María Escobar L. no tiene derecho a usar la marca registrada "Vino de Larga Vida"; 2º Que tengo derecho a usar el nombre o marca "Elixir de Larga Vida"; sola o combinada con diseños, empaques o medios de propaganda comercial, con exclusión de toda otra persona natural o jurídica; 3º Que el demandado señor Escobar L. está obligado a pagarme dentro del plazo de seis días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, por concepto de perjuicios que me ha ocasionado al hacer uso de un nombre que defrauda mi derecho exclusivo a la marca registrada "Vino de Larga Vida", la cantidad que fijen peritos en este juicio o en juicio separado, con los intereses legales desde que me causó el perjuicio o desde la contestación de la presente demanda de reconvención, hasta que el pago se verifique; 4º Que el señor José María Escobar L. se abstendrá de usar por sí o por interpuesta persona el nombre "Elixir de Larga Vida" para distinguir su producto medicinal, porque con el uso de él defrauda el derecho que me da el certificado de registro de la marca "Vino de Larga Vida", expedido a mi favor por el Ministerio de Agricultura y Comercio bajo el Nº 9729 y con fecha 17 de junio de 1935; 5º Que ha sido ajustado a la ley mi proceder al denunciar el fraude que Escobar L. ha cometido desde el 17 de junio de 1935 en que se efectuó, para mi exclusividad, el registro de la marca "Vino de Larga Vida"; 6º Que como consecuencia de la anterior declaración, son infundados los perjuicios que el señor Escobar L. trata de cobrarme por la orden de decomiso que se dio en la Oficina de Investigación Criminal, y 7º Que está obligado al pago de las costas".

Se opuso el contrademandado a las pretensiones de la demanda de reconvención, negó los hechos principales y propuso las excepciones perentorias de prescripción,

cosa juzgada y petición de un modo indebido.

Agotada la tramitación del primer grado, el Juzgado del conocimiento 2º del Circuito de Medellín, pronunció sentencia definitiva el 1º de marzo de 1940, así:

"Primero, No están probadas las excepciones opuestas por el demandado doctor José Tobón Uribe;

Segundo. Condénase al expresado doctor Tobón Uribe a pagarle al señor José María Escobar L. el valor de los perjuicios ocasionados con los hechos comprobados en el presente juicio;

Tercero. Tales perjuicios serán determinados —en cuanto a su cuantía— mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J.;

Cuarto. Se absuelve al señor José María Escobar L. de los cargos que le fueron formulados por el doctor Tobón Uribe en la demanda de reconvención. Sin costas."

Sentencia acusada

La apelación oportunamente interpuesta por el apoderado de Tobón Uribe contra la resolución del Juzgado dio lugar a la segunda isntancia tramitada en el Tribunal Superior de Medellín y decidida en Sentencia del 1º de febrero de 1941, revocatoria de la apelada, y en la cual se decidió:

"a) Absuélvese al doctor José Tobón Uribe de los cargos de la demanda principal.

b) Condénase al Sr. José María Escobar Lotero a pagar al doctor José Tobón Uribe, el valor de los perjuicios comerciales sobrevenidos a éste por razón de la imitación de la marca "Vino de Larga Vida", hecha por el señor Escobar con el nombre "Elixir de Larga Vida". Estos perjuicios se avaluarán siguiendo las reglas generales. No se deberán sino los causados desde la concesión del registro marcario hecha al doctor Tobón Uribe. (17 de junio de 1935).

c) El señor Escobar se abstendrá en lo sucesivo de usar el nombre de "Elixir de Larga Vida". Sin costas".

Esta sentencia, acusada ante la Corte en recurso de casación interpuesto por el actor Escobar Lotero, se funda, en resumen, en las siguientes razones:

Dentro del orden lógico de prelación, considera el Tribunal, en primer término, la cuestión de competencia para decidir este negocio y llega a la conclusión de que aunque el artículo 9 de la Ley 94 de 1931 establece la competencia privativa de los Jueces del Circuito de Bogotá para conocer de las solicitudes de cancelación de marcas y patentes, no es este el caso de autos, en que se ejercita, de un lado, una acción sobre responsabilidad civil para la indemnización de perjuicios, y del otro, por parte del reconventor, acción sobre derecho al uso de una marca de fábrica y prohibición judicial de seguir usándola por constituir imitación fraudulenta de una marca originaria. "Trátase aquí —dice la sentencia— de perjuicios sufridos por el señor Escobar por supuestos actos delictuales (delito civil) llevados a cabo por el doctor Uribe contra el señor Escobar y viceversa. Trátase asímismo de si el señor Escobar podrá usar de la leyenda "Elixir de Larga Vida", pero no trátase de si tal mote debe borrarse del registro marcario..."

Fuera de esta consideración, única que tiene relación e importancia con las cuestiones que la Sala de casación ha de estudiar para decidir el recurso, contiene la sentencia otros fundamentos cuya enunciación se omite por carecer de interés práctico.

El recurso

El recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente preparado, se apoya en los motivos definidos en los numerales 1º, 2º y 6º del artículo 520 del C. J. No se detiene la Sala en la consideración y análisis de las acusaciones que contra el fallo del Tribunal se formulan por violación directa e indirecta de ley sustantiva ni por estar en discordancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes litigantes, porque después de estudiar todos los cargos de la demanda ha encontrado que la causal sexta es fundada

y suficiente para infirmar el fallo acusado. A esta causal, a la que corresponde, por otra parte la prelación de estudio por estar vinculada a la estabilidad y validez de la actuación, circunscribe su estudio la Sala de acuerdo con la disposición del artículo 538 del C. J.

El motivo procedente es haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 de la Ley 105 de 1931, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley. La causa de nulidad alegada en este caso es la incompetencia de jurisdicción que el recurrente hace consistir en "que lo traído a debate con la contrademanda, y consiguientemente lo decidido por la sentencia con base en esa pieza, son cuestiones conexionadas con imitaciones y cancelaciones de marcas. Porque disponer, como dispone la sentencia, que "el señor Escobar se abstendrá en lo sucesivo de usar el nombre de "Elixir de Larga Vida", vale tanto como decidir que se borre del registro marcario o que se cancele la inscripción, como marca, de tal nombre, desde luego que éste se registró, según queda probado también. Y como de acuerdo con los artículos 38 de la precitada Ley 31 de 1925 y 9º de la Ley 94 de 1931, conforme lo expresé anteriormente, corresponde privativamente a los Jueces del Circuito de Bogotá conocer en juicio sumario, mediante el procedimiento señalado en el artículo 1206 del C. J., de las demandas de cancelación del registro o "prohibición de determinado uso" —como dice la sentencia recurrida— de marcas originales o inscritas, es manifiesto e incuestionable que se ha incurrido en la causal de nulidad primera de las determinadas en el artículo 448 del C. J."

Considera la Sala.

Como antecedente especialmente ilustrativo para determinar la significación y alcance de los pedimentos de la demanda de reconvención, sobre la cual está edificada la sentencia recurrida, conviene transcribir en seguida algunos pasajes de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, visible a los folios 38 a 44 del C. Nº 2 que decidió en segunda instancia la oposición formulada por José Tobón Uribe al registro de la marca "Elixir de Larga Vida", pedido por José María Escobar Lotero. Allí, bajo el epígrafe "Registro de la marca "El Vino de Larga Vida", se lee:

"Entre los antecedentes del negocio está el expediente número 9033 que contiene los documentos relativos a la solicitud de registro de la marca "El Vino de Larga Vida" hecha por el señor José Tobón Uribe al Ministerio de Industrias, entidad que la despachó favorablemente en resolución Nº 420 dictada el 17 de junio de 1935, cuyo original visible a los folios 64 y 65 del mencionado expediente, dice: —"RESOLUCION NUMERO 420— Expediente Nº 9033 —El Ministro de Agricultura y Comercio, Considerando: —Con fecha 25 de enero de 1934, el doctor Miguel Aguilera solicitó el registro de la marca consistente en la expresión "El Vino de Larga Vida", para distinguir un producto farmacéutico, como apoderado del señor José Tobón Uribe, vecino de Medellín. —Estando ajustada la solicitud a los términos de la Ley 31 de 1925, se ordenó la publicación del extracto correspondiente en el "Diario Oficial", lo que se hizo en los números 22510 y 22513 y 22516, éste del 19 de febrero del año próximo pasado. —Dentro del término legal, el señor José María Escobar L., formuló oposición al registro solicitado, fundándose en el hecho de que desde tiempo atrás venía usando un producto farmacéutico denominado "Elixir de Larga Vida", amparado además, con la patente del privilegio de invención Nº 2147. —Surtidos los trámites corrientes del juicio, el señor Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá, en sentencia de fecha 3 de julio del precitado año de 1934, declaró que no era del caso aceptar la oposición formulada y que volviera el expediente a la oficina de origen para los efectos legales consiguientes. En tal virtud, el apoderado del señor Tobón

Uribe cumplió los requisitos ordenados en el artículo 5º del Decreto Nº 1707 de 1931, indispensables para que el Ministerio procediera a dictar la resolución del caso. Por tanto, el señor Escobar Lotero, por medio de su apoderado legal doctor Rafael Ocampo A., pide que al dictar la correspondiente resolución sobre registro, se dejen en ella, a salvo, los derechos legítimamente adquiridos por él para continuar explotando su preparación medicinal "Elixir de Larga Vida', de conformidad con la patente a que antes se aludió. Como se ha visto, la sentencia tuvo por objeto dejar establecido el derecho que asiste al señor José Tobón Uribe para registrar a su favor la marca "El Vino de Larga Vida", pero nada resolvió ni tenía por qué resolver acerca del derecho del señor Escobar para continuar explotando la patente Nº 2147 que en su parte pertinente dice: —Conceder al señor José María Escobar Lotero, vecino de Girardot, Departamento de Cundinamarca, privilegio exclusivo por el término de diez años contados desde la fecha de la expedición de la patente respectiva, para que durante él pueda explotar en el territorio de la República una preparación denominada "Elixir de Larga Vida", respecto de la cual informa la Dirección Nacional de Higiene que la fórmula es correcta, está de acuerdo con el análisis que se practicó y correctamente indicado el objeto a que se destina....., patente que fué prorrogada por cinco años más a partir de la fecha del vencimiento original. En vista, pues, de este título, no está fuera de lugar acceder a la petición hecha por el apoderado del señor Escobar, tendiente a hacer constar en esta Resolución que se dejan a salvo los derechos que éste pueda tener para continuar explotando la patente otorgada a su preparación "Elixir de Larga Vida", ya que en manera alguna podría el Ministerio dictar providencia alguna que en cualquier forma pudiera menoscabar o cercenar derechos que su propietario reputa legalmente adquiridos en virtud de un título otorgado por el Estado. En mérito de las razones expuestas, se resuelve: conceder al doctor José Tobón Uribe, vecino de Medellín, el registro de la marca que consiste en la denominación "El Vino de Larga Vida", sola o combinada con diseños, empaques o medios de propaganda comercial, marca destinada a distinguir "el producto farmacéutico que con ese nombre fabrica y expende el expresado Sr. Tobón Uribe, quedando a salvo los derechos que el señor José María Escobar Lotero pueda tener para continuar explotando en el territorio de la república la patente Nº 2147, que le fue concedida para explotar "una preparación medicinal denominada "Elixir de Larga Vida". —Se resuelve, así mismo, reconocer al expresado señor Tobón Uribe, el derecho exclusivo de usar la referida marca "El Vino de Larga Vida" con el fin indicado, por el término de diez años, contados desde la fecha que se expida a su favor el certificado de registro correspondiente que se publicará en el "Diario Oficial" a cuenta del interesado. —Notifíquese y cúmplace. Archívese el expediente. —Los términos en que está concebida esta Resolución demuestran que el registro en ella concedido al señor Tobón para usar la marca "El Vino de Larga Vida" quedó limitado en sus efectos en cuanto ese uso pudiera afectar los derechos que al señor José María Escobar Lotero, le reconoció para explotar la patente referente "a una preparación medicinal **denominada** "Elixir de Larga Vida". —El Tribunal en este fallo no puede entrar a estudiar la legalidad de la Resolución arriba transcrita, puesto que contra ella la parte a quien perjudica no ha hecho reclamación alguna y porque la revisión de esa clase de Resoluciones Ministeriales es de competencia privativa del Consejo de Estado, por lo cual esta sentencia tiene que limitarse a tomar dicha Resolución en su integridad y siendo así que la parte opositora se acoge a ella para apoyar los derechos que le reconoce como propietario de la marca "El Vino de Larga Vida", es claro que también debe aceptarse como prueba de los derechos que dejó a salvo en favor del señor Escobar Lotero para explotar la patente referente a "una preparación medicinal denomina-

da "Elixir de Larga Vida". Ahora bien, si el Ministerio de Industrias al conceder al señor Tobón el registro de la marca de fábrica "El Vino de Larga Vida" reconoce al mismo tiempo y deja a salvo los derechos del señor José María Escobar Lotero para seguir explotando la patente de "una preparación medicinal denominada "Elixir de Larga Vida"; implícita y claramente faculta a este último para usar la denominación "Elixir de Larga Vida'," por lo cual mientras esa parte de la Resolución "Ministerial esté en firme el opositor señor Tobón Uribe no puede negar a Escobar Lotero los derechos que ella le reconoce, pues, de lo contrario, se quebrantaría el principio de derecho probatorio, según el cual, la parte que aduce una prueba de esta clase no puede estar solamente a lo favorable y desechar lo que de ella lo perjudica. Todo esto demuestra de manera inequívoca que es inepta la oposición en cuanto se funda en el hecho de aparecer el nombre o la denominación "Elixir de Larga Vida" en el empaque que se pretende registrar..."

En la preinserta parte de la sentencia definitiva con fuerza y mérito de cosa juzgada, traída a los autos en el primer grado del juicio, se encuentran todos los datos y elementos necesarios para concluir que el verdadero objetivo perseguido con la demanda de mutua petición, a cuyas solicitudes se acomodó la sentencia acusada en casación, no puede ser otro que el de obtener la cancelación, esto es, anular, hacer ineficaz, según la acepción del vocablo la marca "Elixir de Larga Vida" concedida a Escobar Lotero y legalmente amparada como de su propiedad. Se ha visto que en concepto de una Resolución Ministerial y de una sentencia judicial definitiva y firme, contra cuyo imperio ninguna acción se ha intentado, en la patente de invención que autorizó a Escobar Lotero para la explotación comercial o venta de su producto farmacéutico quedó comprendido el nombre "Elixir de Larga Vida" con que lo ha distinguido en el mercado, nombre éste o marca para cuyo uso dejaron expresamente a salvo los derechos de Escobar tanto la Resolución Ministerial como la sentencia judicial a que se ha hecho alusión. Si Escobar, como se ha visto, tiene el uso legalmente permitido por la autoridad correspondiente del nombre con que quiso distinguir el producto de su industria, es de toda evidencia que la acción ejercitada en la contrademanda para que se declare que Escobar no tiene derecho a usar la marca "Elixir de Larga Vida" porque es una inmitación fraudulenta de la de "El Vino de Larga Vida" plantea cuestiones sobre la subsistencia o cancelación del registro del primero de estos nombres marcarios en relación con el derecho preferencial y exclusivo alegado por el contrademandante para el uso del segundo de ellos. Y es evidente también que la sentencia pronunciada sobre ese pedimento versa sobre esa misma cuestión cuando prohibe al contrademandado usar el nombre con que patentó su producto y cuyo uso, como se ha repetido, está autorizado por decisiones administrativas y judiciales. La copia legalizada de esta sentencia, que según el artículo 55 de la Ley 31 de 1925 debe enviarse al Ministerio del ramo para los efectos a que hubiere lugar, no podría producir otra consecuencia o efecto que la cancelación del registro que autorizó en favor de Escobar Lotero la explotación, garantizada por el Estado, de "una preparación medicinal **denominada** "Elixir de Larga Vida". Los términos inequívocos en que están consignadas las peticiones de la demanda de reconvención, lo mismo que sus hechos fundamentales, no dan lugar a considerar que se trate de acción sobre competencia desleal que definen y reglamentan los artículos 65 y 66 de la citada ley 31 de 1925 y cuya decisión corresponde a los jueces comunes, sino, como ya quedó demostrado, de una acción para que se prohiba el uso de un nombre comercial o marca legalmente autorizado, por imitación fraudulenta, que es, en realidad jurídica, una acción de cancelación.

Determinada así la exacta naturaleza de la acción incoada con la de demanda de reconvención, la nulidad alegada por el recurrente como fundamento de la causal

sexta de casación se hace evidente y visible, por de acuerdo con el artículo 742 del C. J. el demandado, al contestar la demanda, puede proponer la de mutua petición, siempre que el juez sea competente para conocer de ésta, o sea admisible la prórroga de jurisdicción, y en este caso el juzgado del circuito de Medellín ni el tribunal de allí para el segundo grado tenían competencia para conocer de semejante acción al tenor del artículo 9º de la Ley 94 de 1931, que dice: "Las solicitudes de cancelación de marcas y patentes se tramitarán en forma análoga a la de los juicios de oposición y serán competentes los jueces de circuito en lo civil de Bogotá".

Esta disposición de la ley de organización judicial sobre cuyo fundamento y conveniencia nada es oportuno conceptuar ahora, pertenece a la legislación de orden público y no es susceptible, por tanto, de variaciones ni acomodaciones a casos y situaciones particulares. En ella se establece una competencia privativa que no es posible eludir sin caer en sanción de nulidad, porque es improrrogable según el artículo 151 del C. de O. J., que establece que "por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa", que para el caso no hay. En la actual legislación procedimental no existe la regla que en el anterior Código Judicial consagraba el artículo 165 conforme al cual en los asuntos en que la jurisdicción se determinaba por su naturaleza, se entendía prorrogada en caso de reconvención; ahora es indispensable, tratándose de jurisdicción improrrogable, que el juez tenga competencia para conocer de la demanda de reconvención. Por otra parte, siendo obligatorio para acciones como la deducida en la demanda de reconvención los trámites especiales que señala el artículo 1206 del C. J., y no pudiéndose, por esto, usar la vía ordinaria, según se tiene establecido, la contrademanda también era inaceptable por incompatibilidad de trámites judiciales, ya que el principal objeto de la reconvención, establecida por consideraciones de interés general y de economía judicial, es que los dos pleitos se siguen bajo una misma cuerda y se deciden en una misma sentencia.

"A los motivos de casación señalados por la Ley 169 de 1896 el nuevo código agregó, entre otros, el marcado con el número 6º del artículo 520, con el fin, declarado por la comisión revisora del código, de subsanar las faltas que implican el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y que de otra suerte podían comprometer la estabilidad de la cosa juzgada. Están erigidas en causales de nulidad las irregularidades que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa. Con ese pensamiento manda la ley al juez que ponga en conocimiento de las partes cualquiera de las causas de nulidad que advierta antes de pronunciar el fallo, y las partes pueden aducirlas por vía de articulación en cualquier estado del juicio, antes de la sentencia, siempre que la causal no se haya hecho valer como excepción dilatoria cuando tiene cabida este trámite. Además, creó el legislador de 1931 el motivo de casación consistente en haberse incurrido en alguna causal de nulidad de las ya apuntadas. El propósito del legislador fue el de evitar que se dicte el fallo definitivo o que llegue éste a adquirir fuerza de cosa juzgada, no obstante hallarse viciado el procedimiento por graves defectos u omisiones, ya referentes —como se ha dicho— a las bases mismas de la organización judicial o a la violación del derecho de defensa..." (G. J. XLIII pág. 126).

La regla de técnica legal del recurso de casación contenida en el artículo 540 del Código Judicial ordena, cuando se acoge la causal sexta de casación, que la Corte declare en qué estado queda el juicio y disponga el envío de los autos al tribunal de su origen, o a otro que esté próximo a éste, para que dicte nuevo fallo, o determine lo procedente con arreglo a derecho. En este caso lo que procede en conformidad con la ley es casar la sentencia para

colocar el negocio en estado de que el tribunal pueda declarar la nulidad de la actuación desde cuando se admitió la demanda de reconvención en adelante, a efecto de que, tramitado el juicio sin contrademanda, se profiera sentencia, solamente sobre los pedimentos y cuestiones planteados en la demanda principal y su contestación.

Por lo expuesto, la Corte en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fecha 1º de febrero de 1941 y dispone el envío de los autos al tribunal de su origen para que sea declarada la nulidad y repuesta la actuación de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Sin costas.

Publíquese, 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.

COSTAS

De manera uniforme y sin rectificación alguna a través de su larga jurisprudencia ha venido considerando la Sala de Casación que la cuestión relativa a la condenación en costas no puede ser materia que se debata y discuta en el recurso de casación, cuyo principal fin es el de rectificar cualquier agravio inferido a la ley sustantiva en su aplicación y uniformar la jurisprudencia nacional. En esta materia nuestra legislación se inspira unas veces en un criterio objetivo, en el que sólo se requiere el vencimiento en juicio, y en otras ocasiones se rige por el criterio subjetivo, en el que se avalúa la temeridad o la malicia (artículos 294, 336, 458 y 575 del C. J.). De este último texto se deduce que la condenación en costas, en algunos juicios, está sometida a la culpa de la parte vencida. Si otra cosa ocurriera la defensa se entrabaría y la promoción de una acción se limitaría sin razón. La justicia o la temeridad de un pleito no siempre se presentan con caracteres traslúcidos, de suerte que quien creyendo que está investido de un derecho o de una acción demanda, no por esa circunstancia obra fatalmente con malilia.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Juicio ordinario

Manuel Antonio Bravo inició este proceso solicitando que mediante los trámites de un juicio ordinario se hicieran contra los señores Tobías R. Monroy e Isaac López las siguientes declaraciones:

1ª Que el actor es dueño y propietario, por derecho de accesión, de un edificio de cuatro pisos ubicado en el barrio de La Merced, calle 8ª de la ciudad de Pasto, cuyos linderos se especifican en el libelo; 2ª Que por tener el derecho de retensión del suelo, y por haberlo construído a sus expensas, es poseedor legítimo y exclusivo del edificio y de sus dependencias; 3ª Que el edificio mencionado goza de servidumbre de luz sobre el predio del demandado López; 4ª Que el demandado López al servirse de las paredes de la casa para edificar sobre ellas debe ser obligado a pagarle la mitad del valor actual de los cuatro tramos de la pared divisoria de su expresada casa; 5ª Que el demandado López está obligado a despejar y destruír la obra nueva construída sobre la pared divisoria de la casa y a indemnizarle todos los perjuicios causados en su edificio con dicha obra; y, 6ª Que el demandado López debe pagarle el valor actual de los cimientos y paredes divisorios, considerados como parte integrante y principal de su edificio.

El Juez 2º Civil del Circuito de Pasto puso fin a la primera instancia en sentencia fechada el 7 de junio de 1938, en la cual declaró probada la excepción de carencia de derecho del demandante y, consecuencialmente, absolvió a los demandados de todos los cargos hechos en la demanda. Se hizo condena a costas comunes.

Se funda este fallo de primer grado en que de lo probado en el proceso se deduce que no puede tenerse al actor Manuel Antonio Bravo como dueño del solar en donde edificó la casa de cuatro pisos, porque el poseedor inscrito de este solar es el demandado Tobías R. Bravo, según consta en la escritura Nº 442, de 30 de

junio de 1931. Y siendo esto así, tiene que prosperar la excepción perentoria de carencia de acción para demandar propuesta por el demandado López.

La sentencia acusada

De esa providencia apelaron ambas partes litigantes, manifestando el demandado López que apela en lo desfavorable y en lo relacionado con las costas. Conoció del segundo grado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, quien lo finalizó en sentencia de 19 de diciembre de 1939, en la que se revoca la apelada y en su lugar se declara improcedente la demanda y probada la excepción perentoria de petición de modo indebido.

Alega el Tribunal que en la demanda intentada faltan los requisitos indispensables de carácter procesal de la capacidad para ser parte y de legitimación en la causa; la primera porque el derecho civil exige para ser sujeto jurídico en la declaración de servidumbre la calidad de ser propietario del predio dominante; y la segunda porque el demandado López no puede ser declarado responsable de la declaratoria de dominio por accesión sobre el terreno y edificio que detalla la demanda.

El doble recurso

Contra ese fallo de segunda instancia interpusieron recurso de apelación ambas partes: el actor en lo relativo al fondo de la decisión acordada, y el demandado López por cuanto el Tribunal dejó de condenar en costas al demandante, derecho que le otorgan los artículos 490 y siguientes del Código Judicial.

Recurso del actor

Por auto de 25 de agosto del presente año esta Sala declaró desierto el recurso de casación interpuesto por el actor Bravo, fundándose en lo dispuesto en el artículo 532 del C. J. y en que dicho recurrente dejó vencer el término legal del traslado sin haber presentado la demanda respectiva. De manera que referente al actor ha quedado sin efecto el recurso y en toda su fuerza la sentencia del Tribunal.

Recurso del demandado López

Como viene dicho, lo limita a que el Tribunal dejó de condenar al demandante a las costas del proceso y lo funda en la circunstancia de que la sentencia acusada incurrió, en cuanto a costas, en las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J.

Sostiene el recurrente demandado que basta leer la sentencia acusada para convencerse de que se trata de una acción temeraria y sin fundamento apreciable, lo que obligaba al Tribunal a condenar en las costas al actor, con aplicación del numeral 1º del artículo 575 del C. J., que tiene carácter sustantivo. Pero considera el recurrente que no lo hizo, tal vez porque entendió que podía atenerse al numeral 2º del mismo precepto. Estima que el Tribunal, al aplicar el numeral 2º del artículo 575, violó por infracción directa esa disposición sustantiva. Y agrega que se refuerza lo dicho con ver y considerar que el reclamo de costas del demandado López fue pretensión oportunamente deducida, por lo cual la sentencia no está en consonancia con esa pretensión. Por esa razón, estima que también se incurrió en la causal o motivo 2º del artículo 520 del C. J.

Para resolver sobre este único cargo en casación la Corte considera:

De manera uniforme y sin rectificación alguna a través de su larga jurisprudencia ha venido considerando esta Sala de Casación que la cuestión relativa a la condenación en costas no puede ser materia que se debata y discuta en este recurso extraordinario, cuya principal finalidad es la de rectificar cualquier agravio inferido a la ley sustantiva en su aplicación y uniformar la jurisprudencia nacional. Se funda la Corte para llegar a esta conclusión, entre otras razones, en que "siendo la institución de la condena en costas, ya

un complemento del derecho deducido en juicio, que se decretan para no menguar el contenido de éste, ya una parte de los daños ocasionados por la culpa del que temeraria o maliciosamente se opone a su declaración, tienen siempre la calidad de accesorias del derecho principalmente deducido en juicio, y su falta de reconocimiento, a su reconocimiento indebido, no pueden fundar la casación del fallo en cuanto al derecho principal, por no poderse llegar a éste mediante lo accesorio. Y la segunda razón para no constituír un motivo de casación es que la condena en costas se subordina a la apreciación de la temeridad propia del fondo del derecho discutido por acción o excepción, de manera que es aquél derecho el que debe atacarse y no la represión a la temeridad con que se ejercitó, pues es lo que las costas sancionan. Y por último, para apreciar la temeridad o malicia tienen los Tribunales una absoluta libertad de criterio por no haber, ni poderlas haber en lo general, reglas precisas que la determinen, y envuelven por tanto cuestiones de hecho extrañas al recurso de casación" (Casación, Agosto 19 de 1935. Tomo XLII. pág. 456).

Y esa misma doctrina ha sido reiteradamente consagrada por esta Sala, como pasa a extractarse: "Lo atañedero a costas, por referirse a las reglas de procedimiento civil, no da lugar al recurso de casación (Junio 30 de 1937. Tomo XLV, pág. 305)". La Corte ha considerado que la naturaleza accesoria que corresponde a la condena en costas coloca generalmente este extremo fuera del recurso de casación (septiembre 6 de 1937. Tomo XLV, página 494)". "La condenación en costas no es susceptible del recurso de casación ni materia de éste, sino que entra dentro de la libertad de apreciación que al respecto tienen los tribunales. (Casación diciembre 14 de 1938. Tomo XLVII, página 616)".

Fuera de lo dicho, que se estima suficiente para rechazar el cargo, si la Corte tuviera que entrar al fondo de la acusación presentada tampoco hallaría motivo fundado para rectificar la sentencia de instancia, en lo relativo a la no condenación en costas, porque en esta materia nuestra legislación se inspira unas veces en un criterio objetivo, en el que sólo se requiere el vencimiento en juicio, como sucede en este recurso de casación, y en otras ocasiones se rige por el criterio subjetivo, en el que se avalúa la temeridad o la malicia (artículos 294, 336, 458 y 575 del C. J.). De este último texto se deduce que la condenación en costas, en algunos juicios, está sometida a la culpa de la parte vencida., Si otra cosa ocurriera la defensa se entrabaría y la promoción de una acción se limitaría sin razón. La justicia o temeridad de un pleito no siempre se presenta con caracteres traslúcidos, de suerte que quien creyendo que está investido de un derecho o de una acción demanda, no por esa circunstancia obra fatalmente con malicia.

No procede en casación el cargo formulado. 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 Pasto, el 19 de diciembre de 1939.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al tribunal de origen.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinistrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez. — Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD.—ERRORES DE HECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS.—SOCIEDAD.

1.—Cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del Tribunal, no basta para infirmar la sentencia atacar alguno o algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquél. Y aún dando por sentado que el Tribunal hubiera cometido un error de hecho al no estimar las pruebas señaladas por el recurrente, "no sería suficiente para casar la sentencia, si el Tribunal se ha fundado también en otras pruebas que no han sido atacadas y que conservan el valor legal en que fueron apreciadas por el Tribunal.

2.—Para que un acto o contrato revista los caracteres de sociedad, es necesario que ese pacto llene, además de los requisitos de capacidad y objeto lícitos, los especialísimos que enumera el artículo 2079 del Código Civil y uno de carácter psicológico que no está específicamente comprendido en la disposición citada, pero que la jurisprudencia, los tribunales y abogados tienen recibido, cual es la *affectio societatis*, o sea, el *animus contrahendi societatis*, lo que vale decir que para calificar el contrato hay que recurrir al análisis de la intención de las partes y no estarse a lo que ellas hayan dicho, sino al conjunto de las estipulaciones, a la armonía que necesariamente debería existir entre todas ellas, a la situación que se le crea a cada una de las partes, al espíritu del contrato y demás circunstancias concomitantes y accesorias que den base para escudriñar y determinar, sin lugar a equívocos, la voluntad de los contratantes

3.—En sentencias extranjeras, basadas en disposiciones similares a las nuéstras, se ha considerado que el empleado, factor o dependiente de comercio, que además de ganar un sueldo fijo, tiene un tanto por ciento de las utilidades del negocio, es un simple empleado y no un socio; de esos fallos se deduce que si bien en toda sociedad es requisito esencial el que haya participación en las utilidades, el hecho solo de que exista tal participación no autoriza para decidir que se trata de una sociedad. Semejante cosa también se predica en el arrendamiento de un inmueble cuando el precio o renta asciende a un tanto por ciento de las utilidades, y en la compraventa, cuando se estipulare como parte del precio un tanto por ciento de las que durante cierto tiempo obtuviera el comprador en la explotación del negocio.

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

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Antecedentes procesales

Para mejor esclarecimiento del problema cuya solución se ha encomendado a la Corte por la vía del recurso de casación, conviene transcribir el contrato celebrado entre Manuel Peláez y Federico Caicedo, concierto que interpretado de distintas maneras, ha dado nacimiento a la presente litispendencia.

El dice: "Primera.—Caicedo trabajará en el almacén de Peláez denominado "Helenia" desde el día primero de diciembre

del presente año y tendrá como remuneración el veinticinco por ciento de las utilidades líquidades del almacén, entendiéndose por utilidades líquidas el producto después de restar los gastos generales, como local, luz, empleados, etc. Segundo.—Caicedo podrá retirar cada mes la suma de cien pesos para sus gastos y si al hacerse el primer inventario al fin del primer año las utilidades no alcanzan a cubrir las sumas retiradas por Caicedo, Peláez no sólo habrá de reconocerle éstas por su trabajo, sino que le pagará $ 50 por cada mes, o sea que Caicedo gana mensualmente $ 150 en caso de que no haya utilidades qué repartir al hacer el inventario cada año. Tercero.—El capital con que trabajarán será el que arroje el inventario que se hará inmediatamente después de que Caicedo empiece a trabajar, y los precios serán para las mercancías los de costo o sea su precio de compra y los gastos hasta llegar al almacén, pero en los artículos que estimemos de menor valor hoy día, fijaremos el precio que creamos de venta. Cuarto.—La duración de este contrato será de dos años a partir de la fecha ya citada, y Caicedo deberá anunciar a Peláez con dos meses de anticipación o sea de la finalización del período del contrato, si va a retirarse. Y este contrato será prorrogable a voluntad de las partes. Quinto.—Peláez entregará a Caicedo al fin de cada año y una vez conocido el resultado del inventario, las sumas que le correspondan según la cláusula segunda, en efectivo. Sexto.—Caicedo por su parte se obliga a dedicar todo su tiempo útil al manejo del almacén, y tendrá plena autonomía para ventas, pedidos, remoción o cambio de empleados, fijación de precios de venta; y en ausencia de Peláez manejará el dicho almacén conforme a las instrucciones del señor Peláez y con ayuda de los otros empleados".

Basado en este contrato, el señor Federico Caicedo demandó al señor Peláez, para que judicialmente se hicieran estas declaraciones:

"1. Declarar disuelta la sociedad constituída entre Federico Caicedo y Manuel Peláez, que consta en el documento privado fechado y firmado el 20 de noviembre de 1930.

"2. Decretar la facción de inventarios de los bienes que constituyen el haber social del cual hace parte todo lo secuestrado en el "Almacén Manon" por orden suya, y por el señor inspector 5º de esta ciudad en la acción accesoria que precedió a este juicio.

"3. Reconocer a Federico Caicedo su carácter de socio en la sociedad constituída el día 20 de noviembre de 1930, de que trata la declaratoria primera, en todo lo relacionado en el negocio a que el contrato de la sociedad se refiere.

"4. Radicar en su despacho el respectivo juicio de liquidación de la sociedad en referencia, citando a quienes se crean con derecho a concurrir a la formación de inventarios según las leyes sustantivas.

"5. Prevenir a los socios, o a sus causahabientes, que deben nombrar liquidador, una vez ejecutoriada la sentencia y si no lo hicieren y no se pusieren de acuerdo en el nombramiento que éste lo haga el juzgado.

"6. Que se condene en costas y en las acciones legales al demandado, si se opusiere o tratare de retardar la liquidación y división del caudal social de los bienes pertenecientes a la sociedad expresada".

Fallos de primera y segunda instancia

El Juez 6º Civil de este Circuito de Bogotá, por sentencia 29 de enero de 1940, absolvió al demandado de todas las peticiones de la demanda y condenó en las costas del juicio al actor.

De este fallo apeló en su totalidad el demandante, y también lo hizo el demandado "a efecto de obtener la condenación en perjuicios, por causa del embargo preventivo, de acuerdo con el numeral 7º del artículo 293 del Código Judicial", y el tribunal en proveído del 17 de mayo del año en curso, confirmó la sentencia del juez de primer grado, y no hizo condenación en costas en la segunda instancia.

Caicedo interpuso recurso de casación,

que hoy, por haber sido admitido, se estudia y falla.

El Tribunal Superior de Bogotá, basado en el tenor literal del contrato atrás copiado y en las declaraciones de los testigos Nicolás Betancourt, Ricardo Rojas y Ana Campos, y en las posiciones rendidas por Peláez, llegó a la conclusión, como cuestión de hecho, que el contrato base de la demanda no era un contrato de sociedad; y como cuestión de derecho, conceptuó que las partes no habían tenido intención de ligarse contractualmente por un pacto social, echando menos uno de los requisitos que se consideran como esenciales para la existencia de dicho contrato, que es el apellidado por jueces y comentaristas **affectio societatis**, la intención que cada contratante tiene de formar una sociedad, es decir una persona distinta de los socios individualmente considerados, con el fin de emprender un negocio, en que las pérdidas y ganancias han de repartirse necesariamente entre los socios, en la proporción señalada en el instrumento de constitución de la sociedad.

Recurso de casación

El señor Caicedo alega como motivos de casación los señalados en el artículo 520 del Código Judicial, por haberse quebrantado los artículos 1618, 1619, 1620, 1621, 1622, 1623, 2079, 2083 y 2124 del Código Civil a consecuencia de los errores de hecho en que incurrió el sentenciador, por no apreciar alguna de las pruebas traídas al proceso.

Para fundamentar sus cargos dice el recurrente:

En el expediente aparece una minuta de contrato entre el señor Peláez y el señor Caicedo cuyas cláusulas pertinentes, en las cuales considera el recurrente que se pactó un contrato de sociedad, son estas: "Primera: Caicedo entrará a trabajar en el almacén "Helenia", del señor Peláez como socio industrial en las siguientes condiciones: "Tercera: Caicedo dedicará todo su tiempo útil en los negocios del almacén y en el manejo de este tendrá la autonomía de socio para pedidos, ventas etc. Quinto: La duración de la sociedad será de dos años a partir de la fecha indicada prorrogable por las partes a voluntad".

Hay también una carta del señor Peláez dirigida al señor Caicedo, en 20 de noviembre de 1930, en que, entre otras cosas, le dice esto al destinatario, que es lo que el recurrente considera como una prueba de la intención de celebrar un contrato de sociedad, "Espero, pues como le manifesté anoche, que dejemos esto definitivamente resuelto hoy día, pues me parece que he probado mi vountad hacia usted, no tanto en esperarlo en un arreglo que data de fecha muy lejana ya, sino en que yo mismo me apresuro a colocarlo en las condiciones más ventajosas que puede hacerse, **en el empeño siempre de hacer de usted no un empleado sino un socio amigo que tenga el mayor interés por el negocio y en quien yo tenga la más absoluta confianza**".

Estas probanzas, a juicio del recurrente, no fueron tenidas en cuenta por el tribunal para resolver el problema sometido a su decisión y por tanto incurrió en error de hecho al no haberlas apreciado.

La Corte observa: Es verdad que el sentenciador no mencionó en el cuerpo de la sentencia las probanzas señaladas por el recurrente, pero basó su fallo, como se ha dicho, en otras pruebas que no han sido atacadas en casación, cuales son los testimonios de Betancourt, Rojas y la Campos, y en la respuesta dada por Peláez al absolver posiciones, en la cual reafirmó que Caicedo era un mero empleado del almacén y no su socio, probanzas éstas que no han sido atacadas por el autor del recurso.

En semejantes circunstancias, es de rigor dar aplicación a lo que la Corte Suprema ha resuelto en pluralidad de fallos, en tratándose de errores de hecho en la apreciación de las pruebas:

"Cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del tribunal, no basta para infirmar la sentencia atacar

algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquél".

Pero dando por sentado que el tribunal hubiera cometido un error de hecho al no estimar las pruebas señaladas por el recurrente "no sería esto suficiente para casar la sentencia, si el tribunal se ha fundado también en otras pruebas que no han sido atacadas y que conservan el valor legal en que fueron apreciadas por el tribunal". (Casaciones: T. XXVI y XXVII de G. J. y 29 de octubre de 1937 T. XLVI, número 1934).

Para mayor abundamiento y para reforzar el concepto del fallador, se advierte que la minuta de contrato a que se refiere el recurrente es muy distinta al contrato que definitivamente firmaron Caicedo y Peláez, que es el que ha servido de fundamento para esta acción, y repárese que en el texto de ese contrato no se habla una sola vez, ni se emplea en ninguna de sus cláusulas, la palabra **sociedad**, como sí se hizo en la minuta memorada. En el contrato tampoco se le da a Caicedo el calificativo de **socio** ni ahí se dice que tenga autonomía en **tal carácter** para manejar el negocio, por el contrario, se estipula que en ausencia de Peláez, Caicedo manejará el almacén conforme a las instrucciones de aquél y **con ayuda de otros empleados**. (Subraya la Corte).

La lectura de la carta, de la cual se transcribió el aparte pertinente en que se apoya el demandante para considerar que se celebró un contrato de sociedad, deja una impresión distinta de la señalada por el recurrente. Peláez se empeñaba en hacer del señor Caicedo no un empleado, sino un socio amigo que tuviera interés en el negocio, colocándolo en las condiciones más ventajosas que pueda hacerse, según sus palabras, pero allí no se empleó locución o término alguno del cual pueda deducirse, inequívocamente, que Peláez celebró un contrato de sociedad con Caicedo. Siendo ambigua la redacción de esta carta, y distinto el contenido de la minuta del contrato extendido en el documento transcrito, y apoyado en las declaraciones citadas por el Tribunal no sería, en puridad de verdad, muy lógico decir que éste erró de hecho con evidencia, por no apreciar pruebas, que a juicio de la Corte, no servirían para fundamentar las pretensiones del recurrente, porque de ellas no aparece, con clara evidencia, que Caicedo y Peláez estén ligados por un pacto social.

En vista de estos antecedentes no podría decirse que en la apreciación del documento, que sirve de base a este litigio, se hubiera incurrido por parte del sentenciador en evidente error de hecho.

Considérase que el Tribunal quebrantó el artículo 1618 del Código Civil que le da prevalencia a la intención de los contratantes sobre lo literal de las palabras, y se hace consistir el quebranto en que la intención de Caicedo y Peláez fué la de formar una sociedad, como lo dicen en la minuta y carta de que se ha hablado atrás. Para poder aplicar este canon civil es indispensable que la intención de los contratantes sea conocida claramente, es decir, sin lugar a duda, tal como está concebida en los términos del documento que se aprecia. Al presente, la intención de los contratantes, como se desprende del contenido mismo del documento en que no se citó ni una sola vez la palabra sociedad, ni al señor Caicedo se le dio el calificativo **de socio**, están pregonando que no fué la intención de Peláez y Caicedo de constituír una sociedad. Esta interpretación está respaldada con las declaraciones de los demás empleados, y con la afirmación categórica de Peláez de que él no tuvo intención de asociarse con Caicedo al celebrar el contrato materia de la demanda, por más que tiempo después le escribiese en aquellos términos. La minuta y la carta de que se ha hablado, podrían ser antecedentes para apreciar el alcance del pacto suscrito por los litigantes y ser un fundamento para la interpretación del contrato a que precedieron, pero en el caso de autos, la minuta pasada por Peláez a Caicedo, como ya se vio, no se insertó en el contrato original, y las cláusulas en ella contenidas que calificaban a Caice-

do de **socio industrial** fueron borradas del **documento suscrito** entre demandante y demandado. La carta no se refiere a la minuta anterior, sino al mismo contrato y allí no se gradúa de socio al señor Caicedo sino que se expresa, la buena intención por parte de Peláez de mejorarle las condiciones y empeñarse en hacerlo un socio amigo que tenga mayor interés en el negocio, y ya se ha visto que estas expresiones no indican, sin lugar a duda, que la intención de Peláez fuera de asociarse con Caicedo, tanto más cuanto el contrato que sirve de base a la demanda no habla ni de **sociedad** ni de **socios.**

Este quebrantamiento de la disposición civil se considera como una consecuencia del error en que incurrió el Tribunal al apreciar las pruebas, pero se ha visto que el Tribunal no incidió en él, y que si hubiera errado por no apreciar la minuta y la carta remisoria del documento, esa comisión no sería suficiente para casar el fallo porque éste se apoya en otras probanzas que conservan toda su fuerza, según lo demostrado atrás.

El sentenciador como cuestiones de derecho estampó en su fallo que para que un acto o contrato revista los caracteres de sociedad es necesario que ese pacto llene, además de los requisitos de capacidad, consentimiento, causa y objeto lícitos, los especialísimos que ennumera el 2079 del Código Civil, agregando uno nuevo, de carácter psicológico, que no está comprendido específicamente en la disposición del artículo 2079, pero que la jurisprudencia, los tribunales y abogados tienen recibido, cual es la **affectio societatis** o sea, el **ánimus contrahendi societatis,** lo que vale decir que para calificar el contrato hay que recurrir al análisis de la intención de las partes y no estarse a lo que ellos hayan dicho, sino al conjunto de las estipulaciones, a la armonía que necesariamente debería existir entre todas ellas, a la situación que se le crea a cada una de las partes, al espíritu del contrato y demás circunstancias concomitantes y accesorias que den base para escudriñar y determinar, sin lugar a equívocos, la voluntad de los contratantes.

Ya en varios fallos la Corte ha dicho "que el fallador no ha de estar atado indefectiblemente a la calificación que el demandante de al contrato en que se funda su demanda, porque las condiciones tanto de la esencia como de la naturaleza del contrato, no se llenan o reúnen por la simple clasificación o calificación que las partes hagan del pacto que celebren".

El Tribunal de Bogotá encontró que en el contrato celebrado entre Peláez y Caicedo se contenían todos los requisitos generales y especiales para la legalidad de ese pacto, menos el de la **affectio societatis,** y así se expresa al efecto:

"A simple vista parece que el documento que se transcribió más arriba no aparece demostrado, ni mucho menos, que entre los contratantes hubiera existido la intención de formar una persona distinta, es decir, no hubo affectio societatis, ni propiamente hablando se intentó la repartición de beneficios, ya que más bien se colocó el asunto en el terreno indicado por el artículo 2112 en su inciso 1º, según el cual "Si por el acto constitutivo de la sociedad se asegura a una persona que ofrece su industria una cantidad fija que debe pagársele íntegramente, aun cuando la sociedad se halle en pérdida se mirará esta cantidad como precio de su industria, y el que la ejerce **no será considerado como socio**".

Esta conclusión del sentenciador está respaldada en las pruebas que ya se han citado y que conservan todo su valor, puesto que ellas no han sido atacadas en casación.

El caso del señor Caicedo ha sido ya decidido por sentencias extranjeras basadas en disposiciones similares a las nuéstras, como ha pasado en Chile, donde se ha considerado que el empleado, factor o dependiente de comercio, que además de ganar un sueldo fijo, se le paga un tanto por ciento de las utilidades del negocio, es un simple empleado y no un socio, y de esos fallos se deduce que si bien en toda sociedad es requisito esencial el que haya par-

ticipación en las utilidades, el hecho solo de que exista tal participación no autoriza para decidir que se trata de una sociedad.

Semejante cosa también se predica en el arrendamiento de un inmueble cuando el precio o renta asciende a un tanto por ciento de las utilidades, y en la compraventa, cuando se estipulare como parte del precio, un tanto por ciento de las utilidades, que durante cierto tiempo obtuviera el comprador en la explotación del negocio.

Por otra parte, el fallo del Tribunal está respaldado en el inciso 1º del artículo 2112, pues por el contrato se le asigna a Caicedo una remuneración fija, aun cuando no hubiere utilidades en el negocio, condición ésta que encaja perfectamente bien en el inciso citado, el cual perentoriamente establece que quien reciba una cantidad fija no considérase como socio.

Por último, el recurrente considera que se han quebrantado igualmente los artículos 15, 16, 1602 y 1603 del Código Civil como consecuencia de los errores en que incurrió el Tribunal al interpretar el contrato que sirve de base a esta acción.

Se repara: Nada hay en el fallo que contraríe los textos de los artículos 15 y 16 que preceptúan que podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes cuando miran al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia; y que las leyes que miran al interés del orden y las buenas costumbres, no pueden derogarse por convenios particulares. En el pleito que se estudia no se han renunciado derechos, ni hay convenio que derogue ley alguna.

Tampoco se han desconocido los mandatos de los artículos 1602 y 1603. Lo que sucede es que el sentenciador calificó el contrato celebrado por Caicedo y Peláez de manera distinta a como lo calificó Caicedo, sin desconocer que el contrato así determinado por el sentenciador, no sea una ley para los contratantes y no deba ejecutarse de buena fe y no obligue a las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley le pertenecen a ella.

Basada en las disertaciones anteriores 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 de Bogotá de fecha diez y siete de mayo de mil novecientos cuarenta y uno.

2º Las costas son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, 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 propiedad.

ACCION PETITORIA DE NULIDAD POR SIMULACION.—LEGITIMAS

1.—Quien debe una legítima puede anticiparla a uno o más de sus legitimarios y cuando esto sucede se procede como corresponde según el artículo 1243 del código civil y siguientes, esto es, no invalidándola, sino trayéndola a colación. Además, en su caso, habrá que demostrar que ha sido tan excesiva que menoscaba las legítimas rigorosas de uno o más de los legitimarios restantes, a fin de que éstas se completen.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Tramitado debidamente se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, confirmatoria de la del Juzgado de ese Circuito, en el juicio ordinario que Clímaco y Virgilio Manosalva instauraron a Hortensia y Carmen Manosalva y otros.

Del primer matrimonio de Juan Nepomuceno Manosalva nacieron los demandantes, y del segundo las dichas Hortensia y María del Carmen y José del Carmen, quien se casó con Dolores Vega, y al morir dejó como herederos a los hijos de este matrimonio, Balbino, Carmen Rosa y Pablo. Estos y la señora Vega de Manosalva son los demandados restantes.

Por escritura Nº 15, otorgada en la Notaría de Belén el 17 de enero de 1931, Juan R. Manosalva y su segunda esposa Rita Rojas, reservándose el usufructo vitalicio, dicen transferir en venta el potrero y la cuadra de tierra ubicados en Cerinza, allí deslindados, a los prenombrados José del Carmen, María del Carmen y Hortensia Manosalva, con cargo de transferir en cuota igual a Antonio y Rosa Manosalva, a la sazón ausentes, la parte proporcional de esos bienes.

La demanda ataca esta compra-venta y pide se la declare: a) simulada y consiguientemente nula, y b) en subsidio, absolutamente nula por falta de consentimiento, causa y objeto. Pide también en cualquiera de esos dos eventos la restitución de las cosas a su estado anterior y la condena a los demandados a pagar frutos desde la contestación de la demanda.

Los demandantes desde su libelo mismo y a lo largo del pleito se han situado simultáneamente en dos puntos de vista tan distintos como son el de no haber habido contrato alguno por faltar la causa y también la voluntad de transferir, y el de que hubo en el vendedor el propósito de hacer pasar los bienes dichos a sus hijos que hizo figurar como compradores considerando que este medio "era el más fácil y menos costoso", según las palabras mismas de los demandantes.

La sentencia del Juzgado negó el 30 de agosto de 1939 todos los pedimentos de éstos, quienes apelaron. Previa la tramitación legal el Tribunal la confirmó sin costas en fallo de 24 de marzo de 1941, contra el cual recurrió en casación el apoderado de Clímaco Manosalva. El que éste constituyó ante la Corte formuló la demanda de casación oportunamente. La contestó el apoderado de Hortensia y María del Carmen.

Juzgado y Tribunal distinguen entre simulación y nulidad y las niegan ambas por no hallar suficientes las pruebas que para cada una de ellas adujo la parte ac-

tora; anotan además la referida contradicción entre la negativa rotunda de la existencia del contrato atacado y la afirmación de haber oculta bajo éste una donación a los supuestos compradores; y no encuentran, por esto mismo, la falta de voluntad de transferir de que hablan los demandantes al referirse a quien califica de supuesto vendedor.

A la verdad, si ellos mismos afirman que lo que hubo fue el deseo de él de traspasarles dichos bienes a sus hijos que figuraban como compradores, están afirmando que no faltó en él la intención de trasferir; y como de la intención de adquirir en la otra parte contratante no hay lugar a duda, mal puede decirse que no medien ambas intenciones o, en otras palabras, que faltara el consentimiento. Y si la transferencia fue gratuita, mal puede decirse por esto sólo que falte la causa.

De otro lado, la aludida donación no está atacada en sí; y aun en el supuesto de que lo estuviera, no cabría infirmarla reclamando insinuación, por varias razones, a saber: porque los bienes en referencia se han avaluado en este juicio con relación a la época de la escritura en $ 8.000, y siendo, dentro de ese concepto, cinco los donatarios, no alcanza a $ 2.000 siquiera el valor de cada donación; porque ese avalúo es de la plena propiedad y no hace descuento del usufructo que los tradentes se reservaron, por lo cual se ignora cuál sea el verdadero valor de lo transferido, es decir, del dividendo; de suerte que, aunque el divisor fuera sólo tres, por ser éstos los donatarios que figuran en aquel instrumento, no se podría afirmar con la certeza que una sentencia requiere que el cociente pasara del citado límite de $ 2.000.

Estas breves consideraciones anticipan la negativa a los más de los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal, que son los de violación de los siguientes artículos del Código Civil: en primer lugar los 673, 740, 742, 745, 747, 765, 766, 768; 769 y 776, en cuanto, según el recurrente, no se declaró una simulación que está probada, en cuanto se reconoce una tradición a pesar de faltarle al vendedor la intención de trasferir, en cuanto se toma por justo título uno en que quien aparece como vendedor no creyó en venta real; en segundo lugar, del Art. 1524, en cuanto se atribuye causa real a una compra-venta que no la tuvo; también del 1458, por aceptarse una donación no insinuada, siendo donación lo que hubo bajo un disfraz de compra-venta; del 1871, en cuanto ésta fué de lo ajeno por pertenecer a la sucesión ilíquida de la primera esposa del vendedor y a una sociedad conyugal igualmente ilíquida, la disuelta con la muerte de ella; los artículos 1239 y siguientes del Código Civil y 23 de la Ley 45 de 1936, porque esa venta cercenó las legítimas rigurosas de los demás hijos legítimos del supuesto vendedor, y del 1852 del mismo código, porque uno de los compradores, María del Carmen, era menor de edad cuando aparece comprando y su padre es el pariente vendedor.

Acerca de esto último se observa desde luego que ello no fue materia de la demanda ni lo ha sido, por ende, de la controversia, y que en casación no se admiten reparos constitutivos de lo que, así, se llama medios nuevos.

Cuanto a la venta de cosa ajena y a la limitación que a su validez pone dicho artículo 1871, que es el respeto a los derechos del verdadero dueño y la eficacia de éstos, en su caso, aquí no se ha demostrado que los demandantes lo sean; de suerte que, obrando ellos en nombre propio y no presentando títulos de dominio a su favor, la invocación de este artículo es improcedente e inoficiosa. Esto, aun en el evento de dar por sentado que ellos demandaran como dueños y ejercitaran el aludido derecho.

Es verdad que cuanto disminuya el patrimonio del **de cujus** disminuye las cuotas herenciales de sus legitimarios; pero esta consideración, que sí sirve para fundamentar en su caso el interés de ellos, no conducen en manera alguna a infirmar toda enajenación que él haya hecho. Pero esto debe darse la demostración pertinente. Hay una petición de principio cuando los demandantes aducen esa disminución co-

mo causal, dando por demostrado que el contrato que atacan es nulo, cuando aducen el cargo relativo a los citados artículos sobre legítimas. De otro lado, debe recordarse que quien las debe puede anticiparlas a uno o más de sus legitimarios y que cuando esto sucede se procede como corresponde según el Art. 1243 y siguientes, esto es, no invalidándolas, sino trayéndolas a colación. Además, en su caso, habría que demostrar que han sido tan excesivas que menoscaban las legítimas rigorosas de uno o más de los legitimarios restantes, a fin de que éstas se completen. Pero bien se ve cuán distante está el presente caso de lo conducente a eso y de lo procedente a acciones tan distintas de la ejercitada.

Como segundo motivo formula el recurrente el cargo de error de hecho en la apreciación de las pruebas y el de consiguiente violación, de un lado, de los artículos 593, 597, 598, 601, 668, 693 a 704 y 721 del C. J.; y de otro, de los artículos 1740 y 1741 del C. C., al no reconocer la sentencia que están comprobados los fundamentos de la demanda.

Aquí se refiere a las declaraciones del crecido número de testigos interrogados a petición del demandante, según los cuales el señor Juan N. Manosalva manifestó o confesó que bajo la apariencia de la compraventa en cuestión lo que había hecho era dejar esos bienes a sus hijos del segundo matrimonio, porque a los del primero ya les había dado lo que les tocaba. El recurrente, trayendo en corroboración párrafos de la sentencia del tribunal en este sentido, halla comprobada así una donación, y sobre este pie acusa por no haberse declarado la simulación y consiguiente nulidad de la compraventa.

Lo dicho ya aquí respecto de donación bastaría para rechazar el cargo. A mayor abundamiento se agrega que en el mejor de los supuestos para el recurrente se tendría por confesión el dicho del vendedor Manosalva, y sabido es, por razones obvias de innecesaria exposición aquí, que la afirmación del vendedor sobre que fue simulada la venta que hizo, no basta ni puede bastar para que tal simulación se repute legalmente acreditada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el veinticuatro de marzo del año en curso.

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 DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—AVALUO PERICIAL

El artículo 721 del C. J. no manifiesta que el avalúo debe hacerse por los dos peritos principales, sino que puede realizarse por éstos o por un principal y el tercero, quien emite su opinión sobre los puntos en que los principales discuerden. De modo que si el dictamen de un perito principal es debidamente fundado y explicado y a él adhiere el tercero, ese dictamen es uniforme y hace plena prueba. El sentenciador debe fijar el importe en cantidad líquida o al menos establecer las bases de la liquidación, por mandato del inciso 1º del artículo 480 del código judicial.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Rodolfo Medina N. instauró contra Higinio Mera juicio ordinario sobre resolución de un contrato e indemnización de perjuicios. El Juzgado Primero del Circuito de Pasto, ante el cual se surtió la primera instancia, decidió el 3 de julio de 1940 de modo adverso al actor. Tramitada por apelación de éste la segunda, el Tribunal Superior de allí falló el 29 de marzo de 1941 revocando aquella sentencia y haciendo las declaraciones demandadas; pero dejando la fijación de los perjuicios para la ejecución de la sentencia.

Ambos litigantes recurrieron en casación. Como Mera no fundase su recurso, éste quedó desierto y así se declaró en providencia oportunamente ejecutoriada. Medina fundó el suyo, al cual, en fuerza de lo antedicho, ha de concretarse el presente fallo.

Los antecedentes se sintetizan así: por escritura número 109, otorgada ante el Notario 2º de Pasto el 15 de marzo de 1935, los actuales litigantes celebraron un contrato de mutuo con plazo de 5 años y principal de $ 3.000 que dio Mera a Medina, quien en seguridad le hipotecó los fundos La Pradera, El Cajón y La Montaña del distrito de Funes y se los entregó en anticresis. Pactaron compensación de los intereses del dinero con los frutos de las fincas, los que calificaron de cánones de arrendamiento.

Quejándose de que Mera había abandosado casas y cercas, destruído los bosques y arrasado las plantaciones de naranjos, cafetos y otros árboles, y de que llegó al extremo de hacer usurpar por un tercero parte de las propiedades de Medina, formuló éste la demanda inicial del presente juicio en solicitud de las aludidas declaraciones, las que, como ya se dijo, hizo el tribunal, tal como se discrimina en seguida.

Como la primera de las solicitudes de la demanda versa sobre resolución del contrato, el tribunal advierte que el de mutuo no la admite por ser unilateral y el de hipoteca, tampoco en este caso, por estar aún vigente la obligación garantizada, y limitándose por tanto al de anticresis, acerca del cual observa que por su naturaleza, a la manera del de arrendamiento y de sociedad en que no es posible volver las cosas a su estado anterior, no es susceptible de resolución propiamente dicha, pues en ellos la resolución implica sólo terminación o extinción con la correspondiente indemnización de perjuicios. En el numeral primero de la parte resolutiva declara

disuelto el contrato de anticresis celebrado en la ya citada escritura de 1935.

El numeral 2º de esa misma parte resolutiva ordena a Mera entregar a Medina los bienes objeto de esa anticresis, como consecuencia de la declaración anterior.

El numeral 3º condena a Mera a pagar a Medina los perjuicios causados por su negligencia, por la destrucción de la montaña, por los deterioros en las casas, en los árboles frutales y en los cierros de aquellos fundos.

En el numeral 4º remite a las partes al artículo 553 del C. J., para la precisión y fijación de esos perjuicios.

En el 5º advierte que las precedentes declaraciones no afectan el contrato de mutuo ni la seguridad hipotecaria.

Y el 6º dice: "No hay condenación en costas".

Medina expresa su asentimiento a todo ello, sin más salvedad que la relativa al punto 4º, a que ya se aludió: que pasa a estudiarse y que constituye hoy el único cargo en casación contra el fallo recurrido.

Acusa de violación de los artículos 480, inciso 1º y 2º, y 553 del C. J., por aplicación indebida y errónea interpretación, y de los artículos 480 inciso 1º, 721, 722, 730 y 731 del mismo código, por infracción directa. A aquella violación se llegó por error manifiesto de hecho y por error de derecho en la apreciación de la inspección ocular y del avalúo pericial rendido con motivo de ésta y perfeccionado o completado con la tramitación de ley.

El tribunal reclama contra el modo de practicarse la inspección ocular, en cuanto el acta respectiva no expresa el examen y reconocimiento que para juzgar con más acierto hace el juez, según las propias palabras del artículo 724 del Código Judicial, al precisar la finalidad de ese medio probatorio; de manera que en aquella no se produjo en realidad otra prueba que el experticio habido con motivo de diligencia mal llamada así inspección ocular.

Justo reparo. Por negligencia, inadvertencia o cualquiera otro motivo, suele dejarse de hacer o, al menos, de anotar en el acta ese reconocimiento directo del juzgador, y la diligencia solicitada y decretada como inspección ocular se reduce al dictamen pericial. Desgraciadamente se incurre con frecuencia en este error que priva a la administración de justicia de preciosísimo elemento probatorio.

Con todo, el tribunal halló y explícitamente declaró comprobadas las faltas de Mera y el consiguiente perjuicio para Medina con el abandono de casas y cierros, el destrozo de la montaña y la destrucción de los árboles frutales. Por tanto, siendo Medina recurrente único, el problema que como tal presenta a la Corte se circunscribe al avalúo.

El valor total de los perjuicios en cuestión lo señaló uno de los peritos principales en $ 95 y el otro en $2.130. A éste adhirió el tercero.

El tribunal no acepta este último dictame atribuyéndole contradicción al perito con lo que dijo cuando como testigo declaró después de rendirlo, y además y principalmente, por no estar aquel explicado ni fundamentado al limitarse el perito tercero a adherir al concepto del aludido principal.

Aquella contradicción no se encuentra al confrontar el testimonio y el dictamen referido. Hay diferencia entre la extensión de lo desmontado por unos aparceros y la indicada por los peritos; mejor dicho, acerca de esa extensión hay discrepancia entre la indicada por estos y la calculada por aquellos. Bien se ve que esto es cosa muy distinta de que el perito mismo se contradiga.

Al adherir él al principal aludido, lo hace manifestando que ello es "en todas y cada una de sus partes". Suficiente fundamentación, obrando ya en autos ese dictamen del principal, sobre cuya explicación no hizo reparo el tribunal, ni cabría hacerlo, porque este perito da la razón de su dicho en cada una de las partidas o sumandos con que llega a la cifra total ya mencionada.

Además, consta que el tercero también

concurrió a la inspección ocular y observó uno a uno los detalles necesarios para instruirse. Esto lo pone él de presente al adherir; y cuando declaró más tarde como testigo sobre cada uno de esos detalles, hizo ver con sus respuestas el por qué de sus aludidas apreciaciones.

Así las cosas, hay error en rechazar su dictamen.

Este error significa quebranto del artículo 721 citado, cuyo inciso primero dice: "Cuado se trata de avalúos o de cualquiera regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba".

En el sentido que acaba de expresarse contiene conceptos la sentencia de esta Sala de 20 de Junio último, cuya publicación en la Gaceta Judicial corresponderá a la primera entrega del Tomo LII.

En providencia de 14 de Junio de 1938 (G. J. Tomo XLVI, pag. 787) la Corte, refiriéndose con motivo de un avalúo pericial al inciso 1º del artículo 721 en cita, observa que esta disposición "no manifiesta que el avalúo debe hacerse por los dos peritos principales, sino que puede realizarse por éstos o por un principal y el tercero, quien emite su opinión sobre los puntos en que los principales discuerden. De modo que, si el dictamen de un perito principal es debidamente fundamentado y explicado y a él adhiere el tercero, ese dictamen es uniforme y hace plena prueba".

El sentenciador debe fijar el importe en cantidad líquida o al menos establecer las bases de la liquidación, por mandato del inciso 1º del artículo 480 del C. J., cuyo inciso 2º agrega: "Sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hace la condena a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia"; y al reglamentar esta ejecución, el mismo Código establece el procedimiento del citado artículo 553.

Como se ve, esta disposición fue indebidamente aplicada.

Lo dicho significa que la sentencia recurrida, en la parte que lo está, debe infirmarse y reemplazarse por decisión cuya motivación queda también expuesta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el veintinueve de marzo del año en curso, en forma que, permaneciendo ella vigente en todo lo demás, el numeral de su parte resolutiva que ha sido materia del presente recurso de casación queda así:

4º Como valor de esos perjuicios pagará Higinio Mera a Rodolfo Medina en Pasto, dentro de los seis días siguientes a la notificación del auto del Juzgado de origen sobre obedecimiento y cumplimiento de la presente sentencia, la cantidad de dos mil ciento treinta pesos ($ 2.130).

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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 DE BIENES SOCIALES HECHA POR UNO DE LOS CONYUGES PARA LA SOCIEDAD, CONFORME A LA LEY 28 DE 1932. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA POR EL JUZGADOR

1.—Ha sido permanente doctrina de la Corte la de que la demanda es susceptible de interpretación y que los juzgadores deben relacionar todos los elementos que la integran, sus pedimentos, sus razones jurídicas o fundamentos de derecho y sus hechos fundamentales, en busca de la verdadera intención del actor para determinar la naturaleza y especie de la acción incoada y estar especialmente a ella cuando no pugne abiertamente con el contexto del libelo original.—2.—Por haber perdido el marido, según la Ley 28 de 1932, el carácter de jefe de la sociedad conyugal y, por lo tanto, el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre los bienes de la vieja sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Significa esto, de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, y que si uno de los cónyuges ha vendido una finca raíz perteneciente a la sociedad conyugal, sin autorización del otro, éste tiene expedita la vía de la reivindicación a favor de la sociedad. La mujer, como socia y como partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad e inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad, porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Son antecedentes de esta controversia judicial los siguientes hechos que se extractan de los fundamentales de la demanda:

Durante la sociedad conyugal formada entre Ricardo Gaviria y Ana Francisca Villa por efecto del matrimonio católico que ellos contrajeron en el año de 1902, por medio de escritura pública número 898, otorgada el 3 de septiembre de 1911 ante el Notario público del Circuito de Armenia, Ricardo Gaviria compró a Juan Prudencio Martínez un lote de terreno denominado el "Tesorito", en jurisdicción municipal de Montenegro, alinderado como allí se dice.

En el año de 1933, ilíquida la sociedad conyugal y sin autorización ni intervención de la cónyuge Villa, su esposo Ricardo Gaviria, obrando por sí solo y como dueño exclusivo, por medio de la escritura pública número 533 de fecha 19 de octubre del año citado, pasada ante el Notario 2º del Circuito de Armenia, vendió a Andrés López dos lotes o parcelas de la finca "El Tesorito", por los linderos especiales que se señalan en el instrumento escriturario.

Con apoyo en estos hechos y en la razón jurídica de que los lotes enajenados

por su marido son de la sociedad conyugal ilíquida cuya gerencia ya no corresponde exclusivamente al esposo y con exhibición de las escrituras públicas precitadas, Ana Francisca Villa, en libelo fechado el 1º de marzo de 1939 y dirigido al Juez Civil del Circuito de Armenia, demandó a Ricardo Gaviria y a Andrés López para que en la sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que carece de valor legal alguno el contrato de compraventa celebrado entre los señores Ricardo Gaviria y Andrés López, por la escritura pública número 533 del 19 de octubre de 1933, otorgada en la Notaría 2ª de Armenia;

"b) Que, en consecuencia, se ordene la cancelación del registro de la mencionada escritura, verificado en la extinguida oficina de registro de Montenegro, en el libro 1º bajo la partida Nº 398 y a los folios 303 a 304;

"c) Que se condene al señor Andrés López a restituir a la sociedad conyugal formada por el matrimonio católico celebrado entre Ricardo Gaviria y Ana Francisca Villa, los dos lotes o parcelas de terreno por los linderos que se dejaron transcritos en el numeral 3º, dentro del término legal o del que usted determine;

"d) Que se condene al señor Andrés López a la restitución de los inmuebles dichos, libres de gravámenes;

"e) Que se condene al nombrado señor López al pago, a la sociedad coyugal, de los frutos naturales y civiles percibidos o podidos percibir desde que ha tenido los inmuebles en su poder hasta que verifique la restitución o entrega;

"f) Que debe pagar los perjuicios a la sociedad conyugal ilíquida, cuya cuantía se determinará por peritos".

Contestada la demanda por el demandado López solamente y practicadas las pruebas aducidas en la instancia, profirió sentencia definitiva el Juzgado del Circuito el 3 de abril de 1940, en la cual se decidió que no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas y se absolvió, por tanto, a los demandados de todos los cargos formulados en la demanda.

Sentencia acusada

Subió el negocio al Tribunal Superior de Pereira por recurso de apelación oportunamente interpuesto contra el fallo del Juez del Circuito por la parte demandante, y ante esa Superioridad se tramitó el segundo grado del juicio que finalizó con la sentencia de 27 de febrero del año en curso, en la cual se confirmó la absolución de los demandados por haberse hallado demostrada la excepción perentoria de petición de un modo indebido. No se hizo condenación en costas.

En esta sentencia, que apenas llena una página, no se hace ningún estudio probatorio del expediente ni de la cuestión de fondo que se ha agitado en el pleito. El Tribunal se detuvo en la interpretación del primer pedimento de la demanda y consideró que en este caso se ha ejercitado una acción de nulidad contractual, que es vía inconducente para obtener el reingreso al patrimonio de la sociedad conyugal ilíquida en 1º de enero de 1933, de los bienes sociales enajenados por acto exclusivo del marido, caso éste constitutivo más propiamente de venta de cosa ajena que da acción directa de reivindicación, pero que es válida dentro de nuestro sistema jurídico.

En el siguiente aparte del fallo acusado está comprendida toda la fundamentación que sirvió al Tribunal para declarar probada la excepción de petición de un modo indebido:

"Sin entrar en el análisis probatorio del negocio, aceptándose que en realidad ha ocurrido el hecho principal que motiva la demanda se tiene lo siguiente: de exigir el negociado conforme a los hechos expuestos por el apoderado de la parte demandante, es decir, si ha ocurrido la venta de un bién perteneciente a la sociedad conyugal, sin consentimiento de uno de los cónyuges, no es procedente la primera petitoria del libelo de demanda ni, lógicamente, las consecuenciales. De haberse operado la venta en las circunstancias enumeradas en el memorial de demanda se tendría entonces una venta de cosa aje-

na, la que, según nuestra ley positiva es válida. Claro está que esta validez es sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño pero entonces la acción que a éste correspondería sería la de reivindicación y no la de invalidez del contrato porque, como se ha dicho, la venta de cosa ajena vale..."

El recurso

El apoderado de la actora Ana Francisca Villa acusa la sentencia del Tribunal en el recurso de casación que hoy se decide después de agotar sus trámites especiales, y que se fundó con apoyo en los dos primeros motivos de los que enumera el artículo 520 del Código Judicial. De estos dos motivos, fundados en idénticas consideraciones, la Sala deja de lado el referente a inconsonancia de la sentencia con las oportunas pretensiones de los litigantes, que en realidad no existe, y se reduce al estudio de la acusación por quebranto de ley sustantiva como consecuencia de errores en la interpretación de la demanda, por encontrar en esta causal aducida en casación suficiente mérito para la infirmación del fallo definitivo de segunda instancia.

Afirma el recurrente que el Tribunal cometió un error de hecho evidente en la interpretación de la demanda al considerar que la acción ejercitada por Ana Francisca Villa en nombre e interés de la sociedad conyugal ilíquida formada por su matrimonio con Ricardo Gaviria es una acción de nulidad de la compra-venta consignada en la escritura pública número 533 de 19 de octubre de 1933, celebrada entre los dos demandados, y no como lo es en realidad una acción reivindicatoria o de dominio en favor de la sociedad conyugal, respecto de la cual el precitado contrato no puede tener valor ni efectos legales, ejercitada por uno de los cónyuges con el objeto de que vuelva al patrimonio social un bién que es de propiedad de la sociedad matrimonial y ajeno respecto de cada uno de los cónyuges mientras no le sea especialmente adjudicado en la liquidación social. Esta interpretación equivocada de la demanda, constitutiva de un error de hecho, indujo al Tribunal a la violación de las disposiciones sustantivas contenidas en los artículos 946, 950, 961, 1774, 1781 y 1871, entre otros, del C. C. y 7º de la Ley 28 de 1932.

Este cargo, dirigido contra el único soporte de la sentencia, es el exclusivo tema pertinente de la casación. Los demás que contiene la demanda sobre pretendidos errores de hecho en la apreciación de las pruebas relacionadas con el matrimonio de la actora y el demandado Gaviria y sobre escrituras y fechas de adquisición de los inmuebles cuestionados carecen de toda pertinencia, puesto que dado el planteamiento que el Tribunal hizo del problema del pleito para resolverlo sin necesidad de ninguna consideración probatoria ni de fondo, es claro que no estuvo en posibliidad de incurrir en yerros sobre cuestiones y elementos procesales que no estuvieron a su consideración.

Se pasa a estudiar el cargo.

Ha sido permanente doctrina de la Corte que la demanda es susceptible de interpretación y que los Juzgadores deben relacionar todos los elementos que la integran, sus pedimentos, sus razones jurídicas o fundamentos de derecho y sus hechos fundamentales, en busca de la verdadera intención del actor para determinar la naturaleza y especie de la acción incoada y estar especialmente a ella cuando no pugne abiertamente con el contexto del libelo original. La consideración integral y la concatenación de las diversas cláusulas y factores de la demanda que dio origen y objeto al litigio que hoy ocupa la atención de la Sala, no deja duda sobre que el propósito, no contradicho ni desvirtuado por los términos del libelo, fue el de ejercitar una acción reivindicatoria en nombre y beneficio de una sociedad conyugal ilíquida para cuyo patrimonio se demanda la restitución contra quien aparece y es el actual poseedor del inmueble, junto con sus frutos naturales y civiles. Claramente consignada por la demandante está la razón jurídica en que

apoya su acción de dominio, y que no es otra que la falta de intervención o de consentimiento de la mujer, igualmente interesada que su marido en el haber social ilíquido para cuya disposición ya no tiene éste la capacidad y autoridad legal que tenía y que le permitía obrar sólo. Planteada está en el libelo, no como razón de nulidad sino como base de la reivindicación demandada, la cuestión de la validez de los actos jurídicos de disposición de bienes de antiguas sociedades conyugales que la Ley 28 de 1932 encontró formadas, sin la intervención conjunta de marido y mujer, y está sometida a decisión judicial como caso de venta de cosa ajena, que genera legalmente a favor del verdadero dueño la acción directa de reivindicación.

Consideradas así las cosas, el pedimento primero de la demanda, que el tribunal aisló desacertadamente en la consideración del litigio para ver en él una exclusiva acción de nulidad, contiene en realidad la explicación jurídica de la acción intentada por el dueño para recuperar su cosa vendida por otro, porque si es verdad que la venta de cosa ajena es valedera dentro de nuestro sistema civil como fuente de obligaciones personales, lo es sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por la prescripción, esto es, el contrato carece de valor y no produce efecto legal ninguno con relación al dueño mientras el lapso de tiempo, como dice el código, no extinga su dominio. Desde este ángulo de consideración está bien hallada la primera petición de la demanda que en nada desnaturaliza la acción reivindicatoria que la Sala encuentra bien configurada con todos sus elementos esenciales. El 5º y el 6º de los hechos aducidos como fundamentos de la acción, correlacionados con el resto del libelo inicial, alejan toda duda al respecto. Son del tenor siguiente:

"5º En el contrato referido no intervino la señora Ana Francisca porque, conforme dejé dicho antes, el señor Gaviria se propuso obrar por sí solo y en esa forma aceptó el comprador López sabiendo o debiendo saber que, por tratarse de la venta de un bien social, era tanto más indispensable la intervención de la cónyuge cuanto que, el señor Gaviria no era al tiempo de celebrar el contrato, representante legal de su mujer".

"6º Tanto el Sr. Gaviria como el Sr. López sabían o debían saberlo, que por tratarse de un bien de la sociedad conyugal ilíquida, la venta que hizo el primero al segundo recaía sobre cosa ajena, quedando a salvo los derechos del legítimo dueño, que es la sociedad conyugal premencionada, para reintegrarlo a su haber y para demandar perjuicios".

Incuestionable y manifiesto, según queda visto, el error de hecho en que el tribunal incurrió en la interpretación de la demanda, inductivo de la violación de las disposiciones legales atrás citadas, se impone la infirmación del fallo acusado y el pronunciamiento del que ha de reemplazarlo, a cuya notificación se destinan las consideraciones que siguen.

La viabilidad y procedencia de acciones como la instaurada en este juicio por Ana Francisca Villa han sido admitidas y consagradas por la jurisprudencia de la Corte Suprema en interpretación del nuevo estatuto de la mujer casada consignado en la Ley 28 de 1932. En sentencia de casación de fecha 20 de octubre de 1937 (G. J. Tomo XLV), en que jurisprudencialmente se fijó el alcance y significado de los principales aspectos de la reforma y que ha sido la base de posteriores decisiones en que se ha mantenido la doctrina, se escribió al respecto de la situación jurídica de las sociedades conyugales existentes cuando entró a regir la nueva ley:

"...Por haber perdido el marido, desde la fecha indicada, el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por lo tanto el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de los bienes de la vieja sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de

otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Significa esto, de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ocurrido ellos a verificar la distribución provisional de esa masa, conforme al derecho que les otorga el comentado artículo 7º.

"A la Corte esta doctrina se le presenta incuestionable y se impone ante el efecto inmediato que debe tener una ley encaminada a dar a la mujer capacidad plena, efecto que pugna abiertamente contra toda supervivencia del antiguo poder exclusivo del marido en relación con bienes sobre los que la mujer tiene también su derecho indubitable de socia.

"El mismo artículo 7º de la ley sirve para aclarar el alcance general del artículo 1º en el sentido explicado. El legislador, porque dispuso su alcance general, sin excepcionar a las sociedades constituídas antes, aun permitió la distribución extrajudicial de los bienes sociales, a fin de ofrecerles a los cónyuges un medio fácil de acomodarse al nuevo estatuto. De otra manera, si la masa de bienes de las viejas sociedades debiera continuar gerenciada por el marido solo el artículo sería incongruente con el artículo 7º, pues éste carecería de objeto. La científica interpretación de un cuerpo de normas debe ser siempre armónica, de modo que un precepto guarde relación con los demás y todos se concatenen y expliquen entre sí. Interpretando con entera desvinculación las dos suposiciones citadas, se rompe la armonía doctrinaria de la Ley 28, en fuerza de que resultaría exótico y sin razón el que de un lado se consagrara el principio de que un determinado orden de cosas continuara rigiéndose por normas abrogadas, y de otro lado se sentara un principio contrapuesto, dándose normas reguladoras para liquidar aquel estado de cosas.

"Todo el raciocinio precedente decide a la Corte a sostener como necesaria para la validez del acto jurídico, la intervención conjunta de marido y mujer en lo tocante a cualquiera disposición o administración de bienes, cuando estos pertenecen a las sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al Ar.t 7º. Naturalmente esta doctrina sobre invalidez de actos jurídicos ejecutados por uno solo de los antiguos cónyuges sin la intervención personal del otro o sin su mandato, no se aplicaría en algunos casos, como serían, por ejemplo, los relativos a disposición de títulos al portador; los regulados por normas peculiares, como, en sus casos, algunos instrumentos negociables (artículo 3 de la Ley 46 de 1923), y los en que se aplican determinadas doctrinas jurídicas que conduzcan excepcionalmente a la aludida validez...

"De todo lo dicho en la exposición anterior se desprende que la mujer, como socia y por lo tanto partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad e inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver".

El demandado López al contestar el traslado legal de la demanda sólo sugiere algunas dudas, ya aclaradas en los insertos anteriores, en punto de interpretación de la Ley 28 en torno a las cuestiones planteadas por el tránsito de regímenes patrimoniales en el matrimonio, y se opone a las pretensiones de la actora negando la existencia de la sociedad conyugal por no haber acreditado legalmente la celebración de su matrimonio con la prueba principal que exige la ley. Es verdad que esta prueba no se adujo al juicio, pero el matrimonio de la actora con el demandado Gaviria y consecuencialmente la socie-

dad conyugal de bienes Gaviria-Villa está probado completamente en una de las formas autorizadas por la ley.

En efecto; establecida la falta de la partida eclesiástica del matrimonio católico de Ana Francisca Villa y Ricardo Gaviria con el certificado expedido por el cura párroco de Montenegro, visible al folio 4 v. del cuaderno número 2, en que consta que no ha sido hallada a pesar de "que con suma diligencia buscó por segunda vez en los libros paroquiales", se adujo, de acuerdo con el artículo 395 del C. C., prueba supletoria directa, consistente en las declaraciones testimoniales rendidas con observancia de las formalidades legales por Virgilio Arias, Eulogio Angel, Nicolás Cadena y Francisco López N., quienes afirman haber presenciado el matrimonio católico que la demandante Villa contrajo con Ricardo Gaviria en el mes de septiembre de 1902 en la iglesia parroquial de Montenegro en presencia del cura de Filandia, quien ofició en el acto. Esta prueba es legalmente bastante para demostrar el matrimonio, sin el cual, por otra parte, sería inexplicable por inútil el ejercicio de la presente acción que no beneficia inmediata y directamente a la actora sino a través de la liquidación social con el deslinde de sus gananciales. Fuera de esta prueba supletoria directa a base de testigos presenciales del hecho constitutivo del estado civil, de los mismos testimonios puede deducirse, como corroborante, la prueba supletoria por posesión notoria del estado, en las condiciones y por el tiempo que determina la ley.

Acreditada fehacientemente la celebración del matrimonio desde el mes de septiembre de 1902 (no importa para el caso la determinación del día preciso), desde entonces se constituyó la sociedad conyugal Gaviria-Villa, a cuyo patrimonio, por virtud del título oneroso de la adquisición, ingresó la propiedad del terreno de El Tesorito, en jurisdicción del municipio de Montenegro, por compra que el marido Ricardo Gaviria hizo a Juan Prudencio Martínez según escritura pública número 898 de 3 de septiembre de 1911, otorgada en la Notaría del Circuito de Armenia, y a parte del cual se refiere la demanda reivindicatoria de este juicio.

Esta circunstancia muy importante de que los dos lotes que se alinderan en la demanda como materia de la reivindicación hacen parte del terreno de El Tesorito, de propiedad de la sociedad conyugal, fue objeto de comprobación plena con la inspección ocular practicada con intervención de peritos el día 17 de octubre de 1939, en la primera instancia y a solicitud de la demandante. En el acta correspondiente de esta diligencia, visible al folio 7 del cuaderno Nº 2, después de identificar los linderos correspondientes de los inmuebles, se dijo: "Hecho lo anterior, los peritos Quintero y Mejía de común acuerdo expusieron: en nuestra calidad de peritos y además como testigos puesto que conocemos desde hace muchos años, el terreno alinderado y de que trata la escritura número 808 de 3 de septiembre de 1911, podemos asegurar y lo aseguramos que dentro de este terreno se encuentra o quedan comprendidos los dos lotes últimamente alinderados y que según la inserción que se acompaña determina la escritura pública número 533 de 19 de octubre de 1933". No hay duda, por otra parte, sobre la identidad de los lotes que se reivindican con los poseídos por el demandado.

No inhibe el ejercicio de esta acción la circunstancia, puesta de manifiesto por el demandado al contestar el traslado de la demanda, de que el precio de la venta hecha por Ricardo Gaviria a Andrés López se aplicó al pago de una deuda de la sociedad conyugal a que estaba afecto el inmueble vendido parcialmente, ni es procedente la pretensión de que Ana Francisca Villa no puede reclamar sino la mitad del inmueble vendido puesto que la venta hay que entenderla válida en cuanto al derecho del marido, porque tanto en lo relacionado con el pago de la obligación como en la determinación del dominio de cada uno de los cónyuges en los bienes pertenecientes al patrimonio de la sociedad conyugal, solamente a través de la li-

quidación y partición social puede fijarse en el patrimonio particular de cada uno de los socios el dominio de determinado bién o la obligación de pagar determinada deuda. Mientras tanto, es el patrimonio de la sociedad conyugal ilíquida el vinculado exclusivamente por estas relaciones jurídicas.

Por no versar la acción, como claramente se dejó establecido, sobre declaración de una nulidad relativa, carece de todo fundamento la prescripción de la acción, alegada por el demandado en segunda instancia y con fundamento, como si se tratara de una acción rescisoria, en que han transcurrido más de cuatro años desde la celebración del contrato contenido en la escritura pública número 533 de octubre de 1933, hasta el 19 de marzo de 1939 en que le fue notificada la demanda.

Nada se estableció probatoriamente en el juicio sobre las mejoras a que el demandado aludió en su contestación de la demanda, de tal modo que habiendo quedado sin base ninguna este extremo, nada es procedente estatuír con relación a él en este fallo. Y en referencia a la calificación de la fe que corresponde a la posesión del demandado para determinar el alcance de su obligación restitutoria, nada existe tampoco en el proceso que ofrezca mérito probatorio suficiente a una calificación de mala fe con bastante valor para desvirtuar la presunción legal que a este respecto se establece.

Por lo que hace al pedimento, de perjuicios contenida en la súplica f) de la demanda, no encuentra la Sala en el proceso ningún fundamento de hecho ni de derecho que pudiera servir de apoyo y justificación a una obligación indemnizatoria por culpa, ni elemento probatorio ninguno sobre existencia de daños sufridos.

En mérito, pues, 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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del distrito Judicial de Pereira, de fecha 27 de febrero de 1941; revoca la de primera instancia pronunciada por el Juzgado del Circuito de Armenia el 3 de abril de 1940, y falla el pleito así:

1º Condénase al demandado Andrés López a restituír a la sociedad conyugal formada por el matrimonio católico de Ricardo Gaviria con Ana Francisca Villa, representada por ésta, seis días después de la notificación de esta sentencia, los dos lotes o parcelas de terreno que hacían parte de la finca "El Tesorito", determinados en el hecho 3º de la demanda y a que se refiere la escritura pública número 533 del 19 de octubre de 1933, de la Notaría 2ª del Circuito de Armenia.

2º Condénasele igualmente a pagar a la misma sociedad conyugal los frutos naturales y civiles de los inmuebles determinados en el numeral anterior, a partir de la contestación de la demanda.

3º No hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas en la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese. 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. — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

PERJUICIOS. — INFLUENCIA DEL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO SOBRE LA ACCION CIVIL POR REPARACION DEL DAÑO CAUSADO

1. El sobreseimiento definitivo, por disposición del artículo 33 de la ley 104 de 1922, antes vigente y hoy reafirmado por el 438 del Código de Procedimiento Penal, pone fin al proceso y tiene la autoridad de cosa juzgada. La influencia que en materia civil pueden tener las sentencias pronunciadas en el procedimiento criminal no se funda propiamente en el principio de la cosa juzgada, que en realidad jurídica no existe porque entre los dos procesos —el penal y el civil— no hay identidad de objeto, ni de causa jurídica, ni de personas. Se basa sobre todo en una suprema razón de orden público representada simbólicamente en el interés que tiene el Estado de que no sufra quebranto el imperio de su jurisdicción, proponiendo nuevamente a las autoridades civiles un hecho cuya existencia o significación judicial ya fue calificado con igual autoridad por otro funcionario adecuado de la jurisdicción pública. 2. La calificación jurídica de un homicidio inevitable y casual, realizado de manera involuntaria por parte de su autor, hecha en un fallo definitivo con autoridad de cosa juzgada, nó puede ser ignorada ni desconocida por los jueces civiles que, para declarar una condena civil por perjuicios, tendrían fatalmente que reconsiderar la culpa del victimario, para decidir sobre su obligación de indemnizar perjuicios. Pero conviene limitar el concepto para evitar erradas interpretaciones. La autoridad que tiene en lo civil la cosa juzgada en materia criminal está condicionada y limitada en razón de su fundamento mismo a lo que ha sido necesario y ciertamente decidido en la acción pública penal, a la materia o punto en que coincide el objeto procesal de ambas acciones, porque lo que la razón de orden público adscrito a la vida del Estado exige es que se evite la contradicción entre sus órganos jurisdiccionales. De aquí resulta que el juez civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. La sentencia definitiva absolutoria o el sobreseimiento de la misma índole en lo penal, pueden tener su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y definido en la ley penal, o en que el haz probatorio agregado al proceso criminal no es suficiente para demostrar la intención criminosa del acusado —animus nocenti— o en que tales probanzas no acreditan plenamente la comisión del hecho; y en todos esos casos tal sentencia o calificación definitiva no impide la posible prosperidad de la acción civil de resarcimiento, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o culpa civil o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal, para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado en esas especiales circunstancias. En ninguno de estos casos habrá colisión de jurisdicciones porque el fallo criminal ha dejado un campo de acción no cubierto por la autoridad de la cosa juzgada, a donde los jueces civiles podrían actuar para apreciar lo que concierne a su jurisdicción ordinaria y privativa. Pero cuando la providencia proferida por el juez penal, protegida por la presunción de verdad judicial, versó sobre el fondo del asunto sometido a su jurisdicción, sin dejar aspecto ni elemento alguno fuera de su estudio, apreciación y fallo, y no se funda en insuficiencia probatoria, en ese caso tal fallo sí impide por las elevadas razones de orden público ya dichas que ante otro juez se renueve la consideración y análisis de un hecho cuyo alcance y calificación jurídica ya fue esta-

blecida por el órgano judicial. Esta debida y necesaria coordinación de las dos jurisdicciones es la que precisamente viene a establecer el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, cuyo alcance e interpretación ha sido ilustrado por el artículo 29 de la misma Codificación. La ineludible concordancia que debe existir, por las razones ya dichas de orden público vinculado a la necesidad de evitar la anarquía de los fallos judiciales, entre el derecho penal y el derecho civil, impone la necesidad de acatar y respetar como definitiva y para todas sus consecuencias, la sentencia proferida por la jurisdicción del crimen en que se ha estatuído que determinado hecho, a la luz de un completo acervo probatorio, carece de los elementos esenciales para poderlo considerar jurídicamente como culpa. Si en otra ocasión, en el fallo de 14 de marzo de 1938, sentó la Corte una doctrina distinta de ésta, ello se debió y se explica por la circunstancia de que entonces no regía el artículo 28 de la Ley 94 de 1938, ni estaba en vigencia ese nuevo ordenamiento de procedimiento penal, que es precisamente el texto legal que sirve de fundamento a esta nueva doctrina.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Juicio ordinario

La señora Dolores Carrizosa de Crespo, cónyuge sobreviviente del señor Manuel Crespo Murillo, en nombre propio y en representación de sus menores hijas legítimas Cecilia, Dilia y Beatriz Crespo Carrizosa, en libelo repartido al Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá demandó en vía ordinaria a la señorita Elena Laserna Pinzón para que en sentencia definitiva se la declare civilmente responsable de la muerte de dicho señor Crespo y obligada en consecuencia a pagar a las demandantes los perjuicios materiales y morales causados a ellas con esa muerte; y subsidiariamente, que a consecuencia de esa responsabilidad por culpa civil debe pagarlos a la sucesión del mismo señor representada por las demandantes. Definiendo al justiprecio legal, los estimó en $ 72.000.00.

Invocó los Arts. 1494, 2341 a 2343, 2356 y sus concordantes del C. C. y el 53 de la Ley 153 de 1897. Entre los hechos fundamentales se destacan: la demandada conducía en esta ciudad el automóvil con placa Nº 1439 el 9 de octubre de 1936 y yendo por la carrera 13 de norte a sur a eso de las doce del día y bajo fuerte lluvia, después de atravesar la calle 15, reanudando su marcha interrumpida por el paso del tranvía, a unos veinte metros al sur, por esa carrera, atropelló al señor Crespo, quien murió a consecuencia del golpe dos días después. El automóvil no llevaba limpiabrisas, la señorita Laserna es miope, además no empleó los medios ni la diligencia o cuidado con que habría podido evitar el accidente.

Opuso excepciones dilatorias, entre ellas la de declinatoria de jurisdicción, fundada en que, atribuyéndosele un homicidio y estando en curso la actuación correspondiente en lo penal, no podía instaurarse o adelantarse la acción civil por separado mientras aquélla no estuviese decidida, por ser el caso del artículo 39 de la Ley 169 de 1896 en su inciso 2º. El Juzgado declaró no probadas las excepciones, en lo que insistió al fallar la reposición de la providencia respectiva, y el Tribunal, si bien en un principio revocó el auto del Juez, de que la excepcionante había apelado, acabó por infirmar su primera decisión y confirmar la dicha negativa, conceptuando como el Juez que el caso es el del inciso final de ese mismo Art. 39, porque la acción civil no se ha fundado en el concepto ni en la afirmación de delito penal, sino que declara y rieteradamente la actora la deduce de la responsabilidad civil proveniente de culpa.

El Juzgado 8º de este Circuito, a quien pasó el asunto en nuevo reparto, en su sentencia definitiva de 7 de octubre de

1939 declaró no probadas las excepciones perentorias y responsable a la señorita Laserna de la muerte del señor Crespo, por culpa civil, y por tanto la condenó a pagar a la sucesión de este señor los perjuicios materiales y morales demandados, cuya fijación remitió al cumplimiento de la sentencia. Como se ve, acogió el pedimento de la demanda subsidiaria y deshechó el de la principal, porque opinó que la indemnización no se debe a los demandantes personal y directamente, sino al occiso, o sea, a su sucesión o herencia.

La sentencia acúsada

Apelado ese fallo por ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá, una vez tramitada la segunda instancia, la cerró el 8 de noviembre de 1940, manteniendo del fallo apelado la declaración de responsabilidad de la demandada y la consiguiente condena antedicha; pero acogiendo la demanda principal y expresando no haber lugar, por lo mismo, a estudiar la subsidiaria, porque la indemnización se debe a las demandantes.

Ambos sentenciadores de instancia hallaron comprobada la muerte del señor Crespo por obra del referido golpe, así como la culpa de la señorita Laserna, pues no vieron en las pruebas de ella la inculpabilidad que tenazmente ha afirmado explicando lo sucedido como producto de la imprudencia de Crespo por atravesar la vía donde lo hizo, bajo la lluvia y rápidamente, por lo cual se resbaló y cayó en momentos en que ya pasaba el automóvil, sin que éste tuviera parte en su caída; y además que en tales circunstancias, presentadas inesperada y súbitamente, no le era dado a ella, como no le habría sido posible a nadie, detener instantáneamente su vehículo. Agrega que no hay culpa suya tampoco en no usar limpiabrisas en esa ocasión, porque cuando la lluvia es fuerte no impide ni disminuye la visibilidad, pues lava los vidrios y no los empaña, y que, llevando puestos los anteojos que corrigen o suplen su miopía, no hay motivo para traer ésta a cuento.

Al analizar la prueba pericial y la testimonial, a más de otras aducidas, ambas sentencias de instancia no encontraron la versión de la señorita Laserna acreditada en el proceso, sino que, a más de no destruír ella la presunción de culpa nacida de la peligrosidad de su actividad en referencia, a mayor abundamiento la parte demandante probó esa culpa; y hallaron que no acreditó la demandada tampoco el caso fortuito o la intervención de elemento extraño que o destruyese del todo ese concepto de culpa o redujese la reparación ante el artículo 2357 del Código Civil. De otro lado, ambos insistieron en la sentencia definitiva en lo que sobre jurisdicción quedó decidido en el incidente de excepciones dilatorias.

El recurso

El recurrente formula en casación numerosos cargos contra la sentencia del Tribunal; pero en atención a lo dispuesto en el artículo 530 del C. J., esta Sala habrá de limitarse a estudiar aquél que, a su juicio, debe prosperar por estar debidamente fundado y ser suficiente para infirmar el fallo que se revisa. Tal cargo puede concretarse así:

. . **Violación del artículo 33 de la Ley 104 de 1922 y 632 del C. J.** Este cargo se hace consistir en no haberse dado su pleno valor probatorio a la copia de las providencias judiciales que acreditan que en la actuación penal se pronunció por el Juzgado Superior y se confirmó por el Tribunal Superior un sobreseimiento definitivo en favor de la señorita Laserna, que tiene autoridad de cosa juzgada según ese artículo 33 y que obedeció al concepto de que el accidente se debió a falta de previsión de la víctima, por lo cual el homicidio fue voluntario y casual y cometido de una manera inevitable. Ese sobreseimiento, según lo pretende el recurrente, exonera de responsabilidad civil a la demandada.

Violación del artículo 28 de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal), en conformidad con el cual aquél sobre-

seimiento cerró la puerta a la acción civil. Agrega el recurrente que "como corolario obligado de la exposición anterior, se desprende que la sentencia dictada por el Tribunal está en desacuerdo con el derecho y con los hechos superabundantemente probados en el proceso por la parte que represento". Después cierra su demanda de casación condensando así su ataque: "el Tribunal incurrió en las violaciones indicadas al declarar no probadas las excepciones perentorias de petición antes de tiempo, incompetencia de jurisdicción e inexistencia de la obligación formuladas desde la contestación del libelo inicial".

Estudio del cargo

— I —

En relación con el sobreseimiento definitivo pronunciado a favor de la señorita Laserna, en el juicio criminal que se le siguió para investigar el homicidio de que fue víctima el señor Manuel Crespo Murillo, formula el recurrente dos cargos de error manifiesto de apreciación de dicha pieza, a saber: que se pasó por alto el valor probatorio de su copia, venida al proceso en forma legal, y que se le negó su alcance de sentencia. De ahí el concepto de que se violaron los artículos 632 del C. J., 33 de la Ley 104 de 1922 y 28 de la Ley 94 de 1938.

El sobreseimiento definitivo invocado por el recurrente lo dictó el Juzado 1º Superior de esta ciudad el 10 de febrero de 1938. Allí, a la página 69 del cuaderno 7º se lee este concepto, formulado después de una breve enumeración de las pruebas según las cuales la muerte de Crespo se debió a falta de previsión de este señor: "En consecuencia, si la sindicada ha demostrado que el hecho se realizó en las circunstancias anotadas en su indagatoria, tendremos un homicidio involuntario casual; de lo contrario, el delito tendrá la calidad de involuntario culposo". En seguida entra el Juzgado en un análisis de las pruebas y agrega: "Admitido que el homicidio que se estudia es involuntario y causal y cometido de una manera inevitable por parte de la sindicada, es el caso de dictar un sobreseimiento definitivo, al tenor de lo preceptuado en los artículos 1628 del C. J y 33 de la Ley 104 de 1922".

El Tribunal, en providencia de 10 de mayo de dicho año, comienza por describir sucintamente el accidente y en seguida transcribe la indagatoria de la señorita sindicada; luégo dice que se practicaron diligencias para esclarecer los hechos y que del examen de ellas "surge como más fundada la versión de que el accidente en referencia se debió a falta de previsión por parte del señor Manuel Crespo Murillo". Y agrega a continuación: "El análisis que de las pruebas hace el señor Juez es muy acertado". Con esta motivación el Tribunal confirma el sobreseimiento definitivo.

— II —

La influencia de un sobreseimiento definitivo sobre la acción civil, por reparación del daño realizado fue tema dilucidado por esta Sala en sentencia de 14 de marzo de 1938, (G. J. Tomo XLVI, páginas 211 y siguientes). Ahora el recurrente invoca una nueva norma procedimental que entonces no regía pero que ahora regula la materia, —el artículo 28 de la Ley 94 de 1938— y acusa el fallo recurrido por violación de esa regla procesal, sosteniendo que a su luz debe fallarse la presente causa y reconocerse, mediante su cumplimiento, que no cabe el ejercicio de la acción civil por perjuicios cuando el auto de sobreseimiento definitivo en lo penal ha declarado que la infracción no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima. Es entendido que el recurrente considera situado el caso de autos en el primero de estos tres eventos.

A primera vista surge la duda sobre si la palabra **infracción** está allí empleada tan sólo en su sentido jurídico de quebranto de la norma penal, o si está usada en su significado más amplio de cualquier hecho

realizado por el agente acusado de transgresor. Pero aun dejando a un lado esa duda respecto de su fiel y claro significado gramatical y jurídico y aún dándole cualquiera de las dos acepciones, es indudable que la acción civil queda paralizada por el sobreseimiento definitivo, en cuanto ésto declare, como en autos, que no hubo ni pudo haber infracción de la ley penal porque la supuesta infracción en que se funda no se ha realizado. Para que prospere el cargo del recurrente, como lo estima la Corte, se basa en las siguientes consideraciones.

El sobreseimiento definitivo, por disposición expresa del artículo 33 de la Ley 104 de 1922, antes en vigencia y hoy reafirmado por el 438 del mismo Código de Procedimiento Penal, pone fin al proceso y tiene la autoridad de cosa juzgada. La influencia que en materia civil pueden tener las sentencias pronunciadas en el procedimiento criminal no se funda propiamente en el principio de la cosa juzgada, que en realidad jurídica no existe porque entre los dos procesos —el penal y el civil— no hay identidad de objeto, ni de causa jurídica, ni de personas. Se basamenta sobre todo en una suprema razón de orden público representada simbólicamente en el interés que tiene el Estado de que no sufra quebranto el imperio de su juridicción, proponiendo nuevamente a las autoridades civiles un hecho cuya existencia o significación judicial ya fue calificado con igual autoridad por otro funcionario adecuado de la jurisdicción pública.

El homicidio culposo estaba definido y sancionado por el artículo 613 del Código Penal, vigente a la fecha en que se perpetró el hecho, como el efecto involuntario de una ligereza, descuido, imprevisión, falta de destreza, equivocación o contravención a reglas penales o policivas, que haya podido y debido evitar el agente transgresor. Demostradas tales circunstancias calificadoras del hecho, es un delito culposo o una culpa delictual, que el artículo 3 del C. P. define como "la violación imputable pero no maliciosa y voluntaria de la ley, por la cual se incurre en alguna pena".

El hecho que, como el de la muerte de Crespo Murillo, no ha podido ser previsto ni evitado, como así lo define y ubica el sobreseimiento definitivo, es evidente que escapa a la noción jurídica de la culpa y saliéndose de sus lineamientos legales entra a configurar lo que se denomina caso fortuito, que por su naturaleza está fuera de las normas legales que consagran y sancionan la responsabilidad penal y por ende la civil que pueda ser su consecuencia. Esta calificación jurídica de hecho inevitable, realizado de manera involuntaria por parte de su autor, hecha como está ya en un fallo definitivo con autoridad de cosa juzgada, no puede ser ignorada ni desconocida por los jueces civiles que, para declarar una condena civil por perjuicios, tendrían fatalmente que reconsiderar la culpa del victimario, para decidir sobre su obligación de indemnizar perjuicios.

Pero conviene limitar el concepto para evitar erradas interpretaciones. La autoridad que tiene en lo civil la cosa juzgada en materia criminal está condicionada y limitada en razón de su fundamento mismo a lo que ha sido necesaria y ciertamente decidido en la acción pública penal, a la materia o punto en que coincide el objeto procesal de ambas acciones, porque lo que la razón de orden público adscrito a la vida del Estado exige es que se evite la contradicción entre sus órganos jurisdiccionales. De aquí resulta que el juez civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas estas cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. La sentencia definitiva absolutoria o el sobreseimiento de la misma índole en lo penal, pueden tener su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y definido en la ley penal, o en que el haz probatorio agregado al proceso criminal no es suficiente para demostrar la intención criminosa del acusado —animus nocendi—, o en que tales probanzas no acreditan plenamente la co-

misión del hecho; y en todos esos casos tal sentenciamiento o calificación definitiva no impide la posible prosperidad de la acción civil de resarcimiento, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o culpa civil o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal, para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado en esas especiales circunstancias.

En ninguno de estos casos habrá colisión de jurisdicciones porque el fallo criminal ha dejado un campo de acción no cubierto por la autoridad de la cosa juzgada, donde los jueces civiles podrían actuar para apreciar lo que concierne a su jurisdicción ordinaria y privativa. Pero cuando la providencia proferida por el juez penal, protegida por la presunción de verdad judicial, versó sobre el fondo del asunto sometido a su jurisdicción, sin dejar aspecto ni elemento alguno fuera de su estudio, apreciación y fallo, y no se funda en insuficiencia probatoria, en ese caso tal fallo sí impide por las elevadas razones de orden público ya dichas que ante otro juez se renueve la consideración y análisis de un hecho cuyo alcance y calificación jurídica ya fue establecida por el órgano judicial.

Y esta debida y necesaria coordinación entre las dos jurisdicciones —la civil y la penal— es la que precisamente viene a establecer el nuevo texto, o sea el artículo 28 del nuevo Código de Procedimiento Penal, cuando dice: "La acción civil no podrá proponerse ante el juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquella se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

A juicio de la Corte, ilustra mucho el alcance e interpretación del texto transcrito el artículo 29 de la misma codificación, concebido en estos términos: "Cuando el sindicado haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado". Si, como es de rigor, se quieren armonizar y coordinar ambos preceptos que regulan idéntica materia y que están vertidos en el mismo capítulo de la Ley 94 de 1936, preciso es concluir que si siempre debe prosperar la acción civil cuando el sindicado haya sido condenado en el juicio penal, a **contrario sensu** no deberá prosperar ni proponerse dicha acción cuando por medio de fallo definitivo y ejecutoriado se haya declarado que la infracción en que aquella se funda no se ha realizado en las condiciones del artículo 28. El nuevo Código Penal ha conservado en materia de culpa el mismo concepto clásico, que no es diferente del de los positivistas. Esta noción de culpa aparece configurada sobre la idea de la imprevisión de lo previsible, sobre el concepto de la imprudencia. "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, o cuando confió imprudentemente poderlos evitar", dice la ley penal, y estas mismas nociones esenciales de descuido e imprudencia, son las que estructuran la culpa civil. La identidad de estos elementos constitucionales que le dan su naturaleza íntima y propia al concepto jurídico de culpa, trátese de la criminal o de la civil, hace indiferenciable en realidad la culpa como hecho jurídico, como fuente originaria de donde nacen, ellas sí inconfundibles, las dos acciones que se desprenden del hecho ilícito, la pública y la privada. Negligencia e imprudencia son factores esenciales de la culpa, de cualquier especie que ella sea como lo tiene precisado la doctrina desde hace mucho tiempo, y sobre la noción de culpa reposa todo nuestro sistema de responsabilidad civil. La ineludible concordancia que debe existir, por las ya dichas razones de orden público vinculado a la necesidad de evitar la anarquía de los fallos judiciales, entre el derecho penal y el derecho civil, impone la necesidad de acatar y respetar como definitivo y para todas sus consecuencias, la sen-

tencia proferida por la jurisdicción del crimen en que se ha estatuído que determinado hecho, a la luz de un completo acervo probatorio, carece de los elementos esenciales para poderlo considerar jurídicamente como culpa. Tal el caso de autos, en que, según las decisiones penales traídas en copias autorizadas al juicio, ha sido calificado como una ocurrencia irresistible y causal, lo que equivale a decir que fue un caso fortuito, el cual, como es bien sabido, es estéril para toda clase de responsabilidades. Completamente anormal resultaría que al frente del imperio de esta resolución que declaró la existencia de un caso fortuito, incompatible con la noción de la culpa aunque colindante con ella, viniera una sentencia a destruir esa calificación jurídica y darle la naturaleza y categoría de culpa deduciendo de las mismas pruebas ya apreciadas elementos y factores que fueron negados con autoridad plena.

Tiene establecida la jurisprudencia que la presunción de peligrosidad consagrada en el artículo 2356 del C. C., echa sobre el autor del daño la carga de probar, para exonerarse de la responsabilidad, que el accidente ocurrió por fuerza mayor, caso fortuito o por la intervención de una fuerza extraña. Pues bien, en el caso de estudio la copia del sobreseimiento definitivo en que está hecha la calificación como caso fortuito, puesto que allí están deducidos sus elementos de esencia —casualidad e irresistibilidad— debe valer, cuando menos, como prueba de una de las exonerantes legales de la responsabilidad.

Por consiguiente, es muy lógico que el sobreseimiento definitivo y ejecutoriado determinado y calificado por el hecho de no haberse realizado infracción de la ley penal en sus dos especies delictual y cuasidelictual o culposa produzca el resultado de impedir el ejercicio y prosperidad de la acción civil, tal como lo previene y consagra el artículo 28 de la Ley 94 de 1938 (nuevo Código de Procedimiento Penal).

La tesis que se sienta en este fallo tiene su antecedente en la sentencia de casación de 28 de septiembre de 1940, donde se dilucidó un caso similar en su configuración penal al de autos, y que a la letra dice: "La infracción, el hecho imputado al sindicado, no se ha realizado, dice la sentencia penal con autoridad de cosa juzgada. Esto ya no puede discutirse (la existencia del hecho), y menos contradecirse en un juicio civil. La sentencia de la jurisdicción criminal excluye **ipso-jure** en este estado, la civil".

"Pudiera arguirse que con las declaraciones recibidas en este juicio durante el término probatorio de la primera instancia, queda demostrada, contra lo evidenciado en el proceso criminal, la responsabilidad de Mesa como autor del daño sufrido por el demandante Castrillón. Se observa: si para efecto de demostrar una determinada responsabilidad, se adelanta la respectiva investigación criminal y ella termina después de evacuarse todas las citas que resulten, con un sobreseimiento definitivo a favor del sindicado, con fundamento en que éste no es autor del hecho ilícito, se repite, es de orden público respetar este estado de casos, porque de lo contrario surgirían a la relación social de unas mismas partes dos fallos contradictorios sobre una misma situación jurídica; y esto peca, no sólo contra la estabilidad y seriedad de las resoluciones firmes de los jueces, sino contra la letra del artículo 39 de la Ley 69 de 1896 que establecía que la acción civil para reparar el perjuicio ocasionado por delitos había de seguirse con absoluta sujeción al resultado de la acción penal, tal como lo establece y lo reafirma hoy el artículo 28 de la Ley 94 de 1938. En esta situación jurídica, las pruebas producidas en el pleito civil en demostración del hecho negado por la justicia penal, son legalmente ineficaces y por consiguiente inaceptables". (G. J. Tomo L, pág. 354).

Y sea la ocasión de expresar que si bien el suscrito magistrado ponente suscribió y aprobó el fallo de 14 de marzo de 1938, donde se sentaba una doctrina distinta de ésta, ello se debió y se explica por la circunstancia de que entonces no regía el artículo 28 de la Ley 94 de 1938, ni estaba en vigencia ese nuevo ordenamiento de procedimiento penal, que es precisamente el

texto legal que sirve de fundamento a esta nueva doctrina. Fuera de que aun sin existir esa circunstancia justificativa, un imperativo ético impone en todo caso al juzgador rectificar a tiempo cualquier yerro cometido de buena fe.

De lo anterior concluye la Corte que el tribunal en su sentencia incurrió en error de derecho al apreciar el valor probatorio del auto de sobreseimiento definitivo. Debido a tal error violó el artículo 28 de la Ley 94 de 1938. Por esa circunstancia, se impone la infirmación del fallo acusado en casación y al entrar la Corte a actuar como tribunal de instancia, son suficientes las razones antes expuestas para revocar la sentencia condenatoria de primer grado pronunciada contra la demandada.

Fallo

El mérito de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre da le República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior de Bogotá el día 8 de noviembre de 1940, y previa revocatoria de la proferida en primer grado por el Juez 8º Civil de este Circuito el 7 de octubre de 1939, absuelve a la demandada señorita Elena Laserna Pinzón de todos los cargos formulados en el libelo de demanda.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese, 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 ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO

El artículo 24 de la Ley 94 de 1938 dice: "La acción Civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal, se ejercerá dentro del proceso penal por la persona perjudicada o por sus herederos". Esta disposición encabeza el Capítulo 1º **De la acción civil,** del que hace parte el artículo 28. Es de estricta lógica que si la acción civil allí contemplada es la encaminada a resarcir el daño causado por la infracción de la ley penal, una sentencia absolutoria en lo penal o un sobreseimiento definitivo, que a tanto equivale, produzca el resultado de impedir tal acción cuando aquello se debe a no haberse realizado la infracción de la ley penal. Si no se produce la causa, no se produce el efecto.

Pero la circunstancia de no haberse hallado esa infracción en el proceso criminal no puede ser óbice a la indemnización demandada en función de la responsabilidad civil.

El ilícito civil es, por decirlo así, una entidad autónoma, con sus peculiaridades y, si se quiere, con su idiosincracia, que impide confundirlo con el ilícito penal, que también tiene las suyas. Cada uno debe juzgarse a su luz y tiene sus leyes propias y su propia jurisdicción. De ahí que la absolución en lo criminal no pueda reputarse cosa juzgada que impida ventilar lo atañedero a la responsabilidad civil por un daño causado.

Idem corpus, eadem conditio personarum, eadem causa petendi son los requisitos de la cosa juzgada. Y hay que reconocer la diferencia entre resarcir por la infracción de ley penal, que es a lo que se refiere el citado artículo 28 en relación con el 24 citado también, e indemnizar por obra de la responsabilidad establecida en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, que es netamente de este orden.

Estas últimas disposiciones figuran en el Título 34 del Libro 4º de este Código, y ni ellas ni las restantes del mismo, por más que algunas dejen a salvo la sanción penal en su caso, exige en manera alguna para que se produzca la acción civil en ellas establecida, que haya delito o siquiera que haya lugar a actuación en lo criminal.

La autoridad de este ramo busca lo atinente al mismo y, si no lo halla, absuelve; pero de esto no se deduce que por su lado y en su ramo la autoridad en lo civil no pueda estudiar la responsabilidad de esta precisa índole o que, si en su estudio la encuentra, no pueda pronunciar la indemnización consiguiente.

Claro es que unos y otros funcionarios han de mirar hacia un mismo echo o grupo de hechos; pero no impide que los puntos de vista desde los cuales los consideran no sean tan diferentes entre sí como corresponde a las dos categorías antedichas. De ahí que sus conclusiones puedan ser distintas y aun opuestas, sin que esto signifique en manera alguna contradicción en la autoridad judicial, desde el punto de vista estrictamente jurídico.

En el presente caso, por ejemplo, en lo criminal se halló un homicidio inevitable, y en lo civil se reconoció con el daño la obligación civil de indemnizarlo.

El Tribunal no halla imprudencia en el señor Crespo porque, quedando interpuesta la carrera 13 entre el sitio en que se hallaba y aquel a que se dirigía, intentara atravesarla sin esperar a que el piso estuviese seco o la lluvia hubiera cesado, como no halló imprudencia tampoco en la señorita Laserna porque en las mismas circunstancias que aquél recorriese con

su automóvil esa vía. El Tribunal sí halló culpa en esta señorita por las varias circunstancias que la sentencia anota, como no llevar limpiavidrios, no ir por su derecha, haber tenido tiempo y modo de frenar. Así declaró la responsabilidad y consecuencial obligación de la demandada. En manera alguna pudo hallar valla para esto el Tribunal en que en lo criminal se hubiera pronunciado sobreseimiento definitivo, siendo así que éste no obedeció a que el hecho no hubiera sucedido o de él no fuese autora esta señorita sino otra persona.

Adviértese esto, entre otras razones por la de que la sentencia de 28 de septiembre de 1940 que la presente cita como antecedente de lo que hoy ésta decide, no es en concepto del suscrito tal precedente en igual sentido, porque para no hallar entonces responsabilidad civil se tuvo en cuenta que el sobreseimiento había provenido de que el hecho mismo no se había realizado. Y bien se ve que esto es muy distinto de que, no habiendo duda ni discusión sobre el hecho en sí mismo, se controvierta sólo sobre la responsabilidad de su incuestionable autor.

El suscrito resume con lo antedicho las razones que lo fuerzan a salvar su voto separándose de sus colegas que hoy forman mayoría para la doctrina acogida en esta sentencia, y por lo demás se refiere a la de 14 de marzo de 1938, en cuya doctrina y conceptos insiste, reafirmándolos con larga meditación.

Si ésta lo hubiese conducido a la misma opinión de sus aludidos colegas, que siempre para él tanto significa y vale, esto le habría traído la complacencia de acompañarlos, a más de la que siempre procura el salir de un error.

Aunque para fundar este salvamento habría bastado la cita de la referida sentencia de marzo de 1938, quiere el suscrito destacar esta reflexión de entre las que allí se aducen: la posibilidad, por no decir certeza de que haya sobreseimiento definitivo en casos de la clase del de que se trata, hace pensar en la abrogación de hecho del citado Título 34 del Libro 4º del C. C., por obra del alcance de extintivo de la acción civil, genéricamente considerada, que se da al artículo 28 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Bogotá, noviembre 28 de 1941.

Ricardo Hinestrosa Daza.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESCALLON

El suscrito deja fijados sus puntos de vista, en este salvamento, respecto de la setencia que precede: Tal fallo se apoya principalmente en la interpretación del artículo 28 de la Ley 94 de 1938, y la interpretación estricta de esa norma, llevó a la mayoría de la Corte, lógicamente, a la conclusión de casar el fallo recurrido. Pero ante la posibilidad, nada remota de que con esa interpretación, pueda quedar abrogado, por lo menos en parte, el Título 34 del Libro 4º del Código Civil, como lo anota el otro Magistrado que salvó su voto, doctor Hinestrosa Daza, cree el suscrito que una interpretación jurisprudencial, de la norma citada, dentro de los principios generales de derecho, podrían dar quizá una resultante de mayor amplitud en la aplicación de dicho artículo y entonces podría desaparecer el peligro que anota el otro Magistrado disidente, conciliándose así las normas o los principios que informan la teoría de la culpa extracontractual, con lo que reza el discutido artículo 28 de la Ley 94 de 1938.

La Corte estudió muy a fondo y en varias sesiones este negocio y el suscrito sacó la impresión de que, con esa interpretación un poco más amplia, y dados los factores probatorios del proceso, que favorecen unos a la parte demandante y otros a la demandada, quizá hubiera podido llegarse a la solución de la compensación de culpas.

Bogotá, noviembre 29 de 1941.

Liborio Escallón

REIVINDICACION.—HECHOS DE LA DEMANDA.—REGISTRO DE LA PARTICION Y DE LAS HIJUELAS.

1.—De conformidad con el artículo 205 del C. J. los hechos básicos de la acción deben ir debidamente relacionados, con la conveniente separación, claridad y precisión en sus componentes, porque alrededor de ellos va a girar todo el debate judicial y el diálogo probatorio, comoquiera que tales hechos son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre la que habrá de rodar la controversia. Consecuente con esa regla procesal, indispensable para delimitar y circunscribir el pleito, el artículo 593 del C. J. sienta la norma de derecho probatorio de que toda decisión judicial en materia civil se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados de manera plena y completa según la ley. En forma tal que para obtener un fallo judicial conforme con las pretensiones de la parte actora y acorde con el derecho sustantivo, invocado, es indispensable no sólo definir y concretar la *causa petendi*, sino también enumerar los hechos fundamentales en el libelo con la debida separación, claridad y precisión.—2.—Tanto el trabajo de partición en un juicio de sucesión como las hijuelas correspondientes deben registrarse en el libro de causas mortuorias de la oficina de Registro correspondiente al lugar de la situación de los inmuebles adjudicados, de conformidad con el artículo 2654 del C. C. La forma como debe hacerse ese registro la indica el artículo 2662 del C. C., en armonía con el 2659 ibídem, y debe hacerse en el libro de causas mortuorias, por disponerlo así el 38 de la Ley 57 de 1887. La consecuencia que se deriva de la falta de registro de esas piezas la determina el artículo 2673 del mismo Código.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1. Por escritura pública número 11, de 16 de enero de 1922, el señor Carlos Alzamora Mier vendió al señor José María Leiva los derechos sucesorales que tenía como heredero de la señora Isabel Mier de Cotes.

2. Por escritura pública número 3137, de 31 de diciembre de 1925, de la Notaría 2ª de Barranquilla, se protocolizó el juicio de sucesión de doña Isabel Mier de Cotes y en dicho instrumento aparece adjudicada la misma casa que es materia de este proceso a la señora Soledad Alzamora de Maya y al actor José María Leiva, de modo que actualmente no se sabe quién es el verdadero titular por modo sucesoral.

Juicio ordinario

En libelo fechado el 1º de julio de 1936 José María Leiva demandó a los señores Victoriano Torres, María de Lourdes, Digna América, Carlos, Alfredo y Rafael Alzamora, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se condene a dichos opositores a lo siguiente:

a) A restituír al actor Leiva una casa de material con techo de tejas, situada en la calle del Pozo de la ciudad de Santa Marta por los linderos allí especificados; b) A restituir a Leiva los frutos civiles de dicha casa y no solamente los percibidos sino los que hubiera podido percibirse con mediana inteligencia y actividad, desde la contestación de la demanda; y c) A pagar al actor las costas del juicio en caso de oposición.

Una de las objeciones que la parte demandada hizo a la demanda es la de que ella no contiene la enumeración de los hechos generadores del derecho que se pretende, o en otros términos, que no figuran allí los hechos procedentes en que habrá de fundarse la decisión judicial. Arguye el demandado que la deficiencia anotada acarrea indefectiblemente la pérdida de la acción.

En efecto, el libelo inicial sólo contiene la enumeración de estos dos hechos: "1º Soy dueño de la casa determinada en la parte petitoria de esta demanda. 2º Los demandados María Victoria Alzamora, Digna América Alzamora, Carlos Alzamora, Alfredo Alzamora y Rafael Alzamora, se encuentran actualmente en posesión de la casa cuya reivindicación demando".

El Juzgado Unico del Circuito Civil de Santa Marta conoció de la primera instancia y le puso fin en sentencia de 2 de noviembre de 1933, en la cual condenó a los demandados a restituirle al actor Leiva tanto la casa reivindicada de la calle del Pozo de aquella ciudad, como los frutos civiles, desde la fecha de la contestación de la demanda. No hizo condenación en costas.

La sentencia acusada

En virtud de apelación de los demandados subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, entidad que por medio de la sentencia de segundo grado fechada el 12 de diciembre de 1940 revoca la apelada de primero y en su lugar absolvió a los demandados de todos los cargos formulados en el libelo.

Dos argumentos expone el tribunal para su fallo absolutorio. Es el primero que "en la demanda del señor Leiva no se procedió como antes se indica, en cuanto a la enumeración de los hechos generadores de su derecho de dominio sobre la casa materia de la reivindicación; simplemente se hizo la enunciación de tal derecho, lo que equivale a la omisión total de los hechos. Así las cosas, si bien es cierto que en el curso del juicio se trajeron pruebas para acreditar que el señor Leiva compró los derechos herenciales del señor Carlos Alzamora de Mier en la sucesión de su señora madre Isabel Mier de Cotes, lo cual constituye un acto de hecho jurídico, y si vino al juicio asimismo la adjudicación que luégo se hizo a Leiva de la casa litigada, no es lo menos también que el aludido hecho o acto jurídico no se expuso en la demanda y, por lo tanto, no puede servir para fundamentar en él el fallo sobre el dominio que se alega".

Pero admitiendo el tribunal que en el libelo si se hubiera expresado la **causa petendi**, sostiene que las pruebas exhibidas por el actor no demuestran el dominio que alega, debido a que la copia de la escritura número 3137 tiene dos notas de registro efectuados el 15 de noviembre de 1925 en el libro de causas mortuorias y de 10 de marzo de 1926 en el libro número 1º de la oficina de Santa Marta. Pero el primero de tales registros, según aparece del certificado del registrador y de la inspección ocular practicada por el magistrado ponente, solamente se refiere a la sentencia aprobatoria de la partición, pero no al registro de la partición misma. Concluye el tribunal que de conformidad con terminantes textos legales, como son los artículos 2659, 2662 y 2673 del C. C., y con numerosos fallos de casación de esa Corte, la falta de registro del trabajo de partición y de las respectivas hijuelas de adjudicación de inmuebles hace que no se haya realizado la tradición jurídica e inscrita de los bienes raíces adjudicados; de donde se deduce que el actor no ha probado su dominio sobre el bien raiz que pretende reivindicar.

El recurso

Contra el mencionado fallo del tribunal interpuso recurso de casación el actor y lo acusa por el motivo primero consagrado en el artículo 520 del C. J. De esta manera presenta los dos cargos que hace, respectivamente, a los dos argumentos que sirven de basamento a la sentencia.

..Primer cargo.—Interpretación errónea del artículo 205 del C. J., lo que condujo a la violación directa de los artículos 737, 738, 739 y 593 del C. J. Sostiene el recurrente que en la parte petitoria se encuentra debidamente singularizado el inmueble y el tribunal falla gravemente al pretender que los hechos de la demanda contengan las narraciones y explicaciones jurídicas e históricas de las diferentes tradiciones de dominio que ha recibido el inmueble materia de la reivindicación. Agrega que lo exigido por la norma procesal del artículo 205 del C. J. es que se exprese con claridad y precisión en el libelo los hechos u omisiones que ha de ser dentro del litigio la base de lo pedido y esas dos características que deben reunir los hechos fundamentales se hayan contenido en la demanda, sin necesidad de entrar a espacificaciones o detalles que bien pueden luégo comprobarse plenamente en el juicio. Concluye que la demanda si reune los requisitos exigidos por la ley, en cuanto a la especificación clara y precisa de los hechos.

La Corte considera:

El artículo 205 del C. J. consagra el principio general de técnica procesal de que toda demanda judicial debe contener, entre otros requisitos importantes, lo que se demanda o sea la causa petendi, expresándose con claridad y precisión los hechos u omisiones en que se funde.

De conformidad con esa norma los hechos básicos de la acción deben venir debidamente relatados, con la conveniente separación, claridad y precisión en sus componentes, porque alrededor de ellos va a girar todo el debate judicial y el diálogo probatorio, como quiera que tales hechos son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre qué habrá de rodar la controversia.

Consecuente con esa regla procesal, indispensable para delimitar y circunscribir el pleito, el artículo 593 del C. J., sienta la norma de derecho probatorio de que toda decisión judicial en materia civil se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados de manera plena y completa según la ley. En forma tal que para poder obtener un fallo judicial conforme con las pretensiones de la parte actora y acorde con el derecho sustantivo invocado es indispensable no sólo definir y concretar la causa petendi, sino también enumerar los hechos fundamentales en el libelo con la debida separación, claridad y precisión.

Es evidente que en el libelo inicial de este pleito no se cumplió a cabalidad con ese deber por la parte demandante, porque omitió la relación completa de los hechos que sirven de jalones y de sustentáculo al derecho de dominio alegado en juicio. Los dos hechos relacionados en la demanda constituyen más bien, como lo dice el tribunal, la enunciación del derecho sustantivo invocado. Pero de esta omisión o deficiencia no puede deducirse que la demanda, por esa exclusiva circunstancia, sea inepta, ya que la parte petitoria está bien delimitada y los hechos expuestos sí permiten abrir respecto de su contenido el debate probatorio atañedero al derecho de dominio que alega el actor Leiva. Enunciado tal derecho bajo la forma de un hecho, tal enunciación presentada como un hecho fundamental permite exhibir las pruebas pertinentes y autoriza al juzgador para apreciar y calificar su conducencia y operancia.

Lo contrario equivaldría a interpretar los dos textos procesales citados con un rígido criterio exegético, que no se compadece con la intención ni con el pensamiento del legislador, quien sólo aspira a fijar de manera conveniente los límites del debate judicial dentro de las pretensiones

del actor y de la defensa, para no hacer inocuo e indefinido el diálogo probatorio.

Fuera de lo dicho, en caso de que la demanda no reuniera los requisitos exigidos por el artículo 738 del C. J., en relación con el 205, era deber del juzgador del primer grado rechazarla; pero una vez admitida y tramitada, resulta extemporáneo alegar con posterioridad esa circunstancia. Además, el demandado bien pudo presentar esa tacha, en su oportunidad, bajo la forma técnica de una excepción dilatoria.

Síguese de lo expuesto que el tribunal erró en la interpretación de esas normas procesales. Pero como la sentencia acusada en casación contiene en su parte expositiva otros argumentos jurídicos que le sirven de base y de soporte para la decisión absolutoria en ella adoptada, cumple la Corte con el deber de rectificar por vía de doctrina tal error sin que la existencia de éste, por la circunstancia anotada, haya de conducir fatalmente a la infirmación del fallo recurrido.

Segundo cargo.—Acusa al fallo por haber incurrido el tribunal sentenciador en error de hecho manifiesto y de derecho debido a apreciación errónea y falta de apreciación de las pruebas referentes al registro de propiedad del demandante, las escrituras públicas y los certificados de registro, violando con ello los artículos 946, 947, 669, 756, 759, 785, 789, 980, 2652, 2653, 2654, 2673 y 2674 del C. C.; y 38 de la Ley 57 de 1887.

Sostiene el recurrente que son erradas, por un lado, las apreciaciones que el tribunal hizo de las inscripciones del registro que presentan las escrituras; y por el otro, hubo falta de apreciación de las certificaciones del registrador de instrumentos públicos, de las cuales se desprende que las inscripciones que constan en las copias de la escritura número 3137 sí son suficientes y las que la ley requiere para la validez de dicho instrumento.

La Corte considera:

Por escritura número 11, de 16 de enero de 1922, de la Notaría 1ª de Santa Marta, el actor Leiva compró a Carlos Alzamora de Mier los derechos hereditarios de este último en la sucesión de su madre Isabel Mier de Cotes, y tal instrumento aparece debidamente registrado en la oficina respectiva de aquella ciudad.

La escritura pública número 3137 de 1925, de la Notaría 2ª de Barranquilla, contiene la protocolización del juicio de sucesión de la señora Mier de Cotes y en dicho instrumento aparece adjudicada la casa materia de este pleito a Leiva, como cesionario del heredero Carlos Alzamora de Mier. La copia del mencionado instrumento, presentada con la demanda, tiene una nota de registro efectuada en la oficina de Santa Marta, que es la que en realidad interesa por tratarse de un bien raíz ubicado en aquella ciudad: registro de 13 de noviembre de 1925, partida número 17, a los folios 37 a 38 del libro de causas mortuorias.

Pero resulta que, según el certificado que expide el registrador de Santa Marta, tal inscripción se refiere exclusivamente a la sentencia aprobatoria de la partición de bienes en la mencionada sucesión, sentencia proferida por el Juez 2º del Circuito de Barranquilla, el 5 de noviembre de 1924. Practicada en la segunda instancia una inspección ocular por el magistrado sustanciador, para corroborar o rectificar lo manifestado en la certificación antes aludida, en dicha diligencia se deja la constancia que pasa a transcribirse: "Informado el señor registrador de instrumentos públicos y privados del objeto de la inspección ocular, puso de manifiesto el libro de causas mortuorias... en la parte que va a ser objeto de la diligencia o sea la partida número 17, de folios 37 a 38, de fecha 13 de noviembre de 1925. El señor magistrado en asocio de los testigos actuarios observaron detenidamente la partida citada y concluyeron, como resultado de esta observación, que ella (la partida), se refiere únicamente a la inscripción de la sentencia aprobatoria de la partición efectuada en el juicio de sucesión de la señora Isabel Mier de Cotes y que en tal inscripción no aparecen registradas las hijuelas de adjudicación de los bienes mortuo-

rios....” Ninguno de estos dos documentos han sido redarguidos de falsos.

Con las anteriores piezas del proceso aparece plenamente demostrado que ni el trabajo de partición en la sucesión de la señora Mier de Cotes, ni la hijuela que en ella se le adjudicó al actor Leiva fueron debidamente registradas en el libro de causas mortuorias de la oficina de registro de Santa Marta, lugar de la situación del inmueble que le fue adjudicado y cuya reivindicación se intenta ahora. Ese registro es obligatorio hacerlo, ya que al tenor del artículo 2654 del C.C., “si por un acto de partición se adjudicaren a varias personas, naturales o jurídicas, los inmuebles o parte de los inmuebles que antes se poseían proindiviso, el acto de partición, en lo relativo a cada inmueble o a cada parte adjudicada, se registrará en la oficina u oficinas del circuito o circuitos a que por su situación corresponda o se extienda el inmueble o la parte de él de que se ha hecho adjudicación a cada partícipe o divisionario”.

La consecuencia que se deriva de la ausencia del registro de la partición y de la hijuela del actor la determina el artículo 2673 del mismo código, cuando dice que ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hacen fe en juicio si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este código.

En materia de registro de los actos o títulos que tengan origen en un juicio de sucesión son uniformes las decisiones de esta Sala de Casación y pueden consultarse, entre otras, las de 15 de diciembre de 1923 (Tomo XXX, página 253); 12 de julio de 1920 (G. J. número 1449); 13 de diciembre de 1930 (G. J. número 1874); 26 de junio de 1931 (G. J. número 1880, página 152), y 19 de agosto de 1932 (G. J. número 1889, página 457).

Respecto de esta materia también se pronunció la Corte en sentencia de 8 de octubre de 1935 cuando dijo: “El trabajo de partición misma, presentado por el partidor o partidores y que incluyen en su contexto las respectivas hijuelas formadas a cada adjudicación, requiere registro especial, distinto al de la sentencia que después lo aprueba, porque son piezas diferentes que se cumplen cada cual en su momento y con fines propios; el registro o inscripción del acto mismo de partición está ordenado por los artículos 2654 y 2662 del C. C.; y el de la sentencia judicial que lo aprueba, por los artículos 2652, ordinal 6º y 2661 del C. C.” (G. J. Tomo XLIII, página 170). Esa misma doctrina fue reproducida en todos sus detalles por la sentencia de 26 de agosto de 1938 (G. J. Tomo XLVII, página 87).

Dedúcese de lo expuesto que el tribunal, en la segunda parte expositiva de su fallo, sí hizo una recta interpretación y aplicación de los textos legales antes enunciados, que regulan todo lo relativo a la formalidad de la inscripción o registro de las particiones sucesorales y de las hijuelas respectivas que adjudiquen inmuebles. Tal omisión en que se incurrió y que aparece demostrada en los autos justifica la conclusión del fallo acusado en casación, para no otorgarle mérito probatorio de título de dominio a la hjiuela del demandante y para la negativa a decretar la reivindicación del bien raiz materia del litigio.

No debe prosperar el segundo cargo formulado. 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el 12 de diciembre de 1940.

Sin costas en el recurso, por haberse hecho una rectificación doctrinaria.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda.—José Miguel Arango.—Liborio Escallón. — Ricardo Hinistrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

PETICION DE EJECUCION DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA.—QUE SENTENCIAS PUEDEN EJECUTARSE EN COLOMBIA.—ESTATUTO REAL.

1.—Las acciones que emanan de los derechos que se persiguen por medio de la sucesión por causa de muerte, no son acciones reales ni personales únicamente, puesto que tienen por objeto la transmisión de la propiedad que puede consistir en cosas muebles o inmuebles. En consecuencia, la decisión de un tribunal extranjero en que se abre la sucesión de una persona, no comporta el ejercicio de una acción personal, sino de una mixta y, por tanto, no puede cumplirse en Colombia. 2.—Nuestro Código Civil acepta lo que los comentadores de derecho internacional privado denominan *estatuto real*, conforme al cual tanto los bienes muebles como los inmuebles del territorio nacional se rigen por la ley local, y sea cual fuere la nacionalidad del propietario de bienes situados en Colombia, las leyes de este país serán las que se apliquen para determinar las diferentes clases de aquéllos; los medios de adquirirlos, su posesión, enajenabilidad absoluta o relativa y, en general, todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles. Esas disposiciones referentes al régimen de la propiedad raíz se consideran en cada nación como de orden público por hallarse establecidas en favor del interés general del Estado, y de ahí se concluye que los propietarios de bienes situados en Colombia no podrán alegar respecto de éstos las leyes de su país en contra de la ley local, pues si ésta limita el ejercicio del derecho de propiedad, no lo hace consultando el interés particular del dueño sino el interés general del Estado, por razones de orden económico, ni le sería lícito al extranjero, cualquiera que fuese la legislación de su patria, invocarla para pedir que sobre sus bienes no pesen los gravámenes que, por motivos de utilidad social, se han establecido o se establezcan sobre la propiedad inmueble. Por tanto, cualquier sentencia extranjera que afecte el estatuto real se considera que afecta también la jurisdicción nacional.

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

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

El apoderado judicial de la señorita Clara Morelli Lázaro, mujer soltera, mayor, vecina de Cúcuta y de nacionalidad colombiana, ha presentado un fallo dictado por el Tribunal Italiano de Castrovillari en que se abre la sucesión del súbdito italiano Cayetano Morelli, muerto en el sanatorio de Nocera Inferiore y domiciliado en Morano Calabro de ese reino, y basado en ese documento ha solicitado de la Corte Suprema lo siguiente:

"Que con arreglo a las prevenciones del capítulo primero, título 16, libro segundo, del Código Judicial Colombiano declaréis que el fallo que presento debidamente autenticado, proferido por el Tribunal de Castrovillari del Reino de Italia, es una decisión extranjera que por su naturaleza jurídica, por la materia sobre que versa y dispone, y por no contener disposición alguna contraria al orden público del país y a las buenas costumbres debe tener ejecución en Colombia, y ser cumplido en lo necesario por las autoridades judiciales y

agentes del Estado llamadas a intervenir en los juicios susesorios".

Tramitado el pedimento anterior de acuerdo con las disposiciones de los artículos 558 a 560 inclusive, del Código Judicial, ha llegado el caso de decidir acerca de lo que sea de ley, advirtiendo que tanto el Procurador General de la Nación como los demás interesados se opusieron a la petición de la señorita Morelli Lázaro.

Consta en el certificado expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República, que entre Colombia e Italia no existe tratado ni convenio alguno sobre ejecución de sentencias proferidas por autoridades judiciales de uno de los dos países para tener efecto en el otro; que en el ministerio no existe constancia de que en Italia se practique para con Colombia el principio de reciprocidad legislativa en punto a ejecución de sentencias provenientes de autoridades judiciales de uno de los dos países para surtir efectos en el otro; y que Colombia no se halla ligada con Italia a ninguna convención multilateral sobre el mismo asunto de sentencias judiciales.

La legación de Italia en Colombia hace constar, en certificado debidamente autenticado, que en el Reino de Italia ha venido rigiendo esta regla:

"La ejecución de las sentencias extranjeras es admitida, en lo civil, y es de competencia de las Cortes de Apelación, las cuales, en sus respectivas jurisdicciones, dan fuerza ejecutiva a las sentencias extranjeras, después de un juicio previo de admisión, en el cual la Corte examina: 1º Si la sentencia fue pronunciada por una autoridad judiciaria competente; 2º Si fue pronunciada una vez citadas regularmente las partes; 3º Si las partes fueron regularmente representadas, o resultaron legalmente contumaces; 4º Si la sentencia contiene disposiciones contrarias al orden público o al derecho público interior del Reino. La ejecución puede ser solicitada directamente por las partes interesadas o por conducto diplomático".

No habiendo entre el Reino de Italia y la República de Colombia un tratado o convenio sobre la fuerza que tenga la sentencia dictada en aquel reino, en la República de Colombia, y apareciendo del estatuto italiano ya citado, que allí se otorga fuerza a las sentencias de países extranjeros cuando llenan determinadas formalidades, según el derecho italiano, es el caso de decidir si la sentencia del Tribunal de Castrovillari, por reciprocidad internacional, puede ejecutarse en Colombia.

Tres son los requisitos que, según la ley de la república, se exigen para que a una sentencia extranjera se le pueda dar cumplimiento en el país a saber:

1º Que se haya dictado a consecuencia del ejercicio de una acción personal.

2º Que no afecte la jurisdicción nacional, ni por otro concepto sea contraria al orden público o a las buenas costumbres.

3º Que la sentencia se haya dictado y esté ejecutoriada conforme a la legislación del país de su origen, y se demuestre su autenticidad conforme al artículo 657.

A juicio de la Corte la sentencia dictada en Italia, cuya ejecución se pide hoy, no lo fue en ejercicio de una acción personal. La sucesión por causa de muerte es la trasmisión de la propiedad de una persona a otra u otras, en virtud de la muerte de la primera y por autoridad de la ley. Si la sucesión por causa de muerte es la transmisión de la propiedad del muerto a sus causahabientes o herederos, esa propiedad puede consistir en cosas muebles o inmuebles y por tanto las acciones que se ejerciten sobre las cosas pertenecientes a la sucesión pueden recaer sobre unos u otros bienes y ser por consiguiente, al mismo tiempo acciones reales y acciones personales, de donde se deduce que las acciones que emanan de los derechos que se persiguen por medio de la sucesión por causa de muerte, no son acciones reales ni personales únicamente, puesto que tienen por objeto la trasmisión de la propiedad que puede consistir en cosas muebles o inmuebles.

Los comentadores, fuera de las acciones personales y reales, admiten las mix-

tas, que son las que tienen a la vez por fundamento un derecho personal y un derecho real y que están divididas en tres categorías, conocidas ya desde el derecho romano con los nombres de **familiae erciscundae, comuni dividundo y finium regundorum.** Aquí se trata de la petición de una herencia, es decir de la acción **familia erciscundae,** que es acción calificada como mixta.

Si en pura teoría se puede discutir sobre la cuestión de saber si existen acciones mixtas, y cuáles son aquellas a que se aplica este calificativo, parece imposible no reconocer un carácter mixto a las demandas en las cuales un derecho real se encuentra ligado de una manera tan íntima con un derecho personal, que la declaración judicial de la existencia o de la no existencia del segundo, comporte virtualmente el reconocimiento o la negación del primero.

Ajustada la Sala a estas consideraciones de los expositores; es forzoso concluir que la sentencia del Reino de Italia, no fué dictada en ejercicio de una acción personal, sino de una mixta, y por tanto no llena el primer requisito exigido por la ley colombiana.

También está fuera de duda que la sentencia memorada afecta la jurisdicción nacional, y es contraria al orden público.

En efecto, nuestro Código Civil acepta lo que los comentadores de derecho internacional privado, denominan **estatuto real** "o sea las leyes que reglamentan todo lo relativo a los bienes de dominio privado, que se consideran como parte integrante del territorio nacional, y que por consiguiente, cualesquiera que sean sus dueños, deben regirse por la ley local, porque sobre ellos recae el derecho y la soberanía del Estado, derecho indivisible que no se ejercitaría si dentro de una misma Nación las leyes relativas a la propiedad raíz variasen según la nacionalidad de los propietarios respectivos".

Así dice el artículo 20 del Código Civil: "Los bienes situados en los territorios, y aquellos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la nación, están sujetos a las disposiciones de este código, auncuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia".

Los jurisperitos al comentar el artículo en cita, consideran que la expresión genérica "bienes" que emplea el texto del artículo 20, se refiere tanto a los muebles como a los inmuebles, que serán regidos por la ley local y que sea cual fuere la nacionalidad del propietario de bienes situados en Colombia, las leyes de este país serán las que se apliquen para determinar las diferentes clases de aquéllos; los medios de adquirirlos; su posesión, enajenabilidad absoluta o relativa, y en general, todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

Las disposiciones legales sobre el régimen de la propiedad raíz, siguen diciendo esos comentadores, se consideran en cada nación como de orden público por hallarse establecidas en favor del interés general del Estado, y de ahí se concluye que los propietarios de bienes situados en Colombia no podrán alegar respecto de éstos las leyes de su país en contra de la ley local, pues si ésta limita el ejercicio del derecho de propiedad, no lo hace consultando el interés particular del dueño sino el interés general del Estado, por razones de orden económico, ni le sería lícito al extranjero, cualquiera que fuese la legislación de su patria, invocarla para pedir que sobre sus bienes no pesen los gravámenes que, por motivos de utilidad social, se han establecido o se establezcan sobre la propiedad inmueble.

De estas premisas, que no se discuten hoy, en vista de nuestra legislación positiva, fluye necesariamente la conclusión de que la sentencia del Reino de Italia puede afectar la jurisdicción nacional, porque lo concerniente a los bienes situados en Colombia tiene de regirse por la disposición del artículo 20 y son los jueces de la República los que deben aplicar las disposiciones que regulan todo lo relativo a bienes situados dentro del Estado, disposiciones que son de orden público.

La sentencia para la cual se solicita

pareatis o executatur, auncuando está debidamente autenticada, de conformidad con el artículo 657 del Código Judicial, no está ejecutoriada conforme a la legislación del país de su origen, según consta del certificado expedido por el Canciller del Tribunal Civil de Castrovillari, Rafael Caffiero, que así dice:

"Que la sentencia número 6 de orden emitida en este Tribunal, con fecha 16 y 17 de enero de 1941 en la causa iniciada por Morelli Adelina, del finado Cayetano, de Morano Calabro, y Morelli Cayetano, Miguel, Clara, Ismael y Carlos, del finado Cayetano, también Medaglia María, del finado José, y Morelli Daría, Lucila, Tito Livio, Narciso Aldo y Filomena, del finado Cayetano, residentes el 1º y el 4º en Gramalote, el 2º, la 3ª, el 5º y el 10º en Cúcuta, la 6ª en Morano Calabro, la 7ª en Roma, la 8ª en Castrovillari, el 9º en Salazar, la 11ª en Consenza, ESTA APELADA, por Medaglia María en memorial de fecha 19 de febrero de 1941. Se expide a petición del señor abogado Pascual Consentino por la interesada Medaglia María.",

Falta, por consiguiente, el requisito que señala el numeral 3º del artículo 557, lo que hace también por este aspecto que no se pueda ejecutar esa sentencia en Colombia.

Por lo anterior la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, RESUELVE:

No puede ejecutarse en Colombia la sentencia proferida por el Tribunal Italiano de Castrovillari que abre la sucesión del súbdito italiano Cayetano Morelli, muerto en el sanatorio de Nocera Inferiore y domiciliado en Morano Calabro, y que lleva fecha 16 y 17 de enero de mil novecientos cuarenta y uno.

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

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez. — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón Secretario.

REIVINDICACION.—ILICITUD DE LA ENAJENACION DE BIENES EMBARGADOS

1.—Si por enajenación se entendiera dentro del numeral 3º del artículo 1521 el registro, hasta carecería de objeto esta disposición de la ley, la que contiene disposiciones terminantes que prohiben proceder a inscribir transferencias de bienes embargados. Ese numeral 3º no mira tanto al Registrador como a las partes contratantes, cuyas voluntades se acuerdan y formulan y toman existencia legal, tratándose de compraventa de inmuebles, al otorgarse la correspondiente escritura pública. Lo que sigue es algo diferente e independiente de esa voluntad, al punto de que el vendedor no podría por su solo querer impedir que esa escritura se registrase, aunque la ley no le impusiese el deber de proveer a su inscripción.—2.—La ley ha establecido la ilicitud de la enajenación de bienes embargados por razones de orden público. No sobra recordar que la Ley 50 de 1936 al hacer saneables las nulidades absolutas, contra lo que en forma rotunda establecía el Código y la Ley 95 de 1890, exceptuó de esta posibilidad de favor las procedentes de ilicitud en causa u objeto. Visible es la diferencia entre una compraventa cuya escritura se otorga estando embargados los respectivos bienes en actuación contra el vendedor, y una en que al otorgarse la escritura no hay embargo alguno y cuando ella llega a la oficina de Registro tropieza con que entre tanto se ha inscrito un embargo de esa clase. En este último evento la concurrencia de voluntades adviene libre de la ilicitud bajo la cual se produjo en el otro caso opuesto; y si no hay allá ilicitud, la imposibilidad de registrar nace de la vigencia del embargo y cesa cuando éste se cancele, sin motivo entonces ya para no registrarla ni para tachar la inscripción a que entonces se proceda. El derecho de prenda general del acreedor sobre los bienes del deudor, consagrado en nuestro Código en su artículo 2488, se singulariza, en camino hacia su efectividad, con el embargo de determinado bien o bienes, medida que cuando se trata de inmuebles, se realiza por el registro de la respectiva providencia judicial en el libro especialmente creado y destinado por la ley al efecto. Aquel mismo derecho culmina en el remate, que es la venta hecha por autoridad de la justicia y en la que el juez es el representante legal del tradente, que en una ejecución es el ejecutado (C. C. artículo 741). De ahí que una vez aprobado el remate, haya de ir en lo posible el expediente a la oficina de Registro para que aquél se inscriba con la preferencia impuesta por el art. 1052 del C. J. Lo ordenado en esta disposición, congruentemente con la idea del numeral 3º del artículo 1521 del C. C., hace ver que desde luego debe procederse a la inscripción del remate, aunque el embargo dictado en el mismo juicio no se haya cancelado aún, pues que, de un lado, media la autorización y aun orden del juez, y de otro y ante todo, sería absurdo encontrar para el registro del remate valla en el auto de embargo y su anotación, que son el punto de partida de los medios conducentes para llegar al remate como fin. El embargo impide que lo embargado salga del patrimonio del deudor y le señala como destinación el pago respectivo. No se comprendería que para registrar el remate por el cual se llega al pago fuera preciso cancelar previamente aquel decreto. Mas, sea de ello lo que fuere, si por aplicar rigurosamente las supradichas disposiciones prohibitivas se provee ante todo a esta cancelación y es bien que así se proceda, a ella debe seguir inmediatamente la inscripción del remate, sin lugar a intermedias actuaciones distintas en el registro, como fue aquí el de la compraventa de diciembre de 1932.—3.—Se ha

que la posesión de que habla
o 1873 del C. C. es la inscrita.

Suprema de Justicia—Sala de Casa-
ón Civil—Bogotá, doce de diciembre de
mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Elías, Antonio María, José Ambrosio, Rosa María y Matilde Rodríguez O. y Omaira Rodríguez de Licht instauraron por medio de apoderado contra Vidal Melo Ch. juicio ordinario de reivindicación de la finca llamada por ellos "El Alcázar", ubicada en Funza, por los linderos indicados en la demanda y en el título respectivo, y que corresponde a parte de la antigua hacienda de "Potrero Nuevo".

En el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá se surtió la primera instancia del juicio, que vino a ser doble, porque Melo, que contestó el 20 de octubre de 1937 oponiéndose, invocando su calidad de rematador de la misma finca pretendida por los actores y la entrega judicial que de ella se le hizo, al propio tiempo los contrademandó a fin de que se declare el aludido remate único título válido y se anule y cancele con su registro el título presentado por ellos como fundamento de su demanda inicial.

Este consiste en la escritura número 1344, otorgada ante el Notario 5º de Bogotá el 17 de diciembre de 1932, por medio de la cual los prenombrados demandantes compraron a José Vicente Rodríguez la finca en cuestión, consistente en el conjunto de los lotes IV, V y VI formados en la partición del globo de que éste era dueño en común con Elías Rodríguez, partición en que esos lotes se adjudicaron a José Vicente y que se solemnizó por escritura que los dos habían otorgado un año antes (diciembre 17 de 1931) con el Nº 1751 en esa misma Notaría.

De tiempo atrás en el Juzgado 6º de este Circuito Valentín Gutiérrez seguía ejecución contra José Vicente Rodríguez, en la que Melo fue tercerista. En ella se decretó el embargo de la misma finca en referencia, puntualizada en la denuncia, en el decreto del Juez y en el registro tal como lo hacen las dos escrituras citadas, esto es, la de partición de 17 de diciembre de 1931 y la de compraventa de 17 de diciembre de 1932. A mayor abundamiento en el sentido de la identidad en alinderación y demás determinantes, el embargo cita la escritura de partición como cita también la de compraventa.

Registrado ese embargo el 24 de octubre de 1932, no fue posible registrar esta escritura.

Adelantada la ejecución, no ya por su iniciador Gutiérrez, sino por Vidal Melo Ch. como su cesionario, a éste se adjudicó esa misma finca en el remate, el que tuvo lugar el 21 de septiembre de 1936.

Para registrarlo y cancelar el embargo se remitió el expediente del Juzgado a la Oficina de Registro, en donde el 22 de enero de 1937 se proveyó esta cancelación y no a la inscripción del remate.

Y en cambio, al día siguiente, o sea, el 23 del mismo enero, se registró la citada escritura de compraventa de 1932, a cuya inscripción no había podido procederse, como ya se dijo, por obra del embargo.

El remate se registró el 11 de marzo siguiente (1937).

Estos hechos explican el presente juicio doble y la forma de plantearse: los compradores piden se les reconozca su calidad de dueños de lo comprado y que esto se les entregue por su poseedor actual, y éste se respalda con el remate; y ellos alegan la anterioridad de fechas de su título y su registro sobre las del remate y su registro, y Melo pide la anulación de la compraventa por estar embargado cuando a ella se procedió lo que aparecen comprando sus demandantes.

En sentencia de 10 de febrero de 1939 el juzgado decretó la reivindicación y absolvió a los Rodríguez de la contrademanda. Seguida la segunda instancia por apelación de Melo, el Tribunal Superior en sentencia de 31 de marzo de 1941, revocando aquella, decretó las cancelaciones solicitadas por el contrademandante y negó

lo demandado por los Rodríguez, a quienes condenó en las costas del juicio.

Ellos, por medio de su mandatario, interpusieron el recurso de casación que se está decidiendo después de tramitarlo en legal forma.

Es fundamento cardinal de la sentencia recurrida el estar embargada la finca de José Vicente Rodríguez en juicio ejecutivo contra él cuando la vendió a sus hermanos. Y a su turno, es eje de la demanda de casación el haberse registrado la escritura de compraventa cuando no había ya embargo inscrito. Así, los cargos formulados son en primer lugar el de violación por indebidamente aplicado e interpretado, del artículo 1521 del C. C. y, en relación con él, de estos otros artículos de la misma obra: del 1857 y del 2652, en cuanto respectivamente obligan a instrumento público para la venta de inmuebles y a la inscripción de ese instrumento en el competente libro de registro, y del 756, en cuanto establece que la tradición se efectúa por esa inscripción. El quebranto del 1521 lo deriva el recurrente de que lo constitutivo de objeto ilícito tratándose de bienes embargados, es su enajenación, y en el presente caso ella, que en rigor de verdad está en la tradición, la cual por lo dicho está en el registro, no se efectuó habiendo embargo, siendo así que es de 23 de enero y que la víspera todo embargo había quedado cancelado.

Estos cargos son inaceptables, y para reconocerlo así basta considerar que implican la prescindencia del contrato mismo de que todo ello se deriva. Si por enajenación se entendiera dentro del numeral 3º del citado artículo 1521 lo que indica como exclusivo el recurrente, es decir, el registro, hasta carecería de objeto esta disposición de la ley, la que contiene disposiciones terminantes que prohiben proceder a inscribir trasferencias de bienes embargados. Ese numeral 3º no mira tanto al registrador como a las partes contratantes, cuyas voluntades se acuerdan y formulan y toman existencia legal, tratándose de compraventa de inmuebles, al otorgarse la correspondiente escritura pública. Lo que sigue es algo diferente e independiente de esa voluntad, al punto de que el vendedor no podría por su solo querer impedir que esa escritura se registrase, aunque la ley no le impusiese el deber de proveer a su inscripción. Aquí el vendedor José Vicente no podía ignorar que en ejecución contra él estaba ya embargada la dicha finca cuando aparece vendiéndola a sus hermanos, y éstos no podían o al menos no debían ignorar la existencia de ese embargo. Si no acudieron a la oficina de registro para indagar el estado legal de lo que se les vendía, esto es, si prescindieron del recurso con que la ley les brinda al respecto al determinar el objeto del registro (C. C. artículo 2637) y al reglamentar esta institución, su negligencia no puede servirles para crear en su favor un concepto de buena fe.

Bien se sabe que es por razones de orden público, de interés social, como nuestra ley establece una causal de ilicitud de la clase precisa a que se está aludiendo. No sobra recordar que la Ley 50 de 1936 al hacer saneables las nulidades absolutas, contra lo que en forma rotunda establecía el Código y la Ley 95 de 1890, exceptuó de esta posibilidad de favor las procedentes de ilicitud en causa u objeto.

Visible es la diferencia entre una compraventa cuya escritura se otorga estando embargados los respectivos bienes en actuación contra el vendedor, y úna en que al otorgarse la escritura no hay embargo alguno y cuando ella llega a la oficina de registro tropieza con que entre tanto se ha inscrito un embargo de esa clase. En este último evento la concurrencia de voluntades adviene libre de la ilicitud bajo la cual se produjo en el otro caso opuesto, de que es ejemplo el que se estudia; y si no hay allá ilicitud, la imposibilidad de registrar nace de la vigencia del embargo y cesa cuando éste se cancele, sin motivo entonces ya para no registrarla ni para tachar la inscripción a que entonces se proceda.

El derecho de prenda general del acreedor sobre los bienes del deudor consagrado en nuestro código en su artículo 2488, se

singulariza, en camino hacia su efectividad, con el embargo de determinado bien o bienes, medida que cuando se trata de inmuebles se realiza por el registro de la respecitva providencia judicial en el libro especialmente creado y destinado por la ley al efecto. Aquel mismo derecho culmina en el remate, que es la venta hecha por autoridad de la justicia y en la que el Juez es el representante legal del tradente, que en una ejecución es el ejecutado (C. C. Art. 741).

De ahí que, una vez aprobado el remate, haya de ir en lo posible el expediente a la Oficina de Registro para que aquél se inscriba con la preferencia impuesta por el artículo 1052 del C. J. Lo ordenado en esta disposición, congruentemente con la del numeral 3º del artículo 1521 del C. C., hace ver que desde luego debe procederse a la inscripción del remate, aunque el embargo dictado en el mismo juicio no se haya cancelado aún, pues que, de un lado, media la autorización y aun orden del Juez, y de otro y ante todo, sería absurdo encontrar para el registro del remate valla en el auto de embargo y su anotación, que son el punto de partida de los medios conducentes para llegar al remate como fin. El embargo impide que lo embargado salga del patrimonio del deudor y le señala como destinación el pago respectivo. No se comprendería que para registrar el remate por el cual se llega al pago fuera preciso cancelar previamente aquel decreto. Más, sea de ello lo que fuere, si por aplicar rigurosamente las supradichas disposiciones prohibitivas se provee ante todo a esta cancelación y es bien que así se proceda, a ella debe seguir inmediatamente la inscripción del remate, sin lugar a intermedias actuaciones distintas en el registro, como fue aquí el de la compraventa de diciembre de 1932.

Dedúcese de las precedentes consideraciones que no son admisibles los cargos formulados contra la sentencia recurrida como violatoria de las disposiciones legales citadas por el recurrente al formularlos.

Separadamente formula otro grupo de cargos consistentes en error de apreciación de ciertas pruebas y consiguiente violación de disposiciones legales, algunas ya citadas y también el artículo 1873 del C. C., por aplicación indebida. Para formular estos cargos el recurrente recuerda que, a más del embargo aquí estudiado, hubo el de marzo de 1933 y, observando la diferencia que hay entre los dos y que lo anunciado para el remate se ajustó a este último, afirma que Melo no remató lo mismo que sus demandantes habían comprado.

Ese embargo de marzo de 1933 textualmente recayó sobre "la parte que le pertenezca a José Vicente Rodríguez actualmente de la finca denominada "Potrero Nuevo", con sus construcciones y mejoras, alinderada en general así: por un costado, con el camino de Funza a Cota; por otro, con tierras de Eustorgio Copete, zanja al medio, y por el resto, con herederos o sucesores de Ambrosio Rodríguez". Agregan las piezas respectivas que esta finca, conocida antes con el nombre de "Potrero Nuevo", hoy "La Tebaida", está ubicada en Funza y fue comprada en parte por el ejecutado a Vicente Castañeda en la Notaría de Funza por escritura Nº 71 de 13 de mayo de 1929, a lo cual añaden: "y luégo ha comprado otras partes a los primitivos copropietarios".

En la inspección ocular practicada como prueba los peritos conceptuaron que efectivamente hay diferencia entre La Tebaida y El Alcázar o, con más precisión, entre lo que según ellos corresponde a cada uno de los citados embargos de marzo de 1933 y octubre de 1932.

Las pruebas de cuya errónea apreciación acusa el recurrente son esa inspección y experticio y las piezas pertinentes del juicio ejecutivo mencionado, venidas en copia a este proceso.

El recurrente hace hincapié en que, como ya se dijo, lo anunciado para el remate fue lo correspondiente al embargo de marzo; en que esto se circunscribió a lo comprado a dicho Castañeda, y en que fue una adición a última hora en la diligencia de

remate, a pretexto de aclarar, lo que asignó a lo rematado la alinderación correspondiente al embargo de octubre de 1932.

Yá se vio que la compra a Castañeda no implica limitación, pues no excluye las demás, las que, antes bien, están expresamente incluídas al embargar. Y ya se vio también que el embargo de marzo abarca todo derecho actual del ejecutado en Potrero Nuevo.

Ocurre observar que una cosa es que haya diferencia entre el aviso del remate, en su determinación de lo rematado, y la determinación de lo mismo en la diligencia respectiva, y otra cosa muy distinta es que desde luego pueda decirse y haya de opinarse que lo rematado no es lo que como tal aparece en esa diligencia y, por ende, en el auto aprobatorio y su registro.

La aludida aclaración se acogió por los apoderados de ejecutante y ejecutado expresamente, en memorial presentado a raíz de la diligencia que la contiene. Dado por sentado en gracia de hipótesis que de todo ello no pudiera derivarse concepto distinto del adverso que el recurrente formula, ello es que sus mandantes, carentes de título válido para la acción reivindicatoria que ejercitan, carecen por lo mismo del interés jurídico indispensable en ley para investigar lo tocante al remate y para atacarlo. Si ellos no han demostrado el dominio cuya justificación les sería indispensable para la prosperidad de esa acción, no hay lugar siquiera a estudiar el título del proseedor demandado, a quien, así las cosas, le basta el amparo del artículo 762 del C. C. en su inciso 2º.

Cuando en estos juicios el demandante aduce título válido, entonces sí es procedente y obligada la confrontación de éste con el que aduzca el poseedor demandado, y, como es lo natural, este es el modo de proceder entonces. En el presente caso, en fuerza de lo antedicho, ni lugar hay siquiera a indagar si los demandantes, que invocan su calidad de terceros en la referida ejecución para afirmar que no los perjudica lo acordado entre ejecutado y ejecutante rematador sobre alinderación al procederse al remate, pueden sin embargo de esa calidad de terceros negar su valor y eficacia a aquel acuerdo de las partes en ese juicio ejecutivo y a la acogida, aprobación y registro mencionados.

La posesión de que habla el artículo 1873 del C. C. se ha entendido que es la inscrita; de suerte que, registrada la escritura de compraventa antes que el remate, prevalecería el título de los Rodríguez si pudiera tenerse por válido, es decir, si no estuviera afectado de la nulidad absoluta de que adolece.

Por lo demás, en relación con el mismo artículo 1873, se tiene que en verdad José Vicente Rodríguez vendió una misma cosa dos veces: la una personalmente al otorgar a sus hermanos la citada escritura de 1932 y la otra al traspasar esa finca, representado por el Juez, al rematador Melo.

No son, pues, admisibles los cargos restantes ya referidos.

No sobra advertir que las diferencias de alinderación en cuyo estudio tánto empeño pone el recurrente, en manera alguna infirman lo antedicho sobre el título de sus mandantes, porque el hecho de haber un embargo posterior al de octubre de 1932 y el hecho de ser distintos éste y ese otro, no puede significar nada que impida ver que a José Vicente Rodríguez como ejecutado le estaba embargado desde ese octubre lo que en diciembre del mismo año escrituró en venta a sus hermanos hoy demandantes.

En resumen:

Los Rodríguez demandan en reivindicación aduciendo como prueba de su dominio una compraventa nula por ilicitud de objeto en fuerza de estar embargado lo que fue materia de ella cuando se celebró, y en tal virtud la sentencia definitiva les niega sus pretensiones. Y el poseedor los contrademanda como tal a título de rema-

tador de lo demandado, a fin de que se invaliden y cancelen la escritura de aquella compraventa y su registro, y la sentencia definitiva decreta estas cancelaciones. Son únicos recurrentes los Rodríguez. Analizado el recurso, no se hallan admisibles los cargos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la dictada en este juicio el treinta y uno de marzo del año en curso 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.

AUTORIZACION JUDICIAL SOBRE ENAJENACION DE BIENES EMBARGADOS

La autorización judicial para vender un bien embargado puede darse independientemente de la voluntad de las partes, como sería el auto del juez que autoriza al Síndico de un concurso para vender alguno o algunos bienes concursados. Ese es el primer caso del numeral 3º del art. 1521. En el segundo caso de tal numeral es el consentimiento del acreedor el que hace lícita la enajenación.

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

Los antecedentes y peticiones del presente juicio se sintetizan así: Fructuoso Villabón se declaró deudor de Justinico Zamora por la suma de diez mil pesos ($ 10.000,00). Con tal documento éste ejecutó a aquél y denunció varios inmuebles para el pago que fueron avaluados y secuestrados. Por escritura 322 de 19 de noviembre de 1935, de la Notaría del Guamo, Fructuoso Villabón se declaró deudor de Justinico Zamora por la suma de diez mil pesos ($ 10.000) y para pagarle le hizo dación en pago de los bienes embargados en el ejecutivo de que se ha hecho mérito. Para obtener la inscripción del título, el ejecutante Zamora manifestó que consentía en el registro, lo cual se verificó, quedando insubsistente el embargo de los bienes trabados a petición del mismo ejecutante Zamora. Cuando esto ocurría, Rosa Góngora de Sánchez había introducido dos tercerías coadyuvantes dentro del ejecutivo de Justinico Zamora contra Fructuoso Villabón; una por $ 937,26 y otra por las sumas de $ 2.180,40 y $ 758,88. Dueño el expresado Justinico de los bienes que le transfirió Fructuoso Villabón por la ya mencionada escritura 322, le vendió varios de ellos a Lisandro Villabón por escritura 132 de 15 de junio de 1937. Dictada la sentencia de pregón y remate el Juzgado señaló día para la subasta pública de todos los bienes embargados desde el principio, lo cual se debió a que si bien es cierto que el Juez a quo decretó el desembargo de los bienes, el Tribunal Superior de Ibagué en providencia de 27 de octubre de 1937 revocó la providencia del inferior.

Basado en estos antecedentes Lisandro Villabón demandó a Rosa Góngora de Sánchez, Manuel Justinico Zamora y Fructuoso Villabón para que con su citación y audiencia se declarara: que por razón del contrato a que se refiere la escritura 322 citada, Justinico Zamora adquirió el dominio de los bienes relacionados en ella; que el registro de tal escritura conserva su valor legal y dejó sin valor ni efecto el embargo de los bienes trabados, registro que prefiere al embargo, que lo canceló y que fué consentido por Justinico Zamora. Que se declare válido y legal el contrato a que se refiere la escritura 132, también citada ya, por la cual Justinico Zamora vendió a Lisandro Villabón varios de los bienes que había adquirido de Fructuoso del mismo apellido; que se declare nulo y sin efecto legal cualquier remate de bienes que se haga en el ejecutivo de Manuel Justinico Zamora contra Fructuoso Villabón relacionados en las escrituras 322 y 132 mencionadas y que se considere como venta de cosa ajena y no violatoria de los derechos de Lisandro Villabón cualquier transferencia de dominio sobre los bienes determinados en la escritura 132.

Justinico Zamora y Fructuoso Villabón aceptaron que se hicieran las declaraciones de la demanda y convinieron en ella; no así Rosa Góngora de Sánchez quien se opuso y además demandó en reconvención a Lisandro Villabón, a Fructuoso y Justinico, para que se declare lo siguiente: que es inexistente por simulación, o nulo absolutamente por objeto ilícito, el contrato de compraventa celebrado entre Fructuoso Villabón y Justinico Zamora, que consta en la escritura 322 de 19 de noviembre de 1935 de la Notaría del Guamo. Que son inexistentes por simulación o nulos absolutamente por objeto ilícito los contratos de compraventa celebrados entre Justinico Zamora y Lisandro Villabón, de que dan cuenta las escrituras 132 y 165 ya citadas; que se ordene la cancelación de esos registros; que se declare que pertenecen en propiedad a Fructuoso Villabón los bienes determinados en los puntos b, c y ch del cuaderno número 4 de la demanda principal; que Justinico Zamora y Lisandro Villabón sean condenados a restituír a Fructuoso Villabón los bienes a que se refiere la petición anterior y finalmente, que los bienes ya relacionados deben responder de los créditos a cargo de Fructuoso Villabón y a favor de Rosa Góngora de Sánchez.

El Juez a quo falló de acuerdo con las peticiones de la demanda y absolvió a los demandantes de los cargos formulados contra ellos en la demanda de reconvención. Esta sentencia, que tiene fecha 23 de octubre de 1939 fué apelada por la parte desfavorecida y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué la revocó en fallo de 21 de noviembre de 1940, absolviendo a Rosa Góngora de Sánchez de los cargos de la demanda principal, declarando absolutamente nulos, por ilicitud del objeto, los contratos a que se refieren las escrituras 322 de 19 de noviembre de 1935, y 132 y 165 de 15 de junio y 12 de septiembre de 1937, ordenando la cancelación del registro de tales escrituras, declarando que los predios determinados en la petición quinta de la contrademanda deben responder del pago de los créditos a cargo de Fructuoso Villabón y a favor de Rosa Góngora de Sánchez y absolviendo a Lisandro Villabón, Manuel Justinico Zamora y Fructuoso Villabón de los demás cargos de la demanda de reconvención.

El representante de la parte actora interpuso recurso de casación, el que pasa a decidirse.

El Tribunal decretó casi todas las peticiones de la contrademanda por cuanto encontró que la venta de que da cuenta la escritura 322, encerraba un acto ilícito una vez que los bienes que aparecen enajenados por Villabón a Zamora, estaban embargados cuando se hizo tal venta. Se expresa así el Tribunal: "De manera que la enajenación de que da cuenta la escritura 322, otorgada el 19 de noviembre de 1935 y registrada el 6 de febrero de 1936, contiene un acto ilícito, porque los bienes objeto de tal enajenación se hallaban embargados por decreto judicial, y porque ella no fue consentida por uno de los acreedores que constituían la parte ejecutante (por Rosa Góngora de Sánchez, observa la Corte). De donde resulta que siendo un acto prohibido por los artículos 6º y 1521 del Código Civil, está afectado de lo que el artículo 1748 ibidem denomina nulidad absoluta, no saneable por ratificación de las partes (artículo 2º de la Ley 50 de 1936). Y claro está que en iguales condiciones quedan las transferencias hechas por Justinico Zamora a Lisandro Villabón y por éste a aquél, mediante escrituras números 132 de 15 de junio de 1937 y 165 de 12 de septiembre del mismo año, tanto por razón del interés común que une a los tres, según lo expuesto atrás, como porque es obvio que el vicio de nulidad del instrumento número 322, afecta a los dos que le subsiguieron por la fisma causa".

Tres cargos hace el recurrente a la sentencia, los cuales pasan a estudiarse en su orden:

Primer cargo. — Violación del artículo 1521 del C. Civil, por dos conceptos: interpretación errónea y aplicación indebida. El primer cargo lo funda en que el Tibunal,

según el recurrente, sostiene que son dos los requisitos para la enajenación de un bién embargado, el consentimiento de las partes y la autorización judicial. Leyendo detenidamente la sentencia se concluye que el Tribunal no interpreta la norma sustantiva en ese sentido sino que sostiene que las cosas embargadas pueden enajenarse, o por consentimiento de las partes o por decreto del Juez. No aparece que esas dos condiciones las estime el Tribunal como necesarias ambas, en cada caso, para que pueda venderse un bién embargado. Es claro que son dos condiciones diferentes, como lo sostiene el recurrente, pero eso no quiere decir que el fallador las haya estimado como una sola. Es claro que la autorización judicial para vender un bién embargado puede darse independientemente de la voluntad de las partes, como sería el auto del Juez que autoriza al Síndico de un concurso para vender alguno o algunos bienes concursados. Ese es el primer caso del numeral 3º del artículo 1521. En el segundo caso de tal numeral es el consentimiento del acreedor el que hace ilícita la enajenación. El cargo no es, pues, fundado. No hubo tampoco aplicación indebida del artículo 1521 porque teniendo la señora Rosa Góngora de Sánchez, su carácter de tercerista en el ejecutivo, era necesario su consentimiento para la enajenación de los bienes que Fructuoso Villabón vendió a Justinico Zamora.

Segundo cargo. — Violación de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936. Lo funda el recurrente en que desapareció la nulidad, que produce la ilicitud de los bienes embargados toda vez que la venta fue hecha al tenor de lo preceptuado en el numeral 3º del artículo 1521. La Corte considera: Si el consentimiento de la señora Rosa Góngora v. de Sánchez, como tercerista, era necesario e indispensable para que pudiera hacerse la venta de que da cuenta la escritura 322, si ese consentimiento no se obtuvo, sino que por el contrario la tercerista reclamó contra tal venta, es claro que hubo ilicitud en el acto, y al declararlo así el fallador al tenor de lo preceptuado por el artículo 1521 del Código Civil, no violó sino que más bien aplicó, dándoles el alcance debido, a los artículos citados por el recurrente en el cargo que estudia, el cual por lo tanto no prospera.

Tercer cargo. — Violación de las disposiciones ya citadas en relación con el artículo 1502 del Código Civil y violación por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, quedando infrinidos por este motivo, según el recurrente, los artículos 202, 335, 597, 601, 593 y 632 del Código Judicial.

Este cargo reposa sobre el concepto de que cuando Villabón le hizo dación en pago a Justinico Zamora por medio de la escritura 322, la señora Góngora de Sánchez no tenía el carácter de tercerista. El recurrente sostiene que el Tibunal erró de hecho y de derecho, al afirmar lo contrario.

La Corte observa: Como lo dice el fallador, cuando el acreedor ejecutante expresó su consentimiento para que el ejecutado le transfiriera los bienes embargados, a título de dación en pago, lo cual sucedió el 22 de enero de 1936, ya había sido admitida la primera tercería de la señora Góngora de Sánchez, por medio del auto de fecha 25 de noviembre de 1935. Es cierto que antes de esta fecha, Villabón intentó transferirle a Justinico dichos bienes y el primero manifestó su consentimiento, pero esta manifestación fué inoperante, porque se refirió a un instrumento distinto de la escritura 322 ya citada. Cuando se hizo referencia a ésta, que fue la que se registró, la señora Góngora de Sánchez tenía su carácter de tercerista.

Siendo esto así, el cargo que se estudia, no puede prosperar, puesto que está fundado en el concepto de que la expresada señora no tenía el carácter ya dicho, cuando se hizo la dación en pago y cuando se registró la escritura, lo cual tuvo lugar el 6 de febrero de 1936.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida. Las costas del recurso son a cargo de la parte recurrente

Publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial, cópiese 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 Ppdad.

ACCION REAL HIPOTECARIA Y ACCION DE DOMINIO.—SUS DIFERENCIAS

La acción real hipotecaria es distinta en su naturaleza y en su pueba de la de dominio, o de las acciones en que el dominio constituya un factor esencial. En la primera el acreedor, basado en el contrato de hipoteca, persigue el inmueble, sea quien fuere el que lo posea y a cualquier título que lo haya adquirido (artículo 2452, C. C.). Se deduce de este principio que quien ejercite la acción real no tiene por qué estar ligado con ningún vínculo contractual con el poseedor de la finca, porque en la acción de que viene tratándose es la finca, el inmueble, lo que se persigue representado por su poseedor. Basta entonces al acreedor establecer esta posesión, y el medio legal adecuado es el certificado del respectivo Registrador de instrumentos públicos, conforme a los artículos 1008 y 1189 del C. J., que establecen de modo general cómo se demuestra la posesión inscrita. La acción de dominio versa sobre la propiedad de la cosa, sobre la existencia del derecho real sobre un objeto para gozar y disponer de ella y entonces tratándose de inmuebles es necesario acreditar ese derecho en la forma y modo como establece la ley o sea, por medio de escritura pública debidamente registrada. En esta acción cabe o puede caber el estudio sobre prevalencia de títulos para decidir cuál de las partes tiene mejor derecho al inmueble disputado. Es, pues, procedente y necesario el estudio del título en que una de las partes apoya sus pretensiones para demostrar el dominio, todo lo cual no cabe en la acción real hipotecaria, la cual es independiente de la cuestión de dominio y procede, según el precitado artículo 2542, cualquiera que sea el título con que el poseedor inscrito haya adquirido la cosa hipotecada. 2.—Un título inscrito hace fé no sólo para las partes sino para terceros, mientras subsista la inscripción, que cancela, en su caso, el Registrador de instrumentos públicos, que es el que tiene la facultad legal para ello.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Ceferino Botero R. promovió acción real hipotecaria contra los siguientes señores: Eleuterio Castaño Gómez, Luis María, Juan N., Ruperto y Antonio José Gómez; Rudesindo Castaño, Juan Antonio Salazar, Jesús María, José Jesús y Roberto Zuluaga; Eleuterio Castaño R., Juan Antonio Salazar, Félix y Francisco Rodríguez, Luis Felipe Ramírez, José María Benítez, Tito Heliodoro Castaño, José Jesús Velásquez y Manuel Salvador Sánchez.

Dicha acción la instauró contra los demandados que acaban de expresarse en su carácter de poseedores inscritos del inmueble hipotecado y a que se refiere la escritura 251 de 29 de septiembre de 1917 de la Notaría de Aranzasu. Pidió el actor que se declare que dichos demandados le deben la cantidad de $ 850 moneda legal y sus intereses al 1 y ½ % mensual desde el 25 de octubre de 1922.

Los hechos fundamentales e incontrovertibles del libelo son éstos: Por medio de la escritura 251 de 29 de septiembre de 1917, de la Notaría de Aranzasu, Eleuterio Cas-

taño (padre) y Eleuterio Castaño (hijo) se constituyeron deudores de Ceferino Botero y de Ezequiel Botero R., por la cantidad de mil doscientos setenta pesos ($ 1.270), en la siguiente proporción: del primero cuatrocientos veinte pesos ($ 420) y del segundo ochocientos cincuenta ($ 850) todo al interés del uno y medio por ciento mensual y con el plazo de un año que venció el 29 de septiembre de 1918. Para asegurar el cumplimiento de su obligación los deudores hipotecaron un lote de terreno, con fuente salada, situado en el paraje "La Salina de la Honda", jurisdicción de Filadelfina y demarcado como aparece en la escritura. Por la escritura 72 de 16 de marzo de 1927 de la Notaría de Salamina, Ezequiel Botero canceló la hipoteca en lo que concernía a su acreencia, quedando vigente en lo referente a los ochocientos cincuenta pesos ($ 850) restantes. Los dos Castaños, padre e hijo, eran dueños de la finca hipotecada pero Eleuterio Castaño Gómez vino a quedar como único propietario del inmueble, por venta que de su parte o derecho en él le hizo Eleuterio Castaño Giraldo, en escritura 210 de 14 de junio de 1922. Castaño Gómez posteriormente vendió lotes desprendidos del terreno, a los demandados, quienes son, conjuntamente, con Castaño Gómez, poseedores inscritos, cada cual en su respectiva parcela.

Castaño Gómez hizo cesión a Rafael Macía A. de la tercera parte de su crédito.

El Juez del conocimiento, 1º del Circuito de Salamina, en sentencia de 4 de junio de 1934, falló el pleito de conformidad con las peticiones de la demanda, con el bien entendido de que a los demandados sólo les afecta la acción real ejercitada, en relación con las partes que poseen del inmueble hipotecado, excepto Eleuterio Castaño Gómez, contra quien el acreedor conserva, además, la acción personal, según el artículo 2449 del Código Civil.

Apeló del fallo el demandado Eleuterio Castaño Gómez, en tal virtud los autos subieron al Tribunal Superior de Manizales, el cual en sentencia de 21 de agosto del año próximo pasado, revocó la del inferior y condenó únicamente a Eleuterio Castaño Gómez a pagar a la parte demandante los $ 850 con intereses y absolviendo a los demás demandados de los cargos formulados en el libelo.

Ceferino Botero y Rafael Macía Angel, demandantes, y Eleuterio Castaño Gómez, éste por medio de apoderado, interpusieron recurso de casación, que concedido y debidamente tramitado pasa hoy a decidirse.

El Tribunal absolvió a los demandados, con excepción de Castaño Gómez, por no haberse presentado copias de las escrituras en las que conste que adquirieron el dominio de parte del inmueble. Dice así el fallador: "Tal acción (la real nacida de la hipoteca) no puede prosperar contra la mayoría de dichos demandados..... por la razón de que al juicio no trajo el actor ninguna de las copias de las escrituras que cita en su demanda y por las cuales los demandados adquirieron parte del inmueble hipotecado en las tántas veces citada escritura 251, únicas piezas que eran necesarias aducir al juicio para demostrar los contratos de compraventa o transferencia del derecho de dominio sobre las partes que se dice vendió del inmueble hipotecado el señor Eleuterio Castaño Gómez, uno de los deudores personales del demandante.....; por lo tanto no se ha demostrado que tengan la relación jurídica que los obligue a responder por la acción real nacida de la hipoteca.. La falta de prueba que se echa de menos no puede suplir en estos casos con los certificados que expidieron los Registradores de Salamina, Filadelfia y Aranzasu, porque tales certificados solamente forman una prueba supletoria que no alcanza a reemplazar a la principal, que la constituyen las copias auténticas de las escrituras respectivas. Dichos certificados sólo sirven para demostrar quiénes son los actuales poseedores inscritos en los lotes en que se ha dividido la finca....."

Ambos recurrentes coinciden en atacar por los mismos motivos el extremo de la sentencia que acaba de copiarse, que es lo fundamental, de modo que ese cargo debe estudiarse conjuntamente.

Se señalan como violados los artículos 2452, 2432, 2433, 2448, 2453, 762, 756, 789, 980, 2556, 1582, 1602, 1608, 1617 y 2445 del Código Civil y 635, 636, 1008, 1189 del Código Judicial y se invocan las causales primera y segunda del artículo 520 de de dicha obra.

El apoderado de los recurrentes Ceferino Botero y Rafael Macía Angel, se expresa así, que es en el fondo lo mismo que sostiene el apoderado de Eleuterio Castaño: "Incurre aquí el Tribunal en un error fundamental cual es el de confundir la acción real hipotecaria y su prueba, con otras acciones. Y aquí incurre la sentencia del H. Tribunal en error de derecho y error de hecho inherente a éste. El artículo 2452 del Código Civil da derecho al acreedor hipotecario a ir sobre la misma finca persiguiendo a los poseedores en la simple forma que establece el Código Civil y el Código de Procedimiento. No se está debatiendo aquí un problema de propiedad, ni la acción de dominio y sus exigencias de prueba juegan en este caso... Y para demostrar quiénes son los poseedores de la cosa basta con el certificado del Registrador, al tenor de los artículos 1008, 1189 y concordantes del Código Judicial".

El cargo que se estudia es fundado, por lo siguiente: La acción real hipotecaria es distinta en su naturaleza y en su prueba de la acción de dominio, o de las acciones en que el dominio constituya un factor esencial. En la primera el acreedor, basado en el contrato de hipoteca, persigue el inmueble, sea quien fuere el que lo posea y a cualquier título que lo haya adquirido, (artículo 2452 del Código Civil). Se deduce de este principio que quien ejercite la acción real no tiene por qué estar ligado con ningún vínculo contractual con el poseedor de la finca, porque en la acción de que viene tratándose, es la finca, el inmueble, lo que se persigue representado por su poseedor. Basta entonces al acreedor establecer esta posesión, y el medio legal adecuado es el certificado del respectivo Registrador de Instrumentos Públicos, conforme con los artículos 1008 y 1189 del Código Judicial, que establecen de modo general cómo se demuestra la posesión inscrita. La acción de dominio, versa sobre la propiedad de la cosa, sobre la existencia del derecho real sobre un objeto para gozar y disponer de ella y entonces tratándose de inmuebles es necesario acreditar ese derecho en la forma y modo como establece la ley o sea por medio de escritura pública debidamente registrada. En esta acción cabe o puede caber el estudio sobre prevalencia de títulos para decidir cuál de las partes tiene mejor derecho al inmueble disputado. Es pues procedente y necesario el estudio del título en que una de las partes apoya sus pretensiones para demostrar el dominio, todo lo cual no cabe en la acción real hipotecaria, la cual es independiente de la cuestión de dominio y procede, según el precitado artículo 2542, cualquiera que sea el título con que el poseedor inscrito haya adquirido lá cosa hipotecada.

Dedúcese de lo anterior que el Tribunal al confundir las dos acciones que acaban de expresarse, la de dominio y la real hipotecaria, y al considerar que para que ésta prospere es preciso acompañar las pruebas que acrediten el dominio sobre la cosa hipotecada, violó los artículos citados por la recurrente, y ya expresados arriba y que por lo tanto la sentencia debe casarse.

Para dictar la de instancia se considera: Está comprobado en autos que Eleuterio Castaño (padre) y Eleuterio Castaño (hijo) se constituyeron deudores de Ceferino y Ezequiel Botero por la suma de dos mil doscientos setenta pesos ($ 2.270) y que para garantizar el crédito hipotecaron el predio con fuente salada situado en el paraje de "La Honda". Comprobado así mismo está que el crédito quedó reducido a ochocientos cincuenta pesos ($ 850) y que Ceferino Botero R. adquirió la totalidad de la finca hipotecada. Así mismo está establecido, con los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Salamina, acompañados a la demanda, que los demandados son poseedores inscritos, cada uno de una parcela desprendida del primitivo lote, esto es del de que era dueño en su totalidad Eleuterio

Castaño Gómez. Luego por este aspecto y al tenor de los artículos 2432, 2433, 2448 y 2452 del Código Civil, la acción está bien incoada y debe prosperar.

Mas como quiera que, tanto en el curso del litigio, como en el recurso el apoderado del recurrente Eleuterio Castaño, en forma de cargos contra el fallo que no son del caso estudiar, por haber prosperado uno de los motivos alegados en casación (artículo 538 del C. J.), se ha sostenido que el crédito está extinguido por pago y además cancelado, deben estudiarse esos extremos.

La parte demandada intentó probar que el crédito había sido cancelado, por dación en pago consistente en que el demandado Eleuterio Castaño había hecho durante un largo lapso envíos de sal al Sr. Ceferino Botero y al efecto presentó las declaraciones de varios testigos.

El hecho de la remisión de sal por Eleuterio a Ceferino, para abonar a cuenta del crédito que se cobra, está establecido por la misma confesión del demandante y esa es la razón sin duda por la cual habiéndose vencido el crédito en el año de 1918, el demandante no cobra los intereses sino de 1922 para adelante. Mas con esas declaraciones no se comprueba el hecho de que los envíos de sal hubieran sido suficientes para pagar la deuda principal y sus intereses y en realidad de verdad, como lo observó el Juez a quo, el quantum de esos envíos no lo estableció sino el demandante en las posiciones que le pidió al demandado. El demandante preguntó sobre los abonos que le había hecho el demandado, dándolos por existentes y, cosa inexplicable, como también lo observa el Juez, el demandado contestó negativamente todo un pliego de posiciones que le era favorable, y verdadero, según se traduce de autos.

De modo que no puede darse por extinguido el crédito por pago en la forma de dación en pago.

Se sostuvo que el crédito está cancelado y a esto se observa: La parte demandante presentó copia de la escritura 251 ya mencionada, en que aparece la constitución del crédito personal hipotecario, segunda copia del original destinada para el uso del señor Ceferino Botero. En esa copia no existe ninguna nota de cancelación. Figura en los autos a los folios 32 y siguientes del cuaderno número 2, la copia tercera de la precitada escritura 251 en la cual al final se dice que está cancelada en todas sus partes por escritura número 72 otorgada en la Notaría del Circuito de Salamina el 28 de enero de 1927. Mas del certificado expedido el 18 de septiembre de 1933 por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Salamina, fojas 5 a 8 del cuaderno principal, aparece que el gravámen que pesaba sobre el inmueble sólo está cancelado en lo referente al deudor Eleuterio Castaño Gómez. Dice así: "8º que sobre el inmueble de que se trata aparecen los siguientes gravámenes: a) uno de hipoteca por medio de la escritura 251, otorgada en la Notaría del Circuito de Aranzasu, el 29 de septiembre de 1917, registrado bajo la partida número 86 del Libro de Anotación de Hipotecas, el 3 de octubre de 1917, a los folios 65 y 66 en que consta que los señores Eleuterio Castaño (padre) y Eleuterio Castaño (hijo) hipotecaron el inmueble a los señores Ezequiel Botero por $ 420 y a Ceferino Botero por $ 850 al interés del 1 y ½ por ciento mensual, con plazo de un año de la fecha de la citada escritura 251, en adelante y pagando los intereses por semestres vencidos. De este gravámen está cancelado por Eleuterio Castaño Gómez, la cantidad de $ 420 y los intereses que se debían a Ezequiel Botero, según consta del certificado de cancelación expedido por el notario de Salamina, sobre la escritura de cancelación número 72, el cual aparece en esta oficina marcado con el número 5 y lleva fecha 16 de marzo de 1927. Que este certificado se refiere al tiempo corrido del 1º de mayo de 1913 al 8 de septiembre de 1928, en el cual, según el examen de los libros de ésta oficina, no aparece otra constancia que se relacione con el inmueble por el cual se expide este certificado".

Entre la oposición existente entre la nota de cancelación de la escritura y el certificado del registrador, cuya parte pertinente acaba de copiarse, la Corte se inclina hacia éste, por las siguientes razones: porque un título inscrito hace fe no sólo para las partes sino para terceros, mientras subsista la inscripción, que cancela, en su caso, el Registrador de Instrumentos Públicos, que es el que tiene la facultad legal para ello; porque la cancelación se hace de conformidad con los artículos 2611, 2612, 2676 y 2677 del Código Civil, y, en el caso de autos esa cancelación hecha en esa forma, solo se refiere a una parte del crédito, es decir a la suma de $ 420 que se debía a Ezequiel Botero; porque además de lo dicho esa cancelación está perfectamente explicada, se refiere a la escritura 72 y al certificado que como consecuencia de esta escritura le fue remitido al registrador. Además de lo anterior, no encuentra la Corte una explicación satisfactoria respecto de la nota de cancelación total que aparece en la escritura número 210, y no es aventurado suponer que se trata de un error consistente en que habiéndose cancelado sólo una parte del crédito, el notario no cayó en la cuenta de ese hecho, aunque envió nota o certificado al registrador sobre la cancelación parcial, y escribió en la matriz de la escritura cancelada parcialmente una nota de cancelación definitiva. Se observa además que a la parte demandada le hubiera quedado fácil y expedito demostrar la cancelación total, por cuanto con la demanda se presentó el certificado del Registrador de Salamina sobre la cancelación parcial, de manera que nada más obvio y trivial que haber obtenido un nuevo certificado sobre el particular, para demostrar la cancelación total o haber presentado copia de la escritura 72 por la cual se hizo la cancelación.

No está, pues demostrado el extremo que acaba de estudiarse.

Como la Corte llega después del presente estudio a las mismas conclusiones del juez a quo, es entonces procedente al casar el fallo recurrido, confirmar el del inferior, no siendo impertinente observa que si cada uno de los dos primitivos acreedores podían proceder a recibir su crédito y cancelar la deuda, esa cancelación no podía extenderse ni siquiera referirse a la hipoteca, mientras toda la deuda no estuviera cancelada, en virtud del principio de la indivisibilidad de la hipoteca, artículo 2433 del Código Civil.

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 y en su lugar CONFIRMA la de primer grado dictada por el Juez del Circuito en lo Civil de Salamina, el veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y nueve. Sin costas en el recurso.

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

Asaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez. — Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

NULIDAD DE UNA ENAJENACION POR OBJETO ILICITO

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

Fructuoso Villabón se declaró deudor de Manuel Justinico Zamora por la suma de diez mil pesos, en documento privado de 2 de agosto de 1935. Zamora, con tal título, demandó a Villabón ejecutivamente y el juzgado dictó mandamiento de pago. El ejecutado denunció varios bienes para el pago, los cuales fueron embargados. Por instrumento público 322 de 19 de noviembre de 1935, el deudor ejecutado hizo dación en pago al ejecutante de los bienes embargados y se manifestó ante el juez por el acreedor que éste consentía en la enajenación y en el registro, y así fue como se obtuvo éste. Según consta de la escritura 45 de 11 de abril de 1936, Manuel Justinico Zamora vendió a Tránsito Guerrero de Villabón, varios de los bienes que a su turno le había vendido Fructuoso y de que da cuenta la escritura 322 ya citada.

Cuando se hizo la dación en pago, Rosa Góngora de Sánchez era tercerista en el ejecutivo que adelantaba Justinico Zamora contra Fructuoso Villabón. El Tribunal Superior de Ibagué en auto de 27 de octubre de 1937 revocó el proveído del Juez a quo que había decretado el desembargo de los bienes y desconoció el consentimiento unilateral del acreedor ejecutante para el registro de la escritura 322, por cuanto partió de la base de que siendo la señora Góngora de Sánchez, tercerista, su consentimiento para la enajenación y registro, de que se prescindió, era indispensable.

Estos antecedentes han dado lugar a este pleito en el cual Tránsito Guerrero de Villabón demanda a Rosa Góngora de Sánchez, Manuel Justinico Zamora y Fructuoso Villabón, para que se hagan las siguientes declaraciones que se sintetizan así: que por razón del contrato de compraventa de que da cuenta la escritura 322 de 19 de noviembre de 1935 de la Notaría del Guamo, registrada el 6 de febrero de 1936, Manuel Justinico Zamora adquirió el dominio de los bienes relacionados en esta escritura; que el registro de ésta conserva todo su valor legal y dejó sin valor ni efecto el registro del embargo de esos bienes en el ejecutivo de que se ha hecho mérito; que el consentimiento dado por Manuel Justinico Zamora para obtener la dación en pago canceló legalmente el embargo de los bienes. Que es válido el contrato contenido en la escritura 45 de 11 de abril de 1936 de la Notaría de Ortega, por el cual Justinico Zamora vende a Tránsito Guerrero de Villabón varios de los bienes que adquirió de Fructuoso Villabón por medio de la escritura 322; que se declare nulo y sin ningún valor ni efecto jurídico, cualquiera actuación o tramitación judicial, acto o contrato, posteriores al registro de las mencionadas escrituras.

Corrido el traslado del caso, Villabón y Justinico consintieron en todas las peticiones de la demanda; no así Rosa Góngora viuda de Sánchez quien se opuso a ellas y propuso al mismo tiempo demanda de reconvención cuyas súplicas en definitiva son estas: que se declaren inexistentes por simulación, o nulos de nulidad absoluta, por objeto ilícito, los contratos de compraventa celebrados entre Fructuoso

Villabón y Manuel Justinico Zamora, a que se refiere la escritura 322 y Manuel Justinico Zamora y Tránsito Guerrero de Villabón a que se refiere la escritura 45 de 11 de abril de 1936 y que se ordene la cancelación de los registros de tales instrumentos.

El **Juez a quo**, primero del Circuito del Guamo, en sentencia de 10 de octubre de 1939 decretó las peticiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta de la demanda principal y absolvió a los demandantes de los cargos de la demanda de reconvención.

La parte vencida apeló de este fallo y el Tribunal Superior de Ibagué, sentencia de 8 de julio de 1940 revocó la del inferior, absolviendo a la señora Góngora v. de Sánchez de los cargos de la demanda principal y decretando la nulidad absoluta, por objeto ilícito, de los contratos contenidos en las escrituras 322 y 45. Además ordenó la cancelación de los registros de esos instrumentos.

Recurrieron en casación contra ese fallo fructuoso Villabón y Tránsito Guerrero de Villabón por medio de su apoderado.

Pasa, pues, a decidirse sobre la suerte del recurso: Se funda la sentencia del fallador de Ibagué, en lo siguiente: a) en que de acuerdo con el artículo 1521 del Código Civil hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello; b) en que cuando Fructuoso Villabón hizo dación en pago a Manuel Justinico Zamora, los bienes que fueron objeto de ésta estaban embargados en el ejecutivo que adelantaba Zamora contra Villabón; c) en que si bien es cierto que el acreedor consintió en la enajenación y en el registro, también lo es que cuando se consumó el contrato de dación en pago, Rosa Góngora de Sánchez era tercerista en la ejecución y que por lo tanto su consentimiento era indispensable para que pudiera verificarse ese contrato y d) en que dicha señora no sólo no consintió en ese acto sino que ejercitó las acciones legales dentro del juicio para la defensa de sus derechos. Por esto el Tribunal hace referencia a que revocó el auto del inferior que había decretado el desembargo y estimó ineficaz el solo consentimiento de Zamora para la enajenación y para obtener el registro de la escritura, porque era indispensable también el de la tercerista, que era parte en el juicio, como acreedora.

Dos cargos hace el recurrente contra la sentencia, a saber: Violación del artículo 1521 del Código Civil, por interpretación errónea y por aplicación indebida.

Respecto de la interpretación errónea la hace consistir en que según su concepto, el Tribunal estimó que son necesarios dos requisitos para la enajenación de un bién embargado: la autorización judicial y el consentimiento del acreedor.

La Corte observa: Leyendo detenidamente el fallo conclúyese que el Tribunal no sostiene tal extremo. Es cierto que hace referencia a las dos condiciones, que son independientes, establecidas por el numeral 3º del artículo 1521 citado, pero su sentencia se funda como ya se dijo, en que la nulidad por objeto ilícito existe desde que estando trabados los bienes, no valía o era ineficaz únicamente el consentimiento del ejecutante Zamora, sino que se requería también el de la tercerista Góngora de Sánchez, por ser parte en el juicio cuando se hizo la enajenación de que da cuenta la escritura 322.

Se ve por esto que el cargo que se estudia no puede aceptarse, como tampoco el fundado en la aplicación indebida, de la norma ya citada, toda vez que estando trabados los bienes materia de la dación en pago y no habiéndose prestado el consentimiento por los que debían darlo, entre ellos, la tercerista, la enajenación quedó viciada de nulidad absoluta, al tenor del precitado artículo 1521.

El segundo cargo lo funda el recurrente en violación del artículo 1502 del Código Civil y en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, que llevaron al sentenciador, a la infracción de los artículos 1602 de dicha obra,

202, 635, 597, 601, 593 y 632 del Código Judicial.

La Corte observa: Está establecido plenamente en autos lo siguiente: que cuando se hizo la dación en pago la señora Góngora de Sánchez tenía su calidad de tercerista y como consta en el proceso, esa calidad también la tenía, cuando se verificó el registro de la escritura. Siendo esto así, la expresada señora era parte en el juicio ejecutivo, en su calidad de tercerista, podía perseguir los bienes trabados en la ejecución. Para que éstos salieran de esa traba, para que pudieran ser enajenados, era preciso su consentimiento y éste, como se ha dicho, no se obtuvo.

No se ve, por otra parte, cuál haya sido la apreciación errónea o mala apreciación de las pruebas, donde aparece el carácter de tercerista de dicha señora, que haya hecho el Tribunal, ni tampoco se haya pasado por alto ninguna prueba, ningún factor, que desvirtúe su conclusión legal a este respecto.

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 a cargo de la parte 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. El Oficial Mayor en ppdad. Emilio Prieto H.

PETICION DE HERENCIA.—LEGISLACION CANONICA Y CIVIL SOBRE MATRIMONIO.—FORMA DEL MATRIMONIO CATOLICO Y MEDIO DE PRUEBA.—JURISDICCION ECLESIASTICA Y JURISDICCION CIVIL EN PUNTO DE MATRIMONIOS CATOLICO Y CIVIL.—INDEPENDENCIA DE LAS DOS JURISDICCIONES.—ACTAS DE ESTADO CIVIL.—SU VALOR PROBATORIO.—CARACTER DE LOS PARROCOS QUE EXPIDEN ACTAS DE ESTADO CIVIL Y DE ESTAS.—LEMITIMACION.

1.—Según el artículo 16 de la Ley 153 de 1887 la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta, pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República. Existen casos en que esa legislación trasciende al campo civil y entonces generalmente su respeto a ella se consagra por medio de normas positivas. El artículo 12 de la Ley 57 de 1887 estableció la validez para todos los efectos civiles y políticos de los matrimonios que se celebren conforme al rito católico, y ésta es la primera proyección de la legislación canónica sobre el campo civil, o sea, el matrimonio católico que produce efectos civiles. Reconocida la validez del matrimonio católico, era obvio que tenían que venir dos consecuencias: la primera, la forma como debe celebrarse ese matrimonio, y esto es de la autoridad privativa de la Iglesia; y segundo, el modo o medio de prueba de ese acto. En cuanto a lo primero, se halla el artículo 17 de la Ley 35 de 1883, artículo Concordatario; en cuanto a lo segundo, se hallan los artículos 22 de la Ley 57 de 1887 y 79 de la 153 del mismo año. Reconocidos por nuestra legislación ambos matrimonios, el civil y el canónico, cada uno de ellos, según el caso, se celebra en la forma determinada por el legislador civil o por el legislador eclesiástico. Ni la autoridad eclesiástica tiene competencia o jurisdicción para intervenir en un matrimonio civil, ni fallar sobre su existencia en sí misma, validez o nulidad, ni tampoco el poder civil puede hacerlo respecto de los matrimonios eclesiásticos. Son dos jurisdicciones distintas, que no se entremezclan a ese respecto, de donde resulta uno de los aspectos de la independencia de las dos potestades, y el respeto a la legislación canónica, que no forma parte de la civil. Si para el acto de la celebración del matrimonio existe lo anterior, también existe la diferencia en cuanto al modo de prueba de ese acto. El matrimonio civil tiene su prueba principal, que es la determinada por los artículos 364 a 367 del C. C., y el matrimonio católico la suya propia, que es la determinada por la ley canónica y que se concreta en el acta que levanta el Párroco respectivo. Son, pues, esas actas de origen distinto, de autoridades distintas, pero ambas tienen eficacia legal para demostrar un mismo hecho jurídico, como la muerte, o un mismo acto jurídico, como el matrimonio.—2.—Las actas de estado civil o eclesiástico no son intocables. Ellas, como cualquiera otra prueba, como una escritura pública, como un documento privado, pueden, por ejemplo, ser redargüídas de falsas y entonces el debate planteado sobre este extremo sigue la regla general y cae bajo la jurisdicción de los jueces civiles. Pero de lo anterior no puede concluírse que las actas de origen eclesiástico sean exactamente las mismas o estén identificadas con las del estado civil; esa conclusión sería inadmisible, porque no pueden identificarse actas que proceden de origen distinto, de autoridades distintas y que se levantan por procedimientos distintos. No. Las actas de origen eclesiástico se asimilan a las de origen civil únicamente en cuanto a su valor probatorio.—3.—Los Curas Párrocos no son funcio-

narios públicos del registro civil, ni las actas de origen eclesiástico tienen el carácter ni la configuración de los documentos públicos a que se refiere la ley civil, y es muy distinto el carácter de documento auténtico del de documento público. Casi a raíz de la expedición de las Leyes 57 y 153 de 1887, la Corte estudió ese punto y sentó como doctrina que no ha sido modificada la siguiente: "Por el hecho de dar valor de pruebas a las certificaciones de los sacerdotes párrocos sobre nacimientos, matrimonios y defunciones, no deben considerarse como funcionarios públicos, ni tales certificaciones como instrumentos públicos". Lo anterior se comprende si se tiene en cuenta que los funcionarios públicos son los creados por la ley, aquellos a que se refiere el Código Político y Municipal principalmente, y que desde luego que en el artículo 17 de la Ley 35 de 1888 se pactó que el acto de la celebración del matrimonio católico será presenciado por el funcionario que la ley determina, con el objeto de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil, fue porque claramente se comprendió que los Curas Párrocos no eran funcionarios públicos, pues si así fuera, habría una redundancia inexplicable al establecer que dos funcionarios públicos presenciaran o autorizaran un mismo acto. La anterior interpretación se corrobora con el artículo 2º de la Ley 95 de 1890, en que se señaló al Notario, donde lo hubiere, o al Secretario del Concejo Municipal, donde no lo hubiere, para que presenciara el matrimonio con el objeto de hacer la inscripción en el registro civil.—4.—Las disposiciones civiles y en especial las consignadas en los artículos 372 a 384 del C. C. no son aplicables a las actas de origen eclesiástico, de la misma manera que las disposiciones canónicas sobre actas del estado civil, modo de sentarlas, suplirlas cuando se han omitido, corregirlas, no son aplicables a las partidas de origen civil. De donde se concluye que la omisión de una partida eclesiástica y su incorporación en el libro respectivo no se subsana por el procedimiento establecido en el artículo 381 del C. C., sino por las respectivas disposiciones de origen eclesiástico. Mas las actas civiles y eclesiásticas sí pueden caer *sub judice* cuando son rechazadas, redargüídas o tachadas de falsas, en los casos en que pueden serlo las de origen civil, y entonces el poder civil ordinario es el competente para decidir sobre tal materia.—5.—Existen también otra clase de actas del estado civil respecto del matrimonio, que son aquellas a que se refiere el artículo 1º de la Ley 266 de 1938, las cuales están reguladas por una ley extranjera, sin que por ello se lesione la potestad civil ni el imperio de la soberanía patria, como tampoco se lesiona al reconocer la validez y eficacia de las actas de origen eclesiástico, que demuestran el matrimonio que contrae casi la totalidad de los colombianos.—6.—En las actas de origen eclesiástico no es la autoridad civil sino la eclesiástica la competente para determinar cómo se inscribe una partida en los libros parroquiales.—7.—La Corte no puede aceptar la conclusión del Tribunal sentenciador de que por el hecho de que una partida del estado civil, cualquiera que sea su naturaleza, se siente posteriormente al hecho o acto que registra, esa partida sea falsa, pues el mismo Código Civil, cuando se ha omitido sentar en su debido tiempo una partida, da reglas para asentarla posteriormente. —8.— Las partidas eclesiásticas se regulan por el principio de que los requisitos de fondo, *decisoria litis*, se determinan por la ley de su origen, según jurisprudencia de la Corte, o sea, por las disposiciones del Derecho Canónico en el caso de autos.—9.—La ley civil reconoce también la existencia y validez de los matrimonios *in artículo mortis*, y en esos casos se puede prescindir de las formalidades que al respecto señala el Código Civil. De ahí el artículo 135 de dicha obra; es claro que en tal caso en el acta del matrimonio ha de expresarse que se ha verificado *in artículo mortis*, con la obligación de revalidarlo posteriormente, si dentro de los cuarenta días no hubiere muerto alguno de los contrayentes. Algo parecido sucede en ocasiones, en Derecho Canónico, en que los esposos quedan con la obligación de la velación posterior, pero

la omisión de esta solemnidad no invalida el matrimonio.—10.—El matrimonio católico es válido en Colombia y produce efectos civiles y políticos, no como consecuencia de los efectos canónicos de él, sino por la disposición del artículo 12 de la Ley 57 de 1887. Antes de la existencia de esa norma producía efectos meramente canónicos, pero no civiles. Los efectos civiles de que habla ese artículo no son otros que los mismos efectos de esa naturaleza que produce el matrimonio civil. Así, dos casados católicamente adquieren ante la ley civil el estado de tales, y sus hijos nacidos de esa unión la calidad de legítimos con todos sus derechos y obligaciones y su vocación hereditaria. Los efectos políticos son aquellos que determinan en ocasiones las leyes, fijando la calidad de padre de familia como condición para desempeñar un cargo, como hoy para ser nombrado Juez de Menores, y en tiempos pasados para formar parte de ciertos colegios electorales. Como la legitimación *ipso jure* establecida por el artículo 12 de la Ley 153 ya citada, se refiere a los matrimonios civiles o católicos, porque la norma no distingue, es obvio que por imperio de esa disposición el hijo concebido antes del matrimonio católico de sus padres y nacido dentro de éste, es legítimo. Según las normas del Derecho Canónico, los hijos habidos por personas libres y que después, en cualquier tiempo, se casen entre sí, quedan legitimados, y éste es un efecto canónico de ese matrimonio, pero la ley civil no reconoce tal efecto, porque la legitimación se rige únicamente por los preceptos del Código Civil. Esto lleva a la conclusión de que los efectos canónicos del matrimonio no producen siempre efectos civiles, y que ese fenómeno no se verifica sino cuando la ley civil expresamente lo establece.

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

El juicio a que se refiere el recurso de casación que va a decidirse tiene los siguientes antecedentes:

El 17 de marzo de 1933 la señora Ana de Gouffray, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria sobre petición de herencia y otras prestaciones, contra los señores Roberto Forero V., María Luisa Forero de Martín y el Banco de Bogotá, representado por su Gerente, señor Luis Londoño, demanda que fue repartida al Juez 1º Civil de este Circuito y en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera: Que Ana Forero Moreno de Gouffray es hija legítima de José Trinidad Forero y en tal carácter excluye a los señores Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín, y tiene mejor derecho que ellos para suceder en los bienes del finado José Trinidad Forero;

"Segunda: Que se adjudiquen a Ana Forero Moreno de Gouffray los bienes de la herencia, o sean los indicados en el hecho 14º de esta demanda y los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia;

"Tercera: Que, como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, en la compraventa que consta en la escritura pública número ciento treinta y cuatro (134), de fecha veintisiete (27) de enero de mil novecientos veintiséis (1926), otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, Ana Forero Moreno compró cosa propia, y Roberto Forero V. está obligado a restituírle, dentro del plazo que usted señale, los tres mil pesos ($ 3.000) que dio por la cosa objeto del contrato, más los intereses legales de esta suma desde el día en que los recibió hasta cuando se verifique el pago;

"Cuarta: Que Roberto Forero V. sea condenado a restituír a la señora Ana Forero Moreno de Gouffray, dentro del término legal, el lote de terreno a que se refiere el ordinal a) del hecho 21º de esta demanda, libre de todo gravámen y de todo embargo judicial, por la cabida y linderos que allí se especifican, y las cosas que forman parte de él, como casas, marraneras, etc.;

"Quinta: Que la señora María Luisa Forero de Martín sea condenada a restituír a Ana Forero Moreno de Gouffray, dentro del término legal, el lote de terreno a que se refiere al ordinal a) del hecho 16º de esta demanda, libre de todo gravamen y de todo embargo judicial, por la cabida y linderos que allí se determinan, y las cosas que forman parte de él, como casas, marraneras, etc.;

"Sexta: Que Roberto Forero V. y la señora María Luisa Forero de Martín sean condenados a entregar a Ana Forero Moreno de Gouffray, dentro del término legal, las dos yeguas y una potranca que recibieron en la sucesión de José Trinidad Forero, o igual número de individuos de la misma especie y calidad, más sus frutos, o la suma de ciento veinte pesos ($ 120) en que fueron avaluadas y los intereses legales de esta suma hasta que se verifique el pago;

"Séptima: Que los señores Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín sean condenados a pagar a Ana Forero Moreno de Gouffray, dentro del término legal, como poseedores de mala fe, los frutos naturales y civiles de la finca SANTA ANA, en la parte que a cada uno cupo en la división, desde el primero de enero de mil novecientos veinticuatro hasta el día de la entrega, y no sólo los percibidos sino los que la finca hubiera podido producir manejada con mediana inteligencia y actividad, según avalúo pericial que se haga en el juicio;

"Octava: Que se declare que la partición y adjudicaciones hechas en el juicio de sucesión de Trinidad Forero, seguido por Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín y protocolizado por escritura número 1247 de fecha 30 de julio de 1925, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, no perjudica a la señora Ana Forero Moreno y carecen de todo efecto y valor;

"Novena: Que es nula y se declare extinguida la hipoteca que consta en la escritura pública número 1637, de fecha 8 de octubre de 1926, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá, por la cual Roberto Forero V. hipotecó al Banco Central el lote de terreno a que se refiere el numeral a) del hecho 21º de esta demanda, y se ordene la cancelación de la escritura dicha y de su registro;

"Décima: Que se ordene al señor Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá la cancelación de los siguientes registros:

1º El de la hijuela de la señora María Luisa Forero de Martín, hecho el 28 de julio de 1925, en el Libro de Causas Mortuorias, página 188, partida Nº 682, y en el Libro Número Primero, página 238, partida Nº 1938;

2º El de la hijuela de Roberto Forero V., hecho el 20 de agosto de 1926, en el Libro Número Primero, página 310, Nº 2503.

"Undécima: Que se condene a los demandados a pagar las costas del juicio, si se oponen a que se hagan las declaraciones pedidas".

La actora fundó su demanda en 25 hechos, los principales de los cuales pueden sintetizarse así:

José Trinidad Forero y Soledad Moreno contrajeron matrimonio, in articulo mortis de la contrayente, por los ritos de la Religión Católica, el 25 de agosto de 1911.

Ana Forero nació de dicho matrimonio el 2 de septiembre de 1911, y por ello es hija legítima de José Trinidad Forero y Soledad Moreno.

José Trinidad Forero murió en esta ciudad el 5 de diciembre de 1923.

Una vez muerto José Trinidad Forero, Roberto Forero, Jorge Martín y María Luisa Forero de Martín, consiguieron que el Párroco de San Victorino, doctor Eliécer Gómez, pusiera al margen de la partida legítima de bautizo de Ana Forero Moreno, una nota en que se dice que se anula la orden del señor Arzobispo. En dicha partida figura Ana Forero Moreno como hija legítima de José Trinidad Forero y Soledad Moreno, y en el Libro número 21, en la página 499, el Párroco nombrado extendió otra partida en que la hizo figurar como hija natural de Soledad Moreno.

Para revalidar la partida original hubo necesidad de seguir un juicio sumario ante la Curia del cual resultó que en el archivo de la Parroquia de San Victorino no existe nota alguna que ordene la anulación de la citada partida, ni el señor Arzobispo, dio ni podía dar, la supuesta orden de anulación.

Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín iniciaron el juicio de sucesión de José Trinidad Forero, diciéndose únicos herederos de éste, como hermanos legítimos y así se hicieron declarar y se adjudicaron y partieron los bienes de la sucesión de dicho señor, determinados en la demanda.

Por escritura número 134, del 27 de enero de 1926, de la Notaría Cuarta de Bogotá, Roberto Forero V. vendió a Ana Forero Moreno (Ana Moreno figura en la escritura), la sexta parte del terreno denominado SANTA ANA, pero en realidad Ana Forero Moreno compró cosa propia, pues por la muerte de su legítimo padre José Trinidad Forero los bienes que éste dejó le pertenecen en su calidad de única hija legítima del finado.

En virtud de juicio divisorio seguido al efecto, la finca denominada SANTA ANA se partió materialmente entre Roberto Forero V. y Ana Forero Moreno, y una vez hecha la división, Roberto Forero V. hipotecó al Banco Central, Sección Hipotecaria, el lote que a él le fue adjudicado en la hacienda SANTA ANA.

En ese contrato Roberto Forero V. hipotecó cosa ajena, pues por la muerte de José Trinidad Forero los bienes de éste le pertenecen a Ana Forero Moreno.

El Banco de Bogotá es hoy el acreedor de Roberto Forero V., porque el Banco Central se incorporó en el de Bogotá y éste se hizo cargo de todos los negocios de aquél.

Admitida la demanda y corridos los traslados correspondientes, el Banco de Bogotá manifestó que no era dueño del crédito hipotecario a que se refiere la actora; que no sabía a qué entidad traspasara dicho crédito el Banco Central, y que, por lo tanto, no podía contestar la demanda, ni se consideraba obligado legalmente a hacerlo.

Los demandados Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín, antes de contestarla, propusieron la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería para que la demandante comprobara su identidad con la persona a que se refieren las partidas de estado civil acompañadas a la demanda y a la correspondencia presentada por la actora.

Tal excepción se declaró no probada, y los citados demandados contestaron la demanda oponiéndose a las declaraciones solicitadas y negando la mayor parte de los hechos en que se apoya la acción.

A su vez iniciaron demanda de reconvención contra la actora, la cual no fue admitida por haber sido presentada fuera de tiempo.

El juicio finalizó en primera instancia por sentencia de fecha veinticuatro de enero de mil novecientos treinta y seis, cuya parte resolutiva dice:

"1º Que Ana Forero Moreno de Gouffray es hija legítima de José Trinidad Forero y en tal carácter excluye a los demandados Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín, y tiene mejor derecho que éstos para suceder en los bienes del finado José Trinidad Forero. En consecuencia, se le adjudican a la demandante los bienes de dicha herencia y que son los indicados en esta demanda en el hecho catorce (14º).

"2º Se condena al demandado Roberto Forero V. a entregar a la demandante Ana Forero Moreno de Gouffray el lote de terreno a que se refiere el ordinal a) del hecho veintiuno (21) de la demanda y sus accesorios, que está situado en esta ciudad, barrio de S. Victorino y que se demarca así: por el norte, barrio obrero Antonio Ricaurte; por el sur río S. Francisco; por el oriente, lote que es de propiedad de la Sra. María de Martín, y por el occidente, lote que en la partición se adjudicó a la señorita Ana Moreno.

"3º Se condena a la demandada María Luisa Forero de Martín a entregar a la demandante Ana Forero Moreno de Gou-

ffray, el lote de terreno a que se refiere el ordinal a) del hecho diez y seis (16) de la demanda y sus accesorios, que está situado en esta ciudad, barrio de San Victorino y que linda: por el norte, con tierras que fueron de Luis Rozo y el barrio obrero Antonio Ricaurte; por el Sur, con el río San Francisco; por el oriente, con terrenos de Francisco de P. Borda; y por el occidente, con el lote número dos (2), que en la partición se adjudicó a Roberto Forero V.

"4º Se condena a los demandados Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín a pagar a la demandante Ana Forero Moreno de Gouffray los frutos civiles y naturales de la finca SANTA ANA en la parte que a cada uno cupo en la división, desde el día seis de marzo de mil novecientos treinta y cuatro, hasta cuando se verifique la entrega. Estos perjuicios (sic) serán regulados de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial.

"5º Se condena a los demandados Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín a entregar a la demandante Ana Forero Moreno de Gouffray dos yeguas y una potranca que recibieron en la sucesión de José Trinidad Forero.

"6º Se absuelve a los demandados Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín, de los demás cargos formulados en la demanda.

"7º Se absuelve igualmente al demandado Banco de Bogotá de los cargos contra él formulados.

"No se hace condenación en costas".

Esta sentencia se funda, principalmente, en que la partida de matrimonio de José Trinidad Forero y Soledad Moreno, así como la de nacimiento o bautizo de Ana Forero Moreno y la de defunción de José Trinidad Forero, presentadas con la demanda, conservan toda la fuerza probatoria que la ley les asigna, porque las pruebas aducidas en contra por los demandados no lograron desvirtuarlas.

De dicho fallo apelaron la demandante y los demandados Roberto Forero y María Luisa Forero de Martín, y subido el asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y surtida allí la tramitación correspondiente de segundo grado, vino la sentencia de fecha doce de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, por medio de la cual se revocó aquélla y en su lugar se decidió:

"1º No es el caso de acceder a ninguna de las peticiones contenidas en el libelo de demanda con que se inició la presente causa, y se absuelve por ello a los demandados de todos los cargos allí contenidos.

"2º Se condena a la parte demandante al pago de las costas del juicio, en ambas instancias. Oportunamente se tasarán las causadas ante el Tribunal.

"3º En firme este fallo, por el Juzgado del conocimiento promuévase lo legal para que la autoridad penal correspondiente investigue el delito de perjurio que hayan podido cometer los testigos Francisca León, Anunciación Díaz de Velásquez y Eudoro Velásquez".

El Tribunal, mediante un estudio muy amplio, ordenado y cuidadoso de las disposiciones legales y concordatarias pertinentes, y de los diversos elementos probatorios que arroja el expediente, llegó a las siguientes conclusiones, que resumen los soportes básicos de su sentencia:

a) "Existe un fuero mixto, en virtud del cual la autoridad civil conoce no solamente acerca de la validez o nulidad de los matrimonios civiles, sino también sobre las consecuencias o efectos civiles que se derivan del matrimonio católico, y tiene plena jurisdicción para regular tales efectos civiles del matrimonio religioso. Esta potestad de la autoridad civil sobre los efectos del matrimonio católico la reconoce no solamente el artículo transcrito de la Ley concordataria de 1888 (artículo 19 de la Ley 35), sino la misma legislación eclesiástica: "El matrimonio de los bautizados se rige no solamente por el derecho divino sino también por el canónico, salva la competencia de la potestad civil respecto de sus efectos meramente civiles" (Canon 1016 Codex J. C.)."

b) "La partida de matrimonio existente al folio 12 del Libro III respectivo del Archivo Parroquial de Chapinero, que da

cuenta del matrimonio eclesiástico de José Trinidad Forero con Soledad Moreno, celebrado el 25 de agosto de 1911, no se encuentra respaldada con la presunción de autenticidad establecida por el artículo 392 del Código Civil; no es un instrumento público auténtico porque carece de fecha verdadera, la que exhibe es falsa; y, como corolario, se desprende que ella no puede ser estimada ni tenida como prueba principal del referido matrimonio".

El fallo examina luégo la prueba supletoria y la posesión notoria referentes al matrimonio de José Trinidad Forero con Soledad Moreno, que encuentra ineficaces, y concluye:

"Queda examinada y calificada toda la prueba principal, supletoria y de posesión notoria) que acerca del pretendido matrimonio Forero-Moreno aportó la parte demandante en esta causa. Ninguno de los elementos que la integran, ni toda ella en su conjunto, ha sido capaz de traer al ánimo de la Sala sentenciadora una convicción suficiente sobre la realidad de ese matrimonio. Al contrario, la impresión de conjunto que le deja el estudio detenido de todas las piezas del proceso es francamente adversa a la tesis que afirma la celebración de aquel acto.

"Al cerrar el capítulo con estas conclusiones, necesariamente se dicta ya el sentido totalmente desfavorable de la resolución de segunda instancia para las pretensiones de la parte demandante: si no existió el matrimonio ante la ley civil, la demandante no puede considerarse como hija legítima, y, sin esta calidad, caen por su base las demás acciones deducidas en el libelo de demanda con que se inició esta causa".

El Tribunal analiza después la prueba relativa al nacimiento de la actora, y termina así:

"Se tiene pues que la partida de bautismo originalmente inscrita en las actas de registro eclesiástico el 28 de septiembre de mil novecientos doce, referente a la señora demandante, lo fue más de un año después de la fecha en que los testigos afirman haber ocurrido el nacimiento. En la inscripción de esta partida en los libros parroquiales de San Victorino no se tuvo en cuenta siquiera el procedimiento que dispone el artículo 377 del Código Civil para cuando se pretende el registro de un nacimiento "que se ha verificado un año antes", ya que el acta no dice que los interesados comprobaran el hecho ante el Párroco, con dos testigos que lo afirmaran bajo juramento, dando noticia exacta de la fecha, o por lo menos del mes y año en que aconteció. Por esta razón la partida de nacimiento de que se trata tampoco goza de la presunción de autenticidad y pureza que establece el artículo 392 del Código Civil.

"Si a esto se agrega que el acta fue anulada, según la nota que la atraviesa, y suplida luégo por la que existe al folio 499 del mismo libro número 21 de bautismos, y que ésta a su vez fue declarada insubsistente por la sentencia del señor Vice-Provisor Eclesiástico de la Curia Primada de Bogotá, de fecha dos de marzo de mil novecientos treinta y tres, fallo eclesiástico que no perjudica a la parte demandada en este juicio, según todo lo expuesto anteriormente, síguese que no es infundada la afirmación que hacen los apoderados de la parte demandada acerca de que tampoco está demostrada la existencia de la prueba principal del nacimiento de la demandante.

"Ese nacimiento es un hecho innegable, sin embargo, pero de su realidad no se deduce el carácter de hija legítima que invoca la demandante señora Ana de Gouffray en esta causa".

El recurso

Contra este fallo interpuso recurso de casación la señora demandante.

El señor apoderado de ella, en una extensa demanda, acusa la sentencia por las causales o motivos de que hablan los ordinales 1º y 2º del artículo 520 del Código Judicial ,así:

"I) Es violatoria de la ley sustantiva por violación directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea;

II). Es violatoria de ley por haber de-

jado de apreciar pruebas, por haberlas apreciado equivocadamente, por haber tenido como tales elementos que no lo son, por lo cual el Tribunal incurrió en errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos, y en errores de derecho;

III). No está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

Estos tres motivos o causales los desarrolla el recurrente en 115 cargos, al través de los cuales considera violados, ya por infracción directa, ya por aplicación indebida, ya por interpretación errónea, algunas por no haberlas aplicado, las disposiciones legales que a continuación se citan ordenadamente: artículos 22 de la Constitución Nacional; 28, 113, 135, 137, 225, 236, 237, 246, 346, 347, 377, 381, 392, 395, 396, 397, 398, 399, 964, 1012, 1047, 1321, 1322, 1323, 1326, 1502, 1503, 1504, 1740, 1758, 1759, 1761, 1872, 2576, 2594 y 2595 del Código Civil; 329, 342, 343, 391, 593, 594, 595, 597, 603, 604, 605 606, 672, 636, 637, 645, 649, 655, 656 663, 669, 673, 693, 697, 705, 716, 724, 725, 727 y 730 del C. J.; 6, 12, 22 y 333 de la Ley 57 de 1887; 2, 20, 39, 50 y 86 de la Ley 153 de 1887; 17 de la Ley 35 de 1888, y 60 de la Ley 63 de 1936.

Estima el recurrente que el Tribunal incurrió en dos errores de derecho, expuestos en los cargos 21 y 27 que pueden resumirse así:

a). Error evidente en la apreciación de la prueba relativa al matrimonio eclesiástico celebrado entre José Trinidad Forero y Soledad Moreno, pues no la aceptó porque el acta original contiene enmendaturas y salvedades y porque la partida presentada termina diciendo "Doy Fe", expresión que no se encuentra en el acta original.

b) Error de derecho al aplicar en todo su contenido el artículo 2595 del C. C. sin fijarse en que está modificado por el 333 de la Ley 57 de 1887.

Sostiene, además, que el Tribunal incurrió en 17 errores de hecho, que resultan de manifiesto en los autos, expuestos en los cargos 20, 37 y 38, 45, 46 y 47, 51, 59, 61, 64, 66, 67, 68, 71, 74 y 75; 79; 86; 89; 90 y 91 y 98, a saber:

1. Al apreciar la prueba del indicado matrimonio, porque el Tribunal dice que la partida debe llevar la fecha del día en que se sienta, cosa que no exige la ley.

2. Al apreciar el dictamen de los grafólogos y los conceptos de los peritos químicos Uribe Piedrahita, Azcuénega Chacón y Lleras.

3. Al negar que una situación jurídica puede acreditarse por más de un medio de prueba legal, pues aquí se comprobaron el referido matrimonio y el nacimiento de la demandante con pruebas directas, con pruebas supletorias y con la de posesión notoria.

4. Al apreciar la confesión de la madre de la actora, que no es parte en el juicio, y porque la confesión no es prueba eficaz en asuntos en que se discute el estado civil de las personas porque la ley exige otra clase de prueba .

5. En la apreciación de las pruebas, porque la sentencia estima que la tardanza en iniciar el pleito es indicio de carencia del derecho.

6. En la apreciación de los testimonios rendidos para demostrar el matrimonio, porque el Tribunal sólo consideró tres exposiciones, cuando son cuatro, porque hay una aclaración respecto de una de dichas exposiciones.

7. Al apreciar el testimonio de Francisca León, porque no está probado que al tiempo de declarar fuera criada de la actora, por lo cual no se le puede considerar como parcial.

8. Al apreciar los testimonios rendidos por el doctor Eliseo Montaña y por Carmen Torres de Beltrán en contra de la celebración del citado matrimonio, cuando no sirven de prueba al respecto.

9. Al negar a la partida presentada y a las declaraciones rendidas el valor que tienen para probar el matrimonio, porque no concuerdan los testigos acerca de cuál de los contrayentes estaba enfermo cuando se celebró el matrimonio.

10. Al apreciar la declaración de la señora Julia Valenzuela de Urdaneta para

demostrar que José Trinidad Forero era soltero, pues ella ni siquiera lo nombró en esa declaración.

11. Al apreciar la declaración de Benjamín Morales, porque él era menor de edad cuando presenció los hechos sobre que declaró.

12. Al admitir declaraciones para demostrar la soltería de José Trinidad Forero, porque los testigos expresan conceptos y sus exposiciones no reúnen la calidad intrínseca del testimonio, ni la ley admite prueba de la soltería, ni puede darse, porque envuelve una negación indefinida.

13. Por haber dejado de apreciar confesiones, testimonios y documentos para demostrar la posesión notoria respecto del aludido matrimonio, contenidos en las cartas y fotografías presentadas con la demanda.

14. Por no apreciar la confesión de Roberto Forero, sobre que él residió en casa de Soledad.

15. Al negar a la partida de bautismo y a los fallos eclesiásticos que obran en autos, el mérito legal que ha debido reconocérseles.

16. Al dejar de apreciar las distintas pruebas de todo orden relativas al nacimiento y al bautizo de la demandante.

17. Al apreciar las pruebas sobre posesión notoria, tanto respecto del matrimonio como del nacimiento.

En el Capítulo II de su demanda considera el recurrente que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunas deducidas por los litigantes, por las razones que en seguida se resumen:

a) Porque no se tachó de falsa la partida de matrimonio, y no obstante se falló sobre ese punto.

b) Porque no se alegó la falsedad de los documentos relativos al estado civil de la actora, y sobre ese aspecto se falló también la sentencia, cuando ha debido promoverse articulación de especial y previo pronunciamiento.

c) Porque se declaró parcial el testimonio de Francisca León, sin haberse alegado la tacha.

Por último, el recurrente, en el Capítulo III de su demanda acusa la parte resolutiva de la sentencia del tribunal por negar a la actora su calidad de hija legítima de José Trinidad Forero y de Soledad Moreno, y de única heredera de aquel; por reconocer a Roberto Forero y María Luisa Forero de Martín, como herederos de José Trinidad Forero; por negar a la demandante la acción de petición de herencia y no ordenar que se le restituyan los bienes de ella y sus respectivos frutos; porque no se condenó a Roberto Forero a restituir el precio de lo que vendió a la actora, y porque aplicó indebidamente el artículo 1326 del C. C., toda vez que no han prescrito los derechos de la actora.

Estudio de los cargos

La demandante, para comprobar su carácter de hija legítima, presentó la partida de matrimonio de José Trinidad Forero y Soledad Moreno.

El tribunal desechó esta prueba y como atrás se dijo, se expresó así al respecto:

"La partida de matrimonio existente al folio 12 del Libro 3º respectivo del archivo parroquial de Chapinero, que da cuenta del matrimonio eclesiástico de José Trinidad Forero con Soledad Moreno, celebrado el 25 de agosto de 1911, no se encuentra respaldada con la presunción de autenticidad establecida por el artículo 392 del C. C.; no es un instrumento público auténtico, porque carece de fecha verdadera: la que exhibe es falsa; y como corolario, se desprende que ella no puede ser estimada ni tenida como prueba principal del referido matrimonio".

Para llegar a esta conclusión, sobre la base de que la partida de matrimonio la escribió el presbítero doctor Cala Phillips en el año de 1924 y que la firma puesta al pie de ella y que dice "Honorio Angel y O.", es auténtica, el tribunal razona de la siguiente manera:

"Si la fecha del acta de matrimonio de José Trinidad Forero con Soledad Moreno, que exhibe la partida, es la de 25 de agosto de 1911, es claro y patente que tal

fecha es falsa y que la partida no tiene fecha verdadera. Y como una partida de estado civil sin fecha carece de uno de sus elementos sustanciales como instrumento público sin fecha no lo es tal ante la ley civil, síguese que el acta en cuestiones debe ser rechazada en este fallo como prueba principal del matrimonio que se pretende establecer. Si el pretendido matrimonio Forero Moreno se hubiera efectuado en realidad en el año de 1911, ante el mismo Párroco que autoriza la partida extendida por el doctor Cala Phillips en 1924, tendríamos entonces el caso de omisión de la inscripción oportuna de una acta del estado civil, caso en el cual el artículo 381 del C. C. dispone el procedimiento legal para rerarar la omisión, mediante el fallo judicial que bastantea las pruebas que acerca de la realidad del hecho y de la omisión del acta den los interesados, fallo civil".

Lo anterior es a su turno conclusión de las siguientes premisas sentadas y aceptadas por el Tribunal: a) que los Curas Párrocos son considerados como funcionarios públicos cuando autorizan actas del estado civil que dan fe de actos pasados ante su calidad de oficiales públicos del estado civil, según la delegación que el Estado les hizo por medio del artículo 22 de la Ley 57 de 1887; b) que las actas o partidas eclesiásticas del registro civil que no fueron oportunamente inscritas, no gozan de la presunción de autenticidad y verdad que hubiera de corresponderles como documentos públicos auténticos, al par que las similares civiles según el artículo 392 del C. C., en relación con el artículo 22 de la Ley 57 de 1887; c) que el acta o partida eclesiástica principal, referente al estado civil, debe contener, como todo documento público, la fecha de su otorgamiento o inscripción, entre las partes sustanciales de su contenido.

El recurrente, apoyado en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., acusa la sentencia por múltiples motivos, de los cuales pasan a expresarse los siguientes, que atacan directamente los conceptos del Tribunal ya transcritos y que son la base fundamental de su sentencia.

Dice el recurrente: Es violatoria la sentencia por infracción directa del artículo 22 de la Ley 57 de 1887, por interpretación errónea de dicho artículo, en cuanto entiende que dicha norma al hablar de formalidades legales refiriéndose a las partidas de origen eclesiástico impone las mismas exigencias internas y externas que exige para las partidas del registro de estado civil. Es violatoria asímismo del precitado artículo, en cuanto es diferente asimilar unas partidas de distinto origen a igualarlas. Violatoria por indebida aplicación del artículo 135 del C. C., por cuanto no es procedente exigir que las solemnidades del matrimonio civil sean obligatorias para el matrimonio católico, y por el mismo concepto violatoria del artículo 137 ibidem. Violatoria del artículo 12 de la Ley 57 de 1887, porque si los matrimonios celebrados de acuerdo con el rito católico son válidos, es claro que para ello no se requieren las ritualidades del matrimonio civil. Infracción directa, por falta de aplicación del artículo 17 de la Ley 35 de 1888 en el concepto de exigir que los matrimonios católicos se atemperen en sus solemnidades a las normas del C. C. Violación de los artículos 1758 y 1759 del C. C., en cuanto la sentencia aplica a las partidas de registro del estado civil los principios establecidos para apreciar e interpretar las pruebas documentales de los contratos como si tal fuesen, y en cuanto se erige que las partidas atemperen a las circunstancias y sean entendidas como los instrumentos públicos destinados a acreditar obligaciones contractuales. Violación del artículo 1740 del C. C., en cuanto declara que cuando el acta de un matrimonio no ha sido sentada al día, la prueba es ineficaz, porque eso equivale a decretar una nulidad, por requisito que la ley no prescribe para valor del acto. Finalmente, error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, en cuanto el Tribunal exige la fecha del instrumento, es decir la del día en que la partida se inscribe y

otras enunciadas que la ley no impone para dar valor a la partida de matrimonio

Deben tomarse integralmente los conceptos del Tribunal ya copiados, que establecen la teoría o doctrina que sienta en su fallo, y por la misma razón las acusaciones de que se ha hecho mérito deben estudiarse en conjunto.

Para este estudio son necesarias las siguientes consideraciones preliminares:

Según el artículo 16 de la Ley 153 de 1887 la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta, pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República. Existen casos en que esa legislación trasciende al campo civil y entonces generalmente su respecto a ella se consagra por medio de normas positivas. El artículo 12 de la Ley 57 de 1887 estableció la validez para todos los efectos civiles y políticos de los matrimonios que se celebren conforme al rito católico, y esta es la primera proyección de la legislación canónica sobre el campo civil, o sea el matrimonio católico que produce efectos civiles.

Reconocida la validez del matrimonio católico, era obvio que tenían que venir dos consecuencias: la primera, la forma como debe celebrarse ese matrimonio, y esto es de la autoridad privativa de la Iglesia; y segundo, el modo o medio de prueba de ese acto. En cuanto a lo primero, se halla el artículo 17 de la Ley 35 de 1888, artículo Concordatario; en cuanto a lo segundo, se hallan los artículos 22 de la Ley 57 de 1887 y 79 de la Ley 153 del mismo año, que preceptúan que se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos Párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales.

Reconocidos por nuestra legislación, ambos matrimonios, el civil y el canónico, cada uno de ellos, según el caso, se celebra en la forma determinada por el legislador civil o por el legislador eclesiástico; el primero ante el Juez Municipal del domicilio de la mujer, mediante el lleno de ciertos requisitos; el segundo, ante el Cura Párroco de la vecindad de la mujer, previas determinadas formalidades. Ni la autoridad eclesiástica tiene competencia o jurisdicción para intervenir en un matrimonio civil, ni fallar sobre su existencia en sí misma, validez o nulidad, ni tampoco el poder civil puede hacerlo respecto de los matrimonios eclesiásticos. Son dos jurisdicciones distintas, que se entremezclan a ese respecto, de donde resulta uno de los aspectos de la independencia de las dos potestades, y el respeto a la legislación canónica, que no forma parte de la civil.

Si para el acto de la celebración del matrimonio existe lo anterior, también existe la diferencia en cuanto al modo de prueba de ese acto. El matrimonio civil tiene su prueba principal, que es la determinada por los artículos 364 a 367 del C. C., y el matrimonio católico la suya propia, que es la determinada por la ley canónica y que se concreta en el acta que levanta el Párroco respectivo.

Son, pues ,esas actas de origen distinto, de autoridades distintas, pero ambas tienen eficacia legal para demostrar un mismo hecho jurídico, como la muerte, o un mismo acto jurídico, como el matrimonio.

No quiere decir lo anterior —y subraya esto la Corte— que esas actas, civiles o eclesiásticas, sean intocables: no. Esas actas, como cualquiera otra prueba, como una escritura pública, como un documento privado, pueden, por ejemplo, ser redarguidas de falsas y entonces el debate planteado sobre este extremo sigue la regla general y cae bajo la jurisdicción de los Jueces Civiles.

Pero de lo anterior no puede concluírse que las actas de origen eclesiástico sean exactamente las mismas o estén identificadas con las actas del estado civil; esa conclusión sería inadmisible, porque no pueden identificarse actas que proceden de origen distinto, de autoridades distin-

tas y que se levantan por procedimientos distintos. No. Las actas de origen eclesiástico se asimilan a las de origen civil únicamente en cuanto a su valor probatorio. Ni los Curas Párrocos son funcionarios públicos del registro civil, ni las actas de origen eclesiástico tienen el carácter ni la configuración de los documentos públicos a que se refiere la ley civil, y es muy distinto el carácter de documento auténtico del de documento público. Casi a raíz de la expedición de las Leyes 57 y 153 de 1887, la Corte estudió ese punto y sentó como doctrina que no ha sido modificada la siguiente:

"Por el hecho de dar valor de pruebas a las certificaciones de los Sacerdotes Párrocos sobre nacimientos, matrimonios y defunciones, no deben considerarse aquéllos como funcionarios públicos, ni tales certificaciones como instrumentos públicos". (Sentencia de 4 de junio de 1890. Tomo 1º de la Jurisprudencia Nº 2916).

Y lo anterior se comprende si se tiene en cuenta que los funcionarios públicos son los creados por la ley, aquellos a que se refiere el Código Político y Municipal principalmente, y que desde luego que en el artículo 17 de la Ley 35 de 1888 se pactó que el acto de la celebración del matrimonio católico será presenciado por el funcionario que la ley determine, con el objeto de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil, fue porque claramente se comprendió que los Curas Párrocos no eran funcionarios públicos, pues si no fuera así, habría una redundancia inexplicable al establecer que dos funcionarios públicos presenciaran o autorizaran un mismo acto. La anterior interpretación se corrobora con el artículo 2º de la Ley 95 de 1890, en que se señaló al Notario, donde lo hubiere, o al Secretario del Consejo Municipal, donde no lo hubiere, para que presenciara el matrimonio con el objeto de hacer la inscripción en el registro civil. En corroboración de la doctrina ya citada, se encuentra la sentencia de 23 de julio de 1925 (G. J. Tomo XXXI, pág. 280), Jurisprudencia de la Corte Tomo 3º Número 102, que dice así:

"Las actas de origen eclesiástico no son instrumentos públicos en el sentido estrictamente legal de la locución, pero sí tienen el valor de tales para acreditar actos religiosos que pasan ante los Párrocos, relacionados con el estado civil de las personas. Son pruebas sui-generis establecidas expresamente por la ley y restringidas a los casos especiales de que ella trata".

Sí, pues, como se ha visto y demostrado, las actas del estado civil de las personas, civiles y eclesiásticas, son de distinto origen, se levantan por distintos procedimientos y son hasta de naturaleza diferente, coincidiendo únicamente en su valor probatorio, las disposiciones civiles y en especial las consignadas en los artículos 372 a 384 del C. C., no son aplicables a las actas de origen eclesiástico, de la misma manera que las disposiciones canónicas sobre actas del estado civil, modo de sentarlas, suplirlas cuando se han omitido, corregirlas, no son aplicables a las partidas de origen civil. De donde se concluye que la omisión de una partida eclesiástica y su incorporación en el libro respectivo no se subsana por el procedimiento establecido en el artículo 381 del C. C. sino por las respectivas disposiciones de origen eclesiástico.

Mas las actas civiles y eclesiásticas sí pueden caer sub-judice cuando son rechazadas, redarguidas o tachadas de falsas, en los casos en que pueden serlo las de origen civil, y entonces el poder civil ordinario es el competente para decidir sobre tal materia.

Estima oportuno la Corte observar que al presente existe otra clase de actas del estado civil respecto del matrimonio, pues el legislador autorizó a los extranjeros residentes en Colombia para casarse ante los agentes diplomáticos o consulares de países extranjeros, siempre que se llenen algunos requisitos, como el de que ninguno de los contrayentes sea colombiano. Las actas que al respecto se levanten deben

inscribirse en el Registro del Estado Civil, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su celebración.

De esto resulta lo siguiente: a) que esas actas se pueden inscribir posteriormente a la celebración del acto, y por lo tanto el legislador no exige que sea el mismo día; y b) que esas actas se levantan de acuerdo con la legislación extranjera respectiva, y una vez anotadas en el Registro Civil, son pruebas del acto civil del matrimonio. No están, por lo tanto, reguladas en sí por las disposiciones del Código Civil sobre el particular, sino por una ley extranjera. Resulta entonces que también les son aplicables a esas actas las observaciones que preceden, y se destaca el hecho de que por ese reconocimiento en nada se lesiona la potestad civil ni el imperio de la soberanía patria, como tampoco se lesiona al reconocer la validez y eficacia de las actas de origen eclesiástico, que demuestran el matrimonio que contrae casi la totalidad de los colombianos.

Enfocando ahora el asunto sobre lo que es materia de la acusación, en el presente capítulo, resulta lo que sigue:

El Tribunal sostiene, y es fundamento básico de su sentencia, que como la fecha del acta de matrimonio de José Trinidad Forero con Soledad Moreno es la de 25 de agosto de 1911, es claro —dice—, que tal fecha es falsa y que la partida no tiene fecha verdadera. Y esta deducción o afirmación la fundamenta en que la partida de ese matrimonio fue inscrita en el año de 1924.

Sostiene además el Tribunal que como una partida de estado civil sin fecha carece de uno de sus elementos sustanciales como instrumento público auténtico, el acta en cuestión debe ser rechazada.

A esto observa la Corte que ya quedó demostrado que las actas del estado civil de origen eclesiástico no son instrumentos públicos en el sentido que les da el Tribunal, y que no es la autoridad civil sino la eclesiástica la competente para determinar cómo se inscribe una partida en los libros parroquiales.

Respecto de la partida de matrimonio dice así el Cánon 1103:

"Celebrado el matrimonio, el Párroco o quien hace las veces de éste, inscriba cuanto antes en el Libro de Matrimonios los nombres de los cónyuges y de los testigos, el lugar y el día en que el matrimonio se ha celebrado y lo demás de conformidad con lo prescrito en los libros rituales y por el propio ordinario; y esto, aun en el caso de que haya presenciado el matrimonio otro sacerdote delegado por él o por el ordinario".

La Corte no puede aceptar esta conclusión del Tribunal, porque el hecho de que una partida del estado civil, cualquiera que sea su naturaleza, se siente con posterioridad al hecho o acto que registra, no induce falsedad. Tan cierto es esto que el mismo Código Civil, cuando se ha omitido sentar en su debido tiempo una partida, da las reglas para asentarla posteriormente.

No comparte tampoco la Corte la tesis del Tribunal consistente en que como la partida del matrimonio mencionado se sentó en 1924 y él se celebró el 25 de agosto de 1911, esta fecha es falsa, porque como acaba de expresarse, una partida del estado civil puede referirse a un acto o hecho pretérito y entonces se tienen dos fechas: la de celebración del acto o verificación del hecho y la en que se sentó el acta, y no puede decirse por esto que la partida tenga fecha falsa. La falsedad es mutación o alteración de la verdad o también puede recaer sobre los elementos materiales que constituyen la forma de un documento o de un instrumento y de esto no se trata en el capítulo que se estudia; y es pertinente observar que esa falsedad, en cualquiera de sus elementos, no se ha demostrado, como adelante se verá.

Parece que el Tribunal quiso agregarle otras condiciones al modo como debe extenderse una partida de origen eclesiástico, adición inadmisible por lo ya expuesto.

El Tribunal considera que en caso de que el matrimonio se hubiera efectuado, como no se asentó la partida correspon-

diente en oportunidad, ha debido aplicarse el procedimiento señalado por el artículo 381 del C. C., tesis ésta inadmisible porque, como ya se ha dicho, el modo de levantar las partidas de origen eclesiástico y civil y de llenar las omisiones al respecto, es distinto en uno y otro caso, de donde se deduce que las disposiciones del Código Civil sobre el particular no pueden comprender a las partidas de origen eclesiástico.

Estima el Tribunal que la partida del mencionado matrimonio no está respaldada por la presunción de autenticidad establecida por el artículo 392 del C. C.; que no es un instrumento público auténtico, porque carece de fecha verdadera, pues la que exhibe es falsa, y que, por lo tanto, no puede ser tenida como prueba principal del referido matrimonio.

La Corte observa:

El artículo 392 del Código Civil se refiere a las partidas de origen civil; un acta del estado civil, de origen eclesiástico, no es un instrumento público, en el sentido que le da el Tribunal a esa expresión, y ya se vio que el acta del matrimonio Forero Moreno no carece de fecha, ni es falsa la que exhibe.

Se deduce de lo anterior que el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 377, 381, 392 y 1758 del Código Civil. Erró además el Tribunal, por error de hecho manifiesto, al considerar que la partida de matrimonio carece de fecha, pues por lo explicado sí tiene fecha, y ese error lo llevó a la equivocación de no estimar esa partida como prueba al respecto.

Las partidas eclesiásticas se regulan por el principio de que los requisitos de fondo, **decisoria litis**, se determinan por la ley de su origen, ha dicho la Corte (Jurisprudencia de la Corte, Tomo III, Nos. 2833 y 2835):

"Habiendo otorgado la ley —dijo en otra sentencia— valor civil a las partidas de matrimonio canónico, ellas se regulan por el principio que rige en materia de pruebas de que los requisitos de fondo, **decisoria litis**, se determinan por la ley de su origen; y como en Derecho Canónico las partidas de matrimonio religioso, extendidas en forma debida, son documentos auténticos (Cánon 1815), con tal carácter deben estudiarse también por los Tribunales" (Tomo III Nº 3223).

El Tribunal, al estimar el valor probatorio de la partida de matrimonio de Trino Forero y Soledad Moreno, a la luz de las disposiciones del Código Civil, violó no sólo las normas ya señaladas anteriormente, sino los artículos 12 y 22 de la Ley 57 de 1897 y 17 de la Ley 35 de 1888.

Dedúcese de lo anterior que es preciso casar la sentencia y entrar a pronunciar la de instancia.

Las partidas de origen eclesiástico, como acaba de expresarse y como lo ha sostenido la Corte en varios fallos, se regulan por el principio en materia de pruebas de que los requisitos de fondo se determinan por la ley de su origen, o sea en casos como el presente, por las disposiciones del Derecho Canónico. En autos aparece la partida de matrimonio tantas veces mencionada, la cual está amparada por la presunción de autenticidad, porque está establecido plenamente que la firma puesta al pie de ella, la del doctor Honorio Angel y Olarte, fue quien los casó, es real y verdadera, y que esa partida fue escrita por su coadjutor, cooperador o ayudante, el Presbítero Cala Phillips.

En las dos inspecciones oculares sobre el libro parroquial donde está inserta la partida precitada, los peritos hicieron algunas observaciones, que parece determinaron al fallador a no reconocerle la autenticidad. Por esto la Corte entra a referirse a esos reparos, observando ante todo y repitiendo que están establecidas dos cosas: que la firma que dice Honorio Angel y O. al pie de la partida es auténtica, y que quien la sentó, como amanuense, en el año de 1924, fue el doctor Cala Phillips, de orden del Párroco.

Dicha partida, tal como se halla en el libro respectivo, según lo observado por el Tribunal ,dice textualmente:

"En la santa iglesia de Nuestra Señora

de Lourdes de Chapinero a veinticinco de agosto de mil novecientos once, yo el Párroco presencié el matrimonio que **in facie Ecclesiae** contrajo José Trinidad Forero, hijo de Antonio Forero y Carmen Vélez, con Soledad Moreno, hija de Eufemio Moreno y Magdalena Herrera. Fueron testigos del matrimonio **in articulo mortis** de la contrayente Eudoro Velásquez P. y Anunciación Díaz. —Doy fe. —Tachado veinticuatro no vale. —Entre líneas once vale. Enmendado Magdalena. —Vale Honorio Angel y O".

En primer término la Corte, para desvanecer la impresión de que esa partida se hubiera sentado en un libro ad-hoc, o no destinado para tal objeto, observa que se halla inserta en el libro tercero de Matrimonios de la Parroquia, al folio doce izquierdo, libro donde se hallan numerosas partidas de matrimonio, de las cuales se tomó relación, como la de Juan Gregorio Rodríguez con Matilde Perilla, Eduardo Figueroa con Isabel Ponce, Hipólito Díaz con Bernarda Olaya, Francisco Nieto Nieto con Isabel Malo, Pompilio Martínez N. con María Luisa Rueda, libro empezado en 1905 y terminado en 1919. Ahora, si ese libro hecho para cuentas, porque tiene las columnas del Debe y el Haber, fue empleado después para asentar las partidas de matrimonio, pegando las dos hojas en que estaban insertas algunas cuentas, quiere esto decir que el Párrocó faltó a la elegancia, orden o pulcritud que deben prevalecer en el modo de llevar los libros parroquiales y a la obligación de escoger los más aptos para tal fin, pero eso no resta autenticidad a la partida ni al libro.

La partida que presentó la demandante para comprobar el matrimonio de sus padres dice:

"El suscrito Párroco de Chapinero certifica que en el folio 12 del Libro III de Matrimonios de este Archivo, se encuentra la siguiente partida: "En la santa iglesia de Nuestra Señora de Lourdes de Chapinero a veinticinco de agosto de mil novecientos once, yo el Párroco presencié el matrimonio que **in facie Ecclesiae** contrajo José Trinidad Forero, hijo de Antonio Forero y Carmen Vélez, con Soledad Moreno, hija de Eugenio Moreno y Magdalena Herrera. Fueron testigos del matrimonio **in artículo mortis** de la contrayente Eudoro Velásquez P. y Anunciación Díaz. Doy fe. Honorio Angel y O". Hay una rúbrica———— Es fiel copia, expedida en Chapinero el 9 de febrero de 1933. —El Párroco, **Víctor Barros Morales**".

Los peritos conceptuaron que había diferencias entre lo expresado en esta copia y lo que reza la partida original, y las hicieron consistir en lo siguiente: En la expedida por el Cura Párroco se lee Eugenio y en el original se lee Eufemio. En la copia Velásquez está con ese y con zeta en orden y en el original con dos zetas. En la copia la partida termina con las palabras doy fe, y en el original, a continuación de ella, se encuentra lo siguiente: Tachado "veinticuatro" no vale. Entre líneas "once". Vale. Enmendado "Magdalena" Vale. Los peritos, en vista de esto, dedujeron que la copia expedida por el Párroco Barrios Morales no es fiel.

Basta un somero análisis para concluír que los reparos de los peritos no tienen ninguna trascendencia legal. En primer término se observa que en la copia de una partida, como en la copia de una escritura pública, no se insertan jamás las enmendaturas de la matriz, las cuales quedan salvadas al pie de ella y entonces quien expide una de esas copias lo hace ya omitiendo esas salvedades y las referencias a tales enmendaturas. En la partida original se hizo una tachadura y un interlineado, que fueron salvados, tachadura e interlineado que no han sido objetados como falsos o como puestos posteriormente al día en que se sentó la partida. Un error de ortografía no le quita la autenticidad a una copia, como tampoco el cambio en la letra de un nombre, y es obvio que en toda copia se usa poner un término casi sacramental, "Es fiel copia", lo cual, como es claro, no se podría poner jamás en el original de una partida o de una escritura pública.

Los peritos grafólogos sostuvieron que la partida de matrimonio de José Trinidad Forero no puede considerarse como documento perfectamente regular por su colocación en el libro, pues no ocupa el sitio normal dentro del orden cronológico, que es el orden lógico para esa clase de asientos. Pero al mismo tiempo advierten que en el propio libro hay otras partidas que tampoco ocupan el orden lógico, que es el cronológico, las que señalan y son a las que ya se hizo referencia en ese fallo. Mas esta falta de orden no va contra la autenticidad del libro, ni de las partidas, autenticidad que, en verdad, no ha sido contradicha ni desvirtuada.

Los mismos peritos llegaron a la conclusión de que la partida de matrimonio de José Trinidad Forero no puede considerarse como documento perfectamente regular por el aspecto de su redacción, comparada con la que se acostumbra en el libro para las partidas de matrimonio realizados en las mismas circunstancias especiales en que, según lo reza la partida, se celebró el de José Trinidad Forero y Soledad Moreno. "Efectivamente, dicen, en el libro de matrimonios examinado se observa una preocupación especial de claridad respecto a las circunstancias de lugar y causa especial por las cuales el matrimonio se celebra". Para corroborar este aserto insertan varias de esas partidas y concluyen que la de José Trinidad Forero no es un documento perfectamente regular desde el punto de vista de su redacción, pues en ella concurren las expresiones "in facio ecclesiae" e "in artículo mortis" y ésta última, colocada en el párrafo en que se cita a los testigos y no a los contrayentes.

La Corte observa, en primer término que los peritos se extralimitaron a este respecto en lo que es materia de la prueba grafológica. Además, no hay ni puede haber una redacción inflexible, rígida y uniforme que sirva como de troquel; la redacción varía según las modalidades del acto y hasta según el estilo de quien redacte. Indudablemente los peritos grafólogos pudieron hallarse perplejos ante las distintas expresiones, técnicas en el Derecho Canónico, que se emplean en las partidas de matrimonio, según los casos. Así, los matrimonios católicos pueden celebrarse en distintas circunstancias, de las cuales los Párrocos deben dejar la relación clara y expresa. Todos los matrimonios católicos son in facie ecclesiae, pero unos, la generalidad, siguen la regla común: previas las amonestaciones se celebra en la Iglesia que corresponda a la Parroquia de la mujer; otros, con licencia especial, por vía de excepción y cosa hoy difícil, con permiso, se celebran in domicilio, en la casa de uno de los contrayentes y con todas las solemnidades, entre ellas altar, como los que se usan en la Iglesia; y otros in artículo mortis, cuando por gravedad de alguno de los contrayentes el Párroco prescinde de toda diligencia pre matrimonial y los casa sin ritualidad de altar, generalmente en el lecho del enfermo. Es claro entonces que una partida de matrimonio no siempre es igual a otra, o mejor, no siempre puede serlo, pues depende de las circunstancias; y en las partidas que los mismos peritos insertaron en su dictamen se ven claramente las diversas condiciones en que se hicieron varios de esos matrimonios. Por ejemplo, se ve de ellas que el matrimonio del doctor Pompilio Martínez N. se verificó in domicilio y que el de José Benavides con Desposorios Mayorga se verificó en Marly, pero no fue in domicilio, por lo ya explicado, y que el de Trino Forero con Soledad Moreno se celebró in artículo mortis.

El hecho de que el Párroco no hubiera asentado la partida diciendo in facie ecclesiae, in articulo mortis, presencié el matrimonio que contrajo José Trinidad Forero con Soledad Moreno, sino que hubiera hecho constar que fueron testigos del matrimonio in articulo mortis Eudoro Velásquez y Anunciación Díaz, no resta nada de su valor probatorio a la partida, ni con el criterio más extremo puede señalarse como una irregularidad al respecto.

Finalmente, el interlineado y la enmendatura de la partida del matrimonio cuya

prueba se viene examinando no le quita la autenticidad, por lo ya dicho, fuera de que los peritos anotan que hay varias partidas corregidas y enmendadas.

No está fuera del caso observar que la ley civil reconoce también la existencia y validez de los matrimonios **in articulo mortis** y que en esos casos se puede prescindir de las formalidades que al respecto señala el Código Civil. De ahí el artículo 135 de dicha obra, y es claro que en tal caso en el acta del matrimonio ha de expresarse que se ha verificado **in articulo mortis**, con la obligación de revalidarlo posteriormente, si dentro de los cuarenta días no hubiere muerto alguno de los contrayentes. Algo parecido sucede en ocasiones, en Derecho Canónico, en que los esposos quedan con la obligación de la velación posterior, pero la omisión de esta solemnidad no invalida el matrimonio. En una de las actas que tuvieron en cuenta los peritos se halla este caso y dice así: "En Chapinero (Marly) a treinta de mayo de mil novecientos nueve se hizo el desposorio y se les impuso la obligación de recibir después las bendiciones nupciales caso de reponerse el novio". (Partida de José Benavides con Desposorios Mayorga).

La presunción de autenticidad del acta del matrimonio de José Trinidad Forero con Soledad Moreno no está, por todo lo dicho, desvirtuada, y entonces es preciso dar a esa acta el valor legal correspondiente, o sea el de instrumento demostrativo de la celebración de dicho matrimonio.

Pero la Corte no detiene aquí su estudio, sino que pasa a referirse a otros elementos demostrativos de la existencia de tal matrimonio.

Los testigos de ese acto, según la partida, y en esto no hay discusión, fueron Eudoro Velásquez R. y Anunciación Díaz.

El primero rindió su declaración el 5 de mayo de 1933 y dijo: "El matrimonio no se efectuó en la Parroquia de Chapinero sino en la casa; conocí de vista, trato y comunicación al señor José Trinidad Forero y a Soledad Moreno. Yo presencié el matrimonio que contrajeron el 25 de agosto de 1911". Anunciación de Velásquez declaró el 3 de mayo de 1933 que presenció el matrimonio del señor Forero con la señora Moreno, que contrajeron éstos en su casa de habitación, situada en el barrio de Chapinero, por haber sido la declarante madrina de ese matrimonio. Francisca León declaró el mismo 3 de mayo que presenció el matrimonio que celebraron en su casa de habitación, abajo de Marly, barrio de Chapinero de esta ciudad, los ya mencionados José Trinidad Forero y Soledad Moreno.

Los dos primeros declarantes fueron, según la partida, testigos del matrimonio y aparece de autos que la tercera era la sirvienta de los esposos Forero-Moreno. Los tres testigos coinciden en el hecho sustancial de sus declaraciones, haber presenciado el matrimonio, celebrado en la casa de los contrayentes. No coinciden en algunos detalles, que no afectan el hecho principal que se trata de establecer, y esa no coincidencia, a juicio de la Corte, no le resta valor probatorio a sus declaraciones, por lo siguiente: a) los testigos declararon 22 años después de la celebración del matrimonio, y es cosa observada y explicada por los tratadistas de pruebas judiciales que los hechos que no afectan directamente a las personas, se van esfumando de la memoria con el transcurso del tiempo y que sólo queda generalmente el recuerdo del hecho principal. Por eso observan algunos expositores que son sospechosas aquellas declaraciones rendidas mucho tiempo después de acaecido un hecho y en que es perfecta y completa la coincidencia de los menores detalles que rodearon el hecho o el acto; b) los testigos citados, como ya se dijo, coinciden en el hecho principal, el matrimonio de los esposos Foreros, en la fecha, en el lugar donde se celebró, la casa de aquéllos. Coinciden los dos primeros en que el matrimonio se celebró **in articulo mortis** y discrepan sólo sobre quién era el enfermo. Mas esas discrepancias no afectan lo sustancial del asunto, o sea la presencia en la celebración del matrimonio Forero-Moreno, en la casa de éstos, in ar-

ticulo mortis y en la fecha que dice el acta del matrimonio.

De lo anterior resultan estas dos conclusiones: 1ª el valor probatorio de la partida de matrimonio y su autenticidad, están reforzados por las declaraciones de los testigos presenciales; 2ª Aun no reconociéndole valor al acta, para lo cual no hay ningún argumento legal, la declaración de los testigos presenciales sería prueba supletoria directa del matrimonio. En sentencias de fechas 23 de julio y 30 de noviembre de 1925, Jurisprudencia de la Corte Tomo III. Nos. 1027 y 103, dijo esta Corporación:

"Las actas de origen eclesiástico no son instrumentos públicos pero sí tienen valor legal para acreditar actos religiosos que pasan ante los Párrocos. Son pruebas suigeneris establecidas por la ley. Aun en el caso de que por su imperfección no se reconozca valor a un acta eclesiástica de matrimonio, el testimonio rendido en forma legal por los testigos presenciales es prueba supletoria suficiente para acreditarlo".

Del análisis anterior se concluye que no está demostrado, ni siquiera en principio, que las declaraciones hechas en el acta del matrimonio sean falsas. Todo lo contrario, sometidas a un severo análisis, resultan verdaderas y exactas.

Pero como quiera que a las declaraciones de los testigos que ya quedaron analizadas se han contrapuesto especialmente dos, en las que el Tribunal fallador hizo hincapié, la Corte no puede relevarse de estudiarlas. Esas declaraciones son las del doctor Eliseo Montaña y Carmen Torres v. de Beltrán. Esta última fue la enfermera de doña Soledad cuando nació la niña; dice que la asistió, que el alumbramiento se efectuó en condiciones normales, que en la casa de Soledad vivían, además de ésta, don Trino y la sirvienta Pacha, la misma Francisca León que presenció el matrimonio; y agrega la declarante que no recuerda que el señor Trino le hiciera promesa alguna de matrimonio a doña Soledad, ni vio que se casaran, ni oyó comentarios relacionados con este asunto. Basta el enunciado de esta declaración, para concluír que en nada infirman con ella las declaraciones de los testigos presenciales del matrimonio. La enfermera se refiere al nacimiento de la niña Ana, hija de Soledad, hecho muy distinto al de la celebración del matrimonio de José Trinidad con ésta .El doctor Eliseo Montaña, que asistió a Soledad en el trance, declara sobre este punto y dice que aquél sucedió en condiciones normales y agrega que el señor Forero vivió siempre en la casa de sus padres. Tampoco esta declaración infirma las de los testigos presenciales, por los mismos motivos que se expusieron al analizar la declaración de la enfermera.

Se adujeron varios testimonios de personas conocidas en esta ciudad, que afirman que trataron a José Trinidad Forero durante un lapso mayor de diez años, como hombre soltero, hasta su muerte.

No estima la Corte que esas declaraciones demuestren la no existencia del matrimonio de Forero, porque el solo hecho de que un grupo de personas trate a un individuo como soltero no es signo inequívoco de que lo es. Lo mismo sucede con la declaración que haga un individuo sobre su soltería; tal aseveración no demuestra plenamente ese estado, ni es apta para desvirtuar pruebas como las que se han analizado, afirmativas de hechos concretos. De modo que ni los testimonios a que viene refiriéndose la Corte, ni las declaraciones de Trino y Soledad al otorgar algunos instrumentos públicos, son aptas o eficaces para destruír la prueba de la existencia de un matrimonio. Lo que acontece en algunos casos es que por temor reverencial, o por conveniencia social, o por causas muy íntimas, que pertenecen al fuero interno, personas que han contraído matrimonio quieren mantenerlo en secreto y esto suele acaecer en casos semejantes al del presente pleito, cuando los que se casan han vivido antes maritalmente.

La correspondencia y pruebas fotográficas acompañadas a los autos, aun estimándolas como carentes de todo mérito indicativo, así sea débil, del matrimonio de los esposos Forero-Moreno, no serían eficaces en ningún caso para sacar una conclusión contraria a que aquél se celebró.

Establecido el hecho del matrimonio de Trino Forero y Soledad Moreno, pasa la Corte a estudiar lo relativo a la filiación de la demandante.

Está comprobado hasta la evidencia que Ana Forero es hija de Soledad Moreno. Las declaraciones del Médico doctor Montaña y de la enfermera, que asistieron en el trance del alumbramiento a doña Soledad, fuera de otras pruebas, respaldan la conclusión anterior. Demostrado que José Trinidad Forero contrajo matrimonio con Soledad Moreno, y demostrado plenamente que Ana nació dentro de ese matrimonio, la ampara la presunción **pater est id quid nuptias demostrant,** de donde resulta acreditada la filiación de Ana, como hija legítima de José Trinidad Forero y Soledad Moreno.

Lo anterior basta para comprobar el extremo o proporción que acaba de expresarse. No obstante, para mayor abundamiento, la Corte entra a estudiar, a la luz de la partida de origen eclesiástico, de bautizo de Ana, la filiación de ésta.

Preceptúa el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 que se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos Sacerdotes Párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales.

Al folio 44 del cuaderno Nº 1 fue presentado, con la demanda, el siguiente certificado del Cura Párroco de San Victorino:

"Certifico:

"Como Cura Párroco de San Victorino de Bogotá, que en el Libro 33 de Bautismos y en el Libro 9º de Defunciones, se encuentran las siguientes partidas: ——— "Sentencia del Señor Vice-Provisor Eclesiástico. — Bogotá, marzo dos de mil novecientos treinta y tres. — Vistos..... Por tanto, según lo pedido y lo que consta de autos, en el juicio seguido en este Tribunal el Vice-Provisor eclesiástico del Arzobispado de Bogotá, de conformidad con los sagrados cánones y teniendo en cuenta el concepto del señor Promotor de Justicia, ordena: Primero: Inscriba el señor Cura Párroco de San Victorino, en el Libro y Lugar correspondiente del Archivo Parroquial, la siguiente partida: así: En la Parroquia de San Victorino a veintiocho de septiembre de mil novecientos doce el señor Cura Párroco, Presbítero doctor don Eliécer Gómez bautizó solemnemente a una niña a quien se llamó Ana del Carmen, nacida el día dos de septiembre de mil novecientos once, hija legítima de José Trinidad Forero y Soledad Moreno. — Abuelos paternos: Antonio Forero y Carmen Vélez. Maternos: Eugenio Moreno y Magdalena Herrera. Padrinos: Francisco Amaya y Anunciación de Velásquez. Contrajo matrimonio eclesiástico con el señor Enrique Gouffray, hijo de Víctor Gouffray y Carlina Peláez, en la Parroquia de San Pablo de Bogotá, el día cuatro de enero de mil novecientos treinta. Notifíquese y cúmplase; — **Fidel León Triana,** Presbítero Vice-Provisor. **Daniel Caro Leiva** N. E. — Firmo la presente partida de la sentencia transcrita, en Bogotá, Parroquia de San Victorino, a ocho de marzo de mil novecientos treinta y tres. Doy fe. **Gregorio Forero Nieto'.**

"Sentencia del señor Vice-Provisor Eclesiástico del Arzobispado de Bogotá, — Bogotá, marzo dos de mil novecientos treinta y tres. Vistos.... Por tanto según lo pedido y lo que consta de autos, en el juicio sumario seguido en este tribunal, el señor vice-provisor eclesiástico del Arzobispado de Bogotá, de conformidad con los Sagrados Cánones y teniendo en cuenta el concepto del señor Promotor de Justicia, ordena.... Inscriba el señor cura párroco de San Victorino en el libro y lugar correspondiente del Archivo Parroquial, la siguiente partida, así: en la Parroquia de San Victorino, a cinco de diciembre de mil novecientos veintitrés, siendo cura párroco el Sr. presbítero doctor don Eliécer Gómez, se dio sepultura eclesiástica al cadáver del señor José Trinidad Forero (quien figura en actas con el

nombre de Trino y de José Trino), hijo de Antonio Forero y Carmen Vélez, de unos cuarenta y cinco años de edad, vecino de la parroquia, casado con la señora Soledad Moreno, hija de Eugenio Moreno y Magdalena Herrera. Se le hicieron exequias en la Iglesia Parroquial. Notifíquese y cúmplase. Fidel León Triana, presbítero vice-provisor, Daniel Caro Leiva N. E. Firmo la presente partida en virtud de la sentencia transcrita, en Bogotá, Parroquia de San Victorino, a ocho de marzo de mil novecientos treinta y tres. Doy fe. Gregorio Forero Nieto'. Expedidas en Bogotá, a ocho de marzo de mil novecientos treinta y tres Gregorio Forero Nieto".

Esta certificación, que contiene inserta la partida de bautismo de Ana Forero, y que fue inscrita de acuerdo con los cánones, vino a dejar en toda su fuerza y vigor la partida primitiva, que corre al folio 3 del cuaderno número 11, y que dice así:

"A veintiocho de septiembre de mil novecientos doce, yo el infrascrito párroco de San Victorino de Bogotá, bauticé solemnemente a una niña nacida el dos de septiembre del año anterior, a quien llamé Ana del Carmen, hija legítima de José Trino Forero y Soledad Moreno. Abuelos paternos: Antonio Forero y Carmen Vélez. Maternos: Eufemio Morero y Magdalena Herrera. Padrinos: Francisco Amaya y Anunciación de Velásquez, a quienes advertí lo necesario. Doy fe. Eliécer Gómez. Pbtro."

La partida primitiva tiene una nota de anulación que desapareció o fue cancelada por la presentada con la demanda, que la Corte tiene en cuenta, porque en el fondo y en realidad la partida del folio tres ya citada lo único que hizo fue cancelar una nota de anulación. Además, figura en autos la sentencia motivada del Tribunal Eclesiástico, en la que no sólo se expresan las razones de la cancelación de la nota, sino que, anota la Corte, se reafirme y tiene como válido y verdadero el matrimonio de José Trinidad Forero y Soledad Moreno, circunstancia esta que no sólo respalda la autenticidad de la partida de ese matrimonio, sino que constituye un factor demostrativo de la existencia de éste, que la Corte no puede pasar por alto.

El procedimiento empleado por el Tribunal Eclesiástico para corregir el error, para cancelar una nota de anulación, es similar, observa la Corte, al establecido por el artículo 407 del Código Civil, el cual dispone que cuando en un acta se haya cometido alguna equivocación o algún error, puede corregirse, y si recae un fallo favorable se insertará la ejecutoria de éste en el respectivo registro, atendiendo a la fecha de la inserción, la cual servirá de acta, debiendo, además, ponerse nota al margen del acta reformada. Fue una equivocación la nota de anulación de la partida primitiva de bautizo, pero se corrigió luégo ese error y se inscribió la nueva partida, que es, hasta por disposición de la ley civil, el acta que demuestra ese hecho, la cual, como se dijo, se acompañó a la demanda.

Presumiéndose la autenticidad de esa partida y no existiendo una prueba que la desvirtúe, es el caso de aplicar el artículo 22 de la Ley 57 de 1887.

Ahora bien: si José Trinidad Forero y Soledad Moreno contrajeron matrimonio el 25 de agosto de 1911 y si su hija Ana nació el 2 de septiembre del mismo año, se operó respecto de esta la legitimación **ipso jure** que consagra el artículo 52 de la Ley 153 de 1887, en su primera parte.

Esta legitimación se produce por efecto de la ley civil y no del Derecho Canónico; por eso la Corte, en sentencia de 31 de julio de 1924. G. J. Tomo XXXI, Tomo 3º de la Jurisprudencia, número 1188, dijo lo siguiente:

"No es correcto sostener que la ley canónica sobre matrimonio haya de anteponerse a la ley civil cuando se trata de decidir acerca de los efectos del matrimonio que corresponden al orden puramente temporal y al dominio del Derecho Civil. La Constitución no ha establecido tal cosa, ni la Iglesia lo ha pretendido jamás, ni en derecho positivo".

Esta doctrina, que aclara muchas cuestiones, situó las cosas en su verdadera po-

sición. El matrimonio católico es válido en Colombia y produce efectos civiles y políticos, no como consecuencia de los efectos canónicos de él, sino por la disposición expresa del artículo 12 de la Ley 57 de 1887. Antes de la existencia de esa norma producía efectos meramente canónicos pero no civiles. Los efectos civiles de que habla el artículo 12 citado, no son otros sino los mismos efectos de esa naturaleza que produce el matrimonio civil. Así, dos casados católicamente adquieren ante la ley civil el estado de tales, y sus hijos nacidos de esa unión, la calidad de legítimos con todos sus derechos y obligaciones y su vocación hereditaria. Los efectos políticos son aquellos que determinan en ocasiones las leyes, fijando la calidad de padre de familia como condición para desempeñar un cargo, como hoy para ser nombrado Juez de Menores, y en tiempos pasados para formar parte de ciertos Colegios Electorales.

Como la legitimación **ipso jure** establecida por el artículo 52 de la Ley 153 ya citada, se refiere a los matrimonios civiles o católicos, porque la norma no distingue, es obvio que por imperio de esa disposición el hijo concebido antes del matrimonio católico de sus padres y nacido dentro de éste, es legítimo. Según las normas del Derecho Canónico, los hijos habidos por personas libres y que después, en cualquier tiempo, se casen entre sí, quedan legitimados, y éste es un efecto canónico de ese matrimonio, pero la ley civil no reconoce tal efecto, porque la legitimación se rige únicamente por los preceptos del Código Civil. Esto lleva a la conclusión de que los efectos canónicos del matrimonio no producen siempre efectos civiles, y que ese fenómeno no se verifica sino cuando la ley civil expresamente lo establece.

Está comprobado que los demandados Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín fueron declarados herederos de José Trinidad Forero, en el juicio sucesorio de éste, por auto de fecha 14 de febrero de 1924, dictado por el Juez 2º Civil de este Circuito. Que en virtud de ese reconocimiento se hizo adjudicación del acervo efectivo a los dos expresados herederos, correspondiéndole a cada uno la suma de $ 11.514.50, y que la adjudicación y partición fue aprobada el 16 de julio de 1925, registrada la sentencia el 28 del mismo mes y año y protocolizado el juicio en la Notaría 4ª de esta ciudad.

La declaratoria de herederos y la consiguiente adjudicación se hizo a los expresados María Luisa y Roberto Forero en su calidad de hermanos carnales legítimos de José Trinidad Forero.

La demandante Ana Forero Moreno entabló su acción de petición de herencia que debe prosperar, desde luego que demostró que es hija legítima de este causante. Tiene por lo tanto mejor derecho que los actuales ocupantes de la herencia, que son los demandados, y por ello su acción es procedente, al tenor del artículo 1321 del Código Civil.

El Juez **a quo** resolvió favorablemente algunas peticiones de la demanda, y negó las demás. Entre éstas se encuentran la OCTAVA y la DECIMA, que consideró innecesarias, pero que la Corte halla pertinentes. Será preciso asímismo aclarar o adicionar los ordinales 4º y 5º de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, que fue apelada también por la actora, y confirmarla en lo restante, por encontrar la Sala que son fundadas las razones en que se apoya.

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, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha doce de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, y previa modificación de la de primera instancia, proferida por el Juez 1º Civil de este Circuito el veinticuatro de enero de mil novecientos treinta y seis, falla este pleito en definitiva así:

PRIMERO: Ana Forero Moreno de Gouffray es hija legítima de José Trinidad Forero, y en tal carácter excluye a los de-

mandados Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín y tiene mejor derecho que éstos para suceder en los bienes del finado José Trinidad Forero. En consecuencia, se le adjudican a la demandante los bienes de dicha herencia, que son los indicados en el hecho catorce (14) de la demanda con que se inició este juicio.

SEGUNDO: Condénase al demandado Roberto Forero V. a entregar a la demandante Ana Forero Moreno de Gouffray el lote de terreno a que se refiere el ordinal a) del hecho veintiuno (21) de la demanda, y sus accesorios, lote que está situado en esta ciudad, en el barrio de SAN VICTORINO y que se demarca así: "Por el Norte, barrio obrero ANTONIO RICAURTE; por el Sur, río SAN FRANCISCO; por el Oriente, lote que es de propiedad de la señora María de Martín; y por el Occidente, lote que en la partición se adjudicó a la señorita Ana Moreno".

TERCERO: Condénase a la demandada María Luisa Forero de Martín a entregar a la demandante Ana Forero Moreno de Gouffray, el lote de terreno a que se refiere el ordinal a) del hecho diez y seis (16) de la demanda, y sus accesorios, lote que está situado en esta ciudad, en el barrio de SAN VICTORINO y que linda: "Por el Norte, con tierras que fueron de Luis Rozo y el barrio obrero ANTONIO RICAURTE; por el Sur, con el río SAN FRANCISCO; por el Oriente, con terrenos de Francisco de P. Borda; y por el Occidente, con el lote número dos (2), que en la partición se adjudicó a Roberto Forero V."

CUARTO; Condénase a los demandados Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín, a pagar a la demandante Ana Forero Moreno de Gouffray los frutos civiles y naturales de la finca SANTA ANA, en la parte que a cada uno cupo en la división, desde el día seis de marzo de mil novecientos treinta y cuatro, hasta cuando se verifique la entrega. Dichos frutos serán regulados por el procedimiento que determina el artículo 553 del Código Judicial.

QUINTO: Condénase a los demandados Roberto Forero V y. María Luisa Forero de Martín, a entregar a la demandante Ana Forero Moreno de Gouffray, las dos yeguas y una potranca que recibieron en la sucesión de José Trinidad Forero, o igual número de individuos de la misma especie o calidad, más sus frutos a partir de la fecha de la demanda, o la suma de ciento veinte pesos ($ 120) en que fueron avaluadas, y los intereses legales de esta suma desde la misma fecha indicada hasta cuando se verifique el pago.

SEXTO: Declárase que la partición y adjudicación hechas en el juicio de sucesión de José Trinidad Forero, seguido por Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín y protocolizado por escritura número 1247, de fecha 30 de julio de 1925, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, no perjudican a la señora Ana Forero Moreno de Gouffray y carecen de todo efecto y valor.

SEPTIMO: Ordénase al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá, la cancelación de los siguientes registros:

a) El de la hijuela de la señora María Luisa Forero de Martín, hecho el 28 de julio de 1925, en el Libro de Causas Mortuorias, página 188, partida número 682, y en el Libro número Primero, página 278, partida número 1938.

b) El de la hijuela de Roberto Forero V., hecho el 20 de agosto de 1926 en el Libro número Primero, página 310, partida número 2503.

OCTAVO: Se absuelve a los demandados Roberto Forero V. y María Luisa Forero de Martín, de los demás cargos formulados en la demanda .

NOVENO: Se absuelve igualmente al Banco de Bogotá de los cargos contra él formulados.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez. — Hernán Salamanca. Oficial Mayor, Emilio Prieto H.

CONTRADICCION A UN DESLINDE. —INCONGRUENCIA

1.—Innumerables veces ha dicho la Corte que el motivo segundo de casación tiene lugar cuando la sentencia resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o deja de decidir sobre los que han sido objeto del litigio, o se condena a más de lo pedido o se deja de fallar sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, cuando sea el caso de hacerlo, pero en manera alguna puede invocarse sobre el hecho de que las conclusiones de la sentencia no satisfagan, desde el punto de vista del éxito judicial, las aspiraciones de quien promueva una acción. Este aspecto, vinculado propiamente a la legalidad del fallo y a la juridicidad de sus fundamentos, es constitutivo de una causal diferente, la primera, en que están previstas las violaciones de la ley sustantiva, directamente o como consecuencia de errónea apreciación de pruebas judiciales. Teniendo por objeto exclusivo el juicio de deslinde la creación de la raya divisoria de las heredades colindantes, no es incongruente la sentencia que la fija aunque la línea que se adopte sea distinta de las que las partes pretenden, porque es evidente que la decisión judicial puede fijar, sobre la apreciación de las pruebas que determine la ley, un deslinde diverso del que propugnan los litigantes. Todo esto está dentro de la naturaleza y objeto de la acción de deslinde, de modo que no es procedente hablar de incongruencia en relación con determinada línea divisoria. 2.—Es a la entrada del juicio de deslinde, de conformidad con el art. 862 del C. J., donde tiene lugar la consideración de si el actor presentó o no título correspondiente y las demás pruebas en que funde su derecho. Calificada esta cuestión por el Juez y llevado a cabo el deslinde después de surtidos los trámites especiales del título XXVI del C. J., en que hay incidente exceptivo, en el juicio ordinario que se desprende del especial cuando dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia alguno de los interesados manifiesta su inconformidad con el deslinde y formula su oposición a él, ya no es posible revivir la cuestión relacionada con el derecho para demandar el deslinde, como lo era bajo el imperio del abolido art. 272 de la ley 105 de 1890 que expresamente lo establecía, porque siendo indispensable ahora probar plenamente tal cosa desde la presentación de la demanda, el nuevo procedimiento circunscribió precisamente el objeto del juicio ordinario a la rectificación o ratificación del deslinde practicado. (Artículo 870, C. J.). 3.—En el juicio especial de deslinde, aunque se convierta en ordinario por virtud de la oposición, no se ventila la propiedad del terreno ni el derecho de posesión para ampliar o restringir en consecuencia los términos territoriales de la heredad, porque de entrar a la decisión de estas cuestiones extrañas a la comprensión jurídica de la acción, se la haría degenerar en otra de naturaleza completamente distinta como sería la reivindicatoria o de dominio a cuyo régimen probatorio tampoco es legal someter un juicio de deslinde. 4.—El artículo 702 del C. J. autoriza expresamente al juez para que en casos de contradicción testifical deduzca, conforme a los principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir de tales exposiciones. 5.—En todos los casos en que legalmente es de recibo la prueba pericial, las partes están obligadas a nombrar peritos imparciales, honorables y competentes para el asunto de que se trate; para garantizar estas condiciones de eficacia y pureza probatoria concede la ley los medios apro-

piados y conducentes autorizando las tachas y recusaciones correspondientes y dando a las partes, y oficiosamente al juez, el derecho de pedir, dentro del término legal del traslado del dictamen, que los peritos lo expliquen, amplíen o aclaren cuando hay oscuridad o deficiencia en la exposición. No usadas estas facultades en relación con el experticio, y aprovechado éste por el sentenciador que lo halla suficientemente fundado y explicado, como fuente de convicción, no se puede demeritar la prueba en casación sino demostrando que su valor fue subestimado o sobreestimado con respecto a la tarifa legal, o que fue aceptado por el juez en contradicción con una verdad evidente que resulta de manifiesto en los autos. Es improcedente el ataque fundado simplemente en un concepto de impericia, mucho más, si tal idea o consideración no se vincula precisamente con determinado aspecto o cuestión de las que se debaten en el litigio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Este juicio ordinario, originado en la disposición del artículo 870 del C. J., tiene los antecedentes que en seguida se compendian:

Carlos Solano, como propietario de la hacienda de Doche, ubicada en jurisdicción municipal de Villavieja, formada por tierras de vega y por sabanas y rastrojos, celebró dos contratos de hipoteca para garantizar el cumplimiento de dos obligaciones mutuarias: el primero con Benicio Dussán por la cantidad de $ 12.532,80, contenido en la escritura pública número 33 otorgada el 25 de enero de 1930 ante el Notario 2º del Circuito de Neiva, en que aparece hipotecado "el terreno de vega de la hacienda de su propiedad denominada Doche, sita en jurisdicción del Municipio de Villavieja, terreno de vega comprendido dentro de los siguientes linderos especiales: desde el tomo en el río Cabrera, un poco abajo del paso público de Aguacaliente de la acequia que sirve para regar la tierra de vega, acequia abajo hasta donde desemboca en el chuquio llamado Alegato, éste abajo hasta el río Cabrera; río arriba comprendiendo las islas hasta el tomo de la acequia, primer lindero".

Y en el segundo, celebrado posteriormente con Liborio Bahamón y Sofía Rivera de Martínez, hipotecó Carlos Solano, para garantía de un préstamo por $ 25.000, "las sabanas y rastrojos pertenecientes a la hacienda de Doche, jurisdicción del municipio de Villavieja, que se encuentran dentro de los siguientes linderos:.... "Estos términos ,cuya transcripción no es necesaria, abarcan toda la hacienda de Doche, y por esto se advirtió en seguida en el título correspondiente: "De esta alinderación se excluye la vega que pertenece a dicha hacienda y que fue rematada por el señor Benicio Dussan, bajo los linderos que constan en el juicio, que son los siguientes:.... ("los mismos copiados ya de la escritura 33)".

El incumplimiento del deudor determinó el fraccionamiento de la hacienda de Doche, la cual pasó, por los límites correspondientes a cada hipoteca al dominio de los prenombrados acreedores de Carlos Solano mediante los juicios ejecutivos que para el cobro de sus acreencias adelantaron y en los cuales les fueron adjudicados, por cuenta de sus créditos, los respectivos terrenos comprendidos en las hipotecas. Ambos juicios ejecutivos, seguidos con observancia de los procedimientos legales, culminaron con la diligencia judicial de entrega de los inmuebles a sus respectivos rematadores según las copias de las actas correspondientes que obran en el expediente y en las cuales aparece que la entrega se verificó según la alinderación consignada en las actas y avisos de remate pero sin fijación de mojón alguno que determinara precisamente sobre el terreno las rayas divisorias de las dos propiedades en que se dividía la hacienda de Doche. Consta, por el contrario, en las respectivas diligencias de entrega, que hubo cier-

ta indeterminación o dificultad en la fijación de parte del lindero de la vega adjudicada a Benicio Dussán, alinderada por primera vez en la escritura de hipoteca constituída a su favor y separada así de la finca de que hacía parte, porque no se puede determinar precisamente, en el sector occidental de sus límites, el punto del chuquio llamado de El Alegato donde confluye la acequia que sirve para regar la tierra de vega, ni el cauce de éste por donde sigue hacia abajo el lindero hasta llegar al río Cabrera. En esta indeterminación, respecto de la cual se dejaron constancia en las actas pero que no trató de aclararse sobre el terreno con la fijación de mojones, está la raiz de este litigio.

Benicio Dussán trasfirió a favor de su hija Teresa Dussán de Esguerra a título gratuito por escritura pública Nº 468 de 10 de septiembre de 1937, Notaría 2ª del Circuito de Neiva el dominio sobre la vega de Doche que le había sido adjudicada, como ya se vio.

En estas condiciones, por medio de libelo fechado el 11 de noviembre de 1937, repartido al Juzgado 1º del Circuito de Neiva,, Liborio Bahamón y Sofía Rivera de Martínez, por medio de apoderado, iniciaron juicio especial de deslinde y amojonamiento contra la señora de Esguerra. Dice la demanda: "La señora Dussán de Esguerra y mis poderdantes son, pues, dueños de los dos predios limítrofes que se han alinderado atrás y habiendo surgido entre ellos algunas diferencias en una parte de la línea de colindancia, desean los señores Bahamón y Rivera de Martínez que por el ministerio de usted se deslinde el predio de que son dueños y poseedores regulares, del predio de la señora Dussán de Esguerra y se fijen mojones que señalen los linderos, haciéndose la demarcación a expensas comunes, en el trayecto de la línea que dice: "...acequia abajo hasta donde desemboca en el chuquio llamado "Alegato"; éste abajo hasta el río Cabrera".

Agotados los trámites especiales del juicio de deslinde, al cual no se opuso la demandada al evacuar el traslado legal de la demanda, el Juzgado 2º del Circuito de Neiva, en cumplimiento del artículo 869 del C. J., se impuso de los documentos presentados por las partes, recibió numerosas declaraciones testimoniales y oyó el dictamen pericial, después de todo lo cual señaló los linderos de las dos heredades, en el sector contestado, haciendo colocar los mojones necesarios para marcar ostensiblemente la línea limítrofe, como consta en el acta de la diligencia, practicada el día 18 de marzo de 1938, en cuya parte final se lee que el juzgado "fija como línea divisoria entre los predios de los demandantes y los del demandado en la parte en que no están de acuerdo, la siguiente: a partir de un mojón de piedra que se puso un poco abajo, en la vega, de la casa que era de Leopoldo Tovar y donde hoy tiene una casa la señora demandada, junto a la acequia, punto hasta donde están de acuerdo los litigantes en la línea divisoria que arranca del tomo de la acequia que está junto al paso de Aguaciente, siguiendo por una acequia que actualmente está construída, hasta otro mojón de piedra que se puso al pie de un Dinde grande que está a la orilla de la acequia pocos metros abajo de las sementeras de Isabel Gómez; de este mojón en línea recta hacia el noroeste a otro mojón de piedra que se puso a la margen izquierda del brazuelo del río Cabrera en la parte empastada en la boca del desagüe de una cañada y a poca distancia de donde existe un árbol Matarratón que muestra señales inequívocas de haber servido de estantillo vivo a un cerco de alambre destruído ya. Este mojón queda a una distancia aproximada de doscientos cincuenta metros de la punta del cerco de alambre de propiedad de la demandada, que cierra la vega en su parte inferior".

No se conformó con este señalamiento de linderos el apoderado de la señora Dussán de Esguerra, por lo cual, acomodándose a la ley, ha promovido este juicio ordinario, "de contradicción a la diligencia de deslinde" en el que le corresponde la posición de actor, para que "se fije como

línea divisoria entre el predio de mi mandante y el de los señores ya nombrados una que, consultando la verdad de los hechos y la voluntad de las personas que celebraron el contrato accesorio de hipoteca consignado en la escritura número 33 de 1930 comprenda o abarque la totalidad de la Vega de Doche, por ser toda ésta de propiedad de mi mandante".

Se opusieron los demandados a que se cambie la línea de deslinde adoptada por el juzgado, que ellos consideran como la interpretación exacta de las alinderaciones que rezan los títulos, desconocieron el dominio que la demandante pretende tener sobre la totalidad del terreno de vega que hacía parte de la finca de Doche. Trabada de este modo la litis, se desarrolló el primer grado del juicio con aprovechamiento bilateral del término probatorio, y se dedició en sentencia de 15 de mayo de 1930, en la que se hizo un minucioso estudio de las pruebas, para concluir: "Las anteriores consideraciones nos demuestran que no hay razón para variar la línea fijada en la diligencia de deslinde objetada en este juicio ordinario y en consecuencia el juzgado...., declara que no se han presentado comprobantes en este juicio ordinario que demuestren que la línea fijada en la diligencia de deslinde no consulta la verdad de los hechos y la voluntad de las personas que celebraron el contrato de hipoteca consignado en la escritura número 33 de 1930, y en consecuencia sostiene en todas sus partes la diligencia objetada y fija como línea divisoria de los predios ubicados en Doche, en jurisdicción de Villavieja, de propiedad de la señora Teresa Dussán de Esguerra, mayor y vecina del municipio de Baraya, por una parte, y de los señores Liborio Bahamón y Sofía Rivera de Martínez mayores y de esta vecindad, predios a que se refieren estos autos, la misma que se fijó en la diligencia practicada en los días 17 y 18 de marzo del año pasado, en la parte discutida..."

Sentencia acusada

La apelación que oportunamente interpuso el apoderado de la actora contra la sentencia del juzgado llevó el juicio al Tribunal Superior de Neiva donde se surtió la segunda instancia que finalizó con el fallo del 3 de octubre de 1940, confirmatorio del apelado.

Prolijamente estudió el tribunal todo el acervo probatorio producido por ambas partes y en las dos instancias, lo mismo que en las dos etapas del juicio, la especial y la ordinaria de contradicción u oposición, para adquirir la certidumbre que dejó consignada en la adopción de la línea limítrofe fijada en la diligencia practicada el 18 de marzo de 1938, para cuya variación no halló tampoco mérito ni motivo el Juzgado del Circuito. Copiosa prueba testimonial se adujo por parte y parte en abono de sus encontradas pretensiones, la cual, sinembargo, no pudo ser aprovechada por el sentenciador porque a virtud de la discrepancia y contradicción de las exposiciones de los testigos en torno a los puntos esenciales de la alinderación nada claro pudo deducir de esta prueba para establecer el lindero verdadero, en forma que le fue preciso acogerse exclusivamente a lo que sobre el particular se estableció de manera completa con el dictamen de los peritos que asesoraron al juez en la diligencia de deslinde y a lo que este funcionario pudo deducir por el examen personal y directo que realizó sobre el terreno de las diversas cuestiones planteadas, como expresamente se hizo constar en el acta, autorizada por todas las personas que en la diligencia intervinieron.

Todos los aspectos y argumentos sometidos por la demandante para obtener la modificación del deslinde fueron estudiados y analizados en la sentencia que se acusa, la cual, como conclusión final, dice: "Hasta aquí se tiene que la línea divisoria trazada por el juez en la diligencia de deslinde de los predios de los señores Liborio Bahamón y Sofía Rivera de Martínez de una parte, y la señora Teresa Dussán de Esguerra, de otra parte, no merece reparo alguno de consideración, por hallarla el juzgador ajustada a la realidad de los hechos y por tanto, la oposición

formulada al señalamiento de los linderos y mojones que comprende tal línea, carece de fundamento y no puede prosperar. De consiguiente, la línea divisoria fijada, debe mantenerse firme totalmente y así debe declararse por medio de la presente resolución, tal como lo hizo el señor juez, en su fallo objeto del recurso".

Recurso de Casación

Perdidas las dos instancias del juicio, el apoderado de la actora recurrió en casación contra la sentencia definitiva del Tribunal Superior de Neiva, en recurso que oportunamente fundado y sometido a sus trámites especiales se procede a decidir hoy.

En el primero y en el segundo de los motivos legales de casación (artículo 520 del C. J.) se apoya el recurrente para acusar la sentencia y pedir su infirmación.

A)—"La sentencia del Tribunal no está en armonía con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes". Bajo este epígrafe, correspondiente al primer capítulo de la demanda, se formula el cargo de incongruencia, que el recurrente hace consistir, usando sus propias expresiones, en lo que en seguida se copia: "La línea adoptada por el Juzgado y confirmada luégo por el Tribunal, no se acomodó en modo alguno al conjunto probatorio ni a la autenticidad de los hechos, y, por tanto, la sentencia con que finalizó el juicio de oposición dejando intacta aquella demarcación, no se ajustó tampoco a las pretensiones deducidas por las partes...", y "porque como en el libelo de oposición al deslinde se pidió la fijación de una línea divisoria entre el predio de la señora Teresa Dussán de Esguerra y el de los señores demandantes en el juicio especial, en forma que consultara la verdad de los hechos y la voluntad de las partes que celebraron el contrato de hipoteca de la "Vega de Doche", es decir, que abarcara la totalidad del predio de la citada señora; y como el Tribunal no accedió a esta petición, puesto que confirmó y dejó intacta la línea trazada por el Juzgado no obstante ser contraria a los hechos y a aquella voluntad, es incuestionable que la presente causal debe prosperar, tanto más si se considera que la sentencia acusada tampoco está en acuerdo con las peticiones formuladas en la demanda que encabezó el juicio especial de deslinde, como quiera que allí se solicitó la determinación de una línea que separara la vega de las sabanas en el trayecto que dice: "Acequia abajo hasta el chuquio del "Alegato,'; éste abajo, hasta el río Cabrera". Mas como está evidenciado que la línea no llegó al verdadero chuquio de ese nombre, ni tampoco al río Cabrera, ni dividió los predios colindantes, sino únicamente el de una de las partes, hay razón de más para declarar fundada y probada la causal".

Se considera el cargo. „

La sola enunciación de la forma en que está concebida esta acusación hace notoria la improcedencia de este cargo fundado en el motivo segundo del artículo 520 del C. J., porque en realidad la falta de consonancia a que aquí se alude se relaciona con la circunstancia de que en la sentencia, tanto en la de primera instancia como en de segunda que se limitó a confirmar a aquélla, no fueron acogidas en su totalidad las pretensiones que la actora expresó en su libelo de demanda sino que se adoptó sin ninguna modificación la línea fijada por el Juzgado en la diligencia de deslinde, que en concepto del recurrente no está de acuerdo con lo que resulta de los elementos probatorios traídos al proceso, ni con la autenticidad de los hechos demostrados en él. Las bases en que se apoya el cargo, ampliadas y reforzadas en el desarrollo que se le da en la demanda con argumentos destinados a establecer desconexión del fallo con el haz probatorio del juicio, lo colocan fuera de la naturaleza y procedencia de la causal segunda de casación que ha sido invocada. Tal no es, en efecto, el concepto de incongruencia que dentro de la ley orgánica del recurso puede conducir a la casación de un fallo. La operancia de este motivo, como lo tiene re-

petido en innúmeras veces la Sala, tiene lugar cuando la sentencia resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o deja de decidir sobre los que han sido objeto del litigio, o se condena a más de lo pedido o se deja de fallar sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, cuando sea el caso de hacerlo, pero en manera alguna puede invocarse sobre el hecho de que las conclusiones de la sentencia no satisfagan, desde el punto de vista del éxito judicial, las aspiraciones de quien promueva una acción. Este aspecto ,vinculado propiamente a la legalidad del fallo y a la juridicidad de sus fundamentos, es constitutivo de una causal diferente, la primera, en que están previstas las violaciones de la ley sustantiva, directamente o como consecuencia de errónea apreciación de pruebas judiciales.

No adolece la sentencia que se estudia de ninguna incongruencia, en el sentido técnico de la casación. Teniendo por objeto exclusivo el juicio de deslinde la creación de la raya divisoria de las heredades colindantes, no es incongruente la sentencia que la fija aunque la línea que se adopte sea distinta de las que las partes pretenden, porque es evidente que la decisión judicial puede fijar, sobre la apreciación de las pruebas que determina la ley, un deslinde diverso del que propugnan los litigantes. Todo esto está dentro de la naturaleza y objeto de la acción de deslinde, de modo que no es procedente hablar de incongruencia en relación con determinada línea divisoria. Se inició este juicio ordinario para contradicción de la diligencia de deslinde verificado por el Juez 2º del Circuito de Neiva, como está dicho en la demanda, y sobre esta objetividad se produjeron las pruebas y se profirió la sentencia en que se declaró infundada la oposición por no haberse hecho en relación ningún reparo atendible a la línea judicial de separación de los predios limítrofes, de manera que carece de pertinencia plantear el recurso en el caso del numeral 2º del artículo 520 del C. J.

En la parte final del cargo que se estudia se habla de inconsonancia de la sentencia, no en relación con la demanda de este juicio que es su término obligatorio de confrontación para el efecto, sino respecto de la demanda con que se inició el juicio especial de deslinde, para decir que es incongruente porque el adoptado en la sentencia es incompleto por cuanto dejó sin cerrar el final del lado occidental del predio de la actora, pues la línea de demarcación no se hizo descender hasta el río Cabrera.

Este reparo, no relacionado con vaguedad en la determinación de la línea sino con la pretendida circunstancia de haber dejado trunca la alinderación, cosa remediable, de haber sucedido, en la diligencia misma en que estuvo presente el apoderado de la actora, tampoco resulta fundada en el proceso porque en el acta en que se llevó a cabo la alinderación aparece que la línea divisoria se trazó en toda la extensión en que judicialmente debía hacerse y que en el sector a que el recurrente se refiere llegó a su punto final, a la orilla del río puesto que cerró la vega en su parte inferior, como reza la diligencia de deslinde. A este respecto la sentencia acusada contiene el siguiente pasaje, no atacado en concepto de equivocada apreciación probatoria, en el cual está considerado a espacio y con acierto este punto de la pretendida raya trunca que el recurrente presenta nuevamente ante la Corte:

"El doctor Medina alega que la línea de demarcación fijada en la diligencia no fijó toda la línea demandada, porque considera que entre el punto terminal de ésta y el cauce principal del río, donde debía terminar, según la demanda, existe una distancia que no conoció el personal de la diligencia. El tribunal no comparte esta alegación, porque al expresar el Juez que la línea divisoria de los predios del demandante y demandado es la 'que partiendo de un mojón de piedra que se puso un un poco abajo, en la vega, de la casa que era de Leopoldo Tovar y donde hoy tiene casa la señora demandada, junto a la acequia, punto hasta donde están de acuerdo los litigantes en la línea divisoria que

arranca del tomo de la acequia que está junto al paso de Aguacaliente, siguiendo por una acequia que actualmente está construída, hasta otro mojón de piedra que se puso al pie de un dinde grande que está en la orilla de la acequia pocos metros abajo de las sementeras de Isabel Gómez; de este mojón en línea recta hacia el noroeste a otro mojón de piedra que se puso a la margen izquierda del brazuelo del rio Cabrera en la parte empastada en la boca del desagüe de una cañada y a poca distancia de donde existe un árbol matarratón que demuestra señales inequívocas de haber servido de estantillo vivo a un cerco de alambre destruído ya", es indudable que tal línea no adolece del defecto apuntado, toda vez que ésta va a terminar al río Cabrera en uno de sus brazuelos (izquierdo), justamente en la boca del desagüe de una cañada cerca a un punto donde existe un árbol matarratón, en cuyo lugar se puso el mojón de piedra como punto final de la línea divisoria. De suerte que esta línea demarcadora sí conduce y termina en el río Cabrera, como lo informa la diligencia y los títulos, por más que se diga que el último mojón no se ha colocado al pie de la corriente principal del río Cabrera, pues como lo dice el señor juez, el señor apoderado sufrió un error al creer que el brazuelo del río Cabrera a orillas del cual se puso un mojón, ya no es el río Cabrera por estar abandonado por las aguas, error de información que explica el juez diciendo que el citado brazuelo en los días en que se practicó la diligencia, "era cauce del río Cabrera puesto que por él corría agua en abundancia hasta el punto que varios miembros de la comisión, entre otros el juez, pasaron por una puerta de las llamadas de talanquera a caballo para llegar a la corriente de agua del brazuelo donde estuvieron desmontados. No solamente tenía agua en abundancia el tal brazuelo sino que tales aguas derrumbando terrenos de la vega tendiendo así a convertir en playas la parte inferior de tal vega". "El brazuelo izquierdo del río Cabrera de que se trata, por donde el día de la diligencia corría agua en abundancia, continúa explicando el señor juez, tiene un cauce muy ancho, playoso que demuestra a las claras que por ahí ha corrido la mayor parte de las aguas del río Cabrera y sería cosa difícil y completamente caprichosa demostrar cuál de los dos cauces es el principal del río cuando éste corre compartiendo casi de por mitad, por los dos brazos. Si no fuese así y si el brazuelo en referencia no pudiese considerarse como cauce del río, no existirían las islas a que se refiere la escritura de hipoteca que le hizo don Carlos Solano a don Benicio Dussán y de que tratan los demás títulos de una y otra parte".

Por lo visto, pues, no es aceptable la acusación por la causal segunda.

B) "La sentencia es violatoria de ley sustantiva y adjetiva", es el título con que se encabeza el segundo capítulo de la demanda de casación, enfocado sobre la primera causal del artículo 520 del C. J., y sobre cuya forma y fondo podrían hacerse numerosos reparos desde el punto de vista de los requisitos y condiciones técnicas que la ley impone para la fundamentación de este recurso extraordinario, gobernado por disposiciones especiales de aplicación restricta. Siguiendo en lo posible la demanda en el orden y agrupación de los preceptos legales que se señalan como infringidos por el tribunal, estudia la Sala los cargos y argumentos con que el recurrente ataca el fallo definitivo de la segunda instancia.

1. Violación de los artículos 630, 635, 862 y 1052 del C. J. y 900 del C. C., como consecuencia del error de derecho en que incurrió el tribunal, al tener, en el juicio especial de apeo, como prueba suficiente del dominio de los demandantes sobre el terreno que querían deslindar una simple copia de la diligencia de remate autorizada por el juzgado, la cual no es el título legal exigido por el código y cuya suficiencia no ha sido acreditada. "Es así que Bahamón y Rivera de Martínez —dice la demanda— no evidenciaron a su favor ninguno de los requisitos necesarios para proponer la acción de deslinde, lué-

go el texto y espíritu de los prenombrados artículos fueron desatendidos de modo directo y se incurrió en error de hecho y de derecho".

Se considera.

El artículo 862 del C. J., que consagra la acción de deslinde y amojonamiento en favor de quien tenga sobre el predio dominio u otro derecho real principal de que esté en posesión regular, ampliando su ejercicio que en la anterior legislación estaba reservada al dueño y al usufructuario solamente, exige a quien provoque el apeo que acompañe a su demanda el título correspondiente y las demás pruebas en que funde su derecho. Si no se satisface fehacientemente esta exigencia probatoria, con la presentación de los documentos que legalmente correspondan, no hay lugar al deslinde ni puede dársele curso a la demanda. Es, por consiguiente, a la entrada del juicio especial donde tiene oportunidad y procedencia la consideración de este punto sobre personería sustantiva para ejercitar el derecho que establece el artículo 900 del C. C. Calificada esta cuestión por el juez ante quien se presente la demanda de deslinde y llevado a cabo el señalamiento de linderos y postura de mojones después de surtidos los trámites especiales del título XXVI del C. de P. C., en que hay incidente exceptivo, en el juicio ordinario que se desprende del especial cuando dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia alguno de los interesados manifiesta su inconformidad con el deslinde y formula su oposición a él, ya no es posible revivir la cuestión relacionada con el derecho para demandar el deslinde, como lo era bajo el imperio del abolido artículo 272 de la Ley 105 de 1980 que expresamente lo establecía, porque siendo indispensable ahora probar plenamente tal cosa desde la presentación de la demanda, el nuevo procedimiento circunscribió precisamente el objeto del juicio ordinario a la rectificación o ratificación del deslinde practicado. (Artículo 870 C. J.).

Así es de acuerdo con la regla general de la ley, y así es de manera especial en el caso de estudio en que se redujo y concretó a la contradicción del deslinde para obtener la variación de la línea divisoria el juicio ordinario que se desprendió de la oposición hecha por el apoderado de la señora Dussán de Esguerra a la diligencia judicial de deslinde y amojonamiento. En las bases de la litis no figura ni está comprendida la cuestión a que se ha hecho referencia, la cual, por otra parte, no habiendo sido planteada ni debatida en los grados del juicio está afectada de la improcedencia que corresponde a los llamados medios nuevos en casación.

2. Plantea en este aparte el recurrente el caso jurídico de venta separada de una misma cosa a dos personas y trata de aplicarlo al caso de autos diciendo que como Benicio Dussán adquirió toda la vega de Doche por título traslaticio de dominio que fue registrado legalmente desde febrero de 1932, Liborio Bahamón y Sofía Rivera de Martínez no son ni pueden ser dueños ni poseedores de ninguna parte de la expresada vega a virtud del remate que hicieron del lote que les fue hipotecado de la hacienda de Doche. Señala aquí como violados por este concepto los artículos 669, 740, 756, 759, 762, 764 y 2652 del C. C. y concluye así el cargo: "Por consiguiente, como en el deslinde se segrega una porción de la vega para dejarla a favor de personas que no la han adquirido ni poseído, síguese que la sentencia del Tribunal, al incurrir en error de derecho por la falta de estimación de los títulos y de los efectos del registro, violó los artículos citados con sus números en este aparte, más el 789, toda vez que el título de la señora de Esguerra, que emana del de su padre, no aparece cancelado por ninguno de los medios que establece la ley".

El punto en que se coloca el recurrente para formular este cargo al fallo recurrido está fuera del campo que propiamente corresponde a la acción de deslinde y a la ordinaria que de ella puede desprenderse, y en la cual no se controvierte ni puede controvertirse la respectiva propiedad de los colindantes que, como ya se vio, es cosa establecida de antemano como presu-

puesto procesal indispensable. En el juicio especial de deslinde, aunque se convierta en ordinario por virtud de la oposición, no se ventila la propiedad del terreno ni el derecho de posesión para ampliar o restringir en consecuencia los términos territoriales de la heredad, porque de entrar a la decisión de estas cuestiones extrañas a la comprensión jurídica de la nación, se la haría degenerar en otra de naturaleza completamente distinta como sería la reivindicatoria o de dominio a cuyo régimen probatorio tampoco se legal someter un juicio de deslinde.

Esta breve consideración es bastante para rechazar el cargo por improcedente.

3. Violación de los artículos 471, 472 y 593 del Código de Procedimiento Civil en que incurrió el Tribunal al aprobar la línea de amojonamiento que fijó el Juez, pues en esa forma se le quitan a la demandante parte de los terrenos de vega para dejarla en provecho de quienes son sus propietarios. "Hubo, pues, dice la demanda— error de hecho en la apreciación de los linderos que arrojan las titulaciones de las partes, y hubo también error de derecho por lo que respecta a la estimación de los títulos".

No encuentra la Sala, en presencia de este reparo, base de consideración y estudio por la forma indeterminada y vaga como hace referencia a las pruebas que se pretenden equivocadamente apreciadas. La diferencia de límites entre las propiedades de demandante y demandos no abarcan la totalidad de su colindancia sino que se refieren solamente a sectores o partes de su vecindad, de tal modo que en la forma en que se presenta el cargo no es posible hallar la claridad y precisión que impone la ley reglamentaria de la casación, ya en lo relacionado con la determinación de la prueba que se dice mal apreciada, ya respecto de la certidumbre que surge de esa prueba en conexión con el lindero adoptado para deducir el error de hecho que se pretende consumado y que ha de aparecer de manifiesto en los autos, o ya respecto del desconocimiento del mérito legal de la prueba relacionada también con la línea divisoria, para estudiar el error de derecho que se le imputa al Tribunal. No está dentro de las exigencias técnicas del recurso acusar una sentencia en que se ha hecho un minucioso análisis de pruebas con esta especie de consideraciones generales que no enfocan precisamente una equivocación real o presunta sino que se destinan inadecuadamente a suscitar nuevamente el estudio global del problema probatorio del pleito. Por lo demás, tampoco habría lugar a casación porque las disposiciones que se señalan como quebrantadas a consecuencia de los pretendidos errores no son de carácter sustantivo, como lo exige la ley, sino reglas de naturaleza procedimental contentivas de normas de conducta judicial de sentido filosófico sobre cuya infracción, consecuencia indispensable del desconocimiento de otros preceptos legales concretos, no se puede edificar un recurso de casación.

4. Violación de los artículos 601, 697 y 704 del C. J. en que incurre la sentencia al no darles aplicación como consecuencia del error de derecho en que se incurrió al desestimar la prueba testimonial que ambas partes adujeron en la debida oportunidad al juicio. "Considerando el Tribunal —dice la demanda— que lo expuesto por los testigos de la contraparte y lo manifestado por los testigos de la que yo represento, existía contradicción, resolvió apelar a la prueba pericial y al examen personal del Juez. Pero yo considero que si este funcionario incurrió en gravísimo error al desestimar los testimonios de mi poderdante, por el solo hecho de no estar en armonía con lo significado por los de la parte contraria, el Tribunal, al prohijar las tesis del Juzgado y al avanzar en mayores consideraciones al respecto, incidió en un error de derecho tanto más grave cuanto superiores debían ser su aplomo y su justicia".

Infundado también es este reparo a las conclusiones probatorias del fallo en estudio porque muy claramente se ve que el Tribunal, al proceder como procedió se

mantuvo dentro de las normas y facultades que al Juez señala y concede el derecho probatorio. Se lee al respecto en la sentencia, después de transcribir declaraciones testimoniales de parte y parte:

"Los demás testigos traídos por ambas partes durante la diligencia de deslinde como en la secuela del juicio de oposición, ningún hecho nuevo suministran acerca del punto conocido con el nombre del Chuquio del Alegato, pues ninguna luz nos arrojan tales testigos que puedan aclarar el lindero que se discute, como quiera que los unos testigos aseveran que el chuquio a donde llega la acequia que arranca del tomo del río Cabrera, un poco abajo del paso de Aguacaliente, y que bordea la vega, queda cerca a una mata de guadúa, en un punto ocupado por cuatro árboles de dinde y que de este chuquio abajo se sigue hasta el río Cabrera; y otros deponentes dicen, que la vega de Doche situada sobre la margen izquierda del río Cabrera, delimita —por un lado con este río y por el otro, con la acequia que ha servido para regar la misma vega, desde su tomo hasta el punto en que tributa sus aguas nuevamente hasta el río citado, y que entre los chuquios que han conocido en la mencionada vega, está el conocido con el nombre del Alegato, el cual se halla más próximo a la desembocadura de la quebrada de Los Fiques en el río Cabrera, lugar éste a donde desemboca el citado chuquio, confundiéndose con la quebrada en tiempo de abundancia de aguas. Como se observa, todos estos testimonios discrepan considerablemente, y ante esta discrepancia el señor Juez a quo no podía establecer el lindero verdadero, con este medio de credibilidad, para lo cual tuvo que apelar a la prueba de peritos y al examen e inspección personal del mismo Juez, practicados sobre los predios que se iban a deslindar, dictamen y reconocimiento que el Tribunal acoge por hallarlos ajustados en un todo a un conjunto de factores que rodea la situación de hecho en que está circunscrita la cuestión relativa al deslinde de los predios, en la parte en que los interesados no están de acuerdo".

El sentenciador, como se ve, prescindió de la prueba testimonial que actor y demandado adujeron al juicio y sólo tuvo en cuenta para precisar sobre el terreno los términos de las escrituras, las conclusiones a que condujo la prueba pericial y el examen y observaciones personales del Juez que practicó la diligencia de apeo. Y en esta conducta no se ve equivocación legal ninguna. No hay error de derecho porque el artículo 702 del C. J. autoriza expresamente al Juez para que en casos de contradicción testifical como el de la ocurrencia, deduzca, conforme a los principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a determinados hechos, o si solo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir de tales exposiciones. Y tampoco error de hecho, porque para que lo hubiera necesario sería que de la simple lectura de las declaraciones testimoniales deshechadas por el Tribunal resultara de manifiesto una evidente equivocación en el señalamiento de la raya divisoria, y la verdad es que de su lectura no surge sino la perplejidad que llevó al Juez a su deprecio legal. Cuando la cuestión de hecho es dudosa no puede existir la evidencia que requiere el error de hecho en la apreciación de la prueba.

5. Violación de los artículos 716, 705 y 868 del C. J. en que incurrió el Tribunal "por error de derecho en la mala apreciación de la prueba pericial y en error de hecho por lo que atañe a la línea trazada en el deslinde y que cercena una parte de la vega", porque "por no ser (dos de los nombrados, los de las partes) ingenieros ni tener los instrumentos necesarios, prácticamente no fueron peritos y no hubo sino un solo perito", y porque "no hay constancia de que se hubiera determinado y fijado las líneas con los instrumentos de rigor, ni aparecen con claridad, precisión y exactitud los fundamentos del dictamen. Todo lo cual viene a demostrar

la violación de los preceptos legales invocados".

Esta acusación de la demanda, a la luz de los fundamentos en que quiere apoyarse, carece en realidad de valimento como cargo de casación porque los reparos que se hacen a la prueba pericial no dicen relación con el justiprecio de su mérito sino que se refieren a pretendidos defectos en que se incurrió en su producción, todos los cuales tuvieron su oportunidad procedimental para ser subsanados. En todos los casos, en efecto, en que legalmente es de recibo y procedencia la prueba pericial, las partes están obligadas a nombrar peritos imparciales, honorables y competentes para el asunto de que se trate, para garantizar estas condiciones de eficacia y pureza probatoria concede la ley los medios apropiados y conducentes autorizando las tachas y recusaciones correspondientes y dando a las partes, y oficiosamente al Juez, el derecho de pedir, dentro del término legal del traslado del dictamen, que los peritos lo expliquen, amplíen o aclaren cuando hay obscuridad o deficiencia en la exposición. No usadas estas facultades en relación con el experticio, y aprovechado éste por el sentenciador que lo halla suficientemente fundado y explicado, como fuente de convicción, no se puede demeritar la prueba en casación sino, como sucede con todos los demás medios probatorios, demostrando que su valor fue subestimado o sobreestimado con respecto a la tarifa legal, o que fue aceptado por el Juez en contradicción con una verdad evidente que resulta de manifiesto en los autos. Es improcedente el ataque fundado simplemente en un concepto de impericia, mucho más, como sucede en este caso, si tal idea o consideración no se vincula precisamente con determinado aspecto o cuestión de las que se debaten en el litigio. La circunstancia de no ser ingeniero sino uno de los peritos que actuaron, no exigiéndose por la ley tal requisito, no tiene por qué desvirtuar el mérito del dictamen. Por lo demás, si la sentencia del Tribunal, como se advirtió antes, tiene su apoyo no solamente en esta especie de prueba sino en otras cuya fe no se destruye en casación, el cargo es inválido.

El estudio que en esta parte contiene la demanda de casación sobre la formación geológica de los valles y sabanas para edificar sobre el sentido geográfico que a estas dos palabras corresponde, conclusiones jurídicas relacionadas sobre la extensión del derecho territorial de los litigantes en este juicio y en defensa de la tesis de que la demandante es dueña de todo el terreno de vega de la hacienda de Doche, si bien es interesante desde otro punto de vista no es judicialmente aprovechable como elemento de casación porque de las consideraciones generales que contiene no puede deducirse error en la apreciación de pruebas en ninguna de las dos formas conducentes a violación de la ley, que es la base indispensable para la prosperidad del recurso por el motivo primero del artículo 520 del C. J.

Apenas vale la pena de decir, para rechazar la última argumentación de la demanda de casación, que nada irregular ni que afecte la validez y seriedad de la sentencia acusada encuentra la Sala en la circunstancia de que el Tribunal haya hecho reposar su convicción en las mismas consideraciones y razones en que se fundó la decisión de primera instancia, y que hace incurrir al recurrente en la equivocación de afirmar que por no haber agregado el Tribunal un nuevo análisis al hecho por el Juez **a quo** su sentencia carece de la motivación que exige la ley.

Este juicio, en resumen, no versa propiamente sobre deficiencia u oscuridad en la leyenda que contienen los títulos en punto a linderos, sino sobre divergencia en su localización en el terreno, porque en verdad todo se reduce a la determinación del llamado chuquio del Alegato. Es una concretación de hecho que fue resuelta con la fijación del deslinde judicial confirmado por las dos sentencias de instancia. Así ha llegado a la Corte, donde el ataque a la sentencia definitiva del segundo grado no ha resultado fundado en causal legal ninguna que impusiera su

infirmación para avocar el estudio de la alinderación misma, de tal modo que bien o mal señalado el límite por la sentencia confirmatoria del Tribunal, ello entraña una cuestión de hecho que la Sala debe respetar porque no se ha demostrado a través de ningún error cometido por el sentenciador que la línea divisoria es evidentemente otra.

Por tanto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el 3 de octubre 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 oportunamente 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.

SALA DE CASACION EN LO PENAL

SOLICITUD DE CAMBIO DE RADICACION DE UN SUMARIO HECHA POR UN LEPROSO

Aun cuando en anteriores ocasiones ha dicho la Corte que cuando es necesario trasladar un enfermo de un leprosorio a otro y está sindicado por delito de que deba conocer el juez del circuito del lazareto como juez superior, es factible el cambio de radicación del proceso, el caso de que ahora se trata es bien diferente, pues de él está conociendo no un juez de lazareto sino el tribunal superior de Buga; y el artículo 391 del código de procedimiento penal, previendo una situación como la de Bedoya, dispone que las notificaciones al procesado se hagan por medio de juez comisionado, lo cual está indicando que la ley admite la prosecución de juicio criminal contra un leproso fuera del lazareto donde se halle recluído.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, trece de mayo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

El Departamento de Justicia del Ministerio de Gobierno ha remitido a la Corte para efectos del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal un escrito de Luis Enrique Bedoya A., preso en la Cárcel de Agua de Dios como sindicado del delito de homicidio en el cual solicita cambio de radicación de su causa y dice que ésta se halla en turno para audiencia pública en el Tribunal Superior de Buga.

Esta solicitud sobre cambio de radicación no trae ningún documento alusivo al asunto, y no se trata aquí de cuestiones de ambiente adverso o contrario a los derechos del procesado, ni a parcialidad de las autoridades judiciales; sino de que por motivo de la enfermedad del solicitante éste se ve obligado a permanecer en lugar distinto de aquel donde se ventila su causa.

La disposición invocada por el solicitante, o sea el artículo 12 de la Ley 20 de 1927 dice lo siguiente:

"Los juicios que se adelanten contra leprosos asilados en los lazaretos, por delitos cuyo conocimiento competa a los Jueces Superiores de Distrito Judicial, se seguirán en un todo por los trámites señalados para éstos por la ley, y en dichos juicios actuará con carácter de Juez Superior el respectivo Juez del Circuito del Lazareto".

En anteriores ocasiones ha dicho la Corte que cuando es necesario trasladar un enfermo de un leprosorio a otro y está sindicado por delito de que deba conocer el juez del circuito del Lazareto como Juez Superior, es factible el cambio de radicación del proceso.

Pero el caso de que ahora se trata es bien diferente, pues de él está conociendo no un juez de lazareto sino el Tribunal Superior de Buga; y el artículo 391 del

Código de Procedimiento Penal, previendo una situación como la de Bedoya dispone que las notificaciones al procesado se hagan por medio de juez comisionado, lo cual está indicando que la ley emite la prosecución de juicio criminal contra un leproso fuera del Lazareto donde se halle recluído.

Por lo expuesto, la Corte Suprema emite concepto desfavorale al cambio de radicación solicitado por Luis Enrique Bedoya.

Cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvanse las diligencias al Ministerio de Gobierno.

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

SOLICITUD DE CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO — DELITO MILITAR. FUERO MILITAR

1º El que siendo contador-pagador de alguna unidad del ejército se sustrajere caudales que a su cargo se encuentren como tal empleado administrativo, comete un peculado cuyo conocimiento no corresponde a los Jueces Superiores, porque la competencia, en semejante caso, está atribuída a fuero especial, según la excepción que señala el artículo 45 de la Ley 94 de 1938. En tales condiciones el delito se sale de las reglas del derecho penal común u ordinario, para convertirse en un hecho que cae bajo la jurisdicción de la justicia militar.

2º El delito de carácter militar no requiere, para serlo, la calidad de militar en el agente, puesto que los individuos civiles pueden infringir la Ley 84 de 1931.

3º De consiguiente, el peculado que se imputa a X. X., contador-pagador del ejército, debe juzgarlo un Consejo de Guerra Superior y no un Juez Superior de Distrito Judicial, de donde se deduce que la Corte no tiene por qué dar el concepto a que se refiere el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

4º Aquí la palabra *fuero* significa el sometimiento de X. X. a la potestad militar, en quien concurren el derecho y el deber de juzgar privativamente al sindicado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal — Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Contra Francisco Gaitán Vásquez se sigue un proceso por peculado ante el Juez 1º Superior de Pamplona, y el doctor Otto Barrios Guzmán, con poder de aquél, pidió al Ministerio de Gobierno que a Gaitán Vásquez se le juzgue en otro Distrito Judicial, pues así lo estima conveniente para la recta administración de justicia.

El Ministerio inquiere el concepto de la Corte Suprema, conforme al artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Tal precepto autoriza el cambio de radicación de un negocio criminal, por una de las dos causas que él señala, o por ambas, cuando el delito sea de la competencia de los Jueces Superiores; y si es cierto que a esos Jueces les corresponde conocer de los hechos cuya lista trae el artículo 45 del mismo Código, uno de los cuales es el peculado, también es verdad que se exceptúan "los casos en que su conocimiento no esté atribuído a fuero especial".

Y a fuero especial se halla adscrita la función de juzgar a Francisco Gaitán Vásquez.

Era Gaitán Vásquez contador-pagador del grupo de artillería "Galán", de guarnición en Pamplona, y se dice que el cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno sustrájose, de los caudales que manejaba, pertenecientes al Ejército, una suma de dinero mayor de tres mil pesos ($ 3.000.00).

En las condiciones apuntadas el presunto delito se sale de las reglas del derecho penal común para convertirse en infracción sometida al fuero especial de la justicia militar.

La palabra **fuero**, en el sentido de jurisdicción competente por el aspecto pasivo, es susceptible de dos significados o apli-

caciones principales: la primera sucede dentro de un solo orden jerárquico, y la segunda ocurre cuando el juzgamiento, en razón de la persona y la materia, le toca a una potestad distinta.

Cabe en la última aplicación lo ejecutado por el reo Gaitán Vásquez.

El delito de fisonomía militar no requiere, para serlo, la calidad de militar en el agente, pues el individuo civil puede incurrir en un delito de tal naturaleza.

Son de la Ley 84 de 1931, de Justicia Militar, los mandatos que la Corte copia a continuación:

"Artículo 7º La competencia de los Jueces y Tribunales Militares para conocer de una causa depende de la naturaleza de ella. Esta jurisdicción especial es privativa e improrrogable.

"Artículo 9º La causa es militar cuando el delito o culpa de que se trata tiene carácter de delito militar de acuerdo con el artículo siguiente.

"Artículo 10. Son delitos militares los que se cometen con infracción de las leyes militares, o en asuntos del servicio militar o dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, vivaques o buques de guerra, y en general dentro de cualquiera dependencia militar. Los delitos o culpas cometidos fuera de estos casos serán juzgados como delitos comunes por la justicia ordinaria.

"Artículo 11. El juzgamiento de los delitos militares definidos en el artículo anterior es de la exclusiva competencia de la justicia militar, y corresponde a las autoridades militares del lugar en que han sido cometidos.

"Artículo 27. Corresponde a los Consejos de Guerra Superiores conocer de las causas por delitos o culpas militares que cometan los oficiales de cualquier grado, los empleados militares, los empleados administrativos y los particulares sujetos a la jurisdicción militar.

"Artículo 217. El que en tiempo de guerra, internacional o interior, sustrajere, consintiere que otro sustraiga o aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos de cualquiera clase pertenecientes al Ejército, y que se encuentren a su cargo, será castigado con la pena de cinco a quince años de reclusión militar. En tiempo de paz, la pena será la que establezcan las leyes comunes para los delitos correspondientes (subraya la Sala).

"En las mismas penas contempladas en este artículo incurrirá el individuo, militar o civil, que se aprovechare a sabiendas de la sustracción o aplicación indebidas de los efectos de que se trata".

Demasiado extenso es el alcance literal del artículo 10 al definir también como delito militar el que se perpetra "dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, vivaques o buques de guerra y en general dentro de cualquiera dependencia militar". Es una generalización que debe reducirse a los términos que le son propios jurídicamente, relacionándola sólo con aquellos hechos que se derivan del servicio o la actividad militar, y descartando los que no pierden su índole de delitos comunes aunque se hayan realizado por un militar y en el interior de edificios o lugares militares.

Si a Francisco Gaitán Vásquez se le imputa la sustracción de caudales del Ejército que se encontraban a su cargo como empleado administrativo, en su carácter de contador-pagador del grupo de artillería "Galán", sustracción que acaeció en tiempo de paz y dentro del comando de la 5ª Zona del Servicio Territorial, el delito que ello implica es clara e inconfundiblemente militar y se amolda de manera perfecta a los transcritos artículos de la Ley 84 de 1931.

Luego es a un Consejo de Guerra Supe-

rior a quien compete conocer privativamente del peculado de que responde Gaitán Vásquez, y no al Juez 1º Superior de Pamplona.

En consecuencia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia SE ABSTIENE de emitir concepto sobre el cambio de radicación solicitado, puesto que el conocimiento del delito no es de competencia de los Jueces Superiores.

Cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, envíese una copia al señor Juez 1º Superior de Pamplona y devuélvase la documentación al Ministerio de Gobierno.

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

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

REVISION DE UNA SENTENCIA DE EXCEPCIONES PROFERIDA EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero diez y seis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Vicente Castañeda Rivera, mayor de edad y vecino del municipio de Miraflores demandó a la nación ante el tribunal superior del distrito judicial de Tunja, con el objeto de que se declare que es errónea la liquidación que se le hizo de los impuestos de renta y patrimonio para el año de 1937, correspondiente a la cantidad de $ 149.92 moneda corriente.

La acción se siguió en primera instancia por todos los trámites de regla, y con audiencia del señor fiscal del tribunal, en representación de la nación hasta dictar la sentencia del 28 de mayo de 1940, denegatoria de las declaraciones impetradas por el demandante. Por apelación de éste el pleito está en segunda instancia, a la decisión de la Corte. Estando agotados los trámites del recurso, seguidos con audiencia del señor procurador delegado en lo civil, personero de la parte demandada, se procede a dictar la sentencia definitiva.

Según la demanda la acción tiene por antecedentes los siguientes hechos:

La administración de hacienda nacional de Boyacá gravó al señor Vicente Castañeda Rivera, por concepto de impuestos de renta y patrimonio, correspondientes al año de 1937, en la cantidad de $ 149.92 moneda corriente, en la siguiente forma:

Impuesto sobre la renta del año de 1937 ..... $	29.36
Patrimonio	45.60
100 por 100 de recargos.....	74.96
Suma.....$	149.92

Para liquidar este impuesto se hicieron figurar como de propiedad del demandante bienes que no son de él, consistentes en un terreno situado en la vereda de "Pirtiguiz", en el punto llamado "El Varal", de la jurisdicción del Municipio de Macanal, estimado en $ 8.000.00, cuarenta cabezas de ganado vacuno y cuatro caballos de silla; bienes estos que según el demandante pertenecen a su primo del mismo nombre llamado Vicente Castañeda Rivera, pero vecino del municipio de Macanal. En la administración de hacienda nacional de Miraflores, por auto de fecha 24 de noviembre de 1938 se libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el demandante para el pago de los impuestos dichos. Se siguió la ejecución. El ejecutado propuso excepciones, basadas en el mismo hecho que ahora sirve de fundamento a la acción ordinaria, pero el tribunal de Tunja no habiendo encontrado suficientemente clara la cuestión controvertida negó la defensa del ejecutado. Este no pudo apelar del fallo por haberse tratado de un negocio de cuantía inferior a $ 500.00. Con el objeto de obtener la revisión del fallo de las excepciones, por la vía ordinaria está propuesto el presente juicio.

El señor procurador delegado en lo civil solicita la confirmación del fallo apelado. La sala con el objeto de aclarar alguna cuestión dudosa hizo uso de la facultad que la ley le otorga de dictar antes de proferir sentencia un auto para mejor proveer. Los resultados de este auto son satisfactorios porque contribuyen a aclarar la situación del demandante.

En los autos está demostrado que hay dos personas que llevan el mismo nombre de Vicente Castañeda Rivera, vecina la una de Miraflores, el demandante, y la otra vecina del municipio de Macanal. Se trata de dos primos hermanos.

En efecto, figuran en el expediente sendos certificados expedidos legalmente por el presidente y secretarios de los jurados electorales de Miraflores y Macanal en que se certifican que en Miraflores está cedulado Vicente Castañeda Rivera, mayor y vecino de esa ciudad, bajo el número 231.508, el día 21 de febrero de 1935, bajo el registro electoral permanente número 1.508 y con la siguiente filiación: "de cuarenta años de edad, color moreno, estatura un metro 74 cms., cabellos lacios, color castaño oscuro, frente vertical, boca mediana, labios gruesos, ojos tamaño mediano, color castaño oscuro, nariz tamaño mediano forma recta"; y en Macanal está cedulado Vicente Castañeda Rivera, vecino de ese municipio, con la cédula número 1.956.166, bajo el registro electoral permanente 1.655 del municipio de Macanal y con la siguiente filiación: "Edad cincuenta años; cutis moreno pálido; estatura 1.34 cm., cabello liso castaño oscuro; frente entrante mediana; boca mediana; labios gruesos; ojos castaño medio; orejas ovoidal grandes; dorso recto base horizontal, señales particulares, ninguna". Esta última cédula fue cancelada por hallarse el sujeto a quien se refiere privado de los derechos políticos según informe del tribunal de Tunja.

Los declarantes Amelio Martín y Nicolás Alfonso Romero, quienes depusieron en esta segunda instancia, dan testimonio de que conocen personalmente de trato y comunicación desde hace muchos años a Vicente Castañera Rivera, quien reside desde pequeño en el vecindario de Miraflores, y es hijo legítimo de Pedro Castañeda y Carmen Rivera, distinto de un primo hermano que también se llama Vicente Castañeda Rivera, bautizado en Garagoa y quien actualmente vive en Macanal, hijo legítimo de Rudesindo Castañeda y Eustaquia Rivera, y poco más o menos de la misma edad del primero. Les consta a los testigos que los padres de los dos Castañedas se trataban con mucha intimidad y que el de Macanal tiene allí propiedades y ganados. Al de Miraflores siempre lo han conocido residiendo en este municipio desde pequeño y no le conocen propiedades en Macanal.

En la primera instancia del juicio ya habían declarado Pablo A. Monroy y Tulio Cruz, quienes dicen que conocen desde muy pequeño a Vicente Castañeda, de Miraflores, siempre residiendo en este municipio, en donde están situadas sus propiedades, ubicadas en las veredas de Chapacía y Laderas y una casa situada en el centro de la población, pero que nunca han sabido que tenga propiedades en Macanal.

De consiguiente no se puede poner en duda que Vicente Castañeda Rivera, vecino de Miraflores, es distinto de Vicente Castañeda Rivera, vecino de Macanal. Lo cual viene a ser confirmado con la declaración del de Macanal, rendida también en el juicio, quien afirma que es primo hermano del de Miraflores, hijo de Rudesindo Castañeda y Eustaquia Rivera, carece de cédula de ciudadanía por estar privado de los derechos políticos; que su primo el de Miraflores, nunca ha tenido domicilio en el municipio de Macanal y que los bienes que figuran en el catastro de Macanal como de propiedad de Vicente Castañeda Rivera y con especialidad el terreno ubicado en la vereda de "Pirtiguiz" son de su propiedad y en manera alguna pertenecen a su primo el de mismo nombre y apellido, vecino de Miraflores, a quien nunca le ha conocido bienes en el municipio de Macanal.

El recaudador de rentas departamentales del municipio de Macanal certifica que el sr. Vicente Castañeda Rivera, "quien no posee cédula de ciudadanía alguna por estar privado de los derechos políticos figura en el catastro de este municipio bajo el número 287, avaluada la finca en la suma de $ 8.000.00 y ubicada en la vereda de "Pirtiguiz", sitio de El Varal. Que el señor Vicente Castañeda Rivera cedulado en el municipio de Miraflores bajo el número 231.508 no aparece que tenga finca raíz alguna en este municipio (Macanal)".

El jefe de rentas e impuestos nacionales rinde un certificado según el cual de acuerdo con las constancias que obran en la administración de hacienda nacional de Boyacá el señor Vicente Castañeda Rivera no efectuó denuncio de renta y patrimonio por los años de 1936, 1937 y 1938, por lo cual la oficina citada hubo de aforarlo con base en los datos que arrojaban los catastros de los municipios de Miraflores y Macanal, en los cuales aparece el señor Vicente Castañeda, sin segundo apellido, dueño de bienes raíces en el primero de los municipios citados por $ 31.000 y en el segundo por $ 8.000.

La auditoría de impuestos de la administración de hacienda nacional de Boyacá informa que para practicar el aforo correspondiente el señor Vicente Castañeda Rivera por el año de 1937 hubo de tomarse como base las fincas que figuraban en el catastro de Macanal y Miraflores bajo el nombre de Vicente Castañeda, junto con una información de carácter oficial respecto de los ganados poseídos por él en 31 de diciembre del año en referencia. Respecto de los bienes raíces situados en el municipio de Macanal se tomó la suma de $ 31.000 con que figuraba como dueño el señor Castañeda. Respecto de los semovientes se tuvo en cuenta que era dueño de 40 cabezas de ganado vacuno y cuatro caballos.

De todas las comprobaciones anteriores se llega a la conclusión de que es evidente que por una confusión explicable, dada la igualdad de nombre y de la falta de los denuncios voluntarios del impuesto de los interesados, se cometiera el error por los respectivos funcionarios de hacienda de considerar como de propiedad del demandante bienes situados en el municipio de Macanal pertenecientes a otra persona que lleva su mismo nombre, con lo cual el aforo que se le hizo de los impuestos de renta y patrimonio, correspondientes al año de 1937, que es al año que se contrae la demanda, resulta equivocado, por la inclusión en la lista de bienes del demandante del terreno situado en la vereda de "Pirtiguiz", municipio de Macanal, 40 reses de ganado vacuno y cuatro caballos.

De consiguiente la demanda prospera en cuanto al reconocimiento del error dicho. Para que se corrija la equivocación hay necesidad de que se practique una nueva liquidación de los impuestos de renta y patrimonio del demandante por lo correspondiente al año de 1937, deduciendo los bienes mencionados cuya propiedad se le atribuyó equivocadamente situados en Macanal. En esta forma la petición de la demanda prospera, pero no en los términos generales en que está formulada, sino condicionada a lo dicho.

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, declara que es errónea la liquidación de los impuestos de renta y patrimonio de Vicente Castañeda Rivera, vecino de Miraflores y con la cédula de ciudadanía número 261.508 expedida en ese municipio, para el año de 1937, en cuanto en esa liquidación se incluyó como de propiedad del demandante un terreno situado en la vereda de "Pirtiguiz", en el punto llamado "El Varal", de la jurisdicción del municipio de Macanal, estimado en $ 8.000.00, cuarenta cabezas de ganado vacuno y cuatro caballos de silla.

En consecuencia para saber lo que realmente adeuda el demandante al tesoro nacional por impuestos de renta y patrimonio correspondiente al año de 1937 de-

be rehacerse la liquidación teniendo en cuenta lo declarado en este fallo.

No es el caso de hacer las demás peticiones de la demanda.

En los anteriores términos queda reformada la providencia que ha sido materia de la apelación dictada por el tribunal superior del distrito judicial de Tunja el día veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

1.—No puede resolverse un incidente de excepciones mientras no haya juicio ejecutivo, y no lo hay, conforme al art. 981 del C. J., mientras no se notifique al ejecutado el mandamiento de pago. Cuando la parte ejecutada se compone de varios, han de estar notificados todos para que se cumpla la exigencia legal. 2.—Cuando en una ejecución la parte ejecutada se compone de varias personas y en un principio sólo se propone excepciones por una de aquéllas, el juez debe esperar a que venza el término de la ejecutoria del auto de citación para sentencia de pregón y remate, para remitir al juez o tribunal competente el pliego o pliegos de excepciones que hayan sido propuestos. Sólo así puede metodizarse el estudio de las excepciones y evitarse al propio tiempo la anomalía procesal consistente en que dentro de una misma ejecución se pronuncien varias sentencias de excepciones correspondientes a las que sucesivamente se hayan propuesto por las personas que componen la parte ejecutada.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero diez y seis de mil novecietnos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la nación y a cargo del señor Arcadio López y de su fiador solidario doctor Aquiles Arrieta, por la suma de $ 550.00 moneda corriente; por los intereses sobre dicha suma a la rata del 12 por 100 anual desde el día 24 de febrero de 1939, y por las costas del juicio, si se causaren. La ejecución proviene del alcance que por la cantidad aludida se le dedujo al señor López como responsable de las cuentas de la Inspección General de Telégrafos de la 9ª Zona.

A virtud del pliego de excepciones presentado por el doctor Federico A. Daza como apoderado especial del ejecutado Arcadio López, ha llegado este negocio a la Corte, para la sustanciación y fallo del respectivo incidente.

Empero, la sala no puede tramitar todavía las excepciones propuestas, por los siguientes motivos fundamentales:

1º De autos aparece que el mandamiento de pago solamente ha sido notificado al ejecutado Arcadio López, según la constancia del fl. 22 del cuaderno principal. Mas no existe constancia alguna de que dicha providencia se haya notificado también al doctor Aquiles Arrieta o a su apoderado o representante legal.

En relación con la falta de notificación del auto ejecutivo, en el evento de que sean varios los ejecutados y hayan sido propuestas excepciones por solo uno de ellos, esta sala ha sustentado en numerosas ocasiones la siguiente doctrina:

"No puede resolverse un incidente de excepciones mientras no haya juicio ejecutivo, y no lo hay, conforme al artículo 981 del código judicial, mientras no se notifique al ejecutado el mandamiento de pago. Cuando la parte ejecutada se compone de varios, han de estar notificados todos para que se cumpla la exigencia legal". (C. J., tomo L, número 1964-1965, pág. 580).

2º Existe otro motivo que hace tam-

bién prematura la apertura del incidente de excepciones.

En efecto, dispone el artículo 1025 del código judicial que "desde la notificación del mandamiento ejecutivo, hasta que se ejecutoríe el auto de citación para sentencia de pregón y remate, puede el ejecutado proponer por una sola vez las excepciones que crea tener a su favor".

Ahora bien; acontece con mucha frecuencia que la parte ejecutada se compone de varias personas y en un principio sólo se propone excepciones por una de aquéllas. En tales casos el juez de la ejecución debe esperar a que venza el término de la ejecutoria del auto de citación para sentencia de pregón y remate, para remitir al juez o tribunal competente el pliego o pliegos de excepciones que hayan sido propuestos. Sólo así puede metodizarse el estudio de las excepciones y evitarse al propio tiempo la anomalía procesal consistente en que dentro de una misma ejecución se pronuncien varias sentencias de excepciones correspondientes a las que sucesivamente se hayan propuesto por las personas que componen la parte ejecutada.

Y el caso de autos es precisamente uno de los contemplados por la Corte para hacer la precedente observación. En consecuencia el funcionario ejecutor deberá esperar a que corra el término dentro del cual pueden todos los ejecutados proponer excepciones, para remitir de nuevo el expediente a esta sala con el pliego o pliegos de excepciones que se hayan presentado.

Por lo expuesto, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia resuelve que se devuelva este negocio a la oficina de su origen para los fines a que se ha hecho referencia en la parte motiva de este auto.

Notifíquese, cópiese y cúmplase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Pineda Garrido, Srio.

PRESCRIPCION CONTRA CREDITOS DEL ESTADO

La prescripción contra créditos del Estado en cobros ejecutivos por las personas de derecho público no comienza desde la muerte de la persona, sino desde que los impuestos sean exigibles. Mientras el impuesto no se halle liquidado, reducido a cifra numérica de pesos, el Estado tiene apenas la expectativa de cobrar. Tal situación se prolonga hasta que la oficina fiscal convierte, mediante el reconocimiento o liquidación, verificado y dado a conocer a los interesados para objetarlo la mera expectativa en derecho. Es entonces cuando nace su exigibilidad y comienza a computarse el término de la prescripción. — 2. El principio de solidaridad de que trata la Ley 63 de 1936 es aplicable a las mortuorias causadas con anterioridad a la expedición de la ley, o a las que estuvieren pendientes al iniciarse su vigencia. — No basta enunciar una excepción o un hecho, sino que es preciso probarlo, entendiéndose que es el actor excepcionante o demandante quien tiene la carga de la prueba.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, diez y siete de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Abigail Archila v. de Segura, Julio Acevedo, Carlos Reyes Archila, Guillermo Solano y otros, en el juicio ejecutivo que la Recaudación de Hacienda Nacional de Santa Rosa de Viterbo adelanta contra la sucesión de Mariana Reyes de Archila, presentaron las siguientes excepciones: a) prescripción de la acción; b) ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada; c) carencia de derecho en la acción; d) nulidad o ineficacia del título ejecutivo; e) petición de modo indebido; f) falta de cosa responsable; g) error de hecho y de derecho en el reconocimiento o liquidación base del recaudo y h) error de cuenta y error substancial de hecho y de derecho en la liquidación o reconocimiento y, por consiguiente, exceso en el cobro del impuesto, "plus petitio".

Por corresponderle su conocimiento a la Corte fueron remitidas a ella las excepciones para su estudio y decisión. Cumplido el trámite procedimental que señala la ley, se procede a su estudio, en su orden.

Se considera:

Con fundamentos en los artículos 81 de la Ley 42 de 1923, 2517 y 2536 del Código Civil y en algunas sentencias de la Corte, se propone la de prescripción de la acción y de la obligación. Y a propósito se alega: "cosa muy distinta es la obligación en sí misma y su exigibilidad, del título externo que la acredita y de la acción ejecutiva, como procedimiento, no como derecho, para hacerla efectiva. Una obligación existe, desde el momento mismo en que nace 'ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasi-contratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia (artículo 1494 del C. C.)', o como en

los tributos, agrego. Esa obligación, cualquiera que ella sea, es exigible desde el momento mismo en que se debe cumplir y en que la persona o entidad a cuyo favor existe tiene derecho para exigir su cumplimiento. Jurídicamente la obligación y su exigibilidad pueden existir sin documento ni título alguno externo, el cual puede ser prueba de la existencia de la obligación y de su exigibilidad, pero no la obligación misma, ni mucho menos la causa intrínseca de su exigibilidad. En cuanto a la acción para hacerla efectiva, difiere sustancialmente de la obligación misma; ésta es el derecho, aquélla es el procedimiento que puede ser ejecutivo u ordinario, según determinadas circunstancias o requisitos legales. Por otra parte, lo que prescribe, en realidad de verdad, sea en forma adquisitiva o extintiva, es el derecho mismo, y como consecuencia de esa prescripción, resulta ineficaz el procedimiento ejecutivo u ordinario por el cual se reclama, es decir, prescribe también la acción procedimental. —Dice el artículo 2535 del C. C.: 'La prescripción que extingue las acciones y **derechos** ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercitado dichas acciones'. Y agrega: 'Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible".

Según la parte actora, se hallan prescritas la obligación del crédito que persigue el Estado y la acción para hacerla efectiva.

Sostiene el señor apoderado que la prescripción extinguió el derecho de la Nación a cobrar la suma de pesos por impuestos sobre la masa hereditaria dejada por la señora Mariana Reyes de Archila, por cuanto ha transcurrido más del tiempo requerido para que aquélla se opere. En efecto expone: "a) la señora Mariana Reyes de Archila falleció el 20 de febrero de 1898; b) según esto y el mandato del artículo 12 de la Ley 170 de 1896, el impuesto de Lazareto sobre los bienes dejados por la causante debió pagarse precisamente entre el día 20 de febrero de 1898 y el día 20 de febrero de 1899; c) si el impuesto no se cobró en el término allí fijado, se hizo exigible coercitivamente, y desde el 21 de febrero de 1899 quedaron los asignatarios o herederos constituídos en mora de pagarlo y, por consiguiente, desde esa fecha empezó a correr la prescripción extintiva de tal obligación y, como consecuencia, del derecho de la Nación para exigir el cumplimiento o pago, según el mandato del artículo 2535, inc. 2º del C. C. en relación con el 2517, la prescripción de la acción ejecutiva quedó consumada para la Nación el 21 de febrero de 1909..."

Para rectificar el concepto del señor apoderado de los demandantes, de que en los casos de cobro ejecutivo por las personas de derecho público, el tiempo para medir la prescripción de la obligación y de la acción no comienza desde la muerte de la persona, sino desde que los impuestos sean exigibles, conforme al artículo 2535, inciso 2º del Código Civil, la Corte reafirma en lo ya expuesto por ella al estudiar otro caso análogo al que ella considera: "Pero bien distinto es el nacimiento del derecho a su exigibilidad. Causado el impuesto, el Estado no puede jurídica ni posiblemente percibirlos, sino hasta tanto que en números ciertos y determinados se conozca su cuantía. En esta primera etapa, el derecho existe, pero es abstracto e imposible de exigir, ya que su cuantía permanece ignota. Para cobrar es preciso saber cuánto se cobra..." (Sentencia de 4 de agosto de 1938).

Entendido que se trata de una obligación de pago, sujeta por el carácter especial de las entidades de derecho público, a hacerse efectiva por medio de la acción ejecutiva, debe acomodarse en un todo, para invocar su prescripción, al precepto que dice: el tiempo de la prescripción se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible. Cuándo una obligación con acción ejecutiva se hace exigible? Cuando llena los requisitos de ser "expresa, clara y actualmente exigible de hacer, o de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero. Entiéndese por cantidad

líquida, la que puede expresarse en un guarismo determinado, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas aunque ciertas".

Por tanto, mientras el impuesto no se halle liquidado, reducido a cifra numérica de pesos, el Estado tiene apenas la expectativa de cobrar. Tal situación se prolonga hasta que la oficina fiscal convierte, mediante el reconocimiento o liquidación, verificado y dado a conocer a los interesados para objetarlo —si es el caso— la mera expectativa en derecho. Es entonces cuando nace su exigibilidad y comienza a computarse el término de la prescripción.

Otra apreciación de los excepcionantes que no acepta la Corte es la de que el Estado, al tener derecho al cobro del impuesto, debe hacerlo sin tardanza, por lo cual incurrió, para el caso en estudio, en mora, hecho que debe perjudicarle aplicándosele la prescripción. Que lo contrario sería hacer indefinido el término de la prescripción y acabar de un "tajo con todos los principios de orden moral, social y económico que informan el reconocimiento legal de la prescripción, tanto en las relaciones civiles entre los ciudadanos, como en las de éstos con el Estado".

En materia civil las obligaciones y los deberes de los ciudadanos, y como tales se consideran las cargas que el Estado impone para atender a imperativos de interés general, deben cumplirse directa y voluntariamente por los particulares. Los funcionarios —en casos especiales— obran de oficio y coercitivamente. Así, en las causas mortuorias se deja a los interesados que inicien el juicio, so pena del recargo consiguiente en el pago del impuesto. En último caso, es el Síndico del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, quien en nombre de la autoridad inicia el juicio.

Con la demora en la liquidación y pago del impuesto de una sucesión los únicos que reciben perjuicio cierto son los causahabientes, que están obligados al pago de los recargos durante el tiempo de mora. Con el reconocimiento implícito y el deber legal del pago de los recargos se colocan en situación de interrumpir naturalmente la prescripción. La deuda fiscal se asimila a la civil respecto de la cual se reconocen intereses pagaderos al tiempo convenido. Para los impuestos desde que éstos se liquidan.

Por lo visto, es el caso de considerar no probada la excepción de prescripción interpuesta.

La segunda y la tercera excepciones —ilegitimidad de la personería en la parte demandada, y carencia de derecho en la acción— se hace consistir en que los deudores responsables en este caso son los asignatarios, sea a título universal o singular; pero no los ejecutados, que son extraños o terceras personas respecto de la señora Mariana Reyes de Archila. También se hace valer, contra la regla de solidaridad en el pago de los impuestos que consagra la Ley 63 de 1936, el principio de que la ley no tiene efecto retroactivo.

Refiriéndose a estas excepciones dice muy acertadamente el señor Procurador Delegado:

"Sostiene el excepcionante, al fundamentar la segunda y la tercera excepción, que la Ley 63 de 1936 no es aplicable a las mortuorias abiertas antes de entrar en vigencia dicho estatuto. Está en un error manifiesto el excepcionante cuando tal cosa afirma de una manera absoluta. Dice, en efecto el artículo 96 de la expresada ley:

'Esta ley principiará a regir el 1º de mayo de 1936, sus disposiciones se aplicarán a todas las mortuorias causadas y a todos los juicios de sucesión pendientes en el momento de entrar en vigencia, y a todas las herencias que se causen, asignaciones que se difieran y donaciones que se otorguen de esa fecha en adelante. Pero las tarifas de impuestos y el sistema de exenciones que en ella se estalecen, se aplicarán únicamente a las herencias y asignaciones deferidas y a las donaciones otorgadas del 1º de mayo de 1936 en adelante. Y los términos no vencidos y los recursos e incidentes no terminados, se re-

girán por la ley vigente al tiempo, de su iniciación'.

"Es, pues, de toda claridad que, con las únicas salvedades anotadas, la ley 63 de 1936 se aplica a todas las mortuorias **causadas** y a todos los juicios de sucesión **pendientes** en el momento de entrar en vigencia. Por tanto, le es aplicable a tales mortuorias el artículo 24 de la ley en referencia que dice:

'El impuesto de **asignaciones** y donaciones recae sobre el respectivo asignatario o donatario, pero respecto del pago se establecen las siguientes solidaridades: la sucesión o herencia con los asignatarios; el donante con el donatario; los herederos entre sí y con los legatarios o beneficiarios de cargas o modos; el asignatario a quien se imponga una carga o un modo a favor de un tercero, con éste; y el cesionario de **bienes** o derechos sucesorios, con su cedente y sus **causahabientes** en proporción de los derechos que adquiera o traspase.

"Y cuando el texto legal dice "cesionario" de bienes estableciendo responsabilidad solidaria con su **cedente** y sus **causahabientes**, se refiere con toda claridad, no solo al cesionario directo del heredero, sino a todo adquirente de **bienes** pertenecientes a la mortuoria".

La situación de los terceros adquirentes en la sucesión de la señora de Archila, es la de titulares en una mortuoria ilíquida en que los herederos fueron haciendo transmisiones desde la muerte de aquélla, acaecida en 1898. Por tanto, en calidad de adquirentes de derechos sucesorales están obligados en la proporción de ellos al pago del impuesto.

La cuarta excepción —nulidad o ineficacia del título ejecutivo— la fundamenta el abogado de los excepcionantes, en las razones de las dos anteriores, por cuanto el reconocimiento o liquidación se hizo contra personas extrañas a la sucesión de la señora de Archila.

Ya se dijo que el principio de solidaridad de que trata la Ley 63 de 1936 es aplicable a las mortuorias causadas con anterioridad a la expedición de la ley, o a las que estuvieran pendientes al iniciarse su vigencia (la de la Sra. Mariana Reyes de Archila); solidaridad que va, de la sucesión al asignatario; del donante al donatario; de los herederos a los legatarios; del asignatario obligado a un tercero, con éste; y del cesionario de bienes de una mortuoria al cedente, o a sus causahabientes. (Artículo 24 de la Ley 63 de 1936).

Que las personas ejecutadas sean judicialmente terceros respecto de la señora de Archila, o en general de su sucesión, no impide, según lo ya expuesto, que contra ellos se cobre el impuesto en calidad de poseedores o propietarios de bienes de la mortuoria sobre los cuales no se ha satisfecho el pago del impuesto.

No resultando calificado de vicio el título ejecutivo, por la causa que le imputan los excepcionantes, y vista por el contrario su eficacia, la excepción cuarta cae como las dos enteriores.

La quinta excepción —petición de un modo indebido— se basa en la manera irregular como se liquidó el impuesto, siendo así que se verificó su tasación igual para herederos y legatarios, sin atender al testamento de la causante.

En el expediente aparecen liquidaciones uniformes para los hijos legítimos de doña Mariana y liquidaciones ajustadas al valor nominal de cada bien patrimonial para los poseedores cesionarios.

Como la prueba que contradiga lo que aparece en la liquidación de la Recaudación de Hacienda Nacional de Santa Rosa de Viterbo y que debe darla el excepcionante, no resulta en autos, la Corte no acepta la excepción por falta de aquélla.

La excepción sexta —falta la cosa responsable— se encamina a sostener que la heredera Abigaíl Archila v. de Segura no es poseedora ni propietaria de los bienes inventariados.

No basta enunciar una excepción, o un hecho, sino que es necesario probarlo, entendiéndose que es el actor excepcionante o demandante quien tiene la carga de

la prueba. Se anticipó por el abogado de los excepcionantes que se acreditaría con pruebas la excepción sexta, pero nada resulta en autos al respecto.

La excepción séptima —error de hecho y de derecho en el reconocimiento o liquidación base del recaudo— se funda: 1º el error de hecho, en que se consideró como causahabientes de los herederos o asignatarios, a personas que no lo son, y 2º el error de derecho, en cuanto se estableció una solidaridad que no existe, ni existía cuando surgió o pudo haber surgido para la Nación el derecho de cobrar ese impuesto.

A contestar esta excepción basta lo dicho en la segunda y tercera, que con amplitud se estudiaron. Constituye la presente, la repetición de razones, causas e identidades de que el excepcionante habla en el curso de toda la demanda y que ya han sido considerados. Por tanto, sigue esta excepción la suerte de las anteriores.

La octava y última excepción propuesta —error de cuenta y error sustancial en la liquidación o reconocimiento y, por consiguiente, petición de más de lo debido. Se fundamenta en mala interpretación y quebrantamiento de los artículos 13 del Código Civil y 89 de la Ley 63 de 1936, por cuanto —a juicio de los excepcionantes— se aplicaron impropiamente las disposiciones que rigen en la actualidad la liquidación de los impuestos.

Establece el artículo 92 de la Ley 63 de 1936:

"Los recargos del impuesto, establecidos a título de multa, adición o intereses, se exigirán aplicando sucesivamente las tasas correspondientes a esa época de demora sancionada por el respectivo recargo. Se entiende que al establecerse un nuevo recargo quedó sustituído el anterior, que éste se hace efectivo hasta el día en que empezó a regir el siguiente, y que los recargos no devengan recargos. Para apreciar la culpa en las demoras en el pago y el tiempo de la inculpabilidad, se estará a lo dispuesto sobre el particular en esta ley, por los trámites en ella establecidos".

Lo dicho en el precepto transcrito se cumplió en un todo en el procedimiento seguido por el Recaudador de Hacienda Nacional de Santa Rosa de Viterbo. En efecto se lee en la liquidación número 18 que obra en el expediente, y que sirvió de base para la ejecución:

"RECARGOS—Rafael Archila Reyes. 25% sobre $ 109.34 en el lapso comprendido del 20 de febrero de 1899 al 25 de octubre de 1903. Artículo 3º, Ley 113 de 1890... 15% sobre 109.34 en 31 semestres corridos del 26 de octubre de 1903 al 31 de diciembre de 1918. Artículo 15, Ley 28 de 1903... 2% mensual sobre $ 109.34 en 153 meses corridos del 1º de enero de 1919 al 24 de septiembre 1931. Artículo 33, Ley 32 de 1918... 1% mensual sobre $ 109.34 en siete meses 5 días corridos desde el 25 de septiembre 1931 a 30 de abril, 1932 .Artículo 20, Ley 94 de 1931... 2% mensual sobre $ 109.34 en 85 meses corridos del 1º de mayo de 1932 a la fecha. Artículo 30, Decreto 667 de 1932 y 73 de la Ley 63 de 1936..."

Como el anterior se liquidaron los otros recargos. Y ello pone de manifiesto que es equivocado lo sostenido por el apoderado de los excepcionantes, cuando afirma que a los recargos se aplicaron las disposiciones que rigen en la actualidad sobre la materia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas en el ejecutivo de la Nación, por intermedio de la Recaudación de Hacienda Nacional de Santa Rosa de Viterbo, contra Abigaíl Archila v. de Segura y otros, y por consiguiente ordena seguir la ejecución.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cordoso Gaitán. — Manuel Pineda Garrido, Srio. en Ppd.

OBJECION A UN DICTAMEN PERICIAL.—ERROR GRAVE.

La ley consagra el medio de contradicción de un peritazgo por error grave, dolo, fuerza, en forma limitativa y dentro del valor jurídico que tiene cada una de esas expresiones. Por tanto, resulta impropio que como objeción de error grave se presente el hecho de que la parte demandada no cometió el acto ilícito, porque no es materia de una excepción. El error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atributos, como cuando se afirma que un objeto o persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe, o en tener por blanco lo que es negro o rosado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez y ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En el juicio de responsabilidad que la señora Carmen Soler v. de Jiménez adelanta contra la Nación y el Departamento de Boyacá para la indemnización de perjuicios materiales y morales por la muerte que dieron a su esposo personas particulares, se presentó por el apoderado del Departamento objeción al dictamen de avalúo de perjuicios en el tiempo hábil de los tres días que señala el artículo 720 del Código Judicial.

Al incidente de objeción se le dio la tramitación que para el caso requiere la ley, pronunciándose el auto interlocutorio de veintinueve de julio último en que el Tribunal, después de un detenido estudio sobre el experticio, su deficiencia, la facultad que tiene el juez de la causa para pedir en cualquier tiempo antes de fallar que los peritos lo expliquen o amplíen y las razones del objetante, declara fundada la objeción de error grave.

Apelado el antedicho auto por el señor Fiscal del Tribunal, subió a esta superioridad el asunto, donde transcurrido el procedimiento de rigor, se entra a decidir el recurso.

La Corte considera:

Se objeta el dictamen por error grave: 1º en cuanto a que el hecho ilícito de que fue víctima Jiménez Soler no es imputable a los Agentes del Departamento, y 2º por cuanto no se procedió al hacerlo sobre elementos inobjetables.

El primer motivo porque se acusa el dictamen, de practicarse en un juicio en que se hallan demandadas personas distintas de las obligadas a responder, es impropio alegarlo en el incidente de objeción de un avalúo pericial, que tiene por objeto solamente el examen, confrontación o rectificación de los elementos que los peritos hicieron intervenir en la prueba.

La ley consagra el medio de contradicción de un peritazgo por error grave, dolo, fuerza, en forma limitativa y dentro del valor jurídico que tiene cada una de esas expresiones. Por tanto, resulta impropio que como objeción de error grave se presente el hecho de que la parte demandada no cometió el acto ilícito, porque no es materia de una excepción.

El segundo motivo, que se refiere a los elementos que tomaron y a los que dejaron de acoger los peritos en la apreciación de los perjuicios, demuestra a las

claras la equivocación del propugnador al mirarlo por el carácter de error grave. Lo que en este motivo se manifiesta al hablar de elementos objetables, es que existe falta de fundamentación del dictamen, o error de cantidad en la apreciación, o ignorancia de elementos por parte de los peritos, al haber tenido por base en el experticio las declaraciones en que se asevera que Jiménez Soler era hombre culto, pacífico, correcto ciudadano, sin vicios, con bienes de fortuna y probabilidades de ganar de cinco a diez pesos diarios.

Dice el informe pericial: "De las declaraciones recibidas a Juan N. Vargas, Abelardo Vargas, Isidro Borda, Abraham Cuervo y José Domingo Galindo, que se hallan en el cuaderno de pruebas número 4 del expediente y que hemos leído con la debida atención, se deducen claramente los siguientes hechos: Que el señor Leví Jiménez Soler era una persona sana que gozaba de buena salud hasta el día en que le dieron muerte; que no tenía vicios y que ni siquiera usaba bebidas alcohólicas; que gozaba de comodidades económicas, como que era propietario de fincas raíces urbanas y rurales; que era muy juicioso, hábil y activo en sus negocios consistentes en agricultura, ganadería, compra de tierras, negocios judiciales y empresa de hotel; que estos negócios le producían una entrada de cinco a diez pesos diarios, como quiera que con las utilidades de tales negocios atendía fácilmente al sostenimiento y educación de la familia consistente en la esposa y cinco hijos, a quienes sostenía con comodidades y hasta con —lujo, según uno de los declarantes— y además le daban para hacer economías que le permitían aumentar visiblemente el patrimonio; que vivía en un lugar de clima sano, y que dado el buen estado de salud de que gozaba, la vida ejemplar que llevaba y las comodidades de que disfrutaba, habría vivido unos treinta años más contados desde el día en que le dieron muerte. Teniendo en cuenta todos estos hechos, a la vez que la partida de defunción de Leví Jiménez Soler visible al folio 1º del cuaderno número 1º del expediente, en la cual aparece que Jiménez Soler tenía en la fecha de su fallecimiento treinta y siete años de edad solamente, llegamos a las siguientes conclusiones....."

No es el caso de decir aquí si los peritos debieron fundamentarse en hechos directos acreditados técnicamente, y no en testimonios. El procedimiento por ellos seguido no autoriza la tacha de error grave.

El error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atributos, como cuando se afirma que un objeto o una persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe, o en tener por blanco lo que es negro o rosado. En el caso de autos cabría el error si se demostrara que Jiménez Soler no gozaba de las cualidades que le atribuyen los declarantes porque sin ellas seguramente no estaría en condiciones de producir las cantidades de dinero que le calculan los peritos.

No operándose el efecto jurídico de la objeción por error grave, queda al sentenciador la libertad de calificar el dictamen en cuanto a su uniformidad y fundamentación, en el momento de fallar el negoco. Máxime en los casos en que, como en el presente, al juzgador le obliga apreciar la fuente probatoria que dio origen a aquél. (Artículo 723 del Código Judicial).

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA el auto de veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y uno, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCIONES — CUENTAS RENDIDAS POR LOS RESPONSABLES DEL ERARIO

El artículo 22 del decreto 911 de 1932 exime de responsabilidad, salvo la correspondiente de fraude u otros actos sancionados por los códigos civil y penal, a los empleados pagadores a quienes no se les estudien las cuentas dentro de los ciento ochenta días siguientes a su presentación. — 2. La prescripción de la acción ejecutiva en los juicios de cuentas debe contarse desde la fecha en que el fenecimiento queda en firme. Esto es así porque la prescripción de la acción ejecutiva comienza desde que la obligación se hace exigible (artículo 2535, C. C.), y la no contestación por el interesado de las glosas formuladas dentro de los noventa días siguientes a su notificación no constituye título suficiente para que la obligación nacida de este hecho pueda exigirse por medio de la acción ejecutiva. Aunque la no contestación dentro del citado término de noventa días hace que el cargo o partida se consideren como desautorizados (artículo 1º, Ley 42 de 1923), tal desautorización no determina el nacimiento de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, sino que necesita para esto que el Estado la declare, que forme el título por medio de un fenecimiento que viene a ser el documento que presta mérito ejecutivo (artículo 1509, C. J.)

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En el presente juicio ejecutivo que la Nación adelanta contra los herederos del señor Enrique Greiffenstein por concepto de algunos alcances deducidos contra éste en las cuentas que como Comisario Pagador del Ejército de Bogotá rindió en los meses de septiembre de 1926 y abril de 1929 fueron propuestas, en la debida oportunidad legal, las excepciones de prescripción de la acción ejecutiva y de cesación de la responsabilidad de la parte ejecutada por considerarse que en la tramitación de los juicios de cuentas respectivos se violaron algunos preceptos legales. Los hechos fundamentales en que estas excepciones se apoyan pueden sintetizarse en la siguiente forma:

Que el señor Enrique Greiffenstein no es responsable por la suma de $ 1.404.62 correspondiente a la cuenta del mes de septiembre de 1926 y a que se refiere el fenecimiento número 1.598, en virtud de que dicho alcance proviene de glosas hechas el 20 de marzo de 1935, es decir, después de transcurridos más de ciento ochenta días (180) de ser presentadas las respectivas cuentas, hecho éste que hace aplicable el artículo 22 del Decreto 911 de 1932 según el cual cesa toda responsabilidad de la persona que rinde cuentas y no le son observadas en el término de los 180 días citados.

Que en relación con el alcance por $ 81.278.75, declarado en el fenecimiento 1591 de 25 de junio de 1940, ha prescrito la acción ejecutiva en cuanto a la suma de $ 81.004.57, puesto que la exigibilidad por esta cantidad comenzó desde el 15 de octubre de 1930, debido a que la providencia 997 por la cual se observó la mencionada suma de dinero fue notificada el 30 de junio de 1930, sin que el responsable, señor Greiffenstein, la contestara den-

tro de los 90 días siguientes a dicha notificación, lo que implicó su exigibilidad al vencimiento de los aludidos 90 días o sea, el 15 de octubre citado, como lo dispone el artículo 16 de la Ley 42 de 1923, y desde esta fecha hasta la iniciación del juicio ejecutivo han transcurrido más de diez años sin que se haya interrumpido la prescripción de la acción ejecutiva;

Que, por último, en la declaración del alcance por $ 81.278.75 se violó la disposición del artículo 80 de la Ley 42 de 1923, que limita el tiempo para la observación y fenecimiento a 90 días, violación que verificó en relación con el alcance por $ 81.004.57 en cuanto el fenecimiento correspondiente fue dictado después de pasado el tiempo fijado por el artículo que se acaba de mencionar y porque los $ 274.18 restantes, provienen de glosas y observaciones hechas después de transcurridos 90 días desde la presentación de las respectivas cuentas.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en escrito presentado durante el término de traslado, admite la posibilidad de que exista un fondo de equidad en las pretensiones de la parte ejecutada, pero haciendo alusión únicamente a la excepción de prescripción propuesta, manifiesta su oposición a que sea declarada, fundándose para ello en que la prescripción debe contarse desde que el alcance sea deducido o declarado en cantidad líquida, porque esa es la fecha en que la obligación toma cuerpo y se hace judicialmente exigible a favor del Fisco, ya que la prescripción de que se trata se refiere a la acción judicial ejecutiva, no a la administrativa que culmina en la declaración del alcance a cargo del responsable.

Se observa:

La excepción relativa a la suma de $ 1404,62 correspondiente a la cuenta del mes de septiembre de 1926 debe declararse probada, porque según se desprende de la lectura del fenecimiento 1598 de 28 de junio de 1940, (Fol. Nº 1 del Cdo. 1) que sirve de título a esta partida, las cuentas del citado mes de septiembre presentadas por el señor Greiffenstein le fueron fenecidas primeramente por auto de dos de marzo de 1929 con un alcance de $ 25.32, fenecimiento que fue revocado por providencia Nº 717 de 15 de junio de 1934 en la cual se declararon fenecidas las aludidas cuentas sin alcance alguno. Posteriormente se dictó la providencia Nº 387 que revocó la anterior y glosó las cuentas por la cantidad de $ 1.404,62 que es la suma que cobra por medio del fenecimiento 1598.

Resulta de lo dicho que la partida correspondiente a las cuentas del mes de septiembre de 1926 se cobra en virtud de observaciones hechas después del 15 de junio de 1934, puesto que las que se habían formulado anteriormente quedaron sin valor alguno al ser revocadas por la providencia 717 del 15 de junio citado. Por tanto, estas últimas observaciones, que sirven de base al recaudo, no obligan al señor Greiffenstein, puesto que fueron hechas después de transcurridos 180 días de presentadas las cuentas, contra lo que dispone el artículo 22 del decreto 911 de 1932.

En efecto, el citado artículo exime de responsabilidad, salvo la correspondiente de fraude u otros actos sancionables por los códigos civil y penal, respecto de los empleados pagadores a quienes no se les estudie las cuentas dentro de los ciento ochenta días siguientes a su presentación. La disposición anterior que rige desde el 1º de junio de 1932 favorece al señor Greiffenstein, puesto que las observaciones a que se hace referencia fueron dictadas después del 15 de junio de 1934, es decir, habiendo transcurrido más de 180 días de ser presentadas las cuentas respectivas y de estar en vigencia el artículo 22 aludido. De manera que el título formado con base en tales observaciones carece de fundamento legal y no representa una obligación exigible en contra de los ejecutados.

En cuanto a la excepción de prescripción contra la suma de $ 81.004,57 elevada a alcance en las cuentas del mes de abril de 1929 (Fenecimiento 1591, folio 11 cuaderno número 1º), la Sala no la encuentra probada porque la prescripción de la acción ejecutiva debe contarse desde la

fecha en que el fenecimiento 1591 quedó en firme, julio 15 de 1940, no desde el 15 de octubre de 1930 conforme lo alega la parte ejecutada.

Esto es así porque la prescripción de la acción ejecutiva comienza desde que la obligación se hace exigible (artículo 2535 del C. C.) y la contestación por el interesado de las glosas formuladas dentro de los 90 días siguientes a su notificación no constituye título suficiente para que la obligación nacida de este hecho pueda exigirse por medio de la acción ejecutiva. Aunque la no contestación dentro del citado término de 90 días hace que el cargo o partida se consideren como desautorizados (artículo 1º de la Ley 42 de 1923), tal desautorización no determina el nacimiento de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, sino que necesita para ésto que el Estado la declare, que forme el título por medio de un fenecimiento que viene a ser el documento que presta mérito ejecutivo. (Artículo 1509 del C. J.). Lo contrario sería darles a una situación de hecho, la no contestación, o a la ley, el carácter de exigibilidad que no tienen. Por tanto, no puede declararse como probada la prescripción alegada en estas excepciones.

Pero como contra los referidos alcances también se propuso la excepción de violación de la ley en cuanto a la expedición del fenecimiento Nº 1591 y del auto de observaciones Nº 576, (fol. 13 del c. Nº 1).

La Sala considera:

La observación y fenecimiento de las cuentas rendidas por los responsables del erario no pueden estar al arbitrio, en cuanto al tiempo, de los funcionarios respectivos, sino que éstos se hallan sujetos a los términos que la ley les señala con tal fin. Si esto no se observa, el título así formado carecerá de las condiciones de exigibilidad que determina nuestra ley procesal, ya que tanto el auto que glosa una cuenta como el de fenecimiento son actos administrativos que requieren para su completa efectividad la observación de todas las formalidades legales.

En relación con lo anterior es aplicable al caso el artículo 80 de la Ley 42 de 1923, ya que las cuentas a que se refieren las observaciones contenidas en la providencia número 576 y el fenecimiento Nº 1591 fueron presentadas cuando la citada disposición estaba en vigor. El artículo mencionado señala el término de 90 dias para la observación de las cuentas y el mismo para declaración del respectivo fenecimiento, términos que se deben entender sucesivos, ya que lo contrario estaría en pugna con el mandato contenido en el artículo 16 de la misma ley que da 90 días al interesado para que conteste las observaciones formuladas, lapso en el cual no puede dictarse el fenecimiento. Los términos fijados por el artículo 80 limitan la competencia del Contralor para dictar tanto las observaciones como los fenecimientos, de tal manera que las providencias proferidas por la Contraloría fuera de dicho tiempo pueden prestar mérito para la acción ejecutiva. La interpretación anterior del artículo 80 de la Ley 42 de 1923 está de acuerdo con el espíritu que ha informado al legislador en posteriores mandatos, como el referente al contenido en la Ley 103 de 1928, que prohibe la modificación de las liquidaciones de las aduanas y la ordenación por este concepto de reintegros fuera de los términos señalados en el artículo 80, y el del artículo 22 del decreto 911 de 1932 estudiado anteriormente y que lo vino a sustituír.

Como las providencias números 576 y 1591 se dictaron fuera de los términos previstos en el artículo 80 de la Ley 42 de 1923 no constituye título que preste mérito ejecutivo y, por tanto, la excepción propuesta por este concepto contra la partida de $ 81.278,75 debe declararse probada.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la

ley, declara probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y carencia de título por las sumas de $ 1.404,62 y 81.-278,75, ordena cesar la ejecución y el desembargo de los bienes a que hubiere lugar.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta. — José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. Manuel Pineda Garrido, Srio.

PROCEDIMIENTO QUE DEBE SEGUIRSE EN LAS DEMANDAS SOBRE PENSION DE EMPLEADOS OFICIALES

Los derechos consagrados por el artículo 14 de la ley 10 de 1934 y por el 18 de la misma, se refieren solamente a los empleados particulares, caso en el cual el procedimiento que debe seguirse es el sumario. Cuando no se trata de controversias judiciales por la aplicación de las leyes del trabajo, sino de los reglamentos particulares que los departamentos expiden en beneficio de sus empleados u obreros, el procedimiento verbal es exótico, pues la cuestión controvertida se somete al derecho común, ya que ninguna disposición, fuera de las emanadas del legislador nacional, podría fijarle atribuciones al poder judicial. En tales casos el interesado debe acudir a la vía ordinaria, que es el procedimiento que se sigue para las cuestiones a que se refiere el artículo 734 del código judicial. En una palabra, ningún empleado oficial está comprendido por los preceptos de la ley 10 de 1934 para que pueda acogerse al procedimiento sumario por ella señalado en los juicios a que ella se refiere.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero diez y nueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En el juicio ordinario de Pedro Luis Sierra contra el departamento de Antioquia, el Tribunal Superior del distrito judicial de Medellín, que es el del conocimiento, dictó el auto de fecha cinco de febrero del año próximo pasado, en cuya virtud declaró nulo todo lo actuado en el proceso desde el auto que admitió la demanda, inclusive.

Fúndase el tribunal en que la acción establecida por el demandante Sierra contra el departamento de Antioquia, para que se le obligue a pagar el valor de varias prestaciones sociales, tiene su procedimiento especial, que es el señalado por las leyes 10 de 1934 y 45 de 1939, o sea el procedimiento verbal reglamentado en el título XLVI del libro II del Código Judicial. El auto que admitió la demanda ordenó se le diera la tramitación de un juicio ordinario, porque así lo pidió el demandante; pero siendo de orden público las leyes que regulan el procedimiento "los particulares al llevar a los estrados judiciales una controversia con el objeto de que el juez la decida, no pueden voluntariamente variar los ordenamientos que la ley ha señalado como propios para hacer valer determinados derechos, con el pretexto de buscar más garantías o alegando que si un derecho o prestación se puede reclamar en juicio especial, con mayor razón se puede hacer en juicio ordinario y que al escoger este último no se hace otra cosa que renunciar al derecho de conseguir, mediante una decisión más rápida, lo que se persigue".

Se concluye que la prescindencia de la vía procedimental expresamente señalada en la ley, afecta la actuación de nulidad.

Contra esta providencia reclamó el fiscal del tribunal, pero como no consiguiera su revocación, apeló ante la Corte. Por ello corresponde a ésta resolver el recurso, para lo cual se considera:

En la demanda el actor solicita las siguientes prestaciones contra la entidad demandada:

Primero, a pagarle por concepto de enfermedad un año de salario a razón de un peso con setenta centavos diarios;

Segundo, a pagarle, por concepto de auxilio de cesantía, hasta nueve meses de salario a los meses que resulten del trabajo continuo a razón de un mes por cada año de servicio; y

Tercero, a pagarle los perjuicios sufridos por el hecho de haberse enfermado en la empresa del ferrocarril de Antioquia y por haberlo licenciado la misma, dejándolo sin ocupación y sin de donde obtener el propio sustento y el de la familia.

El actor reclama estas prestaciones por haber estado al servicio de la empresa del Ferrocarril de Antioquia, propiedad del departamento, durante más de treinta y cinco años, en diferentes empleos, adquiriendo allí varias enfermedades todas ellas de carácter grave, por lo cual es acreedor a una indemnización correspondiente a una incapacidad de carácter total y definitiva, no obstante lo cual solo se le reconoció por la empresa una indemnización muy pequeña; además se le despidió de la empresa por causas distintas de su voluntad y mala conducta.

La demanda invoca varias ordenanzas del departamento de Antioquia en apoyo de las peticiones.

En atención a la naturaleza de la acción propuesta en el libelo de demanda, la sala considera que la tramitación no puede ser distinta de la del juicio ordinario por donde las reclamaciones del demandante encausáronse desde un principio, porque aquí no tiene cabida el juicio breve y sumario en que ha pensado el tribunal.

Las vacaciones, auxilio de enfermedad y cesantía, consagrados como derechos de los empleados por el artículo 14 de la Ley 10 de 1934, limítanse expresamente a los empleados particulares. Ningún empleado oficial está comprendido por tales preceptos

Las prestaciones que reclama el señor Sierra, las reclama como empleado público al servicio de una empresa del departamento de Antioquia.

El artículo 18 de la misma ley prevee el procedimiento sumario para las controversias que surjan entre empleados particulares y patrones, como consecuencia de la aplicación de sus preceptos.

Y la Ley 45 de 1939 señala también en forma taxativa en cuáles casos tiene lugar el procedimiento verbal especial de los artículos 1208 y siguientes del Código Judicial, es decir los que se refieren a la aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical.

La Corte admite que cuando se quiere hacer valer contra un departamento o la nación, derechos provenientes de las leyes indicadas se tramite el punto por el procedimiento verbal, caso en el cual, como también lo tiene resuelto recientemente, la competencia para conocer de la causa no reside en el tribunal, en calidad de juez de primera instancia, sino en los jueces ordinarios, según la cuantía del negocio y la vecindad, como lo previene de modo general el artículo 1º, ordinal segundo de la Ley 45 de 1939. De ahí que la Corte no admita que los juicios verbales autorizados por la ley para ventilar reclamaciones o prestaciones sociales, pueden llegar a su conocimiento por vía del recurso de apelación, aun cuando el demandado sea un departamento o la nación, porque los tribunales carecen de competencia para resolverlas en primera instancia.

Empero, cuando no se trata de controversias judiciales por la aplicación de las leyes del trabajo, sino de las reglamentaciones particulares que los departamentos expiden en beneficio de sus empleados u obreros, como acontece en el presente caso, el procedimiento verbal es exótico, pues la cuestión controvertida se somete al derecho común, ya que ninguna disposición, fuera de las emanadas del legislador nacional, podría fijarle atribuciones al poder judicial. En tales casos el interesado debe

acudir a la vía ordinaria, que es el procedimiento que se sigue "para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario" (artículo 734 del Código Judicial).

Es injurídico extender las leyes de competencia y de procedimientos a campos distintos de los previstos por ellas, alegando razones de analogía. Esta invocación es inoportuna, porque dichas leyes, por su naturaleza, repudian la aplicación extensiva. Y en el caso particular que se contempla, no existe ningún vacío de reglamentación procedimental; el que se pretende ver está colmado por disposiciones legales expresas.

Lo expuesto conduce a concluír que tuvo razón el señor fiscal apelante en sus alegaciones ante el tribunal.

A mérito de lo dicho, REVOCASE el auto apelado, y en su lugar se dispone que continúe ante el Tribunal la prosecución del juicio ordinario promovido por Pedro Luis Sierra contra el departamento de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta. — José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. Manuel Pineda Garrido, Srio."

ACCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS — FIANZA

De conformidad con el artículo 2376 del C. C. no basta la prestación de la fianza, si el fiador carece de capacidad legal y solvencia económica. Un fiador en tales condiciones, lejos de responder a la finalidad del contrato accesorio de fianza, lo desvirtúa y lo hace inútil. De donde se infiere que el deudor obligado a prestar fianza antes de ofrecerla y de constituírla debe conocer y estar cierto tanto de la capacidad del fiador como del grado de su solvencia y responsabilidad en relación con la obligación cuyo cumplimiento va a garantizar. Sólo con ese conocimiento podrá habilitarse para cumplir a cabalidad el requerimiento que la ley le hace en orden a constituír una seguridad efectiva y no ilusoria. El deudor obligado a prestar fianza, que ofrece a su acreedor y constituye un fiador insolvente, indudablemente quebranta el artículo 2376 citado, y por necesaria repercusión viola el espíritu de la estipulación contractual concertada al respecto. Y hasta tal punto ha querido el legislador que la fianza responda a su fin esencial, que no solamente le impone al deudor el deber de dar fiador capaz y solvente, sino que en el caso de que inicialmente el fiador hubiera tenido suficiente respaldo económico, pero luégo, durante la vigencia del contrato principal cayere en insolvencia, "será obligado a prestar nueva fianza". (Artículo 2375, ibid.) No es pues valedero el concepto de que el contrato accesorio de fianza, por lo que toca a su fin de responder de la obligación principal, crea solamente relaciones entre el fiador y el acreedor. Está visto que entre el deudor y el acreedor existe también una permanente vinculación jurídica, de donde surge a cargo de aquél el cuidado de velar desde el primer momento del contrato porque la fianza que otorgue no defraude el interés del acreedor.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero diez y nueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Entre el departamento de Cundinamarca y Samuel de Greiff se suscribió el 25 de febrero de 1937, un contrato para la venta de licores producidos por el departamento, cuyas estipulaciones más importantes fueron en breve síntesis:

De Greiff se comprometió a comprarle al departamento licores y vinos de la fábrica de éste por valor de $ 4.450,00 como mínimum mensual durante todo el tiempo de la vigencia del contrato. Los pedidos que de Greiff hiciera debería pagarlos anticipadamente, y se le otorgó derecho exclusivo de vender licores dentro de una zona de la ciudad de Bogotá, demarcada especialmente; la tarifa de los precios de venta al público sería la que señalara el departamento. El contratista se comprometió a no vender los licores fuera de la zona de la ciudad que se le señaló; a no vender en el local que el departamento le suministrara para expendio, mercancías de ningún género distintas de los licores que adquiriera del departamento; a dar facilidades al personal del resguardo y demás agentes de las rentas del departamento para que en los días y en las horas que

lo juzgaran conveniente, y sin previo aviso, pudieran confrontar las existencias de licores, practicar las requisas que creyeran necesarias; a pagar el sueldo del ayudante del establecimiento distribuidor de licores; así como los jornales o sueldos de los acarreadores que tuviera necesidad de emplear para distribuír los licores a los expendios del sector señalado; a responder por el valor de las guías de consumo que se le expidieran para el amparo de los licores que el departamento le venda si estando en su poder llegaren a extraviarse dichas guías; a efectuar las modificaciones de precios de los licores que el departamento impusiere, para lo cual se previó la manera de compensarle al contratista el valor de las rebajas en los licores que ya hubiere comprado. Por su parte el departamento se obligó especialmente: a no permitir que en la zona asignada a de Greiff otras personas expidieran licores departamentales; a despacharle oportunamente los pedidos de licores; a suministrarle local para el expendio, útiles y enseres necesarios de cuyo valor se hizo responsable el contratista; a entregar debidamente amparados con sus guías los licores que le comprara el contratista. Como remuneración de los servicios del contratista el departamento le vendería los licores a de Greiff con una rebaja de diez centavos en botella de 720 a 750 gramos sobre los precios fijados en general por el departamento.

El término del contrato se fijó en un año contado desde la aprobación que le diera el gobernador del departamento lo cual sucedió el 22 de marzo siguiente. Pero el contrato podría darse por terminado por cualquiera de las partes avisándoselo a la otra con 30 días de anticipación. El departamento podría declarar administrativamente terminado el contrato, por incumplimiento del contratista a sus obligaciones, en cuyo evento éste pagaría una multa de mil pesos moneda corriente a favor del departamento, sin perjuicio de que éste pueda ejercer sobre el contratista las sanciones legales que establecen las disposiciones vigentes para los empleados de manejo; colectores; estanqueros, etc., en caso de que el contratista negociare licores no amparados por sus respectivas guías de consumo que expida la administración de rentas. El contratista queda sometido a todas las condiciones, restricciones, reglamentaciones, etc., concernientes a los empleados de manejo de las rentas. Para responder de todas las obligaciones que el contrato le impuso al contratista de Greiff dio como fiador mancomunado y solidario al señor Misael Sánchez, quien también suscribió el contrato el 25 de febrero de 1937, después de lo cual, se repite, el gobernador le impartió aprobación el 22 de mayo siguiente.

En los primeros días de abril los empleados respectivos de la gobernación procedieron a examinar los documentos que de Greiff y Sánchez habían presentado para comprobar la solvencia del segundo, consistentes principalmente en sendos certificados de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá y del catastro municipal, tendientes el primero a comprobar que Sánchez era propietario de un inmueble, y el segundo a establecer su valor catastral.

Como se descubriera que tales documentos habían sido adulterados en partes esenciales, pues al de registro se le cambió la fecha de su expedición, y al de catastro se le raspó la cifra del avalúo del inmueble, que era de $ 850, y en su lugar se puso la cantidad de $ 3.050, el departamento se abstuvo de ejecutar el contrato, remitió los documentos adulterados a los jueces del crimen con el fin de que investigaran y sancionaran los delitos que se habían podido cometer, y además relevó al señor de Greiff del cargo de estanquero que tenía desde antes de la celebración del contrato.

Estos antecedentes son el origen de la demanda en juicio ordinario que por perjuicios promovió Samuel de Greiff contra el departamento de Cundinamarca ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y que esta entidad falló en sen-

iencia de primer grado fechada el 28 de febrero del año próximo pasado, absolviendo al departamento de los cargos del demandante, quien por tal causa interpuso el recurso de apelación ante la Corte.

En su demanda el demandante pide que se condene al departamento a que le pague la cantidad de $ 4.800 en que estima los perjuicios que le ocasionó, dejándole de cumplir el contrato, e intereses legales de esta suma desde la fecha del incumplimiento hasta el día del pago; y que se le condene igualmente a pagarle la suma de $ 30.000 valor de los perjuicios morales que de Greiff ha recibido de la entidad demandada tanto por el incumplimiento del contrato como por las acusaciones, informes y actuaciones que precedieron y siguieron a dicho incumplimiento.

El señor de Greiff alega en su demanda que él nada tenía que ver con los documentos presentados por Misael Sánchez para acreditar su solvencia como fiador; pues admitida la fianza, como lo fue por la gobernación, correspondía al departamento exigir a Sánchez las responsabilidades civiles y criminales que del hecho delictuoso que ejecutó, se desprendían, y a las cuales era ajeno de Greiff, ya como extraño al contrato de fianza, ora como inocente de la culpa dolosa y criminal del señor Sánchez. Tampoco podía el departamento por sí y ante sí declarar terminado el contrato, lo que solo podía hacer administrativamente y mediante el incumplimiento de de Greiff, caso en el cual éste pagaría una multa de $ 1.000. Comprobada la falsedad de los documentos del fiador al departamento le correspondía comunicarle al contratista lo ocurrido para que se presentara otra caución, distinta de la que ya estaba aceptada y formalizada. De Greiff prestó sus servicios al departamento en la ciudad de Bogotá, en el sector comprendido en el contrato, como empleado de manejo durante un largo período de tiempo y así estuvo hasta la fecha en que de una manera arbitraria, sin su intervención y sin su presencia, se presentaron el visitador administrador de rentas del círculo de Bogotá, el juez de ejecuciones fiscales del departamento con el objeto de entregarle el estanco que él manejaba al señor Eliécer Umaña, a quien se nombró interinamente estanquero por haberse declarado insubsistente el nombramiento hecho en la persona del señor de Greiff a virtud de lo dispuesto en la resolución número 37 de 7 de abril de 1937, dictada por la visitaduría de rentas. El señor de Greiff, por haber manejado durante largo tiempo el estanco, en el mismo sector a que el contrato se refiere conocía perfectamente, que a virtud del contrato con el departamento, obtendría una utilidad mínima de $ 4.800, pues durante todo el tiempo en que sirvió como empleado en el estanco dicho vendía de cuatro a cinco mil botellas mensuales, y como iba a obtener una utilidad de $ 0,10 en cada una, su ganancia anual sería de $ 4.800, tiempo determinado en el contrato.

Por último alega el demandante que la forma como el departamento dejó de cumplir el contrato le ha causado graves perjuicios morales. La destitución que se le hizo de su empleo en la resolución número 37 de 7 de abril de 1937, la iniciación de un sumario contra él y Misael Sánchez por las falsedades que éste cometió al acreditar su solvencia, le ha impedido obtener nueva colocación. En el sumario que se siguió, quedó plenamente acreditada su inocencia, y de allí que solamente contra Misael Sánchez se haya pretendido seguir causa criminal, la cual cursa en el juzgado primero superior de esta ciudad. Todas las actuaciones administrativas del departamento, las cuales conoció el público y la forma como con él se procedió atentan contra la honorabilidad y dignidad del señor de Greiff.

Por su parte el representante del departamento en la primera instancia del juicio, señor fiscal primero del tribunal superior niega que el departamento incurriera en incumplimiento del contrato que lo haga responsable de perjuicios.

"El contrato con el señor de Greiff —dice el fiscal— se firmó y fue aproba-

do por el Gobernador, pasando, como es de reglamentación en las fianzas de empleados de manejo, a la aprobación respectiva de la otorgada por el señor de Greiff, a fin de que, cumplida esa condición o reglamentación, fuera puesta en vigor. Al estudiarse dicha fianza se observaron enmendaturas tanto en el certificado catastral de la finca del fiador, ubicada en Bogotá, como en el certificado de libertad expedido por la Oficina de Registro referente a la misma finca, y por el Administrador General de Rentas se enviaron esos certificados, que habían sido presentados por el presunto contratista señor de Greiff, al Departamento Municipal de Catastro y a la Oficina de Registro de Bogotá, para que dieran fé de su corrección y exactitud o de su posible adulteración, resultando según comunicaciones de tales entidades que uno y otro certificado habían sido adulterados, cometiéndose así un delito de falsificación de documentos públicos, que aún se quería llevar más adelante, engañando al Departamento de Cundinamarca con la prestación de una fianza con fiador que no reunía los requisitos legales.

"El proyecto de contrato fue firmado por el administrador General de Rentas y el contratista de Greiff, en esta ciudad, el 25 de febrero de 1937, se estampilló el 8 de marzo siguiente y el 22 del mismo marzo recibió aprobación del Gobernador y Secretario de Hacienda. El 2 de abril siguiente se pidió información del Departamento Municipal de Catastro y de la Oficina de Registro, una y otra de Bogotá, y el día 6 de dicho abril se tuvo la información de las adulteraciones de los certificados presentados por el señor de Greiff, presentación posterior a la firma del proyecto de contrato, como que el Departamento de Catastro tiene fecha de 5 de marzo de 1937 y el de la Oficina de Registro la tiene de 2 de marzo de 1937.

"El 10 de abril de 1937, se presentó el denuncio ante el señor Juez del Circuito en lo criminal de Bogotá.

"El día 8 de abril de 1937, se practicó la diligencia de entrega del "Estanco de la plaza", a la persona nombrada en reemplazo del señor de Greiff suspendido en su empleo el día anterior, ya recibidas las informaciones de las adulteraciones.

"La afianza del señor de Greiff fue una fianza convencional, constituída por contrato (artículo 2362 del C. C.). El obligado a prestar fianza debe dar un fiador que reúna las condiciones exigidas por el artículo 2376 ibidem".

En el término de prueba del juicio se trajo la copia de la resolución número 51 de 29 de abril de 1937 por medio de la cual se reformó la que días antes había dictado el visitador administrador de rentas del círculo de Bogotá declarando insubsistente el nombramiento hecho en la persona de Samuel de Greiff para estanquero de la plaza de mercado de Bogotá y en su lugar la Gobernación limitóse a decretar la suspensión temporal de de Greiff en el empleo dicho, nombrando un interino.

También se allegaron copias del auto de proceder del juez primero superior de Bogotá, del 6 de febrero de 1939, por medio del cual abrió causa criminal ordinaria contra Misael Sánchez por el delito de falsedad en documentos públicos consistente en las enmendaturas y alteraciones con que aparecieron los certificados que se presentaron a la Gobernación de Cundinamarca con ocasión de la fianza que otorgó en beneficio de de Greiff; sobreseyendo temporalmente en favor de éste por los mismos hechos. Y del auto del Tribunal de Bogotá en que revocó el enjuiciamiento de Sánchez, dictando en su lugar auto de sobreseimiento.

Tanto el juez como el Tribunal partieron de la base de que los certificados de que se ha hecho mención habían sido adulterados, conforme lo anotaron los empleados de la Gobernación cuando ellos los examinaron.

El Tribunal para absolver al departamento de la responsabilidad que en la demanda le atribuye de Greiff consideró que aun cuando fue cierto que el Gobernador desde el 22 de mayo de 1937 le impartió su aprobación al contrato de venta de lico-

res, celebrado con de Greiff, del cual hacía parte la constitución de la fianza, esa aprobación aparece prematura en relación con este compromiso, "ya que la administración de rentas a quien correspondía hacerlo no había aceptado todavía al fiador ofrecido por el contratista ni se había calificado su solvencia en los términos de la ley civil".

De otra parte —añade la sentencia— las disposiciones fiscales de Cundinamarca desde la ordenanza 50 de 1898 hasta la ordenanza 36 de 1939 contienen preceptos terminantes para que todo empleado de manejo o agente departamental cuyas atribuciones le permitan o exijan el recibo, cuidado o desembolso de fondos; el recibo, custodia o disposición de propiedades que pertenezcan al departamento o al municipio, preste previamente caución que garantice el fiel cumplimiento de todos sus deberes. Mientras esta caución no haya sido debidamente otorgada y aceptada por el correspondiente despacho de la Gobernación, el empleado de que se trata no puede hacerse cargo del puesto ni recibir fondos o bienes en su carácter de agente del gobierno departamental.

Aunque se estime cumplido el hecho de la aprobación gubernamental del contrato es lo cierto que al tenor del mismo el señor de Greiff debía cumplir también, en todo caso, con el precepto imperativo del artículo 2376 del Código Civil. "Esta disposición legal funciona de jure a manera de condición suspensiva de la eficacia del contrato accesorio de fianza, por donde se puede advertir que en el caso en estudio la sola aprobación del contrato no servía de término inicial (dies a quo) para su validez y ejecución.

A cargo del contratista de Greiff, pesaba, pues, la obligación de dar un fiador de las condiciones dichas; si no la cumplió sino que presentó uno que resultó incapaz y hasta sospechoso de falta de honorabilidad, culpa o descuido suyo fue y debe sufrir las consecuencias del caso, cuales fueron las de que el departamento desistiera de cumplir su contrato.

En efecto, de acuerdo con la motivación que antecede, el contrato accesorio de fianza ajustado dentro de la convención de 25 de febrero de 1937, era indisoluble o inseparable de este último, so solo en virtud del principio contenido en el artículo 2361 del Código Civil sino a la luz de las disposiciones fiscales del departamento que se dejan citadas. En consecuencia, incumplido el contrato accesorio de fianza por el contratista señor Samuel de Greiff, y dado que el contrato principal entraña una convención de carácter bilateral, de acuerdo con las prestaciones recíprocas que de él se desprenden, si aplicamos entonces la doctrina del artículo 1609 del Código Civil tendremos perfectamente justificada la exceptio inadimpleti o non rite contractus que opone el Departamento para justificar la falta de ejecución del convenio de 25 de febrero de 1937.

"La anterior conclusión es inobjetable ante los términos del artículo 1610 de nuestro Código Civil, el cual fundamenta el derecho del acreedor a obtener la indemnización de perjuicios, en tratándose de obligaciones de hacer, en la mora o retraso culpable del deudor; y en la doctrina del citado artículo 1609 de la misma codificación que exige el cumplimiento previo del acreedor, o siquiera el llamamiento o cumplir sus prestaciones, para tener derecho a exigir las de su contratante; porque si el contratista de Greiff no cumplió ni se allanó a cumplir con su deber contractual de prestar la caución convenida, el departamento no está en mora o culpable retardo de poner en ejecución el convenio de 1937, sin que tenga necesidad de declarar la caducidad del mismo".

Para la Corte los antecedentes de hecho relatados no pueden conducir a una solución distinta de la que encontró el tribunal en el fallo apelado.

El artículo 2376 del Código Civil en que se apoya el tribunal es de oportuna aplicación al problema de autos. Según lo prescrito en la referida disposición "El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal; que tenga bienes más que suficientes para hacer

ia efectiva, y que esté domiciliado o elija domicilio en algún estado o territorio de la Unión".

Nótese que esa es una obligación impuesta por la ley al deudor comprometido legal o convencionalmente a prestar fianza, y que el acreedor a cuyo favor debe prestar fianza, puede exigir en toda su extensión. No basta, pues el otorgamiento de la fianza, si el fiador carece de capacidad legal y solvencia económica. Un fiador en tales condiciones lejos de responder a la finalidad del contrato accesorio de fianza, lo desvirtúa y lo hace inútil.

De donde se infiere que el deudor obligado a prestar fianza antes de ofrecerla y de constituirla debe conocer y estar cierto tanto de la capacidad del fiador como del grado de su solvencia y de responsabilidad en relación con la obligación cuyo cumplimiento va a garantizar. Sólo con ese conocimiento podrá habilitarse para cumplir a cabalidad el requerimiento que la ley le hace en orden a constituir una seguridad efectiva y no ilusoria.

El deudor obligado a prestar fianza, que ofrece a su acreedor y constituye un fiador insolvente, indudablemente quebranta el artículo 2376 del estatuto citado, y por necesaria repercusión viola el espíritu de la estipulación contractual concertada al respecto. La capacidad para obligarse y la solvencia del fiador son elementos que por ley pertenecen a la naturaleza del compromiso del deudor para con el acreedor de prestar fianza, por lo cual el deudor bajo ningún pretexto puede excusarse de cumplirlos o de procurar que se cumplan. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella, dice el artículo 1603 del Código Civil. Por eso al deudor obligado a prestar fianza corresponde primordialmente cerciorarse de que la persona que va a fianzarlo no es por ejemplo un menor de edad, o un insolvente.

Y a tal punto ha querido el legislador que la fianza responda a su finalidad esencial, que no solamente le impone al deudor el deber de dar fiador capaz y solvente, sino que en el caso de que inicialmente el fiador hubiera tenido suficiente respaldo económico, pero luego durante la vigencia del contrato principal cayere en insolvencia, "será obligado el deudor a prestar nueva fianza" (artículo 2375, ibidem).

No es pues, valedero el concepto de que el contrato accesorio de fianza por lo que hace a su finalidad de responder de la obligación principal crea solamente relaciones entre el fiador y el acreedor. Está visto que entre el deudor y el acreedor existe también una permanente vinculación jurídica de donde surge a cargo de aquél el cuidado de velar desde el primer momento del contrato porque la fianza que otorgue no defraude el interés del acreedor.

Samuel de Greiff celebró con el departamento el contrato de que da cuenta el documento de 25 de febrero de 1937, en el cual dio como fiador de sus obligaciones a Misael Sánchez, quien al efecto se constituyó en ese carácter.

De acuerdo con los principios que se han expuesto de Greiff estaba obligado a dar de fiador una persona capaz de serlo y solvente. Y para darlo de tales condiciones debía estar previamente enterado de que la persona ofrecida las poseía a satisfacción. Sobre el particular no podía haber descuido ni negligencia, confiando en que la aceptación de la fianza por parte del acreedor, le pone término a las obligaciones del deudor principal derivadas de la fianza. La aceptación del fiador por parte del acreedor reposa sobre la palabra que el deudor empeña, según la ley, de que el fiador es capaz y solvente. De consiguiente si no resulta verdadera la capacidad ni la solvencia, existe un principio de inejecución de las cláusulas del contrato relativas a la prestación de la caución personal.

Los documentos públicos con que se trató de comprobar la capacidad económica del fiador Sánchez resultaron manifiestamente adulterados y así lo observaron los empleados de la gobernación desde el primer momento en que los examinaron.

Eran pues, adulteraciones palpables, comprobadas inmediatamente con el informe de los funcionarios que habían expedido aquellos documentos, quienes dieron cuenta de que éstos no estaban concebidos tal como ellos los habían autorizado. El hecho de que se había consumado una falsedad vino posteriormente a quedar plenamente establecido en las providencias de los jueces penales que dieron término a la respectiva investigación criminal, en la que aun cuando el tribunal no halló responsable, contra lo que el juez inferior había resuelto, en ningún momento se puso en duda siquiera por el tribunal la existencia en el proceso del cuerpo del delito de falsedad.

No era necesario que se culpara precisamente al señor de Greiff del hecho criminoso que se había cometido con el fin de engañar al departamento, para deducir solamente de ahí su responsabilidad en la inejecución de la cláusula del contrato de dar fiador solvente. Inclusive el mismo de Greiff ha podido ser víctima del engaño. Pero desde el instante en que fue notorio que los certificados del catastro y del registrador de instrumentos públicos habían sido adulterados, adquirió él la obligación indeclinable de cambiar inmediatamente la persona del fiador, en lugar de empeñarse en que el departamento le cumpliera literalmente el contrato, prevalido de que la gobernación le había impartido aprobación, sin salvedad ninguna respecto de la fianza que constituía el señor Sánchez, pues tal aceptación del señor Sánchez por parte de la entidad departamental reposaba, como está ya visto, sobre el compromiso implícito contraído por el contratista de que Sánchez era solvente; de suerte que al resultar el departamento defraudado en esa promesa, con participación o no de De Greiff, era apenas natural que asumiera la actitud defensiva que adoptó de suspender la ejecución del contrato, en vez de acceder a los apremios de De Grieff dirigidos a que lo cumpliera, sabiendo que la garantía ofrecida era ilusoria.

Esa justa y apenas natural actitud defensiva del departamento estaba respaldada por las ordenanzas departamentales que cita el tribunal en la sentencia, a las cuales tienen que subordinarse el contrato, porque son las que gobiernan la actividad de aquella entidad, que por ser de derecho público se regula en la expresión de la voluntad contractual por sus propias leyes orgánicas, las cuales no pueden ser excedidas por los respectivos agentes so pena de invalidez.

Absteniéndose el departamento de Cundinamarca de iniciar la ejecución del contrato con de Greiff, se situó precisamente también dentro de la autorización que se deriva del artículo 1609 del Código Civil, que permite a todo contratante abstenerse de ejecutar la prestación que le corresponde en el evento de que el otro contratante haya dejado de cumplir la correlativa prestación anterior de su cargo. Surge entonces de allí la **exceptio inadimpleti o non rite contractus**, que el tribunal encontró justificada, y que por su parte la Corte igualmente encuentra bien establecida en el proceso.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este negocio.

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

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta. — José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. Manuel Pineda Garrido, Srio.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS — EL EMPLEADO PUBLICO ANTE LA ADMINISTRACION

El nombramiento que hace la Administración de un empleado no constituye contrato con éste. Como lo ha dicho la Corte, la situación jurídica del empleado frente a la Administración, no puede considerarse como la de un contratista, porque en el contrato de arrendamiento de servicios las condiciones se fijan por voluntad de las partes, en tanto que las condiciones a que debe someterse el empleado las señala la ley o el reglamento. Las obligaciones tanto del empleado como de la Administración no emanan, pues, de un contrato, sino que tienen su fuente en la ley.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero veintisiete de 1942.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El doctor Carlos Eduardo Acosta como cesionario de las personas expresadas en el libelo de demanda acciona en juicio ordinario contra el departamento de Cundinamarca para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que el departamento de Cundinamarca debe a mis cedentes en su carácter de miembros de la Policía Nacional, División Cundinamarca, la suma de cuatro mil quinientos dieciocho pesos con trece centavos ($ 4.518.13), como sueldo durante cuatro meses y diecisiete días que estuvieron suspendidos de sus cargos, o sea desde el veintiuno de marzo al nueve de agosto del año de 1939, de acuerdo con las asignaciones mensuales de cada uno de mis cedentes, suma que se detalla así: al sargento Clemente Gómez $ 319.61; a los cabos Manuel Cervantes, Joaquín Martínez, José A. González y Julio C. Vargas, $ 251,01; y, a los agentes de tercera clase José I. Téllez, Alejandro Capera, Celiano J. Torres, Gentil Quintero, Carlos J. Garzón, Benjamín Zapata, Gustavo Ruíz, Pablo E. Martínez, Modesto Machado, Rafael Torres, Efraín Doncel, Eliécer Domínguez, Juan A. Acosta y Alberto Ovalle, $ 228, a cada uno.

"SEGUNDA. Que, en virtud de la declaración anterior, se condene al Departamento de Cundinamarca, mi demandado, a pagarme como cesionario legal de mis cedentes nombrados, las sumas que a cada uno de ellos adeuda el demandado y que dan un total de $ 4.518.13.

"TERCERA. Que el Departamento, demandado, debe también los intereses legales de las sumas cedidas por mis cedentes desde que ellas se hicieron exigibles o desde que sea notificada la presente demanda".

El juicio se siguió con intervención del respectivo agente del ministerio público, y fue fallado por el juez de la causa, tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, en sentencia del 6 de noviembre de 1940, en que absolvió al departamento demandado, conforme lo había pedido su representante desde la contestación de la demanda.

Contra este fallo apeló el doctor Acosta. En la Corte se ha surtido toda la tramitación de segunda instancia. Y como las respectivas ritualidades están agotadas, es procedente la decisión del recurso.

Fundamento de la acción

Los fundamentos sustentatorios de la

acción instaurada están resumidos claramente en los catorce hechos que trae la demanda, los cuales se transcriben a continuación:

"1º El Departamento de Cundinamarca contrató con mis cedentes sus servicios como miembros de la Policía Nacional, División Cundinamarca, mediante las correspondientes asignaciones mensuales por tales servicios.

"2º Mis cedentes del crédito prestaron sus servicios cumplida y estrictamente hasta el día 21 de marzo de 1939.

"3º Los mencionados agentes prestaron sus servicios mediante órdenes de sus superiores y rigiéndose por la disciplina de las fuerzas armadas, en el municipio de Gachetá el día ocho de enero del año de 1939, fecha en que en tal lugar se verificó una manifestación popular, la cual degeneró en un miting en que tuvo que intervenir la División Cundinamarca, para poner orden a la situación presentada.

"4º Durante el miting hubo agresiones de hecho entre los grupos políticos y la policía, División Cundinamarca, en cumplimiento de su deber y en atención a órdenes superiores tuvo que intervenir haciendo uso de la fuerza, venciendo así el tumulto provocado, habiéndose sin embargo, presentado durante el tumulto disparos hechos con arma de fuego, resultando muertos y heridos.

"5º Llevada adelante la investigación para aclarar la responsabilidad de quienes actuaron, se sindicaron como posibles responsables a varios agentes de la Policía Nacional y de la División Cundinamarca, resultando que por auto de 20 de marzo del año próximo pasado se decretó la detención preventiva de los guardias de Cundinamarca, que aquí son mis cedentes.

"6º Por auto de fecha 27 de julio del año pasado el señor juez Superior, juez del conocimiento decretó la LIBERTAD INCONDICIONAL de los guardias de Cundinamarca, mis cedentes.

"7º Por decreto 631 de 9 de agosto de 1939, emanado de la gobernación del Departamento, se dio de alta a los agentes de la División Cundinamarca, que habían sido suspendidos por decreto de la misma Gobernación, fechado el 21 de marzo de 1939, distinguido con el número 230.

"8º En virtud del decreto en que se dio de alta a los citados agentes, éstos entraron nuevamente a ejercer sus cargos con las mismas atribuciones y asignaciones anteriores.

"9º Durante el tiempo de suspensión de los mencionados agentes, o sea en el lapso de 21 de marzo al 9 de agosto de 1939, devengaron sus sueldos pero éstos no les han sido pagados, y la Gobernación como la contraloría Departamental se han negado a pagarlos.

"10º La entidad demandada, el departamento de Cundinamarca, debe los sueldos atrasados a dichos guardias, hoy al cesionario de ellos, y por lo mismo está obligado a pagarlos de acuerdo con las asignaciones correspondientes a sus categorías, grados, etc., que ocupaban mis cedentes el día ocho de enero, o mejor el 21 de marzo, puesto que dependían del Departamento, a quien prestaban los servicios de agentes en la División Cundinamarca, y justamente en desarrollo de tal misión obraron obedeciendo órdenes superiores.

"11º Por el mismo auto del juzgado que decretó la detención de mis cedentes, se decretó la de varios agentes de la Policía Nacional, quienes más tarde fueron dados de alta, siéndoles pagados todos sus sueldos correspondientes al tiempo que estuvieron suspendidos.

"12º Los agentes de la División Cundinamarca no fueron reemplazados en sus puestos durante el tiempo de su suspensión; ellos eran los titulares de los cargos, de acuerdo con la posesión que para ellos habían tomado.

"13. Los de la División Cundinamarca que fueron suspendidos son en número de diecinueve, catalogados así: un sargento con sueldo mensual de $ 70; cuatro cabos, con sueldo mensual de $ 55; y, catorce agentes de tercera categoría, con asignación mensual de $ 50, a quienes en el día de esta demanda el Departamento de Cundinamarca debe sueldos a cada uno por un lapso de cuatro meses y diecisiete días,

suma que en total asciende a la de $ 4.518.13, de la cual han hecho la respectiva cesión legal todos y cada uno de los acreedores del departamento, y por esto, en mi calidad de cesionario soy acreedor del departamento por la cantidad discriminada.

"14. En virtud del hecho anterior el Departamento de Cundinamarca debe pagar al cesionario de los guardias del mismo, División Cundinamarca, el crédito de estos contra aquel, con base en la cesión contractual habida entre cedentes y cesionario".

Motivos

Conocidos los hechos que dan fundamento a la acción procede discurrir alrededor de la cuestión doctrinaria que se ha suscitado en la controversia.

Tanto en la demanda como en el alegato de conclusión presentado a la Corte para sustentar el recurso de apelación, el demandante basa todas sus argumentaciones de derecho en que entre el departamento de Cundinamarca y los cedentes del crédito, quienes tuvieron el carácter de agentes de vigilancia, pertenecientes a la institución de policía nacional conocida con el nombre de División Cundinamarca y el departamento del mismo nombre existe un contrato de prestación de servicios en virtud del cual los cedentes estaban obligados a prestar determinadas funciones al departamento y éste a recompensarles esos servicios con el pago de una cierta suma de dinero mensual.

También alega el demandante que de no reconocer el crédito demandado, "se pecaría además contra el principio de derecho consagrado en todas las legislaciones y particularmente en la jurisprudencia colombiana del **enriquecimiento sin causa**. Pues aquí el demandante al no retribuir a sus empleados o contratantes el valor de los servicios prestados, lleva a su haber un fondo representado en un valor efectivo que no le pertenece sino que pertenece a mis cedentes".

La tesis de la obligación con carácter estrictamente contractual, sostenida por el demandante, en sustentación del cobro de los sueldos de los agentes que le cedieron sus derechos, comprensivos del tiempo en que estuvieron suspendidos de sus respectivas funciones oficiales con ocasión de la investigación criminal que se ha seguido por los jueces penales para esclarecer los hechos punibles cometidos en Gachetá el día 8 de enero de 1939, es inadmisible.

El tribunal en el fallo apelado y en los pasos de la sentencia que se van a reproducir hace un acertado análisis de la cuestión debatida con el cual queda patente la sin razón de la demanda:

"Ante todo debemos determinar si está probado el crédito, por consiguiente, debe estudiarse en qué situación se encontraban los guardias suspendidos con relación al derecho de devengar su sueldo.

"No es jurídico tratar de resolver problemas de derecho público con el criterio que dan las normas del Código Civil. Aquellos problemas no pueden desatarse por las soluciones jurídicas imaginadas para resolver las relaciones entre particulares.

"El nombramiento de un empleado público no es un contrato como lo afirma el doctor Acosta en el hecho 1º de su demanda. Tardieu explica cómo faltan los elementos del contrato en este fenómeno jurídico: 'Seguramente no se trata en este caso pura y simplemente del contrato de trabajo del Código Civil. A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, el Estado fija unilateralmente y en vista de un mejor funcionamiento posible del servicio público, las diversas cláusulas del contrato. Determina sólo, sin discusión ni acuerdo previo con los candidatos o funcionarios, los derechos y obligaciones que impone a cada agente. Fija igualmente, las ventajas que concede, la retribución, las condiciones y cualidades de suspensión, las reglas según las cuales se reprimirán sus faltas, las penas disciplinarias que puedan sufrir, así como el procedimiento para que sean pronunciadas, finalmente las

garantías que los amparan contra las arbitrariedades. No solamente el Estado señala unilateralmente estas condiciones, sino que se reserva aún el derecho a modificarlas en el curso de su aplicación. Queda, en fin, siempre libre de suprimir el servicio y por consiguiente, el empleo. Es este acuerdo de voluntades que se produce cuando el nombramiento es aceptado por el funcionario, acuerdo generador de obligaciones recíprocas, lo que constituye el llamado contrato de función pública' (C. de Estado Francés, Recop. pág. 1302).

"El nombramiento, la elección y la separación de un agente público, coloca al individuo en una situación jurídica general, impersonal, objetiva: la de agente público, o la de agente separado.

"Ahora, no debe olvidarse el principio de que en Colombia los empleados públicos, por regla general, son de libre nombramiento y remoción.

"La ley nos enseña quiénes tienen derecho a percibir sueldos en Colombia, en calidad de empleados públicos. En efecto: la Ley 4ª de 1913 dice: "Son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes. Lo son igualmente los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos válidos..."

"De esta disposición se deduce que para tener el carácter de empleado público es necesario estar en el actual desempeño del cargo, o sea, en ejercicio; si se ha suspendido o suprimido el cargo, no tiene la calidad de empleado público y no teniéndola, no tiene derecho a devengar sueldo, que es la remuneración por la prestación de los servicios públicos.

"El Gobernador, de acuerdo con el artículo 127 de la ley que nos ocupa, en el inciso 5º, tiene la facultad de suspender, por causa criminal, a los empleados departamentales a petición de la autoridad competente, en todos los casos en que por la ley esta función no está atribuída a otra autoridad como sucede en el caso de autos".

Y en apoyo de los anteriores razonamientos es oportuno citar igualmente la doctrina que esta misma sala sustentó en fallo del 8 de julio de 1939:

"Para la Corte la situación jurídica del empleado frente a la Administración, no puede considerarse como la de un contratista, porque en el contrato de arrendamiento de servicios las condiciones se fijan por voluntad de las partes, en tanto que las condiciones a que debe someterse el empleado las señala la ley o el reglamento. Las obligaciones tanto del empleado como de la Administración no emanan, pues, de un contrato, sino que tienen su fuente en la ley.

"Gaston Jéze en su tratado de Derecho Administrativo, dice que "las condiciones de ingreso en el servicio público, los derechos y deberes de los agentes, la duración del empleo, la responsabilidad, etc., no derivan de una situación contractual, sino de una situación **legal y reglamentaria**". Agrega dicho autor que los agentes públicos propiamente dichos "están en una situación legal y reglamentaria, lo que significa que el régimen contraactual no se les aplica en ningún momento".

"El derecho a la remuneración que tiene un empleado público, no es un derecho contractual, porque la relación del funcionario con el Estado no es una relación contractual, dice Francisco J. Goodnow. Si existe el derecho a la retribución, no es a consecuencia de un contrato o por virtud de un servicio hecho al Gobierno, sino porque la ley ha unido al cargo la dotación". (G. J. Tomo XLVIII, número 1949, pág. 539, col, 2ª).

Ahora, dentro de la doctrina que sostiene que los funcionarios están sometidos a un status especial, de índole más administrativa que civil se ha ensayado la tesis consistente en admitir que, por excepción, según lo apunta Bonnard, cierto orden de empleados no están bajo el régimen legal y sus relaciones con el Estado son gobernadas por el derecho privado. Estos serían

los empleados obreros que cumplen una misión puramente material análoga a la de los empleados y obreros de empresas privadas, en contraste con los verdaderos funcionarios que son aquellos que ejercen actos de autoridad.

Pero ni aún bajo el amparo de esa excepción podrían colocarse los policías de Cundinamarca suspendidos en el ejercicio de sus cargos por el Gobernador de Cundinamarca con motivo de la investigación criminal de los sucesos de Gachetá, porque ellos tenían el carácter cierto de empleados, investidos de autoridad, en su calidad de miembros de la policía nacional.

Mucho menos es admisible para sustentar la demanda el motivo jurídico del enriquecimiento sin causa. La suspensión del empleo privó a los agentes suspendidos de sus correspondientes funciones. Dejaron de ser empleados al servicio del departamento y por ende ellos no pueden ser acreedores a la remuneración de un oficio que no han desempeñado.

Esto es tan claro que basta la sola enunciación de la tesis para ver inmediatamente que carece de fundamento legal.

Sentencia

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, CONFIRMA la sentencia que ha sido materia del presente recurso de apelación.

No hay costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la Oficina de su origen.

Arturo Tapias Pilonieta. — José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. Manuel Pineda Garrido, Srio.

TRAGEDIA DE AVIACION DEL CAMPO DE SANTA ANA — RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS DE SUS AGENTES AUTORIZADOS EN DETRIMENTO DE LOS DERECHOS CIVILES DE TERCEROS

(Siendo la doctrina de este fallo exactamente igual, en el fondo, a la expuesta en fallos similares publicados en las páginas 109 y 125 del número 1977 de la *Gaceta Judicial*, a ella nos referimos para que no sea necesario repetirla).

LA DIRECCION

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo tres de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Nur Chaljub de Name, mujer viuda y vecina de esta ciudad, por medio de apoderado, demandó a la Nación para que previos los trámites de un juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones: a). —que es civilmente responsable de los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, sufridos por la demandante en el siniestro de aviación ocurrido el día 24 de julio de 1938, en el campo de Santa Ana durante la revista militar que en tal fecha y lugar se desarrolló; y b) Que en consecuencia la Nación está obligada a pagarle la suma de $ 25.000.00, cantidad en que estima esos perjuicios "o lo que se demuestre en el curso del juicio, como indemnización".

Como básicos se expusieron los siguientes hechos:

Primero. El día veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y ocho tuvo lugar una revista militar en el campo de Santa Ana, situado en jurisdicción del municipio de Usaquén.

Segundo. Durante el desarrollo de la revista a que se refiere el punto anterior, un avión de guerra de propiedad del Gobierno Nacional, piloteado por el Teniente César Abadía, vino a tierra, causando numerosas víctimas tanto por el choque como por el incendio subsiguiente.

Tercero. El teniente César Abadía quien conducía el avión mencionado era empleado o agente del Gobierno Nacional, y estaba desempeñando las funciones que le correspondían como miembro del ejército de la República en las maniobras militares que se verificaban en el momento en que ocurrió el siniestro.

Cuarto. La demandante señora Nur de Name, que asistía como espectadora a la revista, sufrió a consecuencia del siniestro quemaduras muy extensas que le dejaron lesiones de por vida.

Quinto. El accidente se debió a errores, negligencias, descuidos o culpas de agentes del Gobierno.

Admitida la demanda y ordenado el traslado de rigor, el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior la contestó en su debido tiempo afirmando no constarle los cuatro primeros hechos y negando el último.

Agotada la secuela propia del juicio, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia fechada el veintiséis de agosto del año mil novecientos cuarenta, resolvió:

"1º La Nación es civilmente responsable de los perjuicios causados a la señora Nur Chaljub de Name, por el daño que sufrió en el accidente de aviación ocurrido en el campo de Santa Ana o de Marte, el 24 de julio de 1938, y está obligada a pagarlos.

"2º Se procederá a la liquidación de esos perjuicios en la forma señalada en el ar-

tículo 553 del Código Judicial, con observancia de lo dispuesto en el 554 y teniendo en cuenta la suma que por el mismo concepto le fue señalada a dicha señora por medio de la Resolución Número 1209 de 13 de diciembre de 1938, del Ministerio de Gobierno. ($ 919,45).

"3º No es el caso de hacer condenación por la suma líquida a que se refiere la segunda súplica de la demanda.

"4º Por tratarse de la Nación, no hay lugar a hacer condenación en costas".

El representante de la Nación interpuso oportunamente recurso de apelación contra este fallo y concedido como lo fue han llegado los autos a la Corte. Cumplida aquí la ritualidad propia de la instancia se procede a resolver mediante las consideraciones pertinentes.

— I —

El día 24 de julio de 1938 tuvo lugar en el Campo de Santa Ana o de Marte una revista militar con intervención de fuerzas de infantería, artillería, caballería y equipo aéreo. Esta revista, según los documentos oficiales que obran en el proceso, fue concertada por el Gobierno Nacional, y a concurrir a ella se invitó a toda la ciudadanía.

Cuando el numeroso público presenciaba el desarrollo de la revista y en el momento que la escuadrilla aérea de caza comandada por el Teniente César Abadía iniciaba sus maniobras acrobáticas, el aparato que éste piloteaba pasó a poca altura del suelo y se precipitó súbitamente sobre él.

Del choque y subsiguiente incendio originado por este accidente resultó con extensas quemaduras, según aparece de las pruebas, la demandante señora Nur Chaljub de Name.

En efecto, con el libelo se acompañó un certificado suscrito por los doctores Roberto Serpa y Alfonso Esguerra Gómez, certificado que luégo fue ratificado dentro del término probatorio, en el cual se afirma que la demandante "sufrió una quemadura muy extensa de las piernas y los muslos, que esa quemadura fue una de las consecuencias del accidente de aviación en el campo de Santa Ana acaecido el día 24 de julio del corriente año y que por la profundidad y el tamaño de las quemaduras a la señora de Name le quedará de por vida un impedimento consistente en la pérdida de la elasticidad de los miembros inferiores, lo que le hará la marcha difícil y torpe".

Posteriormente los mismos médicos, en declaración jurada, ampliaron y explicaron los hechos que le sirvieron de base para expedir aquella certificación, así:

'Depuso Esguerra Gómez: "Sí me consta que la señora Nur de Name sufrió heridas en el accidente ocurrido en el campo de Santa Ana, porque ese día me encontraba en Marly recibiendo los heridos que allí eran conducidos, con motivo del accidente, heridos que llevaba la policía y entre el grupo de tales heridos recibí a la citada señora Nur de Name... Me consta por haberla tratado como médico desde ese mismo momento, que la citada señora Nur de Name recibió heridas en el accidente de Santa Ana. Con respecto a la clase de heridas que recibió, me refiero a lo que dejamos expuesto en el certificado a que aludí anteriormente; y que esas heridas le dejaron incapacidad de por vida, lo deduzco del hecho de que la retracción que van sufriendo las cicatrices que ella tiene será cada día más acentuada y que lejos de presentar mejoría alguna le ocasionarán con el transcurso del tiempo una incapacidad mayor que la que tiene actualmente".

Por su parte, dijo Serpa: "A mí me consta que la señora Nur de Name sufrió heridas en el accidente ocurrido en el campo de Santa Ana, porque cuando llegué a Marly a ofrecer mis servicios para atender a los heridos que hubiera habido en el accidente, se me informó que la señora Nur de Name estaba hospitalizada allí por esa causa, y porque en la noche cuando me llamaron a la casa de ella para atenderla me dijeron cómo había sido herida en el accidente y con quiénes estaba cuando fué herida... A mí me consta porque la traté desde esa noche, o sea desde la noche del

24 de julio último, de una herida que le desprendió la oreja derecha casi en su totalidad. De esta herida quedó perfectamente curada en términos que casi no se le nota. De dos quemaduras muy extensas en ambas piernas. Estas heridas al cicatrizar por su extensión y su profundidad, son las que dejan de por vida impedimento para caminar normalmente..."

Los hechos expuestos por los testigos que se acaban de citar tiene su corroboración en lo depuesto por los señores Francisco Urrutia, Luis Eduardo Gacharná y Francisco Gaitán Pardo. —Según el primero, la demandante se encontraba en la revista de aviación pocos minutos antes de suceder el accidente y por haber hablado con ella afirman que se hallaba en perfecto estado de salud. Los dos últimos dicen, por su parte, haber conocido desde mucho tiempo antes del accidente a la referida señora de Name y por esa circunstancia saben que era una mujer de grandes actividades comerciales, actividades que disminuyeron notablemente con las graves quemaduras que recibió en la tragedia de Santa Ana.

A la luz de nuestro estatuto procesal, las pruebas que se dejan analizadas comportan la demostración plena del hecho de haber recibido la demandante, señora Nur de Name, un daño material como consecuencia del accidente de aviación acaecido en la revista militar del Campo de Santa Ana.

— II —

La causa del accidente

En otros fallos de esta Sala, recaídos en juicios análogos al presente, se ha hecho la observación de que por los informes de altos jefes militares —informes que también obran en este proceso—, se sabe que la organización de la revista fue estudiada con detenimiento y técnica. En relación con la fuerza aérea, se dispuso que el entrenamiento se iniciara el diez y ocho del mes de julio en la base de Palanquero y que en ella tomarían parte tres trimotores JU, seis Falcon, nueve Hawk, doce máquinas de escuela PT. y un avión tipo monomotor de reserva.

A los jefes de escuadrilla se comunicó por escrito, entre ellos al Teniente Abadía, el orden y la forma como debían actuar las distintas formaciones, las acrobacias que ejecutarían, el lugar y la altura.

El Teniente Abadía desobedeció la orden —en cuanto a lugar y altura a que debía maniobrar el aparato—, y también el Inspector General del Ejército de acuerdo con otros funcionarios del mismo, desatendieron las disposiciones vigentes en Colombia sobre vuelos de acrobacia, que dicen: "Artículo 3º. Restricción general: no debe efectuarse ninguna maniobra acrobática con aviones equipados con tanques que puedan ser sueltos en vuelo. Artículo 4º. Altura mínima: toda maniobra acrobática debe terminarse a una altura no menor de quinientos metros. Artículo 5º. Prohibición: no podrá volar un avión acrobáticamente sobre: a) ciudades, poblaciones, etc.; b) aeródromos, parques, estadios, etc.; c) agrupaciones de personas al aire libre. Artículo 6º. Cerca a ciudades, aeródromos, etc., la distancia horizontal mínima calculada desde los límites de éstos no podrá ser menor de mil metros (1.000)".

El acuerdo de los superiores de Abadía para que se volara a menos altura de quinientos metros, es decir, la desobediencia a las disposiciones trascritas, está ratificada por el radiograma que se copia: "Urgente. Santa Ana, julio 24 de 1938. Capitán García Bonilla. Techo. Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén, altura no menor 150 metros. Informarásele permanentemente estado revista. Mayor Méndez. —Dirgenav".

La causa científica de la tragedia la hacen consistir las comisiones encargadas de la investigación en un deslizamiento o patinada que hizo perder altura al avión, hecho considerado frecuente en vuelos de todo género, o en temeridad e impericia del piloto, o a una traba en los comandos.

Observa la comisión que atribuye la

causa del accidente a temeridad e impericia del piloto, que ejecutar una maniobra acrobática como la llamada del "rollo lento", consistente en hacer girar el avión 360º sobre su eje longitudinal a una altura de treinta metros, con una presión atmosférica de 560 mm., y sobre un terreno recalentado y colmado de gente, "donde podía preverse la presencia de zonas atmosféricas enrarecidas por efectos térmicos, constituye un error técnico por parte de cualquier piloto experto en acrobacia".

Resulta, por tanto, de los documentos oficiales traídos al expediente —que son fuente de confianza y hacen plena prueba— que la tragedia se debió a desobediencia del teniente Abadía y a descocimiento por los funcionarios militares encargados de la preparación de la revista, de los artículos del reglamento de tránsito y vuelos acrobáticos —y que comprenden, según afirmación del propio director general de aviación, prohibiciones permanentes y universales—, las cuales señalan como altura mínima a que debe terminarse la acrobacia, la de quinientos metros, así como a mala elección por parte de ellos del comandante de la cuadrilla piloto Abadía.

—III—

Responsabilidad de la nación

Las entidades de derecho público se obligan por actos de imprudencia o de negligencia con los cuales se cause daño a tercero.

Estas personas jurídicas que son creaciones de la ley, capacitadas para adquirir derechos y desprenderse de ellos, actúan siempre por intermedio de personas naturales —agentes o representantes— que comprometan a aquellas en los beneficios y en las responsabilidades. Al delegar su personería, ofrecen a terceros la garantía de su responsabilidad, que no se deriva del nexo contractual de la figura jurídica del mandato, sino del hecho natural que origina deberes y obligaciones a la persona en cuyo nombre se está obrando.

El Código Civil en los artículos 2341, 2347 y 2356 sienta las relaciones de responsabilidad por la culpa extracontractual; los casos en que una persona se obliga por los actos culposos de otra y cómo se verifica la reparación del perjuicio imputable a malicia o imprudencia del agente. Son las disposiciones que se aplican a las entidades de derecho público para fijar su responsabilidad en el daño causado a terceros por sus funcionarios.

La responsabilidad del Estado en el siniestro, lo dijo la Corte en sentencia del 30 de junio del año anterior, "sea ante las disposiciones del Código Civil que reglamentan la culpa aquiliana, y a cuya luz la jurisprudencia colombiana ha venido examinando y juzgando los actos culposos de los agentes del Estado que en tal calidad infieren daño a terceros; o sea ante la teoría que el derecho administrativo suministra para establecer la responsabilidad del Estado ante el daño a terceros por los actos de sus agentes y llamada 'de faltas del servicio', con cualquiera de esos dos criterios que se emplee, aun del subjetivo del Código Civil, resulta gravemente comprometida...."

La responsabilidad del Estado en el Código Civil, se basa por aplicación de los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinados con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a tercero con ocasión del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente **en falta de vigilancia y mala elección** de su representante, mandatario o dependiente.

La falta de vigilancia y la imprudencia de los superiores del teniente Abadía aparecen comprobadas en el juicio con el memorandum relativo a las investigaciones hechas por dos comisiones que estudiaron

el accidente, suscrito por el general Luis Acevedo y el mayor Ernesto Buenaventura, fechado el tres de septiembre de 1938. En dicho documento se lee: "4). Altura del vuelo. La orden de operaciones dictada por el señor capitán Jesús M. García Bonilla, en su carácter de jefe de operaciones y comandante del escuadrón que tomaba parte en la revista, la cual se agrega, indica claramente las alturas a que debía llevarse a cabo las distintas maniobras acrobáticas y formaciones. En dicha orden se fija la altura mínima de quinientos metros". Ya se vio antes que la altura mínima de que aquí se habla fue variada a la de 150 metros, por la Dirección General de Aviación.

También incurrió la nación en mala elección, si no en los agentes inmediatos de la fuerza aérea —que por la calidad especial de militares, deben ser más cuidadosos de la disciplina y acatamiento de órdenes de la autoridad— sí en la del teniente Abadía por llamarlo a que tomara parte en la revista, a sabiendas de que le faltaba seriedad para comandar y de que era de temperamento 'juguetón', como aparece del dato calificativo de sus servicios. Máxime habiendo cometido en los entrenamientos realizados en el Campo de Marte actos de imprudencia y desobedecimiento, por los cuales "tuvo una llamada de atención".

Por tanto, "antes de haberse desvirtuado la presunción de culpa en contra del Estado por falta de vigilancia y mala elección, los documentos oficiales... dejan establecido no ya una presunción sino la plena prueba de que al desarrollo de aquella tragedia contribuyó la circunstancia de no haberse tomado por parte de los superiores del teniente Abadía aconsejadas medidas de previsión. De manera que con la responsabilidad personal del teniente Abadía corre parejas la indirecta del Estado, derivada del hecho de que el primero causó daño con ocasión del servicio que estaba prestando, de volar y hacer ante la multitud que presenciaba las maniobras militares en el Campo de Santa Ana, ejercicios acrobáticos. Que el aviador, en un momento dado quebrantara determinada orden superior, no es circunstancia que lo coloque fuera de la misión que se le confió, hasta el punto de desvincular al Estado del daño causado; esa circunstancia apenas significa que el servicio se prestó mal, y esa falta es precisamente la base en que descansa la responsabilidad del Estado".

Se ha afirmado que como el piloto Abadía desobedeció la orden de volar al norte del campo de la revista, sobre los tanques de Usaquén, el accidente se produjo al ejecutar Abadía un hecho ilícito, de desobediencia de una orden militar, de cuyas consecuencias civiles debe responder él personalmente y no el Estado. Sobre el particular es oportuno hacer algunas observaciones.

La tesis que sustenta esa argumentación, si verdadera en lo general, no es aplicable al caso que se considera. La actividad desarrollada por el piloto Abadía no fue de aquella no oficiales o aparentemente oficiales, al ejecutar maniobras acrobáticas sobre el campo de Santa Ana. Las acrobacias, hecho excepcional dentro del funcionamiento normal de esta arma de guerra, fueron ordenadas por la dirección de la revista aérea y para que se realizaran se formó una escuadrilla de aviones a cuyo comando se colocó al teniente Abadía. Al volar este sobre el Campo de Marte el 24 de julio de 1938, y realizar maniobras acrobáticas, cumplía una misión dada a él especialmente por la dirección de la revista. Si al realizar esas maniobras el comandante de la escuadrilla se salió del radio señalado para que se ejecutaran, contrariando una orden superior, ejecutó mal el mandato pero obró en cumplimiento y desarrollo de su encargo oficial, como lo habría hecho también si en vez de hacer la maniobra previamente autorizada del "rollo lento" hubiera verificado otra u otras de mayor peligrosidad que aquella.

Esta consideración es de consecuencias importantes en orden a fijar la culpabilidad del Estado en el accidente. Porque sin

desconocer que Abadía contrarió la orden de sus superiores, de volar únicamente al norte del campo de la revista, sobre los tanques de Usaquén, no puede menos de admitirse que al hacerlo se encontraba ejecutando las maniobras ordenadas por la dirección de aviación.

La desobediencia militar de Abadía fue sin duda ilícita y punible. Más esas circunstancias propias del radio de sus obligaciones estrictamente militares y tocantes con sus deberes de oficial del ejército en sus relaciones de dependencia jerárquica, no alcanzan a modificar las reglas dadas por la doctrina y sentadas en el derecho, conforme a las cuales el acto imperfectamente cumplido por un dependiente no libra de responsabilidad civil a la persona o entidad de quien es subordinado, ya que, se repite, el hecho ejecutado por Abadía, contrario a la orden, apenas implicaba una indebida e imperfecta ejecución del encargo que se le había dado de ejecutar acrobacias en la revista.

Ante la teoría del derecho administrativo, el servicio mal prestado —a título de fuente administrativa— obliga a la nación por el siniestro, ya que se trata de la presentación de una revista militar oficial, que es un acto de gobierno administrativo y fue durante ella cuando se cometió el hecho culposo. Responden IN SOLIDUM, a la luz de esta teoría, los herederos del teniente Abadía y el Estado. En el caso, el Estado, por ser la persona escogida por la demandante para que responda.

(Las transcripciones que aparecen en este capítulo se hacen del fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 1941, en el juicio ordinario de Paulina Martínez viuda de Jiménez contra la nación, donde se halla expuesto con más amplitud el pensamiento de la Corte).

— IV —

Perjuicios materiales

Ya se vio en otro paso de este fallo que según las pruebas aportadas en el juicio la demandante señora Nur de Name recibió quemaduras y heridas con motivo del accidente de aviación tántas veces nombrado. Resta ahora estudiar si los perjuicios materiales que con motivo de ello se reclaman están debidamente probados.

A este fin se produjo, dentro del término probatorio que sufrió el juicio en primera instancia, el dictamen pericial de los facultativos doctores Edmundo Rico y Roberto Fonnegra, quienes debían determinar, conforme a la solicitud formulada por el apoderado de la demandante, el valor de los perjuicios morales y materiales sufridos por éste, como asímismo, cuáles fueron las lesiones que la dejaron imposibilitada de por vida para el ejercicio normal de sus actividades. Pero es de observar que esa prueba, aunque idónea para comprobar tales hechos, no puede apreciarse en el presente caso debido a la circunstancia de que el dictámen dado por dichos peritos se omitió ponerlo en conocimiento de las partes como lo ordena el artículo 719 del Código Judicial, requisito este esencial para el perfeccionamiento de esa prueba. En efecto, el auto que tal dispuso no fue notificado a las partes y bien sabido es que al tenor de lo ordenado en el artículo 327, ibidem, ninguna resolución judicial produce efecto antes de haberse notificado legalmente. Siendo esto así, es claro que el dictamen no alcanzó a tener su perfección procesal y jurídica. "Una prueba pericial —ha dicho esta Sala— que se ha practicado sin citación de la parte contraria o sin llenarse las formalidades legales sobre peritos, no puede estimarse en la sentencia. Se funda esta doctrina en que si se dejan de cumplir las formalidades señaladas por la ley para el nombramiento, posesión y oportunidad para tachar los peritos, se omiten requisitos esenciales y se arrebata un derecho a las partes en el juicio". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1925, mayo 18 de 1937, pag. 286).

No aparece pues, en los autos la demostración concreta del perjuicio de que se trata; existe la prueba de que se causó un daño, producido por las quemaduras que recibió la demandante, pero no se conoce

la extensión del mismo. Con base en esta realidad, la de haberse ocasionado una daño, que aun no se ha concretado, y teniendo en cuenta que esa determinación exige el análisis técnico de las lesiones, es oportuno y legal hacer la condenación en abstracto y disponer que mediante el procedimiento del artículo 553 del C. J. se efectúe la regulación del perjuicio, atendiendo a la calidad de las heridas, su localización y extensión, la edad, oficio o profesión de la lesionada, el demérito físico y la posible inferioridad psíquica originados por esas lesiones, en cuanto todo ello se traduzca económicamente. Se tendrá en cuenta, además, el monto de la indemnización que le fue reconocida a la demandante por el Ministerio de Gobierno en la resolución número 1209 del 13 de diciembre de 1938.

— V —

Perjuicios morales

Si en principio todo daño, así sea material o moral, debe repararse, ese postulado, tan fácilmente enunciable, ofrece serias dificultades en su aplicación al daño moral. Como no todos los daños morales son de idéntica especie, las normas que los rigen no han de ser iguales en todos los casos. Parece que la falta de esta diferenciación indispensable entre diversas clases de daño moral, según su naturaleza, ha llevado confusión a expositores y jueces, que aplican a todas las clases de daño moral idéntico criterio, sin distinguir, como es obvio hacerlo, entre las varias formas en que se presenta, con características propias y especiales. Generalización que produce oscuridad y dificultad en la apreciación del daño moral y de los medios aptos para su reparación y satisfacción.

El daño moral es la lesión del patrimonio moral propiamente dicho —en oposición al económico— y que comprende el patrimonio efectivo y el social de cada persona y que se vulneran en los atentados que hieren los sentimientos del amor en la familia o que afectan el honor, la reputación, las consideraciones sociales. Hay perjuicio moral cuando se atacan esos intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona.

Algunas veces ese daño moral permanece en el orden subjetivo, lesionando o quebrantando aquellos intereses morales. En otros casos la lesión llega a materializarse, por sus manifestaciones exteriores. Esa objetivación del daño moral en cuanto puede hacerse para darle realidad procesal-jurídica, constituye daño moral y no material, porque el perjuicio moral se forma por la afectacción de los intereses no económicos ya enunciados, aunque la lesión tenga manifestaciones objetivas. De acuerdo con este principio, es daño moral objetivado la enfermedad proveniente de un ataque al sentimiento de afección y la depresión psíquica, con el mismo origen, que produce inhibición para el trabajo, y que consecuencialmente se refleja en el patrimonio material.

Como el daño intrínsecamente moral contempla un perjuicio puramente subjetivo, en él tan sólo el presunto lesionado sería capaz de medir la intensidad de la lesión; cualquiera otra intervención dirigida a lograr ese objeto resulta 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 subjetivo, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni traducirse pecuniariamente, si nó se quiere caer en la más completa arbitrariedad.

El daño moral objetivado puede fácilmente repararse porque es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse aplicándoles las normas que regulan el resarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio moral se objetive, y por esa vía se llega a la reparación debida.

Si de reparación del daño moral se trata, hay que admitir que como tal no es

posible lograrla sino en la medida de su objetivación.

Pero aunque imposible la reparación del daño intrínsecamente moral, ello no implica que haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así la llaman Josserand y con él otros expositores.

Tal es el criterio de la ley colombiana, cuyo sistema armoniza con los principios que informan la definición de ese daño y de su indemnización. Para el daño moral no objetivable admite 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. (Véase sentencia de 23 de abril de 1941, "Gaceta Judicial" números 1971-72, página 424).

Aplicando al caso de autos la doctrina que se acaba de exponer, y habida consideración, por otra parte, a que el medio probatorio adecuado para la comprobación del daño moral subjetivo no puede ser directo sino a base de simples presunciones de hombre, es de justicia y de razón presumir que la demandante señora Nur de Name, ha sufrido ese daño. Los elementos probatorios que obran en el proceso dan base para considerar que las heridas que recibió la nombrada señora, por su localización y por su condición de mujer, le hayan producido y le produzcan consecuencias que se traduzcan en perjuicios de orden moral subjetivo.

En cuanto al daño moral objetivado, dan fe los testimonios citados atrás del doctor Luis Eduardo Gacharná y del señor Francisco Gaitán Pardo, conforme a los cuales la demandante, con motivo de las susodichas quemaduras, ha decaído en el fervor con que atendía a sus negocios, con mengua también de sus facultades intelectuales. Empero, no le es posible a la Sala juzgar acerca de la magnitud de este daño, pues, como quedó visto, el reconocimiento pericial traído al proceso, carece de valor.

En relación con el primero, la Sala reconoce como satisfacción moral por este concepto y dadas las circunstancias anotadas arriba, una suma de dinero. En cuanto al segundo, o sea, los perjuicios morales objetivados, su reconocimiento se hará "in genere".

Resolución

Obedeciendo a las circunstancias expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla esta controversia así:

Primero.—La nación es civilmente responsable de los perjuicios, tanto materiales como morales, sufridos por la señora Nur Chaljub de Name en el siniestro de aviación ocurrido el día 24 de julio de 1938 en el campo de Santa Ana, durante la revista militar que en tal fecha y lugar se desarrolló.

Segundo.—El valor de los perjuicios morales objetivados y el de los materiales se determinará por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial, debiendo tenerse en cuenta al hacer la estimación, las bases que para fijarlos se señalan en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero.—Condénase a la nación a pagar, seis días después de la ejecutoria de este fallo, a Nur Chaljub de Name, la cantidad de cien pesos ($ 100.00) moneda legal, como valor de los perjuicios morales no objetivados que recibió por la causa indicada en el punto primero; y

Cuarto.—En los anteriores términos queda reformada la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, el 26 de agosto de 1940.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devúelvase.

Arturo Tapias Pilonieta.—José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL SUSCRITO MAGISTRADO JOSE M. BLANCO NUÑEZ,

en el juicio ordinario de Nur Chaljub de Name contra la nación.

No considero fuera de lugar, que comience por dejar constancia aquí de que me ha tocado actuar en el presente juicio después de que tanto en él, como en todos los demás similares en que como magistrado de la Corte me he excusado de conocer por idénticas razones, la mayoría de esta honorable Sala ha decidido que no es causal de impedimento por mi parte la circunstancia de haber sostenido antes en el ejercicio de mi profesión de abogado, tesis o puntos de vista que pueden no coincidir con los que de manera tan brillante ha venido sosteniendo la honorable Corte en las difíciles cuestiones relacionadas con la responsabilidad contractual y extracontractual y con la apreciación de los perjuicios de todo orden que en estos casos suelen presentarse.

Las pocas observaciones que a continuación me permito hacer al fallo de que ahora se trata, forman parte de esas tesis o ideas —probablemente equivocadas, pero en todo caso, sinceras— que en ocasiones anteriores a la presente, he tratado de exponer sobre las interesantes y complejas materias de referencia.

Con esta aclaración preliminar, tengo el honor de manifestar que estoy de acuerdo con la mayor parte del presente fallo, pero me veo en el caso de puntualizar por medio de estas líneas las principales razones que tengo para disentir de la ilustrada opinión de mis distinguidos y apreciados colegas de la mayoría en cuanto al modo de apreciar y decidir lo relativo a los perjuicios causados por el accidente de aviación de que fue víctima la demandante señora Nur Chaljub de Name, perjuicios que la mayoría de la Sala estima en la suma de cien pesos ($ 100.00) moneda legal (los que llama "morales no objetivados"), acogiéndose a anteriores y muy recientes decisiones de la Corte, en las que se ha alegado como fundamento de ellas el artículo 95 del Código Penal, vigente desde el 1º de julio de 1938.

Entiendo que la cita y la aplicación que de ese artículo hace el fallo a un asunto como éste, de carácter civil, no pueden ser más que por vía puramente analógica; aunque, a mi juicio, no parece que pueda recurrirse a esa vía habiendo, como hay, en los Códigos Civil y de Procedimiento de esta clase, disposiciones que resuelven el caso con suficientes claridad y eficacia.

Pero, además, me parece que se parte, para haber establecido esta doctrina, de una base que, si bien pudiera no ser equivocada en determinados casos, sí me parece que lo es en cuanto generalizando y de modo prematuro, asienta el fallador que el perjuicio moral "no objetivado" no puede ser avaluado por peritos, porque es "inasible", "indeterminado" e "indeterminable".

Estimando, como estimo, que no es a **priori** como puede darse por el juzgador una calificación de esta clase al perjuicio al cual le da el nombre de "subjetivo", estimo, igualmente ,que sería prematuro que entrara ahora en el análisis de si es o no fundado ese concepto o esa noción que la mayoría de la Sala tiene con respecto al perjuicio de que se trata. Para ser consecuente con lo que me propongo apuntar ligeramente a continuación, tal análisis debe estar reservado para cuando fuera el momento de apreciar el mérito probatorio

del dictamen que por medio de peritos se hubiera emitido sobre esta cuestión.

En efecto, considero que como nuestro sistema procesal no da margen al arbitrio judicial, sino de manera **subsidiaria**, y esto, en casos muy limitados y expresamente señalados, el fallador no puede hacer una declaración de esta clase, mientras **previamente** no aparezca de autos que la prueba principal —que aquí sería la de peritos— ha fallado, ha fracasado sobre este punto, por haber dictaminado aquéllos que les ha sido **"difícil o imposible"** avaluar el perjuicio moral "subjetivo", o por haber sido descalificado, por indebidamente fundamentado, el dictamen pericial.

Esto es lo que para caso de **delitos**, se desprendería del artículo 95 del Código Penal cuando dice:

"CUANDO NO FUERE FACIL O POSIBLE —se subraya— avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el DELITO —se subraya— podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos".

Como se ve, este artículo admite la posibilidad de avaluar en dinero el daño moral, el objetivado y el subjetivo, desde luego que el artículo no distingue entre uno u otro.

El hecho de que se condene a la Nación a pagarle a la demandante cien pesos por el daño moral "no objetivado", revela que el fallo admite que existe, que se causó, un perjuicio moral subjetivo (o que se presume que se causó), en vista de los elementos probatorios que obran en el proceso y que forman la convicción del fallador; y como consecuencia de todo esto, la parte resolutiva del fallo **estima, avalúa o justiprecia** (que no otra cosa es lo que se hace) tales perjuicios en la suma de cien pesos.

Pues bien: lo que no ha sido difícil o imposible al juzgador para **avaluar** esos perjuicios con vista del caso y de las probanzas de autos, entiendo que ha podido no ser difícil o imposible también a los peritos; o, por lo menos, que el arbitrio judicial sobre ese particular no ha debido tener lugar, sino cuando aquéllos manifestaran esa dificultad o imposibilidad o cuando se rechazara el dictamen pericial si no estaba debidamente fundamentado. (Código de Procedimiento Civil, artículos 721, 722 y 723; y 256 y 268 del Código de Procedimiento Penal). Me parece que estas disposiciones hacen obligatorio el nombramiento de peritos en un caso como éste de **"avalúo"** o de "regularización en cifra numérica", y, que, por tanto, el juzgador no puede prescindir de aplicarlas, anticipando el concepto de que va a ser inútil la prueba pericial porque el perjuicio moral "subjetivo" no es susceptible de avalúo, según se afirma.

Las razones que tengo para expresar estos conceptos, fuera de las expuestas como consecuencia del mismo texto y del espíritu del artículo 95 del Código Penal, son las que a continuación me permito exponer:

La noción de indemnización de perjuicios, en la zona del derecho civil, se estructura e integra con dos únicos elementos o factores: el daño emergente y el lucro cesante.

La unidad de medida en la avaluación del perjuicio de todo orden no puede ni debe ser otra que el perjuicio mismo considerado en su totalidad, en su integridad cuantitativa y en la realidad probatoria-procesal.

Nada tienen que ver aquí la capacidad económica del autor del daño ni la de la víctima ni la cuantía o monto de la indemnización. Esta, deberá estar en razón directa de aquél. No debe ser ni menos ni más de lo que en el hecho y en el derecho deba ser.

Tanto habría lugar a pensar en un "enriquecimiento injusto" cuando la estimación del perjuicio sobrepasa el valor real de aquél, como cuando esa estimación, por lo exigua o caprichosa, no represente la verdadera reparación que el orden moral y legal demandan del culpable del daño, para restablecer el equilibrio perturbado por su acto culposo. Esto, tratándose de toda clase de perjuicios, materiales y morales, "objetivados" o "subjetivos".

Pero creo también que el artículo 95

del Código Penal tampoco puede ser considerado como una norma aislada, inconexa y absoluta en el campo de la crítica legal. Esa disposición debe ser contemplada e interpretada, y aplicada, cuando fuere el caso, en consonancia con otras disposiciones del Código citado, que aclaran y fijan su alcance y su verdadera razón de ser, y, de modo especial, con las pertinentes del Código de Procedimiento Penal, que es lo que concreta y condiciona, en el terreno de la práctica, el modo de darle cumplido efecto.

Por eso nos dice el artículo 1º de este último Código que "No se podrá imponer sanción alguna por infracciones de la ley penal, **sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento** y en virtud de sentencia dictada por juez competente"; y por eso nos dice también el Art. 7º ib. que "Son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código o en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el Código de Procedimiento Civil".

Por su parte, el artículo 8º nos enseña que "toda infracción de la ley penal origina acción penal, y puede originar también acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por la infracción"; y el 21 expresa que "La competencia de los jueces y Tribunales penales se extiende **para el solo efecto de la represión**, a las cuestiones civiles o administrativas, que surjan en el proceso penal" .

Para mayor claridad, el artículo 22 expresa que "En todos los casos en que el juez penal haya de decidir cuestiones civiles o administrativas, calificará las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuya **la legislación civil**". (He subrayado).

El artículo 24 nos dice lo siguiente:

"La acción civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal, se ejercerá dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos. En todo caso en que de la infracción resultaren perjuicios civiles, el Agente del Ministerio Público dará cumplimiento al artículo 93 del Código Penal".

El artículo 112 ib. dice que los perjudicados con el delito **podrán** ejercer la acción civil dentro del proceso penal.

Y qué nos dice ese artículo 93 del Código Penal? Lo que sigue:

"El respectivo agente del Ministerio Público deberá cooperar con los interesados en todas las diligencias tendientes a fijar y obtener la indemnización a que diere lugar la infracción, o intervenir por sí solo en caso de que éstos se abstengan de hacerlo".

Este artículo es una consecuencia del artículo 92 que dice:

"En toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona natural o jurídica, se condenará solidariamente a los responsables a la indemnización de **todos** --se subraya— los perjuicios que se hayan causado"; y de otro lado, y también como consecuencia, el artículo 94 reza que "Si el delito no hubiera causado daño que pueda valuarse pecuniariamente, podrá el juez, no obstante, imponer la obligación de pagar una suma hasta de mil pesos a favor del Tesoro Nacional".

Deben de haber sido fatigantes por lo largas las citas que acabo de hacer, pero las he considerado de absoluta necesidad para aclarar bien mi pensamiento sobre la materia que he tratado de dilucidar y que queda delineada, reconozco que muy deficientemente quizá, en estas bases principales:

1ª Que por la infracción de carácter penal de que resulten daños o perjuicios se condenará a los responsables a la indemnización íntegra, total, "DE TODOS" los perjuicios que se hayan causado, lo que constituye un principio semejante al que rige en materia civil acerca de que en la evaluación del perjuicio, no puede entrar como unidad de medida ninguna otra consideración distinta del perjuicio mismo en su realidad probatoria cuantitativa y cualitativa.

2ª Que las disposiciones comunes a to-

dos los juicios, contenidas en el Código de Procedimiento **Civil** son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a las disposiciones especiales de éste.

3º Que ni el juez de lo civil ni el juez de lo penal, pueden prescindir, de plano, de que se siga previamente el concepto de los peritos cuando quiera que esta clase de prueba se exija, como se exige necesariamente, cuando se trata de **avalúos de cualquier clase.**

El artículo 256 del Código de Procedimiento Penal dice así en su inciso primero: "Cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, **o exija avalúos,** el juez o el funcionario de instrucción decretarán la prueba pericial".

El inciso 2º del mismo artículo expresa cuándo no se admite la prueba pericial:

"No es admisible —dice— la prueba pericial para establecer el carácter habitual o profesional del delincuente, ni la tendencia a delinquir, ni el carácter o la personalidad del procesado, ni, en general, las condiciones psíquicas independientes de causas patológicas".

4ª Que en el juicio criminal deben intervenir peritos para avaluar los perjuicios morales de todo orden, lo corrobora asímismo el artículo 114 ib. cuando exige que en el escrito de demanda quien pretenda constituírse en el proceso penal parte civil consigne en dicho escrito "Los perjuicios de orden moral que se le **hubieren causado** y **la cuantía en que estima** la indemnización de los mismos".

Y, por su parte, el artículo 721 del Código de Procedimiento Civil dice que "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".

La doctrina que de plano rechaza o no hace admisible la intervención de peritos para avaluar el daño moral "subjetivo". me parece que es contraria a estas disposiciones sobre procedimiento civil y penal y a la del mismo artículo 95 del Código Penal que, según se vio, presume que sí es susceptible de avaluarse pecuniariamente el daño moral (de toda clase, puesto que no distingue), y que solo deja la regulación a **arbitrio judice,** sin pasar de dos mil pesos, cuando no ha sido "fácil o posible" avaluar pecuniariamente tal daño —pericialmente, se entiende— como se vio también por el artículo 256 del Código de Procedimiento Penal, que se deja copiado ya.

Parace que está de más agregar que en el caso del artículo 95 del C. P., si se da cabida a la requerida prueba de peritos y éstos señalan como monto de la reparación por el daño moral de todo orden, una cantidad superior a dos mil pesos, aquella cantidad superior será la que el juez debe acoger, a menos que el dictamen se descalifique por él como desacertado, en los términos que lo requieren el artículo 268 del mismo Código y los artículos 721 y 723 del Código de Procedimiento Civil.

Que el atrículo 95 del C. Penal no excluye, cuando sea el caso, la estimación de los perjuicios morales de todo orden por suma mayor de dos mil pesos, no solo se desprende de su mismo texto, sino que, además, así lo confirma el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal cuando expresa lo siguiente:

"La sentencia ejecutoriada proferida en juicio penal, prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles para obtener el pago de la indemnización de perjuicios.

"Pero si el perjudicado por la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización, podrá ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil. El que iniciare en esta forma la acción civil, no podrá pedir la ejecución de la sentencia penal en lo tocante a la indemnización"

De otro lado, el artículo 26 del mismo Código, dice así: "La condición exigida por el Código Penal de reparar **efectivamente** los perjuicios ocasionados por la infracción para conceder la condena o la libertad condicionales, solo podrá imponerse cuando se haya fijado la cuantía de la in-

demnización y el perjudicado hubiere aceptado dicha fijación.

"Igual norma se aplicará cuando se conceda el perdón judicial".

Estas disposiciones están diciendo claramente que no es forzoso para el interesado aceptar la cuantía en que se haya estimado los perjuicios de toda clase en el juicio penal, y que él podrá pedir ante los jueces civiles competentes la reparación total del daño que sufrió, por una suma mayor de la señalada en el proceso penal.

No habría, pues, así cosa juzgada para él. Pero al mismo tiempo que esto pasaría en el proceso penal, con evidente resultado favorable para el perjudicado, tendríamos que en un juicio de carácter civil se haría de peor condición a esa misma persona, pues con la misma disposición de carácter penal —el artículo 95 del C. P.— aplicada en ese juicio civil por medio le sentencia definitiva que sí haría tránsito a cosa juzgada, no se le dejaría ya derecho a reclamar suma mayor de los dos mil pesos a que se refiere este artículo ni tendría ese interesado ocasión en tal juicio de comprobarlo, porque se le diría que esos perjuicios no pueden ser estimados pericialmente ni en más de los dos mil pesos de que trata dicho artículo.

Por este otro aspecto, igualmente me parece que es claro por qué no es conveniente traer como norma obligatoria a la zona de lo puramente civil en los juicios sobre indemnización de perjuicios por culpa contractual o extracontractual, una disposición como la del artículo 95 del Código Penal, la cual no tiende a reparar o a satisfacer en su totalidad o cumplidamente como es de rigor, el quantum del daño moral ocasionado, sino únicamente a poner a cargo del delincuente una suma parcial, quizá simbólica, para que nunca se quede sin esta clase de sanción el acto criminoso por el aspecto del daño moral causado, cuando por medio de peritos se haya establecido previamente que no es "fácil o posible" fijar la cantidad representativa de la totalidad de la indemnización debida por esa clase de daño.

Los artículos 25 y 26 del Código de Procedimiento Penal, que quedan ya citados, confirman ampliamente la no obligatoriedad de la condenación pecuniaria en estos casos, a menos que el interesado la haya aceptado en el respectivo juicio por estimar que cubre en su totalidad el perjuicio que se le ocasionó.

En todo caso, la dificultad y lo falible de una fórmula y de una decisión absolutas y genéricas sobre esta compleja materia, me ha hecho vacilar para adoptar integralmente el presente fallo, como habrían sido mis deseos, en cuanto a los perjuicios causados por la lesión de que fue víctima la señora Chaljub de Name.

Si el daño moral subjetivo "resulta en realidad de la receptividad de la víctima", como la receptividad sensorial de una persona difiere notablemente de la de otra, y aún puede dejar de existir total o parcialmente según su constitución fisiológica, según el temperamento, según su grado de cultura, según las condiciones del medio ambiente en que viva, etc. ¿cómo puede el juez medir el grado de receptividad sensorial de esa persona para asegurarse acerca de la intensidad del choque emotivo que en su ánimo produjo la lesión o daño de carácter moral, y para concederle, en proporción, como indemnización, como reparación, como satisfacción por el daño moral sufrido, determinada parte de los dos mil pesos que como máximo señala el artículo 95 del Código Penal?

Qué criterio, qué norma, qué unidad de medida adopta el fallador para saber que la receptividad sensorial del interesado exige determinada cantidad de los dos mil pesos señalados, o, viceversa, que la suma asignada, dentro de este máximo es la que corresponde en proporción del eco o de la vibración dolorosa —valga la frase— que en el campo emotivo de la víctima produjo el acto ilícito de un tercero?

Decir que, precisamente, por esa dificultad de avaluar pecuniariamente el daño moral subjetivo, se deja al arbitrio del juez resolver el problema, es no darle solución a éste en el fondo, pues qué otra cosa hace el juez sino estimar, avaluar en dinero el perjuicio de que se trata cuando conceda a

la víctima cualquiera suma dentro de la máxima de los dos mil pesos a que se refiere el artículo 95 del Código Penal?

Otra cosa sería si ese artículo estuviera redactado así, simplemente: "Con respecto al daño moral que el delito haya causado, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos".

O, de esta manera: "Cuando se trate de daño que no sea fácil o posible avaluar pecuniariamente, como el daño moral subjetivo, podrá fijar el juez prudencialmente... etc., etc".

Pero como lo hemos visto, no es en estos términos como está redactado ese artículo, sino en otros muy distintos que hacen pensar que para el legislador no siempre es difícil o imposible" que se avalúe pecuniariamente por peritos el daño moral, de toda clase, desde luego que no se distingue de la naturaleza o carácter de tal daño. Ahora, como ese mismo artículo indica cuándo, en qué momento, el arbitrio del juez, como subsidiario que siempre debe ser, viene a suplir la dificultad o la imposibilidad que se comprueben previamente, de "avaluar pecuniariamente" "la indemnización que corresponda al ofendido", y como la prueba pericial es exigida por la ley civil y por la ley penal en todo caso de avalúos o de regulación en cifra numérica, son los que me he permitido exponer, los motivos que he tenido para hacer el presente Salvamento de voto al fallo de mis distinguidos colegas de la mayoría por estimar que existe una errónea aplicación del artículo 95 del Código Penal al caso de autos, aparte de las razones que, según lo expresé ya, no he considerado de este lugar exponer ahora con respecto a si puede o no ser materia de avalúo pericial el perjuicio moral subjetivo".

Bogotá, marzo 5 de 1942.

José M. Blanco Núñez. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

NULIDAD DE UN JUICIO POR CARENCIA DE JURISDICCION IMPRORROGABLE DEL FUNCIONARIO QUE LO SIGUIO

Cuando en una ejecución se hace el pago total del crédito al acreedor ejecutante el juicio queda terminado y ya no pueden promoverse dentro de él tercerías ni otros incidentes. El auto en que se admite uno de esos incidentes, verbigracia el de acumulación de autos, queda viciado de nulidad, de conformidad con el artículo 448, ordinal 1º, del Código Judicial, por carencia de jurisdicción improrrogable en el funcionario o juez que lo profirió. Ya esta Corte tiene sentada la doctrina de que cuando se trata de una nulidad por incompetencia de jurisdicción improrrogable, y cuando una de las partes está representada por el Ministerio Público, no se hace necesario poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad, puesto que no es allanable.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

La Administración de Hacienda Nacional de Ibagué, libró con fecha 5 de julio de 1939, mandamiento de pago contra el señor Manuel Moreno y a favor de la Nación por la suma de $ 55,93, por concepto de impuestos de sucesiones (folio 2, cuaderno número 1º).

Se adelantó la ejecución hasta la práctica de la diligencia de remate (folio 44 vto., ib.) En la secuela de esta ejecución aparece hecho el pago del impuesto que se cobra, más los intereses, costos y costas del juicio ejecutivo a que dio lugar. En el folio 46 vuelto del mismo cuaderno dice un informe de la Secretaría del Juzgado ejecutor:

"Por medio de los recibos números 46-222, 46223 y 46224 expedidos por la Oficina de Caja de esta Administración, se pagó la suma de ciento veinte pesos con ochenta y cinco centavos moneda corriente ($ 120,85), distribuída así:

"Valor del impuesto de asignaciones y recargos hasta la fecha	$ 84
"Valor de las costas del juicio ejecutivo	$ 1[illegible]
"A depósitos a favor de la sucesión ejecutada	$ 1[illegible]
"Total pagado	$ 120.85

"En consecuencia el impuesto que se cobra por medio de este juicio se halla cubierto en su totalidad".

Posteriormente a este pago, la mencionada Administración de Hacienda, por medio de auto del 25 de marzo de 1941, acumuló el juicio ejecutivo que acaba de relacionarse con otros juicios ejecutivos que adelantaba el Juzgado de Rentas Nacionales de Ibagué, a favor de la Nación contra el mismo señor Manuel Moreno y por concepto de impuesto sobre la renta y patrimonio correspondientes a los años de 1937, 1938 y 1939, y de $ 1.587,63, $ 101-91 y $ 89,52 respectivamente.

Por causa de un incidente de tercería interpuesto por el señor Julio Bahamón, ha subido el negocio a esta Superioridad.

Se observa que el auto que decretó la acumulación referida fue dictado cuando ya se había verificado el pago del crédito que se cobraba primitivamente mediante el juicio ejecutivo que se inició con el auto de 5 de julio de 1939.

De conformidad con el artículo 981 del C. J., una vez hecho el pago al acreedor deja de haber juicio ejecutivo. En otros términos, una vez efectuado el pago de la obligación cuyo cumplimiento se exige ejecutivamente termina el juicio respectivo.

Constando en autos el pago del impuesto de sucesiones, el Ejecutor fiscal no tenía jurisdicción para acumular un juicio ya fenecido a otros en curso, aunque se reunieran los requisitos de identidad de personas, de objeto y de causa. La Oficina Ejecutora creyó basarse en el artículo 399 del C. J. que dice: "En los juicios ejecutivos no es obstáculo para decretar la acumulación, el que se haya dictado la sentencia de remate". Pero cabe advertir que este artículo se refiere a juicios ejecutivos que no han expirado por pago u otra causa legal. Así lo corroboran el artículo 981 del C. J., en sus relaciones con el 999, ordinales 2º, 3º y 6º. De los cuales se infiere que no puede subsistir un juicio ejecutivo después de efectuado el pago de lo que se ha demandado en él.

El artículo 146 de la obra citada prescribe que la jurisdicción se pierde en uno o más asuntos determinados:... 3º Por la terminación del juicio, diligencia, recurso o comisión.

El artículo 148 ibidem estatuye que "Usurpan jurisdicción los Jueces, cuando la ejercen sin tenerla legalmente; cuando conocen o proceden contra resolución ejecutoriada del superior; cuando se toman mayores facultades de las que se les confieren en la comisión; y cuando hacen revivir procesos legalmente concluídos. Los superiores también usurpan jurisdicción cuando proceden pretermitiendo las instancias anteriores".

De las disposiciones legales transcritas se deduce lógicamente que el Juez al dictar el auto de acumulación carecía de jurisdicción para dictarlo por haber terminado el juicio ejecutivo materia de la acción promovida para el cobro del impuesto de sucesiones.

Careciendo de esta jurisdicción, tal auto y los que le siguen están viciados de nulidad, causal que está contemplada en el ordinal 1º del artículo 448 del Código Judicial, y que es improrrogable. Por ello, el asentimiento tácito o expreso que la parte ejecutada le haya dado a la acumulación de juicios de que se trata, no puede sancionar el vicio que lo afecta.

Ya esta Corte tiene sentada la doctrina de que cuando se trata de una nulidad por incompetencia de jurisdicción improrrogable, y cuando una de las partes está representada por el Ministerio Público no se hace necesario poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad, puesto que no es allanable.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE: declárase nula la providencia que decidió la acumulación de autos a que se refiere la parte motiva de este fallo; declárase igualmente nula toda la actuación que siguió a dicho auto; y por último, por razón de la nulidad aquí decretada, no se admite la tercería promovida en este juicio por el señor Julio Bahamón.

Costas a cargo del funcionario ejecutor, señor Luis E. Cuéllar, de conformidad con lo ordenado en el artículo 458 del Código Judicial.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta. — José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. Manuel Pineda Garrido, Srio.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR CULPA DE UNO DE SUS AGENTES.—RESPONSABILIDAD MEDICA POR NEGLIGENCIA O DESCUIDO EN EL TRATAMIENTO DE LOS ENFERMOS.—PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES

En el caso de autos la conducta del médico doctor Sarmiento, manifiesta y gravemente contradictoria y negligente, compromete su responsabilidad y, por ende, la del Estado a cuyo servicio estaba (artículos 2341, 2347, 2349 y 2356 del C. C.), pues tratándose de un mal de tan terribles consecuencias como el de la rabia, de no evitarlo en oportunidad por medio del tratamiento preventivo que la ciencia aconseja, bastaba la simple sospecha, no la seguridad, de que el animal que mordió a Valencia Mejía estuviese afectado con esa enfermedad, para que la prudencia del médico doctor Sarmiento se hubiese hecho conocer, aconsejando la inmediata aplicación de tal tratamiento al paciente, tanto más si de esa aplicación no resultaba a éste ningún daño, en caso de no estar enfermo el animal que lo mordió. El error de diagnóstico o de tratamiento puede disminuír y aun excluír la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, mas no así en aquellos que, como el de autos—el mal de rabia—la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados y conocidos, de suerte que ha de presumirse que un facultativo competente y diligente no puede ignorar, en presencia de uno de esos casos, lo que le corresponde hacer para salvar la vida del paciente que a su saber y a su diligencia se confía. 2.—No es exacto que cuando se haga estimación de perjuicios materiales se entienden incluídos en éstos los de orden moral, o viceversa. Pueden ocurrir simultáneamente las dos clases de perjuicios, y no sólo nada impide, sino que es lógico y acorde con la ley y la equidad, hacer la estimación de los unos y de los otros por separado, cuando el caso ocurre y cuando hay base probatoria suficiente para reconocerlos y avaluarlos. 3.—Para que un dictamen pericial sea acogido por el fallador debe estar debidamente fundado, esto es, como lo dijo la Corte en sentencia del 12 de marzo de 1937, debe haberse emitido "justamente, rectamente, con acierto, apoyado en justas y acertadas apreciaciones".

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo catorce de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

Arturo Valencia Arboleda, obrando en su condición de apoderado de Emiliano Valencia y María Mejía de Valencia, cónyuges entre sí, presentó demanda, con fecha 10 de febrero de 1939, ante el Tribunal Superior de Pereira, contra la Nación, representada por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pereira, para que mediante los trámites del correspondiente juicio ordinario, se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que en la muerte del soldado Alberto (Gilberto) Valencia Mejía, acaecida el 24 de enero de 1939 en el hospital de la base aérea militar "Ernesto Samper" (El Guabito), de la ciudad de Cali y perteneciente al Ejército Nacional, existió culpa, descui-

do o negligencia del oficial de sanidad, médico militar doctor Nicasio Sarmiento González, quien no atendió oportuna y debidamente al soldado Valencia Mejía para prevenir la enfermedad y evitar su muerte;

"b) Que la Nación es responsable del descuido o la negligencia del empleado nacional dicho, doctor Nicasio Sarmiento González, por cuya culpa se produjo el fallecimiento del soldado Alberto (Gilberto) Valencia Mejía, y debe indemnizar a mis demandantes, como herederos legales, de los daños y perjuicios de todo orden que de la muerte de su hijo se les derivan;

"c) Que la Nación, como consecuencia de la anterior declaración, está en la obligación de pagar a la sucesión de Alberto (Gilberto) Valencia M., representada por mis demandante, seis días después de ejecutoriada la sentencia respectipa, la suma de dinero que fijen los peritos dentro de este juicio como indemnización por los perjuicios morales y materiales que con la muerte de Valencia Mejía se ocasionaron a sus herederos;

"d) Que la misma entidad demandada debe y está también en la obligación de pagar a mis demandantes, don Emiliano Valencia y doña María de Valencia, el valor de todos los gastos que ellos, por concepto de entierro, conducción del cadáver, etc., tuvieron que erogar con motivo directo de la muerte de su hijo.

"Subsidiariamente, y para el caso de que no se hagan a favor de la sucesión las declaraciones antes expresadas, y obrando con las mismas facultades del poder que me confirió, solicito que ellas se hagan a favor de los señores Emiliano Valencia y María Mejía, por los perjuicios que se le ocasionaron con la muerte de su hijo Alberto (Gilberto) Valencia Mejía, o, finalmente, si ninguna de las dos peticiones prosperare, bien a favor de la sucesión o de mis mandantes personalmente, que las mismas declaraciones se hagan a favor de la sociedad conyugal formada por don Emiliano Valencia y doña María Mejía".

Como hechos fundamentales de la demanda expuso éstos:

"**Primero** Don Emiliano Valencia y doña María Mejía, cónyuges entre sí, fueron los padres legítimos del señor Alberto Valencia Mejía, (bautizado Gilberto, según constancia), que nació en Pereira el 5 de abril de mil novecientos catorce y murió en Cali el veinticuatro de enero de mil novecientos treinta y nueve;

Segundo. Alberto (Gilberto) Valencia Mejía creció, adquirió en su hogar el hábito del bien y recibió instrucción adecuada, percibiendo conocimientos que lo capacitaron ventajosamente para la vida y para ser una eficaz ayuda de sus padres;

Tercero. Poco después de cumplir su mayor edad, Alberto (Gilberto) Valencia Mejía entró a cancelar a la Nación unos de sus deberes ciudadanos: ingresó al Ejército como soldado y se le destinó a prestar el servicio en la guarnición terrestre de la base aérea militar "Ernesto Samper" (El Guabito), acantonada en Cali;

Cuarto. Más de un año permaneció Valencia Mejía en el Ejército, prestando su servicio militar cumplidamente, distinguiédose en todo tiempo por su disciplina, inteligencia, laboriosidad y compañerismo que le merecieron la estimación de oficiales y tropa;

Quinto. En uno de los últimos quince días del mes de diciembre de mil novecientos treinta y ocho (1938), cuando prestaba servicio activo en la base aérea "Ernesto Samper", el soldado Valencia Mejía fue mordido por un perro hidrófobo que ocasionalmente penetró en la base militar, e inmediatamente acudió al médico de la guarnición, por cuya orden sólo se le hizo una curación externa con mercurio-cromo;

Sexto. Valencia Mejía, como varios compañeros suyos que conocían el can y seguro de que éste estuviera hidrófobo, manifestó sus temores al médico oficial de sanidad de la tropa, doctor Nicasio Sarmiento González, insinuándole la conveniencia de aplicarle alguna inyección o vacuna o suero preventivo. El señor Médico no qui-

y despachó a Valencia a que continuara en el servicio;

Séptimo. Los soldados todos, y Valencia Mejía con mayores razones, alcanzaron al perro y lo sujetaron para que el médico lo examinara, pero el facultativo se negó a hacerlo, a pesar de que el animal permaneció cautivo tres días;

Octavo. Después de recibir la mordedura. el soldado Valencia Mejía se sintió enfermo y experimentó agudos dolores que lo hicieron acudir nuevamente al facultativo, a quien quiso explicar los síntomas que sentía. El Oficial de Sanidad (médico de la tropa), doctor Nicasio Sarmiento González, sin examinar a Valencia afirmó que nada tenía, diciendo que Valencia se fingía enfermo para eludir el servicio. El soldado le solicitó al médico, entonces, el permiso correspondiente para hacerse ver de un médico particular, pero el Oficial de Sanidad se lo negó rotundamente, calificando al soldado de "pernicioso y negligente";

Noveno. Posteriormente, la salud del soldado Valencia Mejía empeoró a la vista de todos y ante la indiferencia del médico Sarmiento González, y después de una súbita gravedad FALLECIO, víctima de la hidrofobia, el veinticuatro (24) de enero próximo pasado, en el hospital enfermería de la base aérea militar "Ernesto Samper" (El Guabito), en Cali, siendo de anotar aquí que a Valencia se lo obligó al servicio hasta pocas horas antes de morir;

Décimo. De lo que dejo relatado se deduce que la muerte del soldado Valencia Mejía, hijo legítimo de mis mandantes, se debió, exclusivamente, a culpa, descuido o negligencia del médico encargado del servicio de sanidad del Ejército en la base aérea militar "Ernesto Samper", Dr. Nicasio Sarmiento González, ya que las consecuencias de la mordedura del perro se pudieron evitar si oportunamente, y como es de rigor para casos semejantes, al soldado se aplica el tratamiento indicado para prevenir la enfermedad en casos como el que se presentaba;

Undécimo. Esa culpa, descuido o negligencia aparece manifiesto y evidente de las propias instancias del soldado Valencia Mejía y de las reiteradas negativas del médico oficial de sanidad a examinarlo y aplicarle los sueros o vacunas preventivas que aquél solicitaba y que el ejército estaba en la obligación de suministrarle para proteger su vida;

Duodécimo.—Es consecuencia de lo anterior que si la muerte de Valencia Mejía se produjo por descuido o negligencia de quien estaba en el deber de prevenirla e impedirla por todos los medios posibles, de los cuales disponía del servicio de sanidad del ejército, con ella se ha ocasionado a sus herederos o representantes daños y perjuicios que reclaman la consiguiente reparación;

Décimotercero.—El doctor Nicasio Sarmiento González, oficial de sanidad del ejército en la base aérea militar "Ernesto Samper" está legalmente posesionado de su cargo, para el que lo nombró el poder ejecutivo, y su diploma de médico aparece registrado en el año de 1928, a folio 209, libro 11 del Ministerio de Educación Nacional;

Décimocuarto.—Son don Emiliano Valencia y doña María Mejía, mis mandantes, quienes, como padres legítimos y herederos universales del soldado Alberto (Gilberto) Valencia Mejía, que murió soltero y sin dejar descendientes —ni naturales ni legítimos— tienen derecho a reclamar y obtener la correspondiente indemnización por los perjuicios de toda índole que por la muerte de su causahabiente se les ocasionaron, y es la entidad de derecho público denominada la NACION la que, como responsable civilmente de los actos u omisiones o culpa de sus empleados o agentes, debe responder a aquéllos de la muerte de su hijo y reconocerles, en consecuencia, la indemnización respectiva".

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Pereira contestó la demanda en los términos siguientes:

"Los hechos los contestó así:

El primero.—Parece ser cierto, aunque existe una gran diferencia entre el nombre del soldado muerto en Cali y el del

niño de que habla la partida de bautismo que se acompañó a la demanda.

El segundo.—Lo ignoro, por eso no lo niego ni lo acepto.

El tercero.—Es cierto.

El cuarto.—Lo ignoro. Por eso no lo niego ni lo acepto.

El quinto.—Niego lo de que el perro que mordió al soldado Valencia Mejía estaba hidrófobo. Lo demás es cierto y estimo que eso era precisamente lo que había de hacerse. En efecto, el soldado Valencia Mejía se presentó al médico de la guarnición doctor Nicasio Sarmiento González, y mostrándole una pequeña rasgadura en el dedo índice de una de sus manos, le informó que en tal forma acababa de ser mordido por un perro. El médico, atento al cumplimiento de su deber, interrogó ampliamente al soldado Valencia sobre el modo mismo como el perro lo había mordido. Valencia explicó entonces el hecho, asegurando al galeno que el perro lo había mordido en el momento en que él y otros de sus compañeros se entretenían jugando con el animal, juego en el cual Valencia lastimó con dureza al perro, obligándolo con ello a reaccionar en la forma ya dicha, es decir, mordiéndolo levemente. El doctor Sarmiento González continuó su interrogatorio a fin de averiguar a Valencia si el perro había mordido a alguno de sus compañeros, o si el perro atacaba a las personas, o si corría o daba muestras de furor. A todas estas preguntas el soldado respondió negativamente. Después de obtenidas las respuestas que se acaban de citar, al médico no podía quedarle duda de que sólo se trataba de un simple caso de mordedura, para lo cual limitó su actitud profesional a aplicar en la herida un poco de mercurio cromo, como lo dice el apoderado de los actores.

El sexto.—No es cierto. Por eso no lo niego.

El séptimo.—No es cierto. Por eso lo niego.

El octavo.—No es cierto. El soldado Valencia Mejía fue mordido el día 23 de diciembre de 1938. Ese día se le hizo la aplicación relacionada al contestar el hecho quinto. De allí en adelante el paciente no volvió a quejarse de dolencia alguna hasta el día 20 de enero del presente año, fecha en la cual se presentó a la consulta del doctor Sarmiento González, quejándose de una fuerte neuralgia braquial y antibraquial. El paciente fue atendido sin demora y con las medicinas que su mal aparente requería. De ese día en adelante Valencia Mejía estuvo en todo momento bajo la estricta vigilancia del médico y los enfermeros de la guarnición, hasta el día mismo en que le sobrevino la muerte. Exagerada resulta la aseveración hecha por el distinguido colega que dirige la acción, doctor Valencia Arboleda, cuando dice que el soldado Valencia Mejía murió completamente abandonado y despreciado de todos. Comprobaré lo abultada de tamaña aseveración, pues Valencia Mejía, por el contrario, fue atendido hasta el último momento, y es de advertir que por salvarle la vida se llegó hasta buscar y conseguir los servicios del médico del Regimiento Pichincha, doctor Casas, médico con el cual hizo el doctor Sarmiento González todo lo que estaba a su alcance al servicio del soldado enfermo. Si el soldado murió, ello no se debió en ningún caso al descuido denunciado en la demanda que contesto, sino más bien a la fatalidad, que es fuerza que domina y prevalece.

El noveno.—Ya he aceptado que la salud del soldado Valencia Mejía "súbitamente" —como lo dice el representante de los actores en el hecho que contesto— se agravó y que, en pocos días, le sobrevino la muerte. Hasta allí estoy conforme con la demanda. Sin embargo, el hecho que contesto tiene aspectos que no puedo menos de rechazar. Es el primero de esos hechos el de que el perro que mordió al soldado estaba rabioso, o mejor, hidrófobo, y que, en consecuencia, el soldado Valencia murió atacado de hidrofobia. Sostengo que mientras no se traiga a los autos copia del examen clínico del perro o del examen clínico del soldado mordido por ese mismo perro, no se puede decir científicamente hablando que el soldado Valencia Mejía murió atacado de hidrofobia. Para que la

demanda llegue a prosperar por este aspecto —que es su base y esencia— debe exigirse esa prueba, toda vez que en estas cuestiones siempre es aventurado juzgar por simples apariencias. Es el laboratorio el que dice la última palabra. Ese fallo es precisamente el que exijo. Rechazo también, por exagerado e inhumano, el cargo que en este hecho se hace en forma expresa al médico Sarmiento González; de igual manera rechazo el cargo velado que se hace a los oficiales de la guarnición en donde se sucedió la muerte del soldado Valencia Mejía, cuando se dice que éste fue obligado a prestar servicio hasta pocas horas antes de morir. Francamente la situación que el apoderado de la acción nos pinta deja la idea exacta de que en la dicha guarnición no existe caridad, ni sentimiento humanitario de ninguna índole: el médico deja morir a los soldados y atiende todos sus males a base de unturas de mercurio cromo; los oficiales, haciendo eco al médico, obligan a esos mismos soldados a trabajar hasta pocas horas antes de morir.

El décimo.—Lo niego por no ser cierto lo que en él se dice.

El undécimo.—También lo niego por no ser cierto lo que en él se dice.

El duodécimo.—Lo contesto en la misma forma del anterior.

El décimotercero.—Lo acepto.

El décimocuarto.—No hubo tal descuido, ni tampoco negligencia por parte del médico de la guarnición. Lo demás lo rechazo consecuencialmente".

Manifiesta el representante del Ministerio Público, en su escrito de contestación, que se opone a que se hagan las declaraciones pedidas en la demanda. Y termina proponiendo la excepción perentoria de inexistencia de la obligación por parte de la entidad demandada.

En ejercicio del derecho que al demandante confiere el artículo 208 del C. J., el actor corrigió la demanda, lo que hizo en estos términos:

El hecho quinto queda así: "El veintitrés de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, cuando prestaba servicio activo en la base aérea "Ernesto Samper", el soldado Alberto (Gilberto) Valencia fue mordido por un perro hidrófobo que ocasionalmente entró a la base, e inmediatamente acudió a la enfermería u hospital de la misma institución, preguntándole al médico doctor Nicasio Sarmiento González si la mordedura que él exhibía "tendría algún peligro por cuanto que el perro pudiera tener peste de rabia".

El hecho séptimo queda así: "Varios soldados y suboficiales y Valencia Mejía también, todos inquietos, sujetaron el perro con un alambre, comprobando que todas las apariencias eran de que el can estuviese hidrófobo, pues destrozaba los maderos que le acercaban aún en son de juego, motivo por el cual le dieron muerte a garrotazos varios suboficiales y soldados cuyas declaraciones tengo en mi poder, recibidas extrajuicio, y de las cuales consta que el médico Sarmiento González, sabiendo el peligro que corría el soldado Valencia, no volvió al cuartel ese día, veintitrés de diciembre, ni al día siguiente, ni en muchos días más, no habiendo dejado, por otra parte, ninguna instrucción a los enfermeros del hospital de la base".

El hecho octavo queda así: "Después de recibir la mordedura, el soldado Valencia Mejía manifestó los síntomas que se le presentaban, pero ningún médico concurría a la base para él manifestarle sus temores, hasta que uno de los enfermeros le inyectó, por tres veces, suero antirrábico, cuya eficacia se desconoce, pues se ignora si era fresco o añejo, aunque desde luego pueda afirmarse que el tratamiento para la hidrofobia consta de catorce inyecciones de producción fresca y progresivas, que deben aplicarse bajo vigilancia médica y que se reparten gratuitamente por el Gobierno Nacional, entregándolas a domicilio de los enfermos, sin costo alguno".

El hecho décimo queda así: "De lo que dejo relatado se deduce que la muerte del soldado Valencia Mejía, hijo legítimo de mis mandantes, se debió exclusivamente a culpa, descuido o negligencia de los encargados de la Sección de Sanidad de la

base aérea "Ernesto Samper", ya que las consecuencias de la mordedura del perro se pudieron evitar si oportunamente, y como es de rigor para casos semejantes, al soldado se aplica el tratamiento indicado para prevenir la enfermedad en casos como el que se presentaba".

"Para agregar a los hechos. Hecho décimoquinto.—Como aparece demostrado en declaraciones extrajuicio que ya están recogidas, del soldado Valencia Mejía, dijo el médico de Sanidad, doctor Nicasio Sarmiento González, "que ya lo había examinado, que no tenía nada y que sólo su pereza y negligencia le hacían fingirse enfermo".

"El punto a) de la parte PETITORIA, queda así:

"Que en la muerte del soldado Alberto (Gilberto) Valencia Mejía, acaecida el veintitrés de enero de mil novecientos treinta y nueve en el hospital de la base aérea militar "Ernesto Samper" (El Guabito), de la ciudad de Cali y perteneciente al ejército nacional, existió culpa, descuido o negligencia de la Sección de Sanidad de la misma base aérea "Ernesto Samper", que no atendió, por medio de sus empleados, oportunamente y debidamente al soldado Valencia Mejía para prevenir la enfermedad y evitar su muerte".

"El punto b) de la parte PETITORIA queda así:

"Que la NACION es responsable del descuido o la negligencia de los empleados de la Sección de Sanidad de la base aérea militar "Ernesto Samper", sean ellos quienes fueren, y de manera especial del médico doctor Nicasio Sarmiento González. y por cuya culpa se produjo el fallecimiento del soldado Alberto (Gilberto) Valencia Mejía, y debe indemnizar a mis mandantes, como herederos legales, de los daños y perjuicios de todo orden que de la muerte de su hijo se le deriven".

Admitida esa corrección y corrido nuevo traslado al agente del Ministerio Público, este funcionario lo evacuó como pasa a verse:

"El hecho quinto (reformado) lo contesto en la forma misma como contesté el hecho quinto de la demanda inicial.

"El hecho séptimo (reformado), lo contesto en la misma forma como contesté el hecho séptimo de la demanda inicial, pero con la siguiente adición: no es cierto que el perro hubiera sido muerto, como lo asegura el doctor Valencia Arboleda; tampoco es verdad de que "el médico Sarmiento González, sabiendo el peligro que corría el soldado Valencia, no volvió al cuartel ese día. . ." El suscrito también tiene en su poder declaraciones de oficiales y soldados, y es lo cierto que de ellas ha sacado en conclusión que el perro no fue muerto, y mucho menos lo de que en el cuartel todo el personal se hubiera dado perfecta cuenta de que el perro estaba hidrófobo y, sin embargo, se hubiera dejado que el paciente Valencia Mejía muriera en condiciones muy semejantes a las del menos venturoso de los mortales. Vuelvo a repetir que niego y rechazo —por inconcebible y absurdo— el hecho de que el médico Sarmiento —por maldad o por sport, porque no le veo otra explicación a la actitud de que se le acusa en la demanda— hubiera permitido que el soldado Valencia muriera. Yo sostengo —y que se pruebe lo contrario—. que el doctor Sarmiento González no estaba enterado de que el perro estuviera hidrófobo, cuestión ésta que sólo podría asegurarse después de un examen bacteriológico que no se hizo. Si el perro se soltó y se fue por camino desconocido hasta hoy, mal puede decirse que estuviera atacado de hidrofobia y muchísimo menos que el médico Sarmiento estuviera en la obligación profesional de tratar a Valencia Mejía como un enfermo atacado del mal en mención.

"El hecho octavo (reformado), lo contesto en la forma como contesté el hecho octavo de la demanda inicial, agregando que el tratamiento de que se habla en el hecho que contesto sí fue pedido por el médico Sarmiento inmediatamente que éste se dio cuenta de que el soldado Valencia podía estar atacado de hidrofobia. Esas vacunas o sueros fueron pedidas por ra-

diograma a la Dirección General de Sanidad.

"El hecho décimo (reformado), lo contesto en la forma misma que contesté el hecho décimo de la demanda inicial.

"El hecho décimoquinto (introducido como hecho nuevo), lo niego. Pero aceptando que las cosas hubieran sucedido como allí se dice, parece lógico que debe comprobarse la malicia, la decidia, la negligencia o el interés especial que el médico Sarmiento hubiera tenido para negarse a tratar al soldado Valencia Mejía, sabedor como era —según se asevera en la demanda— que el dicho soldado había sido mordido por un perro que estaba hidrófobo. Si no hubo, pues, esa negligencia, ni tampoco esa maldad —porque esto ya es algo que va contra ese alto sentido de humanidad que en todo humano es innato— mal puede venirse asegurar aquí que el caso historiado informa un problema jurídico. Lo que sucedió fue simplemente esto: un soldado fue mordido por un perro; al poner en conocimiento del médico de la guarnición el hecho en referencia, el soldado indicó al galeno un número plural de detalles que dejaron a éste en el sano convencimiento de que el animal no estaba enfermo; muchos días después (poco menos de un mes) el soldado se presenta nuevamente donde el médico; el médico lo examina, lo receta y lo deja en observación; al día siguiente empeora y el médico, solícito y atento, continúa recetándole. Pero cuando ya el mal no tenía remedio, aparecen ciertos síntomas que inducen al médico a creer que se trata de un caso de hidrofobia. Inmediatamente se pidieron los sueros o vacunas indicadas como tratamiento único del dicho mal, más es lo cierto que mientras esto se hacía el soldado empeoraba y moría luégo. El mismo médico a que vengo haciendo mención lo tiene confesado en declaración que rindió y cuyo original reposa en este despacho, que él se equivocó en el diagnóstico, pero que inmediatamente creyó que fuera hidrofobia, se apresuró a pedir los sueros necesarios para tratar al soldado Valencia. Sobre el particular —aceptado que el soldado Valencia sí hubiera muerto atacado de hidrofobia, tesis que el suscrito fiscal no comparte y que no se ha establecido hasta este momento—, cabe hacer varias consideraciones: quién es responsable de equivocaciones limpias de malicia? Cuál es el profesor —médico—, abogado, ingeniero, etc., que no ha sufrido la primera equivocación? El día en que un profesional cualquiera se equivoque, pueden cobrársele las consecuencias de su equivocación? Por mi parte lo niego y espero confiado en que conmigo habrán de estar de acuerdo los juzgadores a quienes coresponda la decisión de este curioso litigio.

"A las peticiones de que habla la reforma que estoy contestando, igual que a las que se hicieron en la demanda inicial, me opongo de manera terminante".

Surtidos los demás trámites del juicio el tribunal del conocimiento desató la controversia con el fallo de fecha 10 de julio de 1940 por el cual "absuelve a la nación, o sea a la República de Colombia, de todos los cargos que se le formularon en la demanda de 10 de febrero de 1939, y en su corrección de 28 de los mismos mes y año, presentada por el doctor Arturo Valencia Arboleda como apoderado judicial de Emiliano Valencia y María Mejía de Valencia".

Por no haberse conformado con ese fallo la parte perdidosa, la que hizo valer el recurso de apelación que le fue concedido, subió el asunto a la Corte, Sala de Negocios Generales, en donde se abrió nuevamente a pruebas y se recibieron los alegatos escritos de los contendientes.

Fundamentos de la sentencia recurrida

El fallo suplicado parte de la base de que están debidamente acreditados estos hechos: que Alberto Valencia fue soldado al servicio militar de la base aérea "Ernesto Samper"; que murió estando al servicio de la compañía terrestre de esa unidad y que a cargo del doctor Nicasio Sarmiento González, médico oficial de sanidad de ese cuerpo, estaban todos los enfermos militares de la base, incluso Alberto Valencia. Entra luégo ese fallo en el

examen de la que considera proposición fundamental, es a saber: "Si el citado Valencia M., murió a consecuencia de haber sido mordido por un perro hidrófobo que ocasionalmente entró en la base aérea "Ernesto Samper", y que tal muerte se debió exclusivamente a culpa, descuido o negligencia de los encargados de la sección de sanidad".

"En primer lugar —dice el fallo— conviene establecer si el señor Valencia Mejía murió efectivamente por la transmisión del parásito conducido por el perro enfermo en estado de hidrofobia". Y después de refirirse a las declaraciones de testigos producidas en la primera instancia; a las manifestaciones del médico de la base doctor Nicasio Sarmiento G.; a los dictámenes periciales y demás informes que obran en el proceso, y tras un estudio patológico de la enfermedad conocida con el nombre de rabia, concluye que en éste litis "faltó la comprobación eficiente y científica causal de la muerte de Valencia M., o, citando a Josserand, para deducir la responsabilidad de que habla su teoría, faltó la evidencia de que el daño haya sido causado y que el daño haya sido cierto". Sirve de fundamento principal a esa conclusión la creencia de que sin el examen clínico del perro que se dice rabioso o el examen clínico del soldado mordido por ese mismo perro no se puede deducir científicamente hablando que el soldado Valencia M., murió atacado de hidrofobia. Es, se ha dicho, el laboratorio el que debe decidir en este asunto. Considera el fallo recurrido que por cuanto el can que mordió a Valencia Mejía no fue sometido a observación, ni examinado su cadáver, es imposible saber si el animal estaba o no hidrófobo. Y como tampoco se hizo la autopsia del soldado Valencia Mejía, única forma, en sentir del tribunal, de haber constatado la existencia de los fenómenos que caracterizan la rabia humana, no es dable afirmar que el fallecimiento acaeció por esta enfermedad, cuya sintomatología, según la disertación sobre patología de la rabia que se hace en el fallo apelado, puede confundirse con la de otras dolencias.

Considera la Sala:

En el hecho quinto de la demanda corregida se afirma que el soldado Alberto Valencia Mejía (o Gilberto Valencia Mejía, pues hay en autos prueba de que se trata de la misma persona, cuaderno número 1º, folio 2; cuaderno número 3º, folios 14 y 15), fue mordido por un perro hidrófobo que ocasionalmente entró a la base. En la segunda instancia se ha demostrado que Valencia Mejía fue mordido por un perro que entró a la base. Estaba efectivamente hidrófobo el animal? Las manifestaciones externas relatadas por testigos que lo vieron, el tratarse de un perro callejero, y el antecedente —debidamente comprobado— de que por ese entonces se presentaron en Cali varios casos de mal de rabia en perros (certificado del director de la Unidad Sanitaria de Cali, folio 18 y s., cuaderno número 3), inclinan el ánimo a la creencia de que **el animal** sí estaba atacado del temible mal, creencia que adquiere la solidez del convencionamiento si se consideran la consecuencia fatal que tuvo la mordedura del perro en cuestión y la circunstancia comprobada, con el dictamen pericial, de que la rabia no se presenta en forma espontánea.

De qué murió el soldado Valencia Mejía?

Lo dice el certificado de defunción expedido por el mismo médico de la base, doctor Nicasio Sarmiento González, concebido en los términos siguientes: "El suscrito médico cirujano de la Universidad Nacional y oficial de Sanidad de la Base-Escuela "Ernesto Samper", certifica: que el día de hoy, a las 6 y 50 minutos de la tarde murió en la enfermería de la Base el soldado Alberto Valencia Mejía, hijo de Emiliano Valencia y María Mejía, natural de Pereira (Caldas), de 22 años de edad, soltero, cédula de identidad Nº 1784578 de Pereira, de una HIDROFOBIA. En fe de lo cual se extiende la presente testificación en Cali a 24 de enero de 1939, doctor

N. Sarmiento González, Of. de Sanidad".

En posiciones absueltas por el propio Dr. Sarmiento González, éste dijo lo siguiente, en relación con el soldado Valencia Mejía: "por los síntomas que se presentaron, el 23 y 24 de enero, este soldado murió de hidrofobia según los signos clínicos que observé; solamente no me fue posible haber hecho una investigación en la autopsia que hubiera confirmado plenamente las manifestaciones clínicas, diligencia de autopsia que no se practicó únicamente por consideraciones a la señora madre que llegó la noche del 24 y a quien en medio de su dolor nos pareció inconveniente importunarla para que concediera el permiso respectivo". Y en declaración dada el 23 de mayo de 1939, dijo lo que sigue, en relación con el certificado transcrito: "El contenido de dicho certificado es cierto en todas sus partes, y sólo debo aclarar que por premura en su elaboración he debido poner "rabia"; en lugar de hidrofobia, como allí aparece, porque hidrofobia es un sindrome, y rabia es el nombre técnico de la enfermedad que ócasionó la muerte al soldado Alberto Valencia Mejía. Este error se corrigió al enviar la boleta de defunción, de Cali a las autoridades Sanitarias de Pereira'.

El concepto de que el soldado Valencia Mejía murió de rabia, está corroborado con la declaración del médico doctor Miguel Casas, quien expuso lo que va a verse: "A fines del año próximo pasado se me llamó de la Base Aérea "Ernesto Samper", de esta ciudad de Cali, para que viera y tratara con mis conocimientos al señor Alberto o Gilberto Valencia Mejía, soldado atacado de hidrofobia, que está o debía estar bajo el cuidado del doctor Nicasio Sarmiento G., médico de la base aérea ya mencionada". . . . "El médico de la Base conceptuaba, y éste fue mi concepto que el soldado Valencia sufría un ataque de hidrofobia a consecuencia de la mordedura de un animal rabioso".

En esta circunstancia, los expertos doctores Sixto Mejía y Pedro José Almánzar V, expresaron su concepto de que el soldado Valencia Mejía murió de rabia. El Dr. Mejía dice: "Sí creo yo que el soldado Valencia Mejía murió de rabia; a) por el cuadro clínico que relata todo el trayecto de la enfermedad; b) Por las varias certificaciones que aparecen en el expediente de las cuales se desprende que el mismo médico asegura que el soldado murió de rabia; por la declaración que en posiciones hace el médico Sarmiento sobre la enfermedad de que murió Valencia Mejía; por la circunstancia de haber pedido el médico de la Base tratamiento para la rabia que le fue enviado tarde por el laboratorio Samper Martínez, y finalmente, por la declaración rendida el seis de junio de 1939: El médico de la Base conceptuaba, y éste fue mi concepto, que el soldado Valencia Mejía sufría un ataque de hidrofobia a consecuencia de la mordedura de un perro rabioso. "El caso no admite dudas: El soldado Valencia Mejía murió de rabia vulgarmente llamada hidrofobia".

El perito doctor Pedro José Almánzar V., nombrado por el representante de la Nación, dijo: "los datos que figuran en el expediente, no me permiten aceptar o negar que el perro a que se alude tuviera rabia. Teniendo en cuenta la descripción que se hace de la enfermedad del soldado Alberto Valencia M., y el concepto de los médicos que lo atendieron, creo que éste murió de rabia". Este mismo experto dice que sí debe tenerse en cuenta el concepto de dos médicos que atienden a un paciente y dicen que éste murió de rabia.

Teniendo en cuenta que la intervención de los peritos, como auxiliares de la justicia, obedece a la imposibilidad o a la dificultad, en que está el juzgador de abarcar conocimientos especiales sobre las diversas ramas del saber humano, la Sala no puede menos de atenerse, en lo que respecta a la enfermedad de que murió el soldado Valencia Mejía, a lo que han conceptuado expertos en medicina, como lo son los doctores ya citados.

Sentado que Valencia Mejía murió del mal de rabia, surge esta cuestión:

Al soldado Valencia Mejía se le aplicó el tratamiento indicado por la ciencia pa-

ra prevenir que se desarrollara el mal de rabia?

De la forma como se resuelva este interrogante habrá de resultar si el médico de la Base procedió con imprudencia, descuido o negligencia grave en el caso del paciente que se le presentó haciéndole saber que acababa de ser mordido por un perro.

Para responder, con acierto, a la cuestión propuesta, conviene en primer lugar, transcribir el informe rendido al Comandante de la Base Escuela "Ernesto Samper", por el Oficial de Sanidad de dicha Base, doctor Nicasio Sarmiento González:

"Fuerzas Militares de Colombia. — Aviación. — Base-Escuela "Ernesto Samper". — Cali. — Sección Sanidad. — 26 de enero de 1939. — Nº S|14. — Al señor Comandante de la Base. — Gn. REF. Informe sobre la enfermedad y muerte del soldado Alberto Valencia Mejía. — De la manera más atenta me dirijo a esa Superioridad para rendir un detallado informe sobre la muerte de un soldado de la Cp. Terrestre de Aviación, accidente desgraciado que he sido el primero en lamentar intensamente, con el más hondo sentido de humanidad. — ANTECEDENTES. — Estando el soldado Alberto Valencia Mejía el 23 de diciembre pasado, jugando con algunos de sus compañeros y con un gozquecito que, durante varios días había dado en entrarse a la Base, después de algún castigo brusco que el soldado le hizo el animal reaccionó y lo mordió en el dedo índice de la mano izquierda, produciéndole una herida muy leve pero que preocupó al soldado. — Este se presentó a la consulta donde personalmente lo atendí y me refirió el caso; solicité si había mordido algún otro y se me dijo que nó; pregunté si el perro había atacado espontáneamente o nó, y el soldado me informó que era después de haberlo golpeado él con dureza; inquirí si la actitud del animalejo era de ataque y se me dijo que nó; porque estaban jugando varios soldados con el animal y solamente después de haberlo golpeado Valencia con dureza había reaccionado. Tranquilicé pues al soldado diciéndole que siendo lo anterior así, como él lo decía no era presumible que fuera un perro enfermo; sin embargo, le dije que sería necesario verlo para apreciar mejor si la actitud del animal era de ataque para las demás personas y algunos otros síntomas que se parecieran al mal de rabia. Posteriormente el animal fue cogido por algunos soldados, pero no fue traído a la Enfermería, sino al contrario: lo espantaron a correazos y no se volvió a ver en la Base, ni se supo que hubiera mordido a nadie más. El 24 de diciembre salí de vacaciones para la ciudad de Buga después de mi presentación previa ante el Comando y de la firma del libro de presentaciones. De Buga regresé el 12 de enero a ponerme nuevamente al frente de mis actividades. Entre el 12 y el 21 de enero no hay constancia de que el soldado Valencia se haya presentado a mi consulta, pues yo, en el presente año resolví establecer un minucioso control de enfermos y de los sujetos que vienen a la Consulta diariamente, debido al enorme cúmulo de trabajo que hay. — ENFEREDAD ACTUAL. El 21 del presente mes se presentó a la Consulta nuevamente el soldado Valencia y presentaba una neuralgia especialmente localizada sobre los nervios cubital y radial del antebrazo izquierdo, me manifestó que había amanecido con mucho dolor en todo el brazo. Después de haber examinado las vías digestivas, reflejos, temperatura que era normal y no observar más que una clásica neuralgia con irradiación a todo lo largo de los trayectos nerviosos del radial y del cubital prescribí: cápsulas antineurálgicas, aplicación de agua caliente en la parte adolorida y de una pomada calmante a base de salicilato de metilo, bálsamo tranquilo, mentol, eucaliptol, etc. El 22, domingo, se me llamó por teléfono y vine a verlo, presentaba una lengua saburral, ligera constipación, 37º,4 de temperatura y el dolor aun cuando no era tan intenso no desaparecía por completo. Le formulé y le administré un purgante de Sulfato de sodio con limonada láctica y dejé indicado que si después de la acción del purgante el dolor no cedía era necesario administrarle una ampolleta de Morfina-clorhidrato para ali-

viarlo por completo. El 23, lunes, encuentro por la mañana a un enfermo agitado, nervioso, que había dormido muy poco la nòche anterior no obstante que el enfermero aplicó la morfina por la noche; la neuralgia parecía desaparecida totalmente para dar paso a una irritabilidad nerviosa intensa, ligero aumento de los reflejos, temperatura normal El enfermo permanecía muy tranquilo horas enteras para dar luégo lugar a un desasosiego, indisposición y mal genio intenso que le dura 10 o 15 minutos. Volví a inquirir antecedentes de este enfermo y se me recordó que era el mordido casi un mes antes. Se puede decir que desde ese instante no tuve tranquilidad y puse el radiograma Nº S|2 pues la aplicación del tratamiento antirrábico en tales condiciones, si acaso se confirmaba que se tratara de rabia, era apenas una ligera esperanza de salvación Prescribí bromuros y cloral para calmar la excitabilidad nerviosa, aunque intermitente que padecía ya el enfermo Por la noche durmió poco no obstante que se repitió la morfina y que tomaba sus copas de bromuros con cloral hidratado El martes 24 amaneció ya el enfermo con el signo característico de la hidrofobia: no pasaba los remedios a pesar de su gran voluntad porque el sólo contacto del líquido con la mucosa bucal lo exaltaba y le hacía temer ahogarse, el ruido del chorro del agua lo impacientaba horriblemente; sin embargo, intentó bañarse y tan pronto la primera gota de agua tibia se le puso en contacto con los pies, se subió al inodoro contiguo para librarse del peligro de ahogarse. Los reflejos se exaltaron intensamente como a las 9 de la mañana. se produjo una elevación térmica de 38º a esta misma hora, para ir subiendo paulatinamente en las horas de la tarde; a la 1 p. m. tuvo 39º, a las 2 subió a 39º5, a las 3½ a 40º5 y a las 3 y 30 a 41º5 que fue el máximo observado. Colocado desde el día anterior en una cámara sólo, se le agregaron cortinas oscuras, se le hicieron aplicaciones de hielo sobre el corazón, pues desde las 2 de la tarde presentó pequeñas intermitencias y a las 4 y media apareció un soplo de insuficiencia. No habiendo comido desde la víspera se le administró el martes suero glucosado con adrenalina y cada dos horas aceite alcanforado de 5 cc., Además, el doctor Casas, Oficial de Sanidad del Bat "Pichincha" quien ocurrió en la tarde del martes después de mi angustioso llamamiento agregó: En vez de Cloral hidrato en leche hervida, esparteína y nuevas aplicaciones de suero glucosado intravenoso. El médico veterinario doctor Alejandro Patiño, informado por alguien del caso, nos trajo una Revista médica en la cual se relataba un caso análogo —curado con sangre de un palúdico en pleno acceso, a pesar de la gravedad de la infección. Casualmente uno de los señores Oficiales de la Cp. Terrestre el señor Teniente Jorge Alfonso Valbuena estaba haciendo en ese día franco acceso palúdico y él amablemente nos facilitó 5 cc. de su propia, como postrera esperanza para salvación de su subalterno. Sin embargo todo esfuerzo fue inútil: a las 5 de la tarde el enfermo ya completamente calmado con el cloral, entró en coma y a las 6 y 50 minutos de la tarde murió. AUTOPSIA. No obstante el interés que no sólo el suscrito, sino el doctor Casas y el médico veterinario teníamos de practicar la autopsia, circunstancias muy respetables de familia lo impidieron. Para terminar sólo me resta manifestar que por las investgiaciones y datos suministrados sobre el animal, causante de este caso desgraciado, no creí nunca que se tratara de un caso de rabia y por eso no creí necesario haber solicitado oportunamente la serie de inyecciones que suministra la Dirección Nacional de Higiene y que hubieran salvado a un soldado de la República. Funesto error que he sido el primero en lamentar de la manera más intensa y emocionada: Quiero dejar constancia por último de que el farmacéutico Paz, conservaba en su poder tres ampolletas frescas del tratamiento por el Método Semple, que algún enfermo que había visto en la calle no utilizó totalmente y se las aplicó al enfermo en los días 23, 24 y 25 de diciembre de 1938. Creo dejar si no justificada por lo menos explicada mi intervención, de la manera más sincera, en este caso desgracia-

do que ha dejado en mi alma un profundo sentimiento de pesar".

Y al ser interrogado en posiciones el mismo doctor Sarmiento "diga usted como es cierto, sí o nó, que cuando el soldado Valencia Mejía fue mordido por un perro y le avisó el caso, usted no solicitó vacuna contra la hidrofobia ni dio aviso a las autoridades de sanidad de Cali, sobre el caso?" contestó: "es cierto y aclaro: no solicité la vacuna porque no creí por los síntomas que me describió el soldado que el perro estuviera rabioso y por eso mismo no dí parte a las autoridades sanitaria ni a la Dirección General de Sanidad Militar de quien dependo. Aclaro que los síntomas de la hidrofobia se presentaron la víspera de la muerte del soldado, o sea el 23 de enero. En ese día puse yo un radiograma urgente a la Dirección de Sanidad Militar pidiendo el tratamiento porque era en estas circunstancias la única ligera esperanza que había de salvarle la vida al soldado". Según lo declaró el doctor Sarmiento González en las mismas posiciones, el tratamiento llegó en avión el día 25 de enero a las 11 de la mañana, es decir, ya muerto el soldado.

Resulta sin la menor duda, de los elementos de convicción examinados, que al soldado Valencia Mejía no se le aplicó el tratamiento indicado por la ciencia para prevenir el mal de rabia, o sea, la serie de catorce ampolletas de suero antirrábico. (V. Certificado del Director Departamental de Higiene del Valle dle Cauca, cuaderno número 3, folio 55).

Está igualmente demotsrado que el tratamiento **preventivo** de la rabia da excelentes resultados si se hace **oportunamente**, esto es, **antes de que se haya desarrollado el mal.** Sobre este particular obra en el proceso (Cuaderno Nº 3, folio 41), el siguiente informe de la Dirección Científica del Instituto Nacional de Higiene "Samper Martínez": "El tratamiento preventivo de la rabia es de reconocida eficacia, según está ampliamente demostrado desde los memorables trabajos de Pasteur, y los resultados son tanto más favorables cuanto que su aplicación se haga **lo más pronto posible**, después de que el paciente haya sido mordido por un animal rabioso. El término de los primeros diez días subsiguientes a la mordedura del animal que se presume enfermo, según reza el exhorto, no puede tomarse como absoluto. Dado lo incierto del período de la incubación de la rabia en el hombre, el tratamiento debe aplicarse en cualquier momento y para evitar hasta donde sea posible el desarrollo de la enfermedad, **pues aparecida ésta carece de objeto, dado que no tiene efecto curativo.** Bogotá, junio 7 de 1939 Bernardo Samper. Director". (La Sala ha subrayado).

En la primera instancia los peritos doctores Eduardo Uribe Ruiz y Bernardo Mejía Jaramillo dictaminaron que la mayoría de los casos tratados con el suero antirrábico se salvan, y que la eficacia del tratamiento depende de la premura con que se haga, de la gravedad de las lesiones y de la calidad del producto.

Los mismos facultativos sostienen que "como la enfermedad (de la rabia), una vez declarada, como en el caso del soldado Valencia Mejía, es casi siempre fatal, ante la sospecha de que el perro pudiera estar hidrófobo y habiéndolo perdido de vista, el médico debió hacer el tratamiento preventivo con el suero antirrábico.

"Ante al sola sospecha —dicen los expertos— y con antecedentes anteriores de epidemias, lo prudente era no abstenerse de aplicar los sueros que tampoco hubieran traído consecuencias desgraciadas si el soldado no se hallara enfermo o infectado".

Y los facultativos que auxiliaron a la Jusitcia en esta segunda instancia están acordes en que tres inyecciones antirrábicas no son eficaces para atajar el mal. El doctor Sixto Mejía dice: "Ya dije que tres inyecciones retardan la muerte pero no prestan ningún servicio". "El tratamiento completo, el científico que presta gratis el Laboratorio "Samper Martínez", impide el desarollo de la enfermedad. La tardanza en la aplicación del tratamiento, así

como las alteraciones del producto, pueden hacerlo ineficaz en algunos casos porque los productos biológicos están sometidos a fluctuaciones del ambiente, inalcanzables a la previsión científica. En biología no hay nada que se pueda asegurar con precisión matemática, pero no obstante, la experiencia afirma que el método es completamente eficaz".

El doctor Pedro J. Almánzar, en relación con el mismo punto, expuso: "El método de Semple sí es eficaz en el tratamiento preventivo de la rabia del hombre cuando se hace por completo. No creo que tres inyecciones de este tratamiento (método Semple) tengan eficacia preventiva".

Las tres inyecciones antirrábicas que le aplicaron, no se sabe por orden de quién, al soldado Valencia Mejía, no son, pues, el tratamiento indicado por la ciencia para evitar que se desarrolle el mal de rabia.

Dedúcese de lo hasta aquí expuesto y de lo que se verá en seguida, que el médico que tenía a su cuidado el caso de Valencia Mejía procedió con negligencia grave en la asistencia del paciente.

El perito doctor Mejía dice: "Es de rigurosa ética y prudencia aplicar el tratamiento en cualquier caso sospechoso aún cuando no haya sido localizado el animal rabioso que examinado aún después de muerto ofrece datos que son rigurosamente científicos. No es necesario diagnosticar la enfermedad, ya que una vez presentada con su dramática sintomatología, puede ser imposible la curación. Por eso el método se llama Método preventivo de Semple".

"No es indispensable la seguridad de que el animal padece de rabia sino que es de conciencia aplicar el tratamiento para prevenir su desarrollo, por la sola sospecha. Suele suceder en ocasiones que los familiares del paciente mordido sacrifican el perro demasiado temprano sin que sea posible examinarlo por persona competente".

"Es indudablemente imprudente en un médico permanecer inerme ante un caso sospechoso de rabia sin hacer las gestiones rápidas para la pronta aplicación del suero. Tanto es ello cierto, que hasta un enfermero de la Base inició, sin fruto desde luego, el cumplimiento de ese deber.

"La actitud del doctor Sarmiento González fue culpable e imprudente, y culpable en grado sumo y en forma increíble la de la Base Aérea "Ernesto Samper", cuando el primero abandonó a Cali y la segunda le permitió hacerlo sin tener en cuenta que había un soldado que podía hallarse con una enfermedad gravísima. El doctor Sarmiento debió dejar un sustituto que atendiera al enfermo aunque no presentara síntomas graves. Era un deber científico y de humanidad. La culpa del médico es mayor si se tiene en cuenta que salió, como él lo confiensa, de vacaciones y sin prescribir un tratamiento que el Gobierno Nacional suministra gratuita y urgentemente a quien lo reclama y que, de ser aplicado en persona sana no le ocasionaba ningún daño. Lo que el médico llama error es una falta grave".

El perito Dr. Almánzar expuso: "Cuando un individuo es mordido por un perro basta la simple sospecha de que éste pueda estar enfermo de rabia para someter a la persona al tratamiento y sin que sea necesario demostrar la existencia de la rabia en el paciente".

"Hasta donde sea posible, debe tratarse de confirmar el diagnóstico de rabia en el perro que mordió un individuo, pero si hay imposibilidad para hacerlo, deberá aplicarse el tratamiento antirrábico lo más pronto posible".

Y a la pregunta octava del interrogatorio que les fue sometido: "Consideran imprudente o negligente el acto o actitud de un médico que en presencia de una paciente que fue mordido por un perro que se sospecha rabioso no pide pronto y oportunamente el tratamiento preventivo antirrábico?" —contestó: "Sí lo considero". Y a la novena: "es prudente y cuidadosa la actitud de un médico que en presencia de un paciente mordido por un perro que se sospecha rabioso y a quien tiene obligación de atender, sale de la ciudad por quince días, al día siguiente de haber sido mordido el enfermo, sin examinar nuevamente al paciente antes de emprender via-

je, sin dejar sustituto o reemplazo en el puesto de médico que servía, sin prescribir ningún tratamiento y sin confiar el paciente y su caso a un colega?" —respondió: "En mi concepto no es prudente ni cuidadosa esa actitud".

Cómo considera el Señor Procurador Delegado en lo Civil que debe plantearse el caso sub-judice

Dice este distinguido funcionario en su importante alegato de bien probado: "Dados los antecedentes del juicio estamos frente a un caso de responsabilidad del Estado **por pretendida culpa de uno de sus agentes** en el ejercicio de sus funciones. Este agente lo es el médico oficial de la Base Aérea "Ernesto Samper", y su culpa se hace depender de su descuido o negligencia en el tratamiento de un paciente cuya muerte, se afirma, ocurrió en razón de aquel descuido o negligencia".

Conviene el representante de la Nación en que está debidamente acreditado en el proceso que el soldado Alberto Valencia Mejía murió como consecuencia del mal de rabia, que se designa también con el nombre de uno de sus síntomas, la **hidrofobia**. "Esta evidencia —dice— surge de un conjunto de pruebas, como los testimonios científicos dados por los médicos de cabecera que certifican sobre el hecho de la muerte del soldado, las apreciaciones periciales de primera y segunda instancias sobre esa misma ocurrencia hechas con base en tales testimonios y certificaciones, etc.".

Plantea luégo el señor Procurador la cuestión de si la enfermedad de rabia fue consecuencia del "virus filtrable" inoculado **precisamente** por aquel perro que mordió al soldado Valencia Mejía el día 23 de diciembre de 1938. Y a continuación formula estas preguntas: "Fue aquel **determinado** animal el vehículo que llevó al organismo del soldado el virus trágico, o fue otro ese vehículo? (Arviértase que el suscrito no trata de sostener que la enfermedad de la rabia pueda ser de generación espontánea, pues esto pugnaría con la autorizada voz de la ciencia médica según lo exponen los respectivos entendidos). Está resuelto, con toda certeza este interrogatorio?"

El inteligente funcionario las contesta negativamente, y manifiesta que su duda —que es de mucha entidad— la encuentra también en uno de los peritos que han actuado en este negocio, el doctor Pedro José Almánzar, quien al contestar el punto décimo del cuestionario que le fue sometido, expuso: "los datos que figuran en el expediente no me permiten aceptar o negar que el perro a que se alude tuviera rabia".

"Ante duda tan caracterizada— en el ánimo de un profesional de la medicina, dice el Procurador, podrá surgir en el ánimo del juzgador en lo jurídico la certeza de un hecho que tiene importancia decisiva en la solución final de la presente controversia?"

Considera la Sala:

Como se vio atrás, por una serie de inferencias se llega a la conclusión de que el perro que mordió al soldado Valencia Mejía estaba atacado del mal de rabia. A lo que se agrega que el perito doctor Sicto Mejía fue de ese parecer. En efecto, al contestar al punto décimo del interrogatorio, expuso: "deduzco del expediente que el perro que mordió al soldado Valencia Mejía sí estaba atacado del mal de rabia". "Lo creo por lo que respecto al animal afirman los testigos, y me parece que el caso se presentó tan diáfanamente que cualquier médico hubiera actuado como ante un caso de esa índole. —Según lo manifiesta el mismo doctor Sarmiento con una probidad muy digna de alabanza, el mismo soldado le dijo la sospechas que tenía con respecto al animal desde la primera vez que fue a su consulta; lo creo porque a pesar de ser herida leve, levísima, hasta el soldado se preocupó y fue al facultativo quien hizo tranquilizar en forma imprudente al soldado que avisaba el peligro. Fue tan público que el animal era rábioso que, como lo afirman los testigos y el mismo médico,

varios soldados lo ataron a un poste de donde el perro se fugó".

No dice el médico doctor Sarmiento en forma explícita que el soldado Valencia Mejía le hubiera expresado las sospechas que tenía con respecto al perro que lo mordió. Pero el informe del citado médico sí deja translucir que esas sospechas dominaban el ánimo de Valencia Mejía y también el ánimo del médico. En efecto, se lee en aquel informe:... "el animal reaccionó y lo mordió en el dedo índice de la mano izquierda, produciéndole una herida muy leve, pero que preocupó al soldado.... Tranquilicé, pues, al soldado diciéndole que siendo lo anterior así como él lo decía, no era presumible que fuera un perro enfermo. Sin embargo, le dije que sería necesario verlo para apreciar mejor si la actitud del animal era de ataque para las demás personas".

No habiéndose traído a los autos prueba alguna de que Valencia Mejía hubiese sido mordido por ningún otro animal ni de hecho que pudiera inducir a pensar que el virus infiltrable de que se ha hablado pudiera ser inoculado en forma distinta de la mordedura comprobada en autos, fuerza es aceptar, ya que no se produce espontáneamente el mal, que Valencia Mejía murió de rabia inoculada por el perro que lo mordió el 23 de diciembre de 1938.

La culpa de parte del médico de la base

El punto álgido, el hecho fundamental sobre que debe versar este estudio —dice el señor procurador— "es la actitud del agente a quien se atribuye culpa".

"Cuáles —pregunta el distinguido funcionario— las cualidades de esa actitud? Hubo en verdad culpa de parte del agente y en qué grados sí la hubo? Incurrió el médico en imprudencia o negligencia para con el paciente a quien prestara sus servicios?"

Después de observar que a las anteriores preguntas contestan afirmativamente los auxiliares de la justicia, el señor procurador continúa: "más descontada, desde luego la buena fe de tales conceptos, ellos deben sujetarse a una revaluación lógica y jurídica de parte del juzgador".

"Veamos cuál: tales conceptos —que afirman la culpabilidad del médico doctor Sarmiento González— hacen esa afirmación, llegan a esa conclusión partiendo de una premisa que les fuera suministrada por la parte demandante en el cuestionario que les fuera presentado, pero premisa que es FALSA en **cuanto al caso de autos**, como habremos de demostrarlo".

"Cuál es esa premisa? Por qué es falsa en cuanto al caso de autos?

"Contesto a lo anterior en dos sub-puntos, a) y b):

"a) Esa premisa es la que consta en el cuestionario sometido a los peritos por la parte demandante (F. 5 vto. a 6 y vto. del cuaderno número 5). Ella se puede resumir en este tenor general: es o no culpable la actitud de un médico que, en presencia de un paciente mordido por un perro QUE SE SOSPECHA rabioso, no aplica el tratamiento antirrábico preventivo o descuida dicho tratamiento?

"He ahí el problema, honorables magistrados: los peritos concluyen que el doctor Sarmiento González **es culpable**, por cuanto parten de la premisa de que, en casos como el de autos, **exista o deba existir** el elemento fundamental de la sospecha de que el animal productor en principio del daño, estuviera atacado de la enfermedad de la rabia. Cabe preguntar, cuál habría sido la respuesta de los peritos médicos, si se hubiera invertido uno de los términos de la pregunta formulada de manera general, diciendo, por ejemplo: es o no culpable la actitud de un médico que, en presencia de un paciente mordido por un perro, QUE NO SE SOSPECHA rabioso en virtud de los datos que sobre dicho animal le proporciona la víctima misma, no aplica el tratamiento antirrábico preventivo?

"Desde luego la respuesta es obvia. Tanto más si se para en mientes en un dato del informativo que es capital en cuanto a la actitud mental de los peritos y que paso a señalar: en una de las preguntas —la séptima— del cuestionario respecti-

vo, se olvida el actor de incluir la atrayente, la capciosa **premisa de la sospecha,** ya discutida, y termina así (a f. 6 cuaderno número 5): 'Puede, debe, es de conciencia y de discresión científica solicitar el tratamiento y comenzar a aplicarlo inmediatamente CON LA SOLA EXISTENCIA DE LA MORDEDURA DEL ANIMAL (mayúsculas mías). Es decir, la pregunta sólo se refiere al **simple hecho material** de la lesión y excluye, quizá deliberadamente, el hecho intelectual de la sospecha.

"Y a eso contesta el doctor Sixto Mejía (a f. 38 vto.): "No es indispensable la seguridad de que el animal padece rabia sino que es de conciencia aplicar el tratamiento preventivo, POR LA SOLA SOSPECHA". (Mayúsculas mías). Elude el doctor Mejía, y así tenía que ser, llegar a la conclusión de que hay culpabilidad al no aplicar el tratamiento preventivo ante la **sola existencia de la mordedura del animal** (que era lo literal de la pregunta), y fundamenta su dicho echando mano del elemento sospecha, que no era lo preguntado, pero del cual no podía dejar de hacer mención dada la conclusión a que se encaminaba.

"El otro perito, doctor Almanzar (a f. 34), tampoco contesta a esa pregunta dentro de sus términos precisos, es decir, teniendo en cuenta 'la sola existencia de la mordedura del animal', sino que se sale por la tangente y habla de que 'hasta donde sea posible, debe tratarse de **confirmar el diagnóstico** de rabia en el perro que mordió....' (subrayo). Pero, es que no hubo tal diagnóstico. Y no lo hubo porque no surgió ni siquiera la sospecha de que se tratara de un animal enfermo. A qué hablar allí, pues, saliendo de lo preguntado, de 'confirmar' la existencia de algo que no tuvo ni un principio de existencia?

"b) Es falsa, en cuanto al caso de autos, la premisa relativa a la **Sospecha de la rabia.** Se ha probado —para partir así de ella como cuestión evidente— que hubo tal sospecha en el ánimo del médico doctor Sarmiento González cuando atendió al soldado Valencia el día que éste fue mordido? O, acaso, que hubo motivos suficientes a provocar tal sospecha?

"Todo lo contrario. Veamos lo que dice el médico mismo en la absolución de posiciones que obra a folios 26 a 28 del cuaderno número 3: 'Estando el veintitrés de diciembre de mil novecientos treinta y seis en la consulta de la base aérea atendiendo el servicio como oficial de sanidad, se presentó el soldado Alberto Valencia Mejía y me refirió que acababa de ser mordido por un 'chandosito'; lo interrogué yo en qué circunstancias había sido mordido y me dijo que estando jugando con él; que era un perro que con frecuencia se entraba a la base y que él había estado jugando con él. Le pregunté nuevamente si el perro había atacado a algún otro soldado de sus numerosos compañeros que estaban con él y me contestó que no. Insistí que cuál había sido la causa que hubiera determinado el mordisco y me contestó que estando jugando él con el perro lo había lastimado él bruscamente; si mal no recuerdo me dijo que le había tirado la cola y que luégo el perro reaccionado por la dureza del juego, lo había mordido en el índice de la mano izquierda. Le dije entonces que siendo lo que me acababa de decir la verdad, no consideraba el caso de gravedad...'; 'no es cierto que haya habido continuas advertencias del soldado Valencia porque él solamente se presentó ante mí el 23 de diciembre; del 24 de diciembre al 12 de enero estuve yo ausente en vacaciones, y del 12 de enero al 21 del mismo mes, ante mi consulta no se presentó el soldado Valencia. Tampoco es cierto que el soldado Valencia haya afirmado que el perro estaba rabioso y precisamente las preguntas que yo le hice eran para apreciar si el perro podía o no estar rabioso. Yo pensé desde el primer momento en el caso de rabia pero las respuestas del soldado eran tan precisas que por este motivo no creí que fuera el caso de pedir el tratamiento antirrábico'; 'no dejé instrucciones, porque como ya lo dije, por los síntomas que me relató el soldado no creí que se tratara de un caso de hidrofobia'; 'me limité al

tratamiento local porque como varias veces lo he dicho, el relato del soldado me condujo a creer que no había caso de rabia".

"Y a propósito de tales declaraciones del médico inculpado, **sin impugnar la esencia de ellas**, deponen dos verdaderos testigos de lo que pasó entre el dicho facultativo y el paciente cuando éste, mordido por el animal, se presentó a la consulta de aquél. De los testimonios del farmaceuta y enfermero, que corren a folios 2 a 4 (cuaderno número 3) —verdaderos llamados á ser testigos **presenciales**, y los únicos presentados con tal carácter, de lo ocurrido entre el médico y el soldado cuando éste entró a la consulta— no surge la evidencia de que dicho soldado hubiese asegurado, más o menos enfáticamente, que se trataba de un perro rabioso, sino que más bien inducen el ánimo a la conclusión contraria: que con sus palabras, con su relato, el soldado impidió que en el ánimo del facultativo surgiera la sospecha.

"No surgió la sospecha, señores magistrados: nos lo está diciendo el informativo. Las declaraciones de testigos varios que allí aparecen según las cuales los declarantes dicen haber tenido **personalmente** tal sospecha —nada prueban **en contra de la actitud del médico** doctor Sarmiento. Nada prueban, pues a él, al médico, no acudieron ellos todos —en un deber ese sí de humanidad— a hacer pesar en el ánimo de aquél sus observaciones, sus angustias, sus SOSPECHAS: a más de algunas de tales declaraciones dejan entrever quizá cierta parcialidad ya que presentan ciertas incongruencias (como cuando algunos declaran, con respecto al animal, que después de ser aprehendido se soltó él mismo y se marchó; otros, que lo soltaron los soldados y no se le vió a ver; otros, que le dieron muerte).

"Pero hay más a favor de la tesis de que ni hubo sospecha en el ánimo del médico de la base, ni razones suficientes que hicieran que tal sospecha debiera surgir **necesariamente**. Se trata del concepto de uno de los peritos de esta segunda instancia. A pesar del sin número de testimonios sospechosos de cierta parcialidad, como acabó de decir, el doctor Almánzar —y es bueno recordar la prestancia, la autoridad, el valor de este medio probatorio—; al contestar en su carácter de perito a la pregunta **décima** del cuestionario formulado, se expresa: "Los datos que figuran en el expediente, no me permiten aceptar o negar que el perro a que se alude tuviera rabia".

"Si este especialista, con todo el cúmulo de datos que obran en el informativo —algunos de ellos de valor entendido, como se ha visto— **datos que en su mayoría no llegaron a conocimiento del médico de la base, no pesaron en su ánimo ni en su criterio de científico en aquella mañana del 23 de diciembre de 1938**, no se atreve a conceptuar que aquel perro estuviera atacado de rabia, qué mucho, que el médico de la Base, en aquel momento inicial, ante un hecho escueto de la mordedura de un perro sin el cúmulo de detalles dramáticos que luégo han ido adquiriendo características casi abrumadoras, ante un relato sencillo, **tranquilizador**, qué mucho, repito, que ese médico no hubiera sentido el zarpazo de la sospecha y que, por falta de ésta, hubiera errado el diagnóstico?"

Vistas las alegaciones del señor Procurador, cabe preguntar:

Hay en el informativo fundamento para afirmar que el médico doctor Sarmiento tuvo sospecha de que el perro que mordió a Valencia Mejía podía estar atacado del mal de rabia?

Sí lo hay, en sentir de la Sala. La propia confesión del médico de haber manifestado a Valencia Mejía que era urgente coger el perro y verlo personalmente para constatar si presentaba síntomas de rabia, es, sin duda, la más concluyente prueba de que sí pesó en el ánimo del galeno la sospecha de que el perro pudiera estar con mal de rabia. De otra manera, a qué la orden de cogerlo para observarlo?

Uno de los testigos admitidos como irreprochables por el señor Procurador, Ricardo Paz, farmacéutico de la Base, da cuenta de la orden de coger el perro, im-

partida por el doctor Sarmiento González, y de la pregunta que a éste le hizo Valencia Mejía de si tendría algún peligro por cuanto el perro podría tener peste de rabia. Sin duda el temor que dejaba traslucir esa pregunta y la circunstancia, comprobada en autos, de que en la época de la ocurrencia que se examina había peste de rabia en Cali (lo que no podía ignorar el médico de la Base Aérea Ernesto Samper, dadas las prevenciones hechas por la radio y por la prensa por las autoridades sanitarias de aquella ciudad) llevaron al ánimo del médico la sospecha, y de ahí las órdenes impartidas para coger el animal a fin de observarlo. El doctor Sarmiento declara que desde el primer momento pensó en el caso de rabia, pero las respuestas del soldado fueron tan precisas —dice— que no creyó necesario pedir el tratamiento antirrábico. Demasiado futil la excusa. ¿Por qué, si fueron tan precisas esas respuestas en el sentido de alejar la idea de que el perro pudiese estar atacado de rabia, el médico se empeña en tranquilizar al paciente y a la vez manifiesta que es urgente coger el animal para ver si muestra alguno de los síntomas del temido mal? El estado de Valencia Mejía cuando se presentó a que el médico le viera la mordedura, debió ser de desasosiego. Sólo así se explica que hubiera necesidad de "tranquilizarlo".

Aún dado por sentado que el soldado Valencia Mejía le hubiera narrado al médico lo de la mordedura, como éste lo dice en su informe y en las posiciones, no era eso motivo para despreocuparse hasta el extremo de no haber solicitado el tratamiento antirrábico. Si el médico, a pesar de las respuestas de Valencia Mejía creyó de urgencia coger el perro con el propósito de observarlo para ver si presentaba alguno de los síntomas de la rabia, fue, si la lógica no falla, porque estimó que a pesar de lo que le había manifestado el individuo lesionado el examen del animal podía revelar el peligro, que aún no era patente, aunque sí de probable ocurrencia.

Esa conducta del doctor Sarmiento, manifiesta y gravemente contradictoria y negligente, compromete su responsabilidad, y, por ende, la del Estado a cuyo servicio estaba (artículos 2341, 2347, 2349 y 2356 del Código Civil), pues como ya se ha visto por lo que consta en autos y se deja transcrito, tratándose de un mal de tan terribles consecuencias de no evitarlo en oportunidad por medio del tratamiento **preventivo** que la ciencia aconseja, bastaba la simple sospecha —nó, la seguridad— de que el animal que mordió a Valencia Mejía estuviese afectado con esa enfermedad, para que la prudencia del médico doctor Sarmiento se hubiese hecho conocer, aconsejando la inmediata aplicación de tal tratamiento al paciente, tanto más si de esta aplicación no resultaba a éste ningún daño, en caso de no estar enfermo el animal que lo mordió.

El error de diagnóstico o de tratamiento puede disminuír y aún excluír la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, mas nó, así en aquellos que, como el presente —el mal de rabia— la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados y conocidos, de suerte que ha de presumirse que un facultativo competente y diligente no puede ignorar, en presencia de uno de esos casos, lo que le corresponde hacer para salvar la vida del paciente que a su saber y a su diligencia se confía.

El médico declara que es urgente coger el perro para observarlo; lo cogen y permanece amarrado varias horas sin que en este lapso acudiera el médico para observarlo. Pero sea que el facultativo tuviera la obligación de ir a ver el animal al lugar en donde se le había asegurado, sea que otros empleados de la Base debieran llevarlo al consultorio del médico o a la enfermería, lo cierto es que se incurrió también en una grave omisión no habiendo sometido el animal sospechoso a la observación del doctor Sarmiento, omisión imputable tanto al mismo médico como al servicio de sanidad de la Base Aérea Militar Ernesto Samper, y de la que debe responder el Estado Colombiano. Es este

un caso típico de mal funcionamiento de un servicio, falta por la cual debe responder civilmente quien acciona por medio de sus agentes o dependientes, tal servicio.

Todo en el desgraciado caso del soldado Valencia Mejía denuncia ese mal funcionamiento: a) No aparece en el libro correspondiente, -según se pudo constatar, con una inspección ocular, (cuaderno 2º, folio 25 vto.), que Valencia M. hubiese sido presentado al médico de la Base para que lo atendiera como era debido, la mordedura de que fue víctima; b) Al día siguiente del suceso, el médico sale en vacaciones, y no deja instrucciones sobre un caso en el que aún no se había cumplido la previsión de observar el perro por el mismo médico, como éste lo dispusiera; c) Se va el médico y la sección de Sanidad del Ejército no se preocupa por dejar un reemplazo, es decir, se deja sin médico la Base; d) Empleados subordinados del médico proceden, no se sabe si por propia iniciativa o por orden de quién, a poner tres inyecciones antirrábicas al paciente Valencia Mejía, las que como se vio atrás, no constituyen el tratamiento antirrábico, el cual, para que sea eficaz, debe ser completo (catorce inyecciones) y oportunamente aplicado.

Si en el libro de que se ha hablado se hubiese hecho la inscripción del caso en relación con Valencia Mejía y si el doctor Sarmiento, antes de ausentarse deja instrucciones a algún colega con la advertencia de que por tratarse de un perro callejero que se había perdido de vista sin observarlo, era de elemental prudencia pedir en la forma más rápida el tratamiento antirrábico, para aplicarlo sin dilación al paciente Valencia Mejía, es casi seguro que este soldado de la República no habría tenido el trágico y doloroso fin que tuvo.

La crítica que hace el señor Procurador de la contestación dada por los peritos al punto primero del cuestionario que les fue sometido, es solo de fuerza aparente.

Cuál fue la pregunta formulada a los peritos bajo el número séptimo? Veámosla: "Para principiar el tratamiento preventivo antirrábico es indispensable tener la seguridad de que el perro que ocasionó la mordedura tiene rabia? Puede, debe, es de conciencia y de discreción científica solicitar el tratamiento y comenzar a aplicarlo inmediatamente con la sola existencia de la mordedura del animal?

La contestación dada por el perito doctor Mejía corresponde a lo preguntado: "No es indispensable —dice el perito— la seguridad de que el animal padece de rabia sino que es de conciencia aplicar el tratamiento para prevenir su desarrollo, por la sola sospecha".

Esta última parte no es ajena a la pregunta, es la explicación o el fundamento de por qué no es indispensable la seguridad de que se trata de un perro rabioso para iniciar el tratamiento antirrábico.

En el punto anterior se habla de la "mordedura en un paciente hecha por un animal que se sospecha rabioso. Por manera que al hablarse de la **mordedura del animal**, ha de entenderse, lógicamente, si se aprecia todo el interrogatorio en conjunto, que se trata del animal de qua ya se ha hablado, del animal **sospechoso**.

También la contestación del perito doctor Almánzar corresponde a lo preguntado. En efecto, al inquirirse si es indispensable tener la seguridad de que el perro que ocasionó la mordedura tiene rabia, se parte de esto: de que ya se ha diagnosticado la rabia. Siendo esto así, bien pudo el perito contestar en la forma en que lo hizo. La respuesta del doctor Almánzar se traduce, en esto: debe procurarse la seguridad de que habla la pregunta, si ello fuere posible, si nó, siempre deberá aplicarse el tratamiento antirrábico, que es puramente **preventivo**. La primera pregunta formulada en el punto 7º va encaminada a demostrar que para aplicar el tratamiento contra la rabia no es necesario que haya un diagnóstico **comprobado** de la enfermedad, es decir, no es necesario tener la **seguridad** de que el perro que ocasionó la lesión tiene rabia. Ya se ha visto que el tratamiento no es más que meramente preventivo, según afirman los expertos que han informado en este juicio.

A primera vista pudiera pensarse que la frase "con la sola existencia de la mordedura del animal" que trae la segunda pregunta del punto 7º se refiere —como lo entiende el señor Procurador— al simple hecho material de la lesión, y excluye el hecho intelectual de la sospecha; pero si se avanza en el análisis y se estudia el interrogatorio en su conjunto, se llega, sin mayor esfuerzo, a la conclusión de que aunque aquella frase no está adicionada por el calificativo **sospechoso**, hay que entenderla así, porque ya en el punto anterior se trata de la "mordedura en un paciente hecha por un animal que se SOSPECHA rabioso". Por manera que al hablarse de la **mordedura del animal**, ha de entenderse, lógicamente, si se hace la apreciación del interrogatorio en conjunto, que se trata del animal de que ya se había hablado, a que se había aludido en el punto anterior, del animal **sospechoso.** De frecuente ocurrencia es esa forma elíptica.

Segunda Parte. — La indemnización

Dilucidado como queda todo lo concerniente al daño ocasionado y a la responsabilidad de la Nación como empleadora del doctor Sarmiento en este caso, se reconoce que hay lugar a la indemnización consiguiente a cargo de ella, según la norma legal de que toda persona es responsable del daño que cause por sí o por medio de aquellas personas que de ella dependan y debe indemnizarlo cumplidamente. (C. C., artículos 2341, 2347 y 2356).

EL DICTAMEN PERICIAL. Fue este el dictamen de los peritos señores Luis Eduardo Ochoa y José Luis Echeverri:

"MUERTE CULPOSA. Nos limitaremos a justipreciar los perjuicios que se presentan con una muerte, en las condiciones que constan del expediente, y no conceptuamos si la muerte fue culposa o no fue. Ese concepto, incluido dentro de la pregunta que se nos hace, nos obliga a dejar esclarecido que no afirmamos ni negamos que la muerte haya sido por culpa, pues no es de nuestros conocimientos calificar esa situación, y en el cuaderno de pruebas existe el parecer de facultativos que dejan aclarada la situación debidamente.

"**Supervivencia.** No existe en le expediente ninguna prueba terminante, sobre la supervivencia del señor Valencia Mejía. Consideramos, y lo tendremos en cuenta, que se trataba de un hombre sano, fuerte, sin defectos, hábil para el trabajo material o intelectual,, pues en actividades mentales había ejercido ciertos cargos "con habilidad, corrección, cumplimiento del deber, etc": según la expresión textual de uno de sus superiores, y en cuanto a lo material, la hoja de servicios que expidió la Base Militar, dice de "Conducta buena de excelentes aptitudes para el trabajo, muy buen compañero y de honradez que no deja qué desear". (Fol. 48 fte. del cuaderno de pruebas del actor).

"De suerte señor Magistrado, que se trataba de un joven de excelentes condiciones por muchos aspectos, de envidiables perspectivas en todo sentido, que durante su tiempo de cuartel sólo cometió dos faltas: llevar su fusil sucio a una revista y emplear elementos vedados para hacer el aseo del armamento. (Fl. 48 fte. cuaderno de pruebas).

"Siendo un hombre sano, que pasó con fortuna la prueba previa para el servicio militar, nos ha parecido que lo sensato es tomar los cómputos de las compañías de seguros para apreciar la supervivencia, no sólo porque ellos son el producto de estudios minuciosos, sino porque ya la Corte Suprema de Jusitcia aceptó esa forma de apreciar la supervivencia o durabilidad de una persona. ("Gaceta Judicial" Nº 1926, pag. 361). Las compañías de seguros consideran que un varón de 25 años, edad a la que murió Valencia Mejía, puede sobrevivir 36 años, que es el tiempo de vida probable que dejamos acordado.

"**Perjuicios morales.** No los hubo. Estamos acordes con la reiterada doctrina de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de que no existen simultáneamente, perjuicios de índole moral y de índole material. El señor Valencia Mejía poseyó en vida

condiciones y atributos de trabajador, de hombre preocupado de su mejoramiento toda vez que consta que estuvo estudiando contabilidad, y tenía ilustración, luego su muerte ocasionó la pérdida de un elemento que produjo hasta su desaparición y pudo producir durante 36 años. Si se hubiera ocasionado el fallecimiento de un inválido, por ejemplo, que no representaba para sus padres sino un ente de afecto, y no como en este caso, un apoyo para su vejez y un auxilio permanente para sus necesidades habría perjuicios morales. Por todo eso conceptuamos que no existen perjuicios MORALES.

"**Perjuicios materiales.** Hombre sano, ya lo dijimos, de magníficas condiciones como consta en su hoja de cuartel, excelente empleado según dicen aquellos con quienes trabajó, Valencia Mejía era una riqueza material, al menos considerado para este caso, y los perjuicios o daños sufridos con su muerte deben establecerse computando la duración probable, —que ya aceptamos—, con la entrada económica que significara su desgaste físico por el trabajo. Sabemos que Valencia Mejía estuvo ganando como empleado, en un medio como Pereira, la suma de cuarenta pesos por mes; que fue de intachable conducta en todo sentido; empleado hábil y correcto y cumplidor de su deber: (folio 35 y 35 vto. del cuaderno de pruebas del actor), lo que, unido a la certificación de sus superiores militares, dan idea de que se está ante el caso de un joven de condiciones no muy comunes en estos medios. No es aceptable pensar que un joven de 25 años, está sometido perdurablemente a las mismas condiciones y que, gane hasta su muerte lo que devengaba caundo era joven y solicitaba, en el estudio, la precepción de conocimientos que lo colocaran con mayores ventajas frente a la vida.

"El señor Natalio Arango considera que un contador COMUN, versado en mecanografía, no puede ganar menos de ciento ochenta pesos (fl. 14 vto. del cuaderno Nº 3), y el señor Ignacio Echeverri, considera que no puede percibir menos de ciento cincuenta pesos (fol. 15 cuad. Nº 3). Podría ponerse promediando, que el sueldo fuese, normalmente de $ 165.,00. Ese concepto abarca, pues, un cálculo sobre salario posible de Valencia Mejía, si llega a ser un contador de conocimientos, pues ya sabemos que estudiaba esa rama del comercio, cuando el gobierno lo llamó a las filas.

"Ahora bien: los declarantes Joaquín C. Arango y Roberto Tamayo, en las declaraciones del cuaderno Nº 3, fol. 16 vto. y 17 fte., dicen que Valencia sí comenzó su estudio do contabilidad que dejó trunco por su servicio militar, y que podía ganarse cuando salió para el servicio militar, unos cuarenta pesos, dice uno, y cincuenta, dice el otro.

"Como el segundo de esos declarantes a quienes debe suponerse muy bien informado porque fueron sus profesores, dice que podía ganarse $ 40.00, lo que está de acuerdo con el jornal que ganaba en el municipio, aceptamos, pues, y partimos de la base de que este señor sabía un trabajo que reportaba una utilidad o mejor, que se remuneraba con $ 40.00.

"Consideramos, sí por las condiciones ya enumeradas del servicio militar; por la constancia de que era un muchacho estudioso en este medio donde los jóvenes no son muy amigos de buscar el progreso por el estudio sino de dejarlo al azar; por las demostraciones que resultan del expediente, de que se dedicaba a buscar labores intelectuales y no de índole material, consideramos, decimos, que en el jornal o salario, Valencia Mejía pudo describir una a manera de curva ascendente en los años que hubieran seguido al de su muerte, si ello no ocurre, para quedarse sin progreso en los años finales de la vida.

"Según los datos de la Compañía de Seguros, Valencia Mejía debió sobrevivir hasta 1975, año en que debió verificarse su muerte, más o menos. Consideramos, con el natural temor de equivocarnos, que el soldado debió salir con sus compañeros declarantes, el día 16 de abril de 1939, como salió, según afirma, un ex-soldado compañero de Valencia, y de esa fecha en adelante, sacamos nuestras conclusiones así:

"Del 16 de abril de 1939, al 15 de abril de 1944, debió ganar un sueldo de $ 40.00; del 16 de abril de 1944 al 15 de abril de 1949, debió ganar un jornal de $ 60.00; del 16 de abril de 1949, al 15 de abril de 1959, debió ganar un jornal de $ 80.00; y del 15 de abril de 1959 al 23 de diciembre de 1975, pudo ganar $ 100.00. Creemos que en los últimos años de vida del hombre ya no se progresa, ni se asciende, dentro de las condiciones normales de la vida semitropical, y tratándose de quien no se hallaba dedicado a ninguna profesión liberal de perspectivas.

"El contador de comercio, en nuestro medio, sigue una curva ascendente, en general, que se opera y realiza a medida que es más experto y que más número de casas conocen su capacidad y buena fe. Al tomar la base de cuarenta pesos de sueldo, por cinco años, colocamos al empleado-estudiante ganando lo mismo por un tiempo largo, hasta que, ya experto, asciende a $ 60.00 ,y de allí, cada lustro, sube una suma discreta, porque cada día es más experto, hasta frenar la curva cuando faltan 16 años, porque la vejez impide el progreso.

"Ahora bien: consideramos que lo que corresponde como perjuicios es el sueldo, pero rebajado en el valor de los gastos mensuales del señor Valencia. Nos ha parecido prudente estimar esa rebaja, vestido y alimento, en las tres octavas partes, y reducir la entrada en ese monto. Haciendo las cuentas para puntualizar los perjuicios, se tiene:

"Del 16 de abril de 1939, al 15 de abril de 1944, ganó $ 40.00 y gastó por mes $ 15.00	$ 1.500.00
"Del 16 de abril de 1944 al 15 de abril de 1949, ganó $ 60.00 y gastó por mes $ 22.50	2.250.00
"Del 16 de abril de 1949 al 15 de abril de 1959, ganó $ 80.00 y gastó por mes $ 30.00	6.000.00
"Del 15 de abril de 1959 al 23 de diciembre de 1975 ganó $ 100.00 y gastó por mes 37,50	12.404.00
TOTAL:	$ 22.154.00

"Ese es el monto de los perjuicios, en nuestro concepto."

Se analiza, en el mismo orden en que aparece redactada, la exposición pericial que acaba de transcribirse.

Los perjuicios morales

Ya se ha visto que sobre esta cuestión, los peritos, señores Ochoa y Echeverri se expresaron en la siguiente forma:

"**Perjuicios morales**. No los hubo. Estamos acordes con la reiterada doctrina de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de que no existen..."

En sentir de la Sala, en esta parte, el dictamen pericial carece de una correcta fundamentación, es desacertado y debe, por lo tanto, desecharse en uso de la facultad que al juzgador conceden los artículos 721 y 723 del C. de P. C., para que al tratar de ejecutarse el presente fallo y con arreglo al artículo 553 del mismo Código se estimen y liquiden los perjuicios de orden moral que los demandantes hayan sufrido, con ocasión de la muerte del soldado Valencia Mejía.

Las razones que tiene la Sala para desestimar el concepto de los peritos, señores Ochoa y Echeverri en cuanto a lo relativo a los perjuicios morales, son las siguientes:

1ª Los peritos no tenían por qué subordinar su dictamen, porque no obraban como jueces, a decisiones de la Corte, pues éstas siempre van encaminadas a resolver puntos de derecho, y no, cuestiones de hecho, que son las sujetas a la prueba pericial.

2ª No es exacto que cuando se haga estimación de perjuicios materiales se entiendan incluídos en éstos los de orden moral, o viceversa. Pueden ocurrir simultáneamente las dos clases de perjuicios, y no solo nada impide, sino que es lógico y acorde con la ley y la equidad, hacer la estimación de los unos y de los otros por separado, cuando el caso ocurre y cuando hay base probatoria suficiente para reconocerlos y avaluarlos. La Corte, con posterioridad al dictamen pericial que se analiza, ha rectificado la doctrina a que se re-

fieren los peritos señores Ochoa y Echeverría. (Véase sentencia de 15 de marzo de 1941, G. J., Tomo L, p. 795).

3ª Es notoriamente infundado afirmar —como se desprende del dictamen que se analiza— que solo habría perjuicios morales si se hubiera tratado de "un ente de afecto, de un inválido", que nada producía económicamente. Es todo lo contrario: ha de presumirse, lógicamente, que el choque o el traumatismo psíquico que en el ánimo de sus padres produce la muerte de un hijo, se acendra o acrecienta tanto más, cuanto más producía ese ser querido para sí y para aquellos para quienes de este modo constituía una esperanza mayor de socorro en la vejez, en la enfermedad, en la pobreza, o para hacer que le sucediesen a su muerte.

Para que un dictamen pericial sea acogido por el fallador, debe estar debidamente fundamentado, esto es, como ya lo ha dicho esta Corte en sentencia del 12 de marzo de 1937, debe haberse emitido "justamente, rectamente, con acierto" apoyado "en justas y acertadas apreciaciones".

Careciendo de estos requisitos, como carece en esta parte, el dictamen que se analiza, no puede ser acogido por esta Sala.

Si inválido por ejemplo, Valencia Mejía, su muerte siempre habría afectado moralmente a sus padres, mayor razón hay para estimar que esa pérdida del hijo les habría producido mayor dolor si aquél estaba gozando de plena salud, si sus condiciones morales e intelectuales le auguraban un porvenir mejor, y si con el producto de lo que ganaba contribuía al sostenimiento de sus progenitores.

Ponencia a cargo del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán

Aplicando al caso de autos la doctrina sobre daño moral expuesta por esta Sala en varias de sus últimas decisiones, en particular en la de tres de marzo en curso, que desató la demanda de Nur Chaljub de Name contra la Nación, y teniendo en cuenta, por otra parte, que el medio probatorio adecuado para la comprobación del daño moral subjetivo no puede ser directo, sino a base de simples presunciones de hombre, es de justicia y razón presumir que los demandantes en el presente pleito, por las vinculaciones de familia con su hijo y por las especiales circunstancias de buen entendimiento y recíproco apoyo que existían entre los padres y el hijo fallecido prematuramente, han sufrido ese daño moral subjetivo. En cuanto al daño moral objetivado, los testimonios de los señores Roberto Marín, Rafael Hernández Jaramillo, Hernán Mejía Echeverri afirman que Valencia Mejía ayudaba económicamente a sus padres. La prueba sobre este hecho no es completa porque no se ha establecido claramente el modo y cuantía de ese apoyo. Este último daño, que a juicio de la Sala existe, no se ha determinado, pero es susceptible de fijación por el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial. Para el primer daño, el moral subjetivo, la Corte reconocerá una satisfacción pecuniaria, y para el segundo ,el moral objetivado, su reconocimiento lo hará IN GENERE.

Los perjuicios materiales

Estos fueron avaluados por los peritos en la suma de veinte y dos mil ciento cincuenta y cuatro pesos ($ 22.154.00).

Tampoco puede la Sala acoger en este punto el dictamen pericial, por hallarlo falto de una debida fundamentación.

Para la Corte existe aquí también el daño material, por idénticas razones a las ya dichas respecto al daño moral objetivado. Sólo que el avalúo hecho por los peritos es inadmisible por estas razones: a). Se parte en el dictamen de la existencia de un hecho incierto y desprovisto por entero de bases para la credibilidad en su realización, o sea el de que los padres de Valencia Mejía hayan de sobrevivir a éste por el tiempo que suponen los peritos, o más propiamente, de la coexistencia de las vi-

das de los padres y del hijo, por el mismo lapso, si éste no hubiese fallecido por la casua que se conoce, y esto porque es lo natural que la muerte de los padres acaezca antes que la del hijo. b). Indican los peritos una cantidad, que es la suma de todas las utilidades que se presumen por razón de sus sueldos a Valencia Mejía durante toda su vida económicamente utilizable, para asignársela en su totalidad como haber al patrimonio de sus padres, sin tener en cuenta varios factores de cómputo indispensables: primero, que como ha sostenido la Corte en varias providencias, el perjuicio en estos casos, de muerte de una persona, consiste en el daño que efectivamente se pruebe haberse causado con motivo de ella, en el radio de las relaciones de asistencia y apoyo económicos de la persona fallecida con otras personas; segundo, porque dejan de tener en cuenta los peritos, entre otras circunstancias, la muy obvia y natural de que si Valencia Mejía no hubiese fallecido habría adquirido otras directas y personales obligaciones al contraer matrimonio, respecto de su esposa y de sus hijos; y, tercero, porque no tienen en cuenta tampoco los peritos las naturales contingencias de insucesos en los negocios a que dedicara sus ahorros Valencia Mejía, sino que estiman libres de todo riesgo de disminución o merma las utilidades o ahorros acumulados.

A fin de que atendiéndose a estas consideraciones se haga, si llega el caso, una nueva estimación de los perjuicios materiales, habrá de condenarse IN GENERE a su pago, dejándose la fijación del monto al incidente que se surta, según el precepto del artículo 553, ya citado.

Resolución:

Por lo anteriormente 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 y en su lugar RESUELVE:

PRIMERO. La Nación es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por los demandantes señores Emiliano Valencia y María Mejía de Valencia como herederos de su hijo legítimo Alberto Valencia Mejía, cuya muerte ocurrió en las circunstancias que se dejan analizadas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO. El valor de los perjuicios morales objetivados y el de los materiales se determinará por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial, debiendo tenerse en cuenta al hacer la estimación, las consideraciones que para fijarlos se consignan en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Condénase a la Nación a pagar a Emiliano Valencia y a María Mejía de Valencia, seis días después de ejecutoriada la presente sentencia ,la cantidad de CIEN PESOS ($ 100.00) moneda legal como valor de los perjuicios morales no objetivados que recibieron por la causa indicada en el punto primero.

No se hace condenación en costas por ser la Nación la demandada.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Arturo Tapias Pilonieta. — José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

SALVAMENTO DE VOTO.
del Magistrado ponente doctor J. M. Blanco Núñez

En el juicio de Emiliano Valencia y María Mejía de Valencia, por perjuicios, contra la Nación por la muerte de su hijo Alberto Valencia Mejía, en la parte de la sentencia relativa a la estimación de los perjuicios materiales y morales.

Al expresar los presentes conceptos, debo principiar por hacer constar ante mis honorables colegas de la mayoría mi agradecimiento por haber recibido el honor de que hubieran tenido la benevolencia de acoger el proyecto elaborado por mí para decidir el presente juicio, excepto en la parte que me proporciona la pena de haberme separado de ellos en lo tocante a a la ponencia que se refiere al modo de apreciar y decidir lo concerniente a los perjuicios materiales y morales sufridos por los demandantes por la muerte de su hijo Alberto Valencia Mejía.

Como la mayoría de la Sala sustenta y aplica en el presente caso su tesis sobre estas materias, con base en el fallo recientemente dictado por esta Sala de Negocios Generales, en el Juicio de la señora Nur Chaljub de Name contra la Nación, me remitiré en el presente y sobre esas mismas materias, a lo siguiente que expuse en mi salvamento de voto en ese juicio y en el del señor Frnacisco Estrada Ruiz, contra el departamento de Antioquia.

"No considero fuera de lugar, que comience por dejar constancia aquí de que me ha tocado actuar en el presente juicio después de que tanto en él, como en todos los demás similares en que como magistrado de la Corte me he excusado de conocer por idénticas razones, la mayoría de esta honorable Sala ha decidido que no es causal de impedimento por mi parte la circunstancia de haber sostenido antes en el ejercicio de mi profesión de abogado, tesis o puntos de vista que pueden no coincidir con los que de manera tan brillante ha venido sosteniendo la honorable Corte en las difíciles cuestiones relacionadas con la responsabilidad contractual y extracontractual y con la apreciación de los perjuinios de todo orden que en estos casos suelen presentarse.

Las pocas observaciones que a continuación me permito hacer al fallo de que ahora se trata, forman parte de esas tesis o ideas —probablemente equivocadas, pero en todo caso, sinceras— que en ocasiones anteriores a la presente, he tratado de exponer sobre las interesantes y complejas materias de referencia.

Con esta aclaración preliminar, tengo el honor de manifestar que estoy de acuerdo con la mayor parte del presente fallo, pero me veo en el caso de puntualizar por medio de estas líneas las principales razones que tengo que disentir de la ilustrada opinión de mis distinguidos y apreciados colegas de la mayoría en cuando al modo de apreciar y decidir lo relativo a los perjuicios causados por el accidente de aviación de que fue víctima la demandante Sra. Nur Chaljub de Name, perjuicios que la mayoría de la Sala estima en la suma de cien pesos ($ 100.00) moneda legal, los que llama "morales no objetivados", acogiéndose a anteriores y muy recientes decisiones de la Corte, en las que se ha alegado como fundamento de ellas el artículo 95 del Código Penal, vigente desde el 1º de julio de 1938.

Entiendo que la cita y la aplicación que de ese artículo hace el fallo a un asunto como éste, de carácter civil, no pueden ser más que por vía puramente analógica; aunque, a mi juicio, no parece que pueda recurrirse a esa vía habiendo, como hay en los Códigos Civil y de Procedimiento de

esa clase, disposiciones que resuelven el caso con suficientes claridad y eficacia.

Pero, además, me parece que se parte, para haber establecido esta doctrina, de una base que, si bien pudiera no ser equivocada en determinados casos sí me parece que lo es en cuanto generalizando y de modo prematuro, asienta el fallador que el perjuicio moral "no objetivado" no puede ser avaluado por peritos, porque es "inasible"; "indeterminado" e "indeterminable".

Estimando, como estimo, que no es **a priori** como pueda darse por el juzgador una calificación de esa clase al perjuicio al cual le da el nombre de "subjetivo", estimo, igualmente, que sería prematuro que entrara ahora en el análisis de si es o no fundado ese concepto o esa noción que la mayoría de la Sala tiene con respecto al perjuicio de que se trata. Para ser consecuente con lo que propongo apuntar ligeramente a continuación, tal análisis debe estar reservado para cuando fuera el momento de apreciar el mérito probatorio del dictamen que por medio de peritos se hubiera emitido sobre esta cuestión.

En efecto, considero que como nuestro sistema procesal no da margen al arbitrio judicial, sino de manera **subsidiaria,** y esto, en casos muy limitados y expresamente señalados, el fallador no puede hacer una declaración de esta clase, mientras **previamente** no aparezca de autos que la prueba principal —que aquí sería la de peritos— ha fallado, ha fracasado sobre este punto, por haber dictaminado aquéllos que les ha sido **"difícil e imposible"** avaluar el perjuicio moral "subjetivo", por haber sido descalificado, por indebidamente fundamentado, el dictamen pericial.

Esto es lo que para caso de **delitos,** se desprendería del artículo 95 del Código Penal cuando dice:

"Cuando no fuere fácil o posible —se subraya— avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el **delito** —se subraya— **podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos".**

Como se ve, este artículo admite la posibilidad de avaluar en dinero el daño moral, el objetivado y el subjetivo, desde luego que el artículo no distingue entre uno u otro.

El hecho de que se condene a la Nación a pagarle a la demandante cien pesos por el daño moral "no objetivado", revela que el fallo admite que existe, que se causó, un perjuicio moral subjetivo (o que se presume que se causó) en vista de los elementos y probatorios que obran en el proceso y que forman la convicción del fallador; y como consecuencia de todo esto, la parte resolutiva del fallo **estima, avalúa o justiprecia** (que no otra cosa es lo que se hace) tales perjuicios en la suma de cien pesos.

Pues bien: lo que no ha sido difícil o imposible al juzgador para **avaluar** esos perjuicios con vista del caso y de las probanzas de autos, entiendo que ha podido no ser difícil o imposible también a los peritos; o, por lo menos, que el arbitrio judicial sobre ese particular no ha debido tener lugar, sino cuando aquéllas manifestaran esa dificultad o imposibilidad o cuando se rechazara el dictamen pericial si no estaba debidamente fundamentado. (Código de Procedimiento Civil, artículos 721, 722 y 723; y 256 y 268 del Código de Procedimiento Penal). Me parece que estas disposiciones hacen obligatorio el nombramiento de peritos en caso como éste de **"avalúo"** o de "regulación en cifra numérica", y, que, por tanto, el juzgador no puede prescindir de aplicarlas, anticipando el concepto de que va a ser inútil la prueba pericial porque el perjuicio moral "subjetivo" no es susceptible de avalúos, según se afirma.

Las razones que tengo para expresar estos conceptos, fuera de las expuestas como consecuencia del mismo texto y del espíritu del artículo 95 del Código Penal, son los que a continuación me permito exponer:

La noción de indemnización de perjuicios, en la zona del derecho civil, se estructura e integra con dos únicos elementos o factores: el daño emergente y el lucro cesante.

La unidad de medida en la evaluación del perjuicio de todo orden no puede ni debe ser otra que el perjuicio mismo considerado en su totalidad, en su integridad, cuantitativa y en la realidad probatoria-procesal.

Nada tiene que ver aquí la capacidad económica del autor del daño ni la de la víctima ni la cuantía o monto de la indemnización. Esta, deberá estar en razón directa de aquél. No debe ser ni menos ni más de lo que en el hecho y en el derecho deba ser.

Tanto habría lugar a pensar en un "enriquecimiento injusto" cuando la estimación del perjuicio sobrepasa al valor real de aquél, como cuando esa estimación, por lo exigua o caprichosa, no represente la verdadera reparación que el orden moral y legal demandan del culpable del daño, para restablecer el equilibrio perturbado por su acto culposo. Esto, tratándose de toda clase de perjuicios, materiales y morales, "objetivados" o "subjetivos".

Pero creo también que el artículo 95 del Código Penal tampoco puede ser considerado como una norma aislada, inconexa y absoluta en el campo de la crítica legal. Esa diposición debe ser contemplada e interpretada, y aplicada, cuando fuere el caso, en consonancia con otras disposiciones del Código citado, que aclaran y fijan su alcance y su verdadera razón de ser, y, de modo especial, con las pertinentes del Código de Procedimiento Penal, que es el que concreta y condiciona, en el terreno de la práctica, el modo de darle cumplido afecto.

Por eso nos dice el artículo 1º de este Código que "No se podrá imponer sanción alguna por infracciones de la ley penal, **sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento** y en virtud de sentencia dictada por juez competente"; y por eso nos dice también el artículo 7º ib. que "son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código o en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el Código de Procedimiento Civil".

Por su parte, el artículo 8º nos enseña que "Toda infracción de la ley penal origina acción **penal**, y puede originar también acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por la infracción"; y el 21 expresa que "La competencia de los jueces y Tribunales penales se extiende **para el solo efecto de la represión**, a las cuestiones civiles o administrativas, que surjan en el proceso penal".

Para mayor claridad, el artículo 22 expresa que "En todos los casos en que el juez penal haya de decidir cuestiones civiles o administrativas, calificará las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuya **la legislación civil**". (He subrayado).

Artículo 24 nos dice lo siguiente:

"La acción civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley **penal**, se ejercerá dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos. En todo caso en que de la infracción resultaren perjuicios civiles, el agente del Ministerio Público dará cumplimiento al artículo 93 del Código Penal"".

El artículo 112 ib. dice que los perjuicios con el delito **podrán** ejercer la acción civil dentro del proceso penal.

¿Y qué nos dice ese artículo 93 del Código Penal? Lo que sigue:

"El respectivo agente del Ministerio Público deberá cooperar con los interesados en todas las diligencias tendientes a fijar y obtener la indemnización a que diere lugar la infracción, o intervenir por sí solo en el caso de que éstos se abstengan de hacerlo.

Este artículo es una consecuencia del artículo 92 que dice:

"En toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra personas naturales o jurídicas, se condenará solidariamente a los responsables a la indemnización de **todos** —se subraya— los perjuicios que se hayan causado"; y de otro lado, y también como consecuencia, el artículo 94 reza que "Si el delito no hubiera causado daño que pueda valuarse pecuniariamente, podrá el juez,

no obstante, imponer la obligación de pagar una suma hasta de mil pesos a favor del Tesoro Nacional".

Deben de haber sido fatigantes por lo largas las citas que acabo de hacer, pero las he considerado de absoluta necesidad para aclarar bien mi pensamiento sobre la materia que he tratado de dilucidar y que queda delineada, reconozco que muy deficientemente quizá, en estas bases principales:

1ª Que por la infracción de carácter penal de que resulten daños o perjuicios se condenará a los responsables a la indemnización íntegra, total, "DE TODOS" los perjuicios que se hayan causado, lo que constituye un principio semejante al que rige en materia civil acerca de que en la evaluación del perjuicio, no puede entrar como unidad de medida ninguna otra consideración distinta del perjuicio mismo en su realidad probatoria cuantitativa y cualitativa.

2ª Que las disposiciones comunes a todos los juicios, contenidas en el Código de Procedimiento Civil son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a las disposiciones especiales de éste.

3ª Que ni el juez de lo civil ni el juez de lo penal, pueden prescindir de plano, de que se oiga previamente el concepto de los peritos cuando quiera que esta clase de pruebas se exija, como se exige necesariamente, cuando se trata de **avalúos de cualquier clase.**

El artículo 256 del Código de Procedimiento Penal dice así en su inciso primero: "Cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o **exija avalúos**, el juez o el funcionario de instrucción decretarán la prueba pericial".

El inciso 2º del mismo artículo expresa cuándo no se admite la prueba pericial:

"No es admisible —dice— la prueba pericial para establecer el carácter habitual o profesional del delincuente, ni la tendencia a delinquir, ni el carácter o la personalidad del procesado, ni, en general, las condiciones psíquicas independientes de causas patológicas".

4ª Que en el juicio criminal deben intervenir peritos para avaluar los perjuicios morales de todo orden, lo corrobora asimismo el Art. 114 ib. caundo exige que en el escrito de demanda quien pretenda constituirse en el proceso penal parte civil consigne en dicho escrito "Los perjuicios de orden moral que se le hubieren causado y la **cuantía en que estima** la indemnización de los mismos".

Y, por su parte, el artículo 721 del Código de Procedimiento Civil dice que "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".

La doctrina que de plano rechaza o no hace admisible la intervención de peritos para avaluar el daño moral "subjetivo", me parece que es contraria a estas disposiciones sobre procedimientos civiles y penales y a la del mismo artículo 95 del Código Penal que, según se vio, presume que sí es susceptible de avaluarse pecuniariamente el daño moral (de toda clase, puesto que no distingue) y que sólo deja la regulación a **arbitrio judice**, sin pasar de dos mil pesos, cuando no ha sido "fácil o posible" avaluar pecuniariamente tal daño —pericialmente se entiende, como se vio también por el artículo 256 del Código de Procedimiento Penal, que se deja copiado ya.

Parece que está demás agregar que en el caso del artículo 95 del C. P., si se da cabida a la requerida prueba de peritos y estos señalan como monto de la reparación por el daño moral de todo orden, una cantidad superior a dos mil pesos, aquella cantidad superior será la que el juez debe acoger, a menos que el dictamen se descalifique por él como desacertado, en los términos que lo requieren el artículo 268 del mismo Código y los artículos 721 y 723 del Código de Procedimiento Civil.

Que el artículo 95 del código Penal no excluye, cuando sea el caso, la estimación de los perjuicios morales de todo orden

por una suma mayor de dos mil pesos, no sólo se desprende de su mismo texto. sino que, además, así lo confirma el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal cuando expresa lo siguiente: "La sentencia ejecutoriada en juicio penal, prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles para obtener el pago de la indemnización de perjuicios.

"Pero si el perjudicado por la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización, podrá ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil. El que iniciare en esta forma la acción civil, no podrá pedir la ejecución de la sentencia penal en lo tocante a la indemnización".

De otro lado, el artículo 26 del mismo código, dice así: "La condición exigida por el Código Penal de reparar EFECTIVAMENTE los perjuicios ocasionados por la infracción para conceder la condena o la libertad condicionales, sólo podrá imponerse cuando se haya fijado la cuantía de la indemnización y el perjudicado HUBIESE ACEPTADO DICHA FIJACION. Igual norma se aplicará cuando se conceda el perdón judicial".

Estas disposiciones están diciendo claramente que no es forzoso para el interesado aceptar la cuantía en que se haya estimado los perjuicios de toda clase en el juicio penal, y que él podrá pedir ante los jueces civiles competentes la reparación total del daño que sufrió, por una suma mayor de la señalada en el proceso penal.

No habría, pues, así cosa juzgada para él. Pero al mismo tiempo que esto pasaría en el proceso penal, con evidente resultado favorable para el perjudicado, tendríamos que en un juicio de carácter civil se haría de peor condición a esa misma persona, pues con la misma disposición de carácter penal —el artículo 95 del C. P.— aplicada en ese juicio civil por medio de sentencia definitiva que sí haría tránsito a cosa juzgada, no se le dejaría ya derecho a reclamar suma mayor de los dos mil pesos a que se refiere este artículo ni tendría ese interesado ocasión en tal juicio de comprobarlo, porque se le diría que esos perjuicios no pueden ser estimados pericialmente ni en más de los dos mil pesos de que trata dicho artículo.

Por este otro aspecto, igualmente me parece que es claro por qué no es conveniente traer como norma **obligatoria** a la zona de lo puramente civil en los juicios sobre indemnización de perjuicios por culpa contractual y extracontractual, una disposición como la del artículo 95 del Código Penal, la cual no tiende a reparar o a satisfacer **en su totalidad** o cumplidamente como es de rigor, el **quantum** del daño moral ocasionado, sino únicamente a poner a cargo del delincuente una suma parcial, quizá simbólica, para que nunca se quede sin esta clase de sanción al acto criminoso por el aspecto del daño moral causado, cuando por medio de peritos se haya establecido previamente que no es "fácil o posible" fijar la cantidad representativa de la **totalidad** de la indemnización debida por esa clase de daño.

Los artículos 25 y 26 del Código de Procedimiento Penal, que quedan ya citados, confirman ampliamente la no obligatoriedad de la condenación pecuniaria en estos casos ,a menos que el interesado la haya aceptado en el respectivo juicio por estimar que cubre **en su totalidad** el perjuicio que se le ocasionó.

En todo caso, la dificultad y lo falible de una fórmula y de una decisión absolutas y genéricas sobre esta compleja materia, me ha hecho vacilar para adoptar integralmente el presente fallo, como habrían sido mis deseos, en cuanto a los perjuicios casuados por la lesión de que fue víctima la señora Chaljub de Name.

Si el daño moral **subjetivo** "resulta en realidad de la receptividad de la víctima", como la receptividad sensorial de una persona difiere notablemente de la de otro, y aún puede dejar de existir total o parcialmente según su constitución fisiológica, según su temperamento, según su

grado de cultura, según las condiciones del medio ambiente en que viva ,etc., cómo puede él juez **medir** el grado de receptibilidad sensorial de esa persona para asegurarse acerca de la intensidad del choque emotivo que en su ánimo produjo la lesión o daño de carácter moral, y para concederle, en proporción, como indemnización, como reparación, como satisfacción por el daño moral sufrido, determinada parte de los dos mil pesos que como máximo señala el artículo 95 del Código Penal?

Qué criterio, qué norma, qué unidad de medida adopta el fallador para saber que la receptividad sensorial del interesado exige determinada cantidad de los dos mil pesos señalados, o, viceversa, que la suma asignada, dentro de este máximo es la que corresponde en proporción del eco de la vibración dolorosa —valga la frase— que en el campo emotivo de la víctima produjo el acto ilícito de un tercero?

Decir que, precisamente, por esa dificultad de avaluar pecuniariamente el daño moral subjetivo, se deja al arbitrio del juez resolver el problema, es no darle solución a éste en el fondo, pues qué otra cosa hace el juez sino **estimar, avaluar en dinero** el perjuicio de que se trata cuando conceda a la víctima cualquiera suma dentro de la máxima de los dos mil pesos a que se refiere el artículo 95 del Código Penal?

Otra cosa sería si ese artículo estuviera redactado así simplemente: ,

"Con respecto al daño moral que el delito haya causado, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos".

O, de esta manera:

"Cuando se trate de daño que no sea fácil o posible avaluar pecuniariamente, como el daño moral subjetivo, podrá fijar el juez prudencialmente... etc., etc."

Pero como lo hemos visto, no es en estos términos como está redactado ese artículo, sino en otros muy distintos que hacen pensar que para el legislador no siempre es "difícil o imposible" que se avalúe pecuniariamente por peritos el daño moral, de toda clase, desde luego que no se distingue entre la naturaleza o carácter de tal daño.

Ahora, como ese mismo artículo indica cuándo, en qué momento, el arbitrio del juez, como subsidiario que siempre debe ser, viene a suplir la dificultad, la imposibilidad que se comprueben previamente, de "avaluar pecuniariamente" "la indemnización que corresponda al ofendido", y como la prueba pericial es exigida por la ley civil y por la ley penal en todo caso de avalúos o de regulación en cifra numérica, son los que me he permitido exponer los motivos que he tenido para hacer el presente salvamento de voto al fallo de mis distinguidos colegas de la mayoría, por estimar que existe una errónea aplicación del artículo 95 del Código Penal al caso de autos, aparte de las razones que, según lo expresé ya, no he considerado de este lugar exponer ahora respecto a si puede o no ser materia de avalúo pericial el perjuicio moral subjeitvo".

Las observaciones que, al principio de estas notas me permití anunciar y que haré tan brevemente como sea posible, son las siguientes:

. . . . . .

II). El fallo encuentra acertadas las apreciaciones del Tribunal **a quo** en cuanto rechazó el dictamen de los peritos sobre avalúo de los perjuicios, alegando que las entradas diarias de Estrada Ruiz las calcularon a base de posibilidad, suposición, creencia o probabilidad de que el actor ganaba más o menos, tanto, o que ganaba entre tanto y tanto". —Se alude a los testimonios que "presentan a Estrada como hombre hábil para los negocios, que movía un fuerte capital y que obtenía una ganancia entre diez y treinta pesos diarios", sin que se haya demostrado la cauntía de ese capital, su ganancia y prosperidad en los negocios; su edad y salud, los parientes a quienes sostenía etc.

Considero fundadas, en parte, las observaciones que hace el fallo sobre el par-

ticular, porque, en realidad, es deficiente el dictamen pericial que se examina, pero me permito hacer estas aclaraciones:

Planiol y Ripet sostienen que la dificultad de apreciar la cuantía del perjuicio cuando éste sea cierto, aunque futuro, no debe ser motivo para rechazar la reparación de él; que los Tribunales, en caso de fallecimiento de una persona por culpa de otra, condenan a esta persona al pago de perjuicios materiales a favor de los parientes del difunto, no solamente, cuando éste subvenía a las necesidades de aquéllos, sino también en el caso contrario, y aún cuando esa muerte prematura anticipa o apresura el día en que los parientes debían entrar en posesión de su herencia; y que "como en todas las veces en que se trata de una apreciación de hecho, los Tribunales pueden contentarse con probabilidades". (Droit Civile, Tomo VI, Nos. 542, 543 y 549).

Esta misma Corte, en Casación de 21 de julio de 1922 (XXIX, 220), expresó conceptos similares en cuanto al perjuicio moral subjetivo, cuando dedicidió que "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 de concluír que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, cuando quiera que su infracción escapara a la acción de las leyes penales".

Los elementos integrantes del perjuicio moral (del subjetivo y del objetivado) y aun los del mismo perjuicio material, no puede tener siempre, pues, una expresión probatoria procesal en la misma forma nítida, positiva, tangible, en que aparecen o se manifiestan en ciertos casos ordinarios, lo que no quiere decir que por esa dificultad de estructurar materialmente o de contabilizar el perjuicio no exista éste y no se deba condenar a la indemnización del daño moral y material con base en los factores conocidos que existan en autos en el momento de decidir la controversia .

Indudablemente, no es imposible ni está fuera de lo natural que, por ejemplo, una persona que es joven y goza de buena salud, enferme y muera después de sus padres; o que siendo soltera contraiga matrimonio; o que siendo rica vea reducida o anulada la fuente de sus ganancias; pero indudable es también que puede suceder todo lo contrario, y de ahí que ante lo eventual y contingente de estos factores, los únicos elementos de juicio que deben tenerse en cuenta para configurar el concepto del daño patrimonial o extrapatrimonial y su cuantía, deban ser aquellos que existen de modo **cierto en autos** ante el fallador en el momento de decidir la controversia, a saber, y por ejemplo también: que esa persona era joven, que no estaba enferma, que era soltera, que poseía determinada riqueza o capacidad productora, etc.

Las presunciones que los peritos, o el juez, en defecto de éstos, construyan a base de tales factores para estructurar la noción del perjuicio (de todo orden) y el monto de éste, no serán arbitrarias ni temerarias, sino que tendrán un fundamento racional y de equidad si parten, como en el caso del ejemplo, de hechos **ciertos, conocidos y probados**, que existen en el momento de decidirse la cotroversia aunque puedan dejar de existir después de fallada ésta. Otra cosa debe ser cuando el juzgador carezca en absoluto de esos elementos de juicio o sean éstos de tan débil fuerza probatoria, que alejan de su ánimo la más ligera convicción.

Si así no se hiciera, muy raros serían los casos en que podrían hacerse una estimación y una condena de perjuicios, porque nunca podrá descartarse por completo la intervención de lo eventual, de lo desconocido y de lo contingente, en apreciaciones de aquella índole. Se ve así cómo es de fundado el precitado concepto de Planiol y de Ripert cuando dice que en estos casos los Tribunales tienen que contentarse con probabilidades.

III. En el caso de autos cabe observar, como lo anota el fallo del Tribunal **a quo** (C, I folio 42), que el avalúo de los per-

juicios fué hecho de común acuerdo por los peritos, y que aunque el dictamen fue puesto en conocimiento de las partes, éstas no le hicieron objeción alguna.

Me parece que la función crítica que sobre la prueba pericial tiene el juzgador, y que lo faculta en materia de avalúo aún para desestimarla cuando no está debidamente fundamentada, no se debe ejercer cuando las partes le han impartido al dictamen de los peritos su aprobación, expresamente, o en forma tácita, por no haberla objetado dentro del término legal (C. J. artículos 719 y 720).

Así parece que debe entenderse por la circunstancia de que en materia civil nada puede ser oficioso, excepto cuando se trata de un asunto relacionado con el orden público o las buenas costumbres, y por cuanto según el artículo 366 del C. de Procedimiento Civil, "Son **términos judiciales** los plazos señalados por la ley o por el juez para que **dentro de ellos** se dicte alguna providencia, se haga uso de un derecho o se ejecute algún acto en el curso del juicio".

IV. Por último, cuando sea el caso de aplicar por analogía el artículo 95 del Código Penal a asuntos civiles, me parece que, en aquellos que revisten la mayor gravedad como lo son en los que se ha causado la muerte de una persona o se la ha hecho víctima de lesiones que la incapaciten "de por vida" para el trabajo o que la dejen con notoria deformidad, debiera condenarse al máximun de la suma de que trata dicho artículo, pues esos son de los casos que más serias repercusiones pueden presentar en el campo afectivo o moral".

Bogotá, marzo 14 de 1942.

José M. Blanco Núñez.—M. Pineda Garrido, Srio.

INDICE

Págs.

EDITORIAL.—**De la evidencia extrínseca, por Benjamín Ortiz** 753

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

PERJUICIOS.—PRESUNCION DE CULPA POR EL HECHO AJENO QUE CAUSE DAÑO.—No se infirma el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla con fecha doce de diciembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de "Miguel del Gallego, Sucesores", contra el Municipio de Barranquilla. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 758

CASACION DE LA SENTENCIA RECURRIDA POR HABER PROSPERADO LA CAUSAL 6ª DEL ARTICULO 520 DEL CODIGO JUDICIAL. — CANCELACION DE MARCAS Y PATENTES. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 1º de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de José María Escobar Lotero contra José Tobón Uribe. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca.... 765

COSTAS.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el diecienueve de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, en el ordinario de Manuel Antonio Bravo contra Tobías R. Monroy e Isaac López. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 773

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD.—ERRORES DE HECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS.—SOCIEDAD. — No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha diecisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio seguido por Federico Caicedo contra Manuel Peláez. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango..... 776

ACCION PETITORIA DE NULIDAD POR SIMULACION. — LEGITIMAS. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el ordinario de Clímaco y Virgilio Manosalva contra Hortensia, Carmen Manosalva y otros. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 782

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — AVALUO PERICIAL.—Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio adelantado contra Higinio Mera por Rodolfo Medina N. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 785

REIVINDICACION DE BIENES SOCIALES HECHA POR UNO DE LOS CONYUGES PARA LA SOCIEDAD, CONFORME A LA LEY 28 DE 1932.—INTERPRETACION DE LA DEMANDA POR EL JUZGADOR.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de fecha veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el ordinario adelantado por Ana Francisca Villa contra Ricardo Gaviria y Andrés López. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 788

PERJUICIOS — INFLUENCIA DEL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO SOBRE LA ACCION CIVIL POR REPARACION DEL DAÑO CAUSADO.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario seguido por Dolores Carrizosa de Crespo, Cecilia, Dilia y Beatriz Crespo Carrizosa contra Elena Laserna Pinzón. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 795

SALVAMENTO DE VOTO, magistrado doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 803

SALVAMENTO DE VOTO, magistrado doctor Liborio Escallón 805

REIVINDICACION. — HECHOS DE LA DEMANDA—REGISTRO DE LA PARTICION Y DE LAS HIJUELAS. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el doce de diciembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de José María Leiva contra Victoriano Torres, María de Lourdes y otros. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 806

PETICION DE EJECUCION DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA. — QUE SENTENCIAS PUEDEN EJECUTARSE EN COLOMBIA. — ESTATUTO REAL.—No se ejecuta en Colombia la sentencia proferida por el Tribunal italiano de Castrovillari que abre la sucesión del súbdito italiano Cayetano Morelli, muerto en el sanatorio de Nocera Inferiore y domiciliado en Morano Calabro, y que lleva fechas 16 y 17 de enero de mil novecientos cuarenta y

Págs.

uno. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 811

REIVINDICACION. — ILICITUD DE LA ENAJENACION DE BIENES EMBARGADOS.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el treinta y uno de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Elías, Antonio María Rodríguez y otros contra Vidal Melo Ch. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 815

ACCION JUDICIAL SOBRE ENAJENACION DE BIENES EMBARGADOS.— No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, fechada el veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el ordinario de Lisandro Villabón contra Rosa Góngora de Sánchez, Manuel Justinico Zamora y Fructuoso Villabón. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 821

ACCION REAL HIPOTECARIA Y ACCION DE DOMINIO.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el día veintiuno de agosto de mil novecientos cuarenta, en el juicio de Ceferino Botero R. contra Eleuterio Castaño Gómez y otros. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón..... 825

NULIDAD DE UNA ENAJENACION POR OBJETO ILICITO.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el día ocho de julio de mil novecientos cuarenta, en el ordinario de Tránsito Guerrero de Villabón contra Rosa Góngora de Sánchez, Manuel Justinico Zamora y Fructuoso Villabón. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón... 830

PETICION DE HERENCIA.—LEGISLACION CANONICA Y CIVIL SOBRE MATRIMONIO—FORMA DEL MATRIMONIO CATOLICO Y MEDIO DE PRUEBA. — JURISDICCION ECLESIASTICA Y JURISDICCION CIVIL EN PUNTO DE MATRIMONIOS CATOLICO Y CIVIL—INDEPENDENCIA DE LAS DOS JURISDICCIONES.—ACTAS DE ESTADO CIVIL.—SU VALOR PROBATORIO.—CARACTER DE LOS PARROCOS QUE EXPIDEN ACTAS DE ESTADO CIVIL Y DE ESTAS. — LEGITIMACION. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha doce de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, en el juicio ordinario sobre petición de herencia y otras prestaciones, seguido por Ana Forero Moreno de Gouffray contra Roberto Forero V., María Luisa Forero de Martín y el Banco de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 833

CONTRADICCION A UN DESLINDE. INCONGRUENCIA. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el tres de octubre de mil novecientos cuarenta, en el juicio de deslinde promovido por Liborio Bahamón y Sofía Rivera de Martínez contra Teresa Dussán de Esguerra. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 855

SALA DE CASACION EN LO PENAL

SOLICITUD DE CAMBIO DE RADICACION DE UN SUMARIO HECHA POR UN LEPROSO. — La Corte Suprema emite concepto desfavorable al cambio de radicación del sumario que por el delito de homicidio se sigue al interesado Luis Enrique Bedoya. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 867

SOLICITUD DE CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO. — DELITO MILITAR. — FUERO MILITAR. — La Corte Suprema se abstiene de emitir concepto sobre el cambio de radicación solicitado por Francisco Gaitán Vásquez, por considerar que el delito porque se le sindica no es de la competencia de los Jueces Superiores de Distrito. Magistrado ponente, doctoh Campo Elías Aguirre 869

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

REVISION DE UNA SENTENCIA DE EXCEPCIONES PROFERIDA EN JUICIO EJECUTIVO.—Se reforma la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el día veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta, en el juicio de Vicente Castañeda Rivera contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 872

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO. — La Corte no da tramitación al proceso sobre excepciones presentadas por el demandado señor Arcadio López, en la acción ejecutiva que le adelanta la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 876

PRESCRIPCION CONTRA CREDITOS DEL ESTADO.—Se declara no probadas las excepciones presentadas en el juicio ejecutivo de la Nación, por intermedio de la Recaudación de Hacienda Nacional de Santa Rosa de Viterbo, contra Abigaíl Archila v. de Segura y otros. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 878

OBJECION A UN DICTAMEN PERICIAL.—ERROR GRAVE. — Se confirma el auto de veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y uno, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio ordinario de Carmen Soler v. de Segura contra la Nación y el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 883

EXCEPCIONES. — CUENTAS RENDIDAS POR LOS RESPONSABLES DEL ERARIO.—Se declara probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y carencia de título, en el juicio ejecutivo de la Nación contra los herederos de Enrique Greiffenstein. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 885

Págs.

PROCEDIMIENTO QUE DEBE SEGUIRSE EN LAS DEMANDAS SOBRE PENSION DE EMPLEADOS OFICIALES. Se revoca el auto de cinco de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario que adelanta Pedro Luis Sierra contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 889

ACCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS. — FIANZA. — Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario promovido por Samuel de Greiff contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 892

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—EL EMPLEADO PUBLICO ANTE LA ADMINISTRACION. Se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha seis de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario seguido por Carlos Eduardo Acosta contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 899

TRAGEDIA DE AVIACION DEL CAMPO DE SANTA ANA.—RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS DE SUS AGENTES AUTORIZADOS EN DETRIMENTO DE LOS DERECHOS CIVILES DE TERCEROS.—

Págs.

Se reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día veintiséis de agosto de mil novecientos cuarenta, en el juicio promovido por Nur Chaljub de Name contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 904

SALVAMENTO DE VOTO, magistrado doctor José M. Blanco Núñez..... 912

NULIDAD DE UN JUICIO POR CARENCIA DE JURISDICCION IMPRORROGABLE DEL FUNCIONARIO QUE LO SIGUIO.—Se declara nula la providencia de veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, dictada por la Administración de Hacienda Nacional de Ibagué, en el ejecutivo de la Nación contra Manuel Moreno. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 918

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR CULPA DE UNO DE SUS AGENTES. RESPONSABILIDAD MEDICA POR NEGLIGENCIA O DESCUIDO EN EL TRATAMIENTO DE LOS ENFERMOS. PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES. — Se revoca la sentencia de diez de julio de mil novecientos cuarenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio ordinario sobre responsabilidad adelantado por los esposos Emiliano Valencia y María Mejía de Valencia contra la Nación. Magistrados ponentes, doctores José M. Blanco Núñez y Aníbal Cardoso Gaitán..... 920

SALVAMENTO DE VOTO, magistrado doctor José M. Blanco Núñez..... 944

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NOTA.—Con el presente número termina el tomo LII de la **Gaceta Judicial**; el número 1982 se destina a índice de este mismo tomo.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR JULIAN MOTTA SALAS

TOMO LII — BOGOTA, 1942. — NUMERO 1982.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LII

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A

ABANDONO DEL EMPLEO

— 1 —

La Corte confirma la tesis del Tribunal de San Gil en el sentido de que para que haya abandono del empleo y éste sea punible, la prueba del cargo debe ser digna de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio y referirse a hechos concretos y precisos que establezcan plenamente el número de días y las fechas en que el abandono se produjo. Si fuere testimonial, el testigo debe dar razón aceptable de su conocimiento, para que lo aseverado por él sea tenido en cuenta y sirva de fundamento probatorio. De lo contrario podría darse el caso de que una acusación temeraria prosperara, si el funcionario o empleado se retirara o ausentara del lugar donde debe residir o debe desempeñar sus funciones, y el retiro o ausencia se efectuara en uso de licencia, o en días feriados o de vacancia, o con el fin de practicar alguna diligencia en cumplimiento de sus deberes de tal. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, LII, número 1978, noviembre 28 de 1941). .. 244, 1ª y 2ª

ACCION CIVIL Y ACCION PENAL PARA LA REPARACION DE PERJUICIOS

— 2 —

1. La absolución por un delito de homicidio no interfiere ni obstruye la acción civil encaminada a obtener la reparación del daño causado por el hecho que se averiguó por la jurisdicción del crimen, como en otras ocasiones lo ha dicho la Corte, porque ella se funda en la existencia de tal hecho como simple causa de perjuicios, en su ilicitud simplemente culposa, y no en que es constitutivo de una infracción delictual en su estricto sentido. (Casación, LII, número 1978, agosto 21 de 1941). 208, 2ª

ACCION REAL HIPOTECARIA Y ACCION DE DOMINIO — SUS DIFERENCIAS

— 3 —

La acción real hipotecaria es distinta en su naturaleza y en su prueba de la de dominio, o de las accio-

Páginas

nes en que el dominio constituya un factor esencial. En la primera el acreedor, basado en el contrato de hipoteca, persigue el inmueble, sea quien fuere el que lo posea y a cualquier título que lo haya adquirido (artículo 2452, C. C.). Se deduce de este principio que quien ejercite la acción real no tiene por qué estar ligado con ningún vínculo contractual con el poseedor de la finca, porque en la acción de que viene tratándose es la finca, el inmueble, lo que se persigue representado por su poseedor. Basta entonces al acreedor establecer esta posesión, y el medio legal adecuado es el certificado del respectivo Registrador de Instrumentos Públicos, conforme a los artículos 1008 y 1189 del C. J., que establecen de modo general cómo se demuestra la posesión inscrita. La acción de dominio versa sobre la propiedad de la cosa, sobre la existencia del derecho real sobre un objeto para gozar y disponer de él y entonces tratándose de inmuebles es necesario acreditar ese derecho en la forma y modo como establece la ley o sea, por medio de escritura pública debidamente registrada. En esta acción cabe o puede caber el estudio sobre prevalencia de títulos para decidir cuál de las partes tiene mejor derecho al inmueble disputado. Es, pues, procedente y necesario el estudio del título en que una de las partes apoya sus pretensiones para demostrar el dominio, todo lo cual no cabe en la acción real hipotecaria, la cual es independiente de la cuestión de dominio y procede, según el precitado artículo 2542, cualquiera que sea el título con que el poseedor inscrito haya adquirido la cosa hipotecada. (Casación, LII, número 1981, diciembre 13 de 1941). ..... 827, 1ª y 2ª

ACTUACION — PAPEL SELLADO

— 4 —

De acuerdo con el artículo 351 del C. J. es preciso hacer saber a la parte que no ha suministrado el papel correspondiente para la actuación, que está en el deber de hacerlo, lo cual constituye un requerimiento. Esto, además de que constituye la interpretación recta de tal artículo de acuerdo con los principios generales de procedimiento civil, evita actuaciones sorpresivas que muchas veces pueden desconocer el derecho que asiste a una de las partes. Pero si lo anterior es exacto, también lo es que la parte requerida para revalidar el papel debe hacerlo dentro del plazo que la ley le concede para interponer el recurso o hacer uso de él, en todo caso, antes que se haya resuelto su petición. Si el recurso se interpuso a tiempo y si antes de decidirse si se concede o se niega ya está revalidado el papel, no hay óbice para oír al peticionario. (Auto, Sala de Casación Civil, LII, número 1978, agosto 14 de 1941). 187, 1ª

AGENCIA OFICIOSA

— 5 —

1. De conformidad con el artículo 2304 del C. C., cuatro son los requisitos necesarios para la agencia oficiosa: administración de negocios ajenos; falta de mandato para la gestión; intención de obligarse para con el tercero a quien se le administran bienes, y una posibilidad de obligarlo en determinados casos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, octubre 15 de 1941). . . .. 325, 2ª y 326, 1ª

AGUAS — AGUAS DE DOMINIO DEL ESTADO — AGUAS DE DOMINIO PRIVADO — DERECHO DE RIBERANIA

— 6 —

1. Para saber y determinar si una corriente de agua —llámesela río, arroyo, vertiente, quebrada u otro nombre similar— está dentro de la enunciación general del inciso 1º del artículo 677 del Código Civil y pertenece al dominio nacional, para el uso público, en nada influye que se trate de una corriente caudalosa o perenne, porque nuestro Código Ci-

Páginas

vil, siguiendo en esto al de Chile, no quiso aceptar tales distinciones que sí fueron acogidas en el proyecto de don Andrés Bello, pero más tarde suprimidas en la revisión definitiva que se hizo antes de adoptarse ese estatuto. Esta distinción arranca su raíz de la legislación romana, pero se estimó innecesaria y dada a producir confusiones en cuanto al patrimonio del Estado en las aguas vivas de uso público. Los artículos 892 a 894 del C. C. consagran los derechos y obligaciones que en lo relativo al uso y goce de las aguas nacionales otorgan las leyes colombianas a los propietarios riberanos. El derecho que reconoce el artículo 892 a tales riberanos no es propiamente una servidumbre natural, porque en realidad carece de las características propias de este fenómeno limitador del dominio. Coincide sobre esto la Corte con la opinión de numerosos tratadistas que le asignan el carácter de un derecho real, sui géneris, destinado exclusivamente al uso y servicio de dichas aguas, dentro de las limitaciones y fórmulas reglamentarias que la ley señale en cada aspecto o caso que se presente, como así lo preceptúa el artículo 678 del C. C. Si se examina el contenido jurídico de tal precepto (artículo 892), se concluye que el derecho que otorga para el uso de tales aguas a los propietarios riberanos, queda sujeto a tres requisitos, a saber: a) que el agua se dedique exclusivamente a los menesteres domésticos e industriales del fundo; b) que se haga un uso conveniente de ellas, es decir, que no se derive sino la cantidad necesaria para atender a esos menesteres; c) que el agua se tome dentro del predio y se devuelvan los sobrantes al cauce de origen dentro del mismo fundo, para de esa manera impedir la completa apropiación por el riberano, con perjuicio de igual derecho que tienen las heredades inferiores. Esta última condición es imperativa, como ya lo expuso la Sala de Casación en sentencia del 25 de marzo de 1936. Cumplidas esas condiciones y, además, las limitaciones contenidas en el artículo 893, el riberano puede hacer uso de

Páginas

las aguas que sean del dominio y uso públicos. Si falta alguna de tales condiciones para el uso limitado de las aguas nacionales, deberá obtener una autorización especial de la autoridad competente, como lo preceptúa el artículo 683, en cuya virtud "no se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes respectivas". Más tarde el artículo 8º de la Ley 113 de 1928 dispuso que "corresponde al Gobierno Nacional la concesión de las licencias, para sacar los canales a que se refiere el artículo 682 del C. C. Estas licencias o permisos los concederá el Gobierno con conocimiento de causa y sin vulnerar derechos de terceros. Esos posibles derechos de terceros están resguardados en el artículo 918. Corresponde, pues, al Gobierno Nacional la facultad reglamentaria respecto del uso y distribución de las aguas de uso público y así se lo ha otorgado de manera expresa el artículo 9º de la referida Ley 113 de 1928. Las aguas nacionales de uso público constituyen una res communis y nadie puede adquirir sobre ellas derechos absolutos de dominio, ni alegar prescripción, ni fundar derecho sostenido en posesión inmemorial. (Casaciones de 11 de julio de 1935, tomo XLII, marzo 25 de 1936, tomo XLIII, y agosto 10 de 1937, tomo XLV. El artículo 677 es idéntico en el fondo y en la forma al 595 del Código de Chile. La dificultad de su interpretación estriba en saber cuándo debe entenderse que una corriente o vertiente, al correr por cauces naturales, muere dentro de una misma heredad. En opinión de algunos expositores, para que una corriente de agua se entienda nacer y morir dentro de una misma heredad, es necesario que sus aguas se consuman íntegramente dentro de ella, sea por filtración del suelo, o por evaporación o agotamiento o por continuar por algún cauce subterráneo de dirección y alcance desconocidos, requiriéndose además que sus aguas no se junten con las de otra corriente que atraviese predios de distintos dueños y tenga el carácter de na-

Páginas

cional y de uso público. Diversas son las opiniones sobre el particular y ya la Corte se había decidido por la opinión enunciada. La Corte se decide hoy a interpretar el inciso 2º del artículo 677 en el sentido que mejor se acomoda a su letra y a su espíritu, vale decir, que una corriente o vertiente que nace dentro de un predio y corre a través de éste exclusivamente, por su cauce natural, muere dentro de la misma heredad no sólo cuando se consume por filtraciones del suelo, o cuando continúa por cauce subterráneo, o cuando desaparece por consumo o evaporación, sino también cuando confluye o desemboca en otra corriente, antes de la salida del predio aun cuando ésta última sea nacional y de uso público. Una vertiente es del dominio privado cuando nace dentro de un predio (porque brota o fluye dentro de sus límites o porque proviene de aguas pluviales estancadas, etc.), y luégo muere también dentro de sus linderos, sea porque se infiltra o corre por vía subterránea, ora porque desemboca o confluye en otra corriente antes de la salida del fundo. De no aceptarse esta hermenéutica habría que convenir en que tal norma carecería de realidad objetiva y de aplicación práctica que la justificara en nuestro estatuto de aguas, porque las corrientes que mueren o desaparecn por filtración, consunción o evaporación son muy raras e insignificantes en todo sistema hidrográfico y en ese caso la propiedad privada sobre dichas vertientes y sobre las aguas que nacen en la propia heredad se haría prácticamente nugatoria, contrariándose un principio universal en las legislaciones que reconocen y consagran tal derecho sobre las aguas que corren por las propiedades privadas. (Casación, LII, número 1980, octubre 20 de 1941). . ..... 587, 1ª y 2ª y siguientes

ARRAS

— 7 —

Se entiende por arras, de acuerdo con la significación etimológica del vocablo, las cosas que una parte da a la otra en prenda de la celebración o ejecución del contrato y que constituyen una estipulación de carácter real y de naturaleza accesoria, vinculada como tal a la validez del contrato principal a que accede. Las arras, dentro de las dos especies o clases en que legalmente se dividen, constituyen una modalidad convencional del contrato de venta, un pacto especial que no se sobreentiende como elemento natural del contrato en que interviene como garantía sino que ha de ser fruto de un consentimiento expreso sobre el particular. Las cosas que las partes se dan en el desarrollo de un negocio de venta no tienen por sí mismas, por el hecho de darse el significado y valor jurídico que corresponde a las arras, si expresamente no se ha convenido en darles el carácter de prenda, esto es, que se han entregado en el concepto o calidad convencional de arras. Sólo en estas condiciones quedan las cosas afectadas a las consecuencias que para el caso determina la ley a través de la estipulación especial de esta parte. (Casación, LII, número 1977, julio 30 de 1941). 25, 1ª

ARRENDAMIENTO

— 8 —

La jurisprudencia tiene establecida y autorizada la aplicación analógica del artículo 2046 del C. C. para los casos de arrendamiento no celebrado por escrito y referente a servicios que se prestan mediante el pago de salario que se determina por estipulación de las partes o por la costumbre del país. (Casación, LII, número 1977, septiembre 12 de 1941). . . .. 63, 1ª y 2ª

AVALUO PERICIAL

— 9 —

El artículo 721 del C. J. no manifiesta que el avalúo debe hacerse

Páginas

por los dos peritos principales, sino que puede realizarse por éstos o por un principal y el tercero, quien emite su opinión sobre los puntos en que los principales discuerden. De modo que si el dictamen de un perito principal es debidamente fundado y explicado y a él adhiere el tercero, ese dictamen es uniforme y hace plena prueba. El sentenciador debe fijar el importe en cantidad líquida o al menos establecer las bases de la liquidación, por mandato del inciso 1º del artículo 480 del Código Judicial. (Casación, LII, número 1981, noviembre 28 de 1941). ... 787, 1ª

B

BIENES DE DOMINIO PUBLICO Y BIENES FISCALES — BALDIOS

— 10 —

Según nuestro sistema legal, el patrimonio del Estado se descompone en bienes del dominio público y bienes fiscales. Los primeros se caracterizan por su condición de inalienables e imprescriptibles. Los bienes fiscales o del dominio fiscal, según clasificación de modernos expositores de derecho, pueden ser: fiscales comunes, estrictamente fiscales, y fiscales adjudicables, que son los destinados por las leyes fiscales a la adjudicación a particulares, mediante el lleno de los requisitos que en las mismas leyes se establecen. Es evidente que el dominio fiscal, el que tiene el Estado sobre los baldíos, así como el que tiene sobre los bienes de uso público, difiere, por varios aspectos, del derecho de propiedad privada. Pero igualmente es evidente que ciertos hechos, como la apropiación por el Estado de los productos de los bienes fiscales adjudicables, carecería de explicación si se desconoce que al Estado y demás entidades de derecho público asiste un derecho de propiedad sobre los bienes de que se trata. Derecho de propiedad sui géneris, sin duda, pero innegable derecho de dominio. Consecuencia de

Páginas

ese derecho de propiedad que el Estado tiene sobre los baldíos es el poder ser éstos gravados con servidumbre, y el poderse otorgar el usufructo de ellos. No se ve, por otra parte, por qué si la persona moral o entidad de derecho público puede ejercitar para la protección del dominio público y de los bienes fiscales las mismas acciones que un propietario propiamente dicho, principalmente, las acciones reivindicatoria y posesoria, no haya de tener la acción de deslinde, la que, dicho sea de paso, está expresamente reconocida en la legislación fiscal, como puede verse en la Ley 45 de 1917. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1979, noviembre 12 de 1941). ..... 514, 2ª y siguientes

BIENES OCULTOS Y BIENES VACANTES

— 11 —

Bienes ocultos,, de acuerdo con la ley fiscal, son los que además de estar simplemente abandonados en su sentido material por la entidad dueña de ellos, están en condiciones tales, que su carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio común de la Nación, de los departamentos o de los municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio. Los bienes ocultos tienen un dueño, hacen parte del patrimonio de él, aun cuando éste ignore que el bien es de su propiedad, y que se hallen abandonados en el sentido material, es decir, que no estén ocupados materialmente ni por el dueño, ni por el representante de éste, pero que en todo caso hace parte del dominio de alguna persona, que es su dueño, al paso que los bienes vacantes, de acuerdo con el artículo 706 del Código Civil son los inmuebles que se encuentran en la Nación sin dueño aparente o conocido, condición ésta que los distingue de los bienes ocultos que sí tienen un dueño apa-

Páginas

rente o conocido y para él los denuncia la persona que crea tener ese derecho de acuerdo con el Código Fiscal. Hay, pues, distinción legal, muy precisa, entre estas dos clases de bienes, que los diferencia nítidamente. Decir en un instrumento público sobre venta de un inmueble, que él es un bien oculto, no equivale a reconocer que sea vacante. Además, la calificación jurídica que las partes hacen en un instrumento público, de un acto o contrato, no modifica el verdadero carácter del acto o contrato así calificado, ni ésta calificación obliga al juzgador cuando el contenido del instrumento público sea materia de decisión judicial. Así, llamar venta a un contrato de donación por las partes que lo celebran, no es desnaturalizar la donación, ni obligar al Juez a que se atenga, en decisión judicial, a la calificación jurídica que los contratantes le han dado al acto o contrato. (Casación, LII, número 1980, octubre 22 de 1940). ..... 596, 1 y 2ª

C

CASACION

— 12 —

No existen en el procedimiento civil las recusaciones implícitas. El motivo quinto de casación exige que se trate de una recusación fundada en causa legal pendiente, al dictar la sentencia, o en que haya desestimado una recusación, siendo procedente. (Casación, LII, número 1977, septiembre 2 de 1941). 33, 2ª

CASACION

— 13—

1. Innumerables veces ha dicho la Corte que el motivo segundo de casación tiene lugar cuando la sentencia resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o deja de decidir sobre los que han sido objeto del litigio, o se condena a más de lo pedido o se deja de fallar sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, cuando sea el caso de hacerlo, pero en manera alguna puede invocarse sobre el hecho de que las conclusiones de la sentencia no satisfagan, desde el punto de vista del éxito judicial, las aspiraciones de quien promueva una acción. Este aspecto, vinculado propiamente a la legalidad del fallo y a la juricidad de sus fundamentos, es constitutivo de una causal diferente, la primera, en que están previstas las violaciones de la ley sustantiva, directamente, o como consecuencia de errónea apreciación de pruebas judiciales. (Casación, LII, número 1981, enero 30 de 1942). ..... 859, 2ª y 860, 1ª

CASACION

—14 —

El artículo 9º de la Ley 94 de 1931 pertenece a la legislación de orden público, y no es susceptible, por tanto, de variación ni acomodaciones a casos y situaciones particulares. En ella se establece una competencia privativa que no es posible eludir sin caer en sanción de nulidad, porque es improrrogable según el artículo 151 del C. J. En la actual legislación procedimental no existe la regla que en el anterior Código Judicial consagraba el artículo 165; ahora es indispensable, tratándose de jurisdicción improrrogable, que el Juez tenga competencia para conocer la demanda de reconvención. Si no la tiene y se sigue el juicio con violación del artículo 9º de la Ley 94 ya citada, la sentencia es casable por la sexta causal. La regla de técnica legal del recurso de casación contenida en el artículo 540 del C. J. ordena, cuando se acoge la causal sexta de casación, que la Corte declare en qué estado queda el juicio y disponga el envío de los autos al Tribunal de su origen, o a otro que esté próximo a éste, para que dicte nuevo fallo, o determine lo procedente con arreglo a derecho. En este caso lo que procede en conformidad con la ley es casar la sentencia para colocar el negocio en estado de que el Tribunal pueda de-

Páginas

clarar la nulidad de la actuación desde cuando se admitió la demanda de reconvención en adelante, a fin de que, tramitado el juicio, sin contrademanda, se profiera sentencia solamente sobre las peticiones y cuestiones planteadas en la demanda principal y su contestación. (Casación, LII, número 1981, noviembre 20 de 1941). ..... 771, 1ª y 2ª

CASACION

— 15 —

1. Cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del Tribunal, no basta para infirmar la sentencia atacar alguno o algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquél. Y aún dando por sentado que el Tribunal hubiera cometido un error de hecho al no estimar las pruebas señaladas por el recurrente, "no sería suficiente para casar la sentencia, si el Tribunal se ha fundado también en otras pruebas que no han sido atacadas y que conservan el valor legal en que fueron apreciadas por el Tribunal. (Casación, LII, número 1981, noviembre 27 de 1941). 778, 2ª

CASACION

— 16 —

1. La violación del artículo 593 del C. J. no da motivo a casación por cuanto él encierra una regla de conducta general que el legislador le fija al fallador para dictar sus decisiones judiciales, y la infracción de esa disposición no daría lugar a la casación si no se acusan igualmente las pertinentes disposiciones del C. J. que establecen los medios de probanza en los procesos y el valor que a esas probanzas le señala la ley, y los correspondientes de la sustantiva. Es evidente que el artículo 697 del C. J. da valor de plena prueba al dicho de dos testigos hábiles

Páginas

que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, pero también es evidente que esa fuerza probatoria se desvirtúa si el testigo se contradice notablemente en una o varias declaraciones, en cuanto al hecho mismo o sus circunstancias importantes. (Casación, LII, número 1979, agosto 30 de 1941). 379, 2ª

CASACION EN LO CRIMINAL

— 17 —

En el recurso extraordinario de casación no puede plantearse el argumento de que es incompleta la prueba de la responsabilidad de un reo, si se trata de juicios por jurado, pues el veredicto no contradictorio y no puesto en evidencia marca en firme esa responsabilidad por más deficiente que sea su prueba en el proceso.

La casual que con el número 2º está en el artículo 567 de la Ley 94 de 1938, viciosa y oscuramente redactada, sin duda es del todo aplicable a los recursos de casación cuya base sea un fallo de los que cita el artículo 557 (sentencias de Tribunales Superiores proferidas en procesos de que conocen los Jueces de Circuito, por infracciones que tengan un máximo de privación de la libertad de cinco años o más), aun cuando podría presentarse una confusión de las causales 1ª y 2ª en el caso de que el error de interpretación o apreciación de los hechos se ligara con "circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

En los procesos de que conocen los Jueces Superiores con intervención del jurado, la causal de casación del número 2º del artículo 567 no se circunscribe al solo problema de un yerro en la estimación de la prueba del cuerpo del delito, pues la errónea interpretación o apreciación de los hechos en cuanto sean elementos eximentes de la responsabilidad, comporta el fenómeno del veredicto condenatorio contrario a la evidencia. (Auto, Sala de Casación Penal, LII, número 1978, noviembre 24 de 1941). . . ..240, 1º y 2º

Páginas

CASACION EN LO CRIMINAL

— 18 —

Si a un reo se le juzga por dos delitos en el mismo proceso y el juez declara injusto el veredicto referente a uno de los dos cargos, no puede dictar sentencia condenatoria por el otro sino que debe mantenerse en suspenso la condenación mientras se reúne el nuevo Jurado porque dentro del sistema de acumulación jurídica de las penas establecido por el nuevo Código no pueden dislocarse los procedimientos ni hacerse fallos separados para un mismo reo cuando se le juzga por concurso de delitos, ya sea real, ya meramente formal, ya que en tales casos no se imponen varias penas principales sino una sola, aunque agravada.

La sentencia condenatoria por uno de los delitos en concurso dejando pendiente el otro adolece de aplicación indebida —por prematura— de la ley (causal 1ª de casación). (Casación, LII, número 1979, marzo 23 de 1942). 493, 2ª

CASACION EN LO CRIMINAL

— 19 —

Dándole a la causal segunda de casación una interpretación extensiva que a la vez consulta las exigencias del derecho, la equidad y las necesidades de la defensa social, la Corte ha admitido la posibilidad de que prospere el recurso por la causal 2ª, aun tratándose de sentencia proferida en juicio por Jurado.

Cuando del expediente aparezca que se omitió formularle cuestionario al Jurado sobre un elemento modificador de la responsabilidad (por ejemplo la riña imprevista) "a pesar de estar acreditado en el proceso" de manera indudable, puede el recurso de casación prosperar por la causal 2ª (Casación, LII, número 1979, marzo 18 de 1942). 485, 1ª

CASACION EN LO CRIMINAL

— 20 —

Comparada la nueva reglamentación del recurso de casación con la anterior, se observa que el pensamiento de los autores de la reforma fue ampliarlo en forma que ya serán muy pocas las sentencias de la jurisdicción penal que no sean susceptibles de intentarlo. Puede ser —y ya está ocurriendo— que los recurrentes, acogiéndose a los términos latos de la causal segunda, planteen ante la Corte el debate sobre la responsabilidad del acusado, ya concluído en las instancias, lo que sin duda pugna con los conceptos tradicionales sobre el objeto del recurso de casación. Sin embargo, esta sola consideración no autorizaría a la Corte para limitar el alcance de dicha causal, excluyendo de su radio de acción las sentencias dictadas en los juicios en que interviene el Jurado. Las dificultades que a la luz de las oportunas observaciones del señor Procurador puede ofrecer la declaratoria de casación de tales fallos, por la causal segunda, será menester resolverlas, mientras la disposición subsista, aplicando racionalmente los mandatos de la misma ley de casación relativos al modo de proceder la Sala cuando el recurso prospera, esto es, conciliando las facultades propias de la Corte como tribunal de casación con las normas procedimentales que rigen los juicios por Jurado.

Tratándose de recursos destinados a dar vida y eficacia a las garantías de justicia, siempre será más aconsejable la interpretación extensiva. Pueden presentarse casos de sentencias definitivas, absolutorias o condenatorias, fundadas en veredictos clamorosamente contrarios a la evidencia procesal. Si el presunto reo así condenado, o el representante del ministerio público, o ambos a la vez, recurren en casación ante la Corte, demuestran el error cometido e invocan la causal 2ª, sería desconcertante para la sociedad que este supremo tribunal admitiera que porque en la nueva reglamentación del recurso no se mencionó, de modo expreso, la hipótesis de que la sentencia esté basada en un veredicto notoriamente contrario a la evidencia, el nuevo estatuto no suministra re-

Páginas

medio alguno contra la injusta condena, habiéndose adoptado en él, como segunda causal, una fórmula que por la amplitud de su contenido bien puede abarcar el error de apreciación de los hechos "determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes", cometido tanto por el Jurado al resolver los cuestionarios desatendiendo la verdad procesal, como por los jueces de instancia al dictar sentencia de acuerdo con las resoluciones erróneas del Jurado.

En los juicios por Jurado bástale al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo racional en las pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, como lo pretende el recurrente, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal. (Casación, LII, número 1978, febrero 16 de 1942). ..... 254, 2ª y siguientes

CAUCION DE PERJUICIOS

— 21 —

El artículo 845 y los demás pertinentes del Código Judicial no exceptúan a la Nación, como persona jurídica o entidad de derecho civil, de la obligación de prestar caución de perjuicios y, por tanto, ella debe someterse sin prerrogativa alguna a los requisitos del juicio, en su carácter de opositora. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, agosto 27 de 1941). 275, 1ª

CAUCION DE PERJUICIOS

— 22 —

Cuando el artículo 879 del C. J. dice que "si el demandante pide que el opositor preste caución de pagar los perjuicios que le cause con su oposición, el Juez debe ordenarlo", hácelo de una manera tan general y perentoria, que no permite ninguna clase de salvedades por razón de la persona que constituya la parte opositora. Lo que el legislador tuvo en mira fue garantizar al demandante el pago de los perjuicios en referencia derivados de la oposición del demandado. Y si dicha parte opositora está constituída por el Estado, la regla general establecida en el citado artículo 879 no tiene por qué resultar inaplicable. Basta con que aquél se oponga a la acción instaurada, para que el actor pueda pedir que el demandado preste la respectiva caución. Esta doctrina resulta perfectamente aplicable en la interpretación del artículo 845 del mismo Código. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, septiembre 19 de 1941). 296, 1ª

CAUSAL DE CASACION

— 23 —

Cuando una sentencia es absolutoria no es procedente la causal 2ª del artículo 520 del C. J., porque la absolución entraña la negación de todas las peticiones de la demanda. (Casación, LII, número 1980, octubre 31 de 1941). 622, 2ª

CESION

— 24 —

El contrato de cesión de créditos se perfecciona entre el cedente y el cesionario sin el conocimiento, sin el consentimiento y aún contra la voluntad del deudor, por la entrega del título, que debe llevar anotado el traspaso del derecho, o con el otorgamiento del documento respectivo cuando aquél no consta por escrito. De consiguiente, el deudor cedido es completamente extraño a dicho contrato, a cuya celebración no puede oponerse y contra el cual, en sí mismo considerado, no tiene derecho al-

Páginas

guno qué hacer valer, por no ser parte en él. Además de lo dispuesto en los artículos 1960 y 1963 del Código Civil no por eso deja de tener vida legal y perfecta y de producir todos sus efectos, entre cedente y cesionario, el contrato que dio origen a la cesión del crédito. Aceptada la cesión por el deudor, o notificado legalmente de ella por el cesionario, aquél se vincula al contrato celebrado entre cedente y cesionario, pero únicamente en lo relacionado con el pago del crédito y con las excepciones que puede proponer el cesionario, de acuerdo con el artículo 1718 ibídem y demás disposiciones pertinentes. El deudor tiene entonces el derecho de alegar contra el cesionario todo lo que hubiere podido alegar contra el cedente, inclusive la no existencia o la invalidez de la obligación que se le cobra, pero no puede tenerlo para discutir la validez del contrato celebrado entre cedente y cesionario, porque no es parte en él, ni ese contrato lo perjudica, toda vez que la obligación contraída no se hace más gravosa para el deudor, ni éste tiene interés en no realizar el pago, ni en hacerlo a determinada persona, sino en verificarlo bien, para obtener la solución de su deuda. En consecuencia, no siendo el deudor parte en el contrato celebrado entre cedente y cesionario, no puede ejercitar la acción que para las partes consagra el artículo 1743 del C. C., ni le asiste el derecho de alegar la nulidad relativa de él, la cual sólo cabe alegarse, según dicho artículo, por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, por sus herederos o cesionarios. (Casación, LII, número 1977, julio 31 de 1941). ..... 6, 1ª y 2ª

CESION DE CREDITOS

— 25 —

El artículo 1960 del C. C. no se refiere a los efectos que puede tener la cesión entre cedente y cesionario, ni determina nada relacionado con la personería de éste último. Se limita a estatuír que la cesión no producirá efectos con relación al deudor y con terceros mientras no se haga la notificación en forma debida. En ningún caso se puede desprender de este artículo que por su incumplimiento se deje de efectuar la cesión, pues este fenómeno se efectúa con el solo cumplimiento del artículo 33 de la Ley 57 de 1887. Siendo esto así el dueño del crédito será el cesionario y, por lo tanto, su legítimo personero donde quiera que ese crédito esté, o cuandoquiera que se trate de cumplir un mandamiento ejecutivo sobre él. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, septiembre 3 de 1941). 285, 2ª

Páginas

CESION DE DERECHOS

— 26 —

Los derechos personales, que como es obvio, forman parte del patrimonio individual, van investidos para su efectividad de la acción correspondiente. Por eso la acción, como sostienen los expositores, es el derecho en ejercicio. El derecho y la acción, como bienes patrimoniales, entran en el comercio en general y sólo por excepción dejan de seguir esta regla. Los únicos derechos, las únicas acciones intrasmisibles que no pueden ser materia de cesión, son aquellos que tienen esa limitación por disposición expresa de la ley, y se sostiene al respecto por varios actores que tal limitación proviene de que esos derechos tienen por base el elemento personal exclusivamente, el factor intuitu personae. Como ejemplos de derechos no cesibles, no trasmisibles, pueden citarse entre otros, los de uso y habitación, intrasmisibles a los herederos, y no cesibles a ningún título (artículo 878 del C. C.); el de los alimentos (artículo 424); el que se deriva o nace del pacto de retroventa (artículo 1942 ibídem), y el mismo de usufructo, cuando su trasmisibilidad es el acto testamentario (artículo 832 ibídem). No estando prohibido el traspaso de la acción, del derecho que nace de un contrato que adolezca de lesión enorme, debe se-

Páginas

guirse entonces la regla general de que se ha hecho mérito, de donde se deduce que esa acción o ese derecho pueden cederse. Si el derecho a pedir la nulidad relativa puede ser cedido (artículo 1743 ibídem), también puede serlo el derecho para demandar la lesión enorme. (Casación, LII, número 1979, septiembre 26 de 1941). 403, 2ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

— 27 —

Tomadas en cuenta de manera conjunta todas las circunstancias que rodearon la ejecución del hecho criminoso a que alude el proceso, resulta que los agentes de policía no estaban obrando rigurosamente en su condición de tales al provocar la airada resistencia del pueblo que se sentía con derecho al respeto de sus fueros religiosos. Claro está que no por esto desaparece la gravedad intrínseca del homicidio en la persona de Domingo Contreras; pero teniendo en cuenta todas las circunstancias en que ocurrió, debe considerarse como si se hubiese cometido contra la persona de un particular, pues la conducta atropellada y abusiva de los policías no podía ni puede quedar amparada con la garantía especial que la ley da a los funcionarios públicos al protegerlos contra los ataques de que puedan ser víctimas "por razón del ejercicio de sus funciones". No se les reconoce esa especial protección cuando obran "con pretexto" de ejercer tales funciones. En varias ocasiones ha declarado la Corte que a los Tribunales incumbe apreciar con libertad la prueba sobre la existencia de hechos que consideren circunstancias agravantes o atenuantes. A propósito de circunstancias del delito, la Sala también ha sentado doctrina en el sentido de que en casación puede examinar si los hechos cuya prueba incumbe al Tribunal apreciar han sido erróneamente calificados como agravantes y si a consecuencia de ello hay error en la graduación de la pena. En el caso de autos la agravante del lugar donde ocurrió el homicidio no debe cargársele al procesado, porque éste no buscó el sitio para delinquir; y si el hecho ocurrió a inmediaciones de un sitio que se podía considerar como transitoriamente sagrado, debe tenerse en cuenta que si se reputa sagrado el lugar con relación al homicidio, forzoso resulta admitir también que los agentes de policía fueron quienes primero lo profanaron. (Casación, LII, número 1978, octubre 20 de 1941) . . . . . 235, 1ª y 2ª

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O MENOR PELIGROSIDAD

— 28 —

El artículo 499 de la Ley 94 de 1938 estatuye que la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, **cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito**, corresponden al Juez de derecho. Y sucede que en el homicidio y las lesiones es la riña un fenómeno que a lo sumo alcanza a ser, siempre que la provoque el ofendido o víctima de esos delitos, una **circunstancia de menor peligrosidad**, cuando la índole de la provocación y las circunstancias peculiares del provocado puedan hacer explicable el estado psicológico contenido en el numeral 3º del artículo 38 del Código Penal, o uno semejante, según el criterio de analogía que ordena el artículo 40 ibídem. Claro es que las anteriores hipótesis no le cierran el paso a la contingencia de que sea de tal naturaleza la provocación o riña, que despierte, por lo injusta y grave, una emoción de intenso dolor o temor o un ímpetu de ira, posibilidades que, al realizarse, ya convertirían la circunstancia de menor peligrosidad en una modificadora del delito. Unicamente la riña que se suscita de una manera imprevista comporta la virtud de modificar el homicidio y las lesiones, o con más propiedad jurídica, de atenuar la sanción (artículo 384 del Código Penal). El Jurado, en tratándose de circunstancias de mayor o menor pe-

Páginas

ligrosidad, apenas tiene la función de apreciar y calificar aquellas que sean modificadoras o elementos constitutivos del delito. La apreciación y calificación de las otras son del resorte del fallador. (Casación, LII, número 1979, marzo 18 de 1942)... 487, 2ª

COLONOS

— 29 —

Los litigios entre colonos se regulan por las disposiciones del Código Fiscal, y las disputas entre colonos propietarios que hagan valer un título originario de dominio expedido por el Estado, y que no haya perdido su eficacia legal, o por títulos inscritos otorgados antes de la ley de tierras en que consten tradiciones de dominio por un lapso de tiempo no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, se rigen por estatuto especial. (Casación, LII, número 1978, agosto 21 de 1941)..... 216, 2ª

COMISIONES

— 30 —

Los Tribunales pueden comisionar a los jueces de circuito para la práctica de diligencias judiciales, como deslindes, etc., caso en el cual la diligencia practicada por el comisionado se entiende como si lo hubiese sido por el comitente mismo, según se deduce de los artículos 133 y 134 del C. J. Aunque sea el Tribunal pleno el que debe pronunciar la decisión final relativa al señalamiento de los linderos, esto no impide que el Tribunal pueda comisionar a un Juez para la práctica de la diligencia. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1979, noviembre 12 de 1941)..... 512, 2ª

COMPETENCIA

— 31 —

Conforme al artículo 44, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), de las infracciones penales cometidas por los jueces de circuito, conocen los tribunales de distrito judicial cuando ellas se refieren a delitos de responsabilidad, llamados también delitos oficiales. Pero cuando, como en el caso a que alude el proceso, se trata de delitos comunes (calumnia e injurias públicas), su conocimiento corresponde, en primera instancia, a los jueces de circuito, al tenor de lo dispuesto en el artículo 47, ordinal 1º, ibídem. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, LII, número 1979, febrero 23 de 1942)..... 460, 2ª

COMPETENCIA

— 32 —

La competencia para el juzgamiento de los jueces superiores o de circuito, tratándose de cargos de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de la judicatura o con pretexto de ejercerla, no corresponde a la Corte Suprema de Justicia, sino al respectivo Tribunal Superior. La circunstancia de que un Juez de aquéllos a quienes se acusa de la ejecución de delitos que acarrean responsabilidad, haya pasado después a ejercer el cargo de Magistrado de un Tribunal Administrativo, tampoco daría por sí sola y en razón de tal empleo competencia legal a la Sala de lo Penal de la Corte para juzgarlo, puesto que el nuevo Código de Procedimiento Penal restringió los llamados fueros, o sea la jurisdicción especial para juzgar a ciertos funcionarios, y no le atribuyó a la Corte la facultad de juzgar a los Magistrados de esa clase de Tribunales ni siquiera por cargos de responsabilidad. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, LII, número 1979, junio 27 de 1941)..... 467, 2ª

COMPETENCIA EN ASUNTOS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES

— 33 —

Véase: Prestaciones Sociales. (Fallos de la Sala de Negocios Genera-

Páginas

les, de 14 de noviembre de 1941. G. J. número 1979, página 235 y siguientes).

COMUNIDAD

— 34 —

Para la aplicación del artículo 2325 del Código Civil, se necesita comprobar previamente que la deuda se contrajo en pro de la comunidad, y sólo mediante esta comprobación podrá el comunero solicitar el reembolso de lo que hubiere pagado por la comunidad. (Casación, LII, número 1980, noviembre 4 de 1941). 634, 1ª

CONFESION

— 35 —

Resulta cuando menos inusitado sostener que la declaración que hace el vendedor en una escritura posterior a otra en que vendió una finca raíz, de que el primer contrato fue simulado pueda recibirse como plena demostración de tal fenómeno. La confesión es la manifestación que hace una parte de ser cierto el hecho que la perjudica, afirmado por la otra, según la define el artículo 604 del C. J., que sigue en sus líneas generales lo que sobre este medio de prueba exponen los doctrinantes. Se dice que una parte confiesa cuando da testimonio contra sí de la verdad de un hecho jurídico que la otra parte alega como fundamento de su demanda o de su excepción. Eso es así porque la confesión es una prueba de carácter especial, ya que en ella hay una renunciación que emana del ánimo del confesante. Si la confesión es, pues, un acto personal que va en perjuicio de quien la hace, no sería explicable que ella fuera a perjudicar a un tercero, sin el consentimiento de éste. (Casación, LII, número 1978, agosto 2 de 1941). 174, 1ª

Páginas

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 36 —

El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales obra como administrador de ellos y como persona jurídica autónoma. Debe, por tanto, comparecer en juicio con la plenitud de su personería, activa y pasiva. La Nación no comparece ni puede comparecer debidamente sino por conducto de ese órgano, creado por la ley con mira exclusiva en tal finalidad, so pena de incurrir en una causal de nulidad por ilegitimidad adjetiva de la personería, no del representante de la parte, porque el Consejo no representa a la Nación, sino por indebida comparecencia al juicio de la parte misma, según así lo enuncia en primer término el ordinal 2º del artículo 448 del Código Judicial. Dados los términos del artículo 455 del C. J., en la parte referente a la observación de la causal de nulidad que hace el Tribunal que ha de sentenciar, parece a primera vista que en relación con este caso la oportunidad de ejercer el Tribunal el poder conferido por la ley se restringe únicamente al momento en que el asunto pasa a la Sala para la decisión definitiva; pero si se estudia con atención ese artículo se puede observar que la intención del legislador no fue la de señalar una oportunidad diferente para los Jueces y para los Magistrados, sino la de limitar la facultad a la Sala y no al Magistrado sustanciador, ya que la declaración de nulidad y la observación de la causal que la determina, se refieren a la validez misma del procedimiento y en cierto modo deciden definitivamente sobre el juicio determinado en que la nulidad ocurre; y como la decisión denifitiva es de competencia de la Sala y no del Magistrado sustanciador, es obvio que sea aquélla y no éste quien tenga facultad para decidir lo relativo a nulidades. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, mayo 27 de 1941). 84, 1ª y 2ª y 85, 1ª y 2ª

Páginas

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 37 —

La Corte reitera su jurisprudencia de que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es una persona jurídica autónoma, investida por la ley de poderes suficientes para comparecer en juicio como demandante y demandada en todo lo atañedero a la gestión de los ferrocarriles del Estado. En el derecho administrativo no son una novedad los entes públicos, creados por razones técnicas del servicio oficial, y llamados establecimientos públicos. Cuando el Estado para la mayor eficiencia de la administración, organiza bajo bases técnicas y especiales una dependencia oficial, dotándola de un patrimonio que debe manejar con independencia y autonomía, crea un establecimiento público, al cual queda así privativamente reservada la administración de ese patrimonio, con la función de velar por él. El establecimiento público es, pues, un organismo del servicio oficial, pero con patrimonio propio, especial y permanente, distinto de los ingresos generales de la Nación, que administra e invierte con autonomía. Tal como el artículo 2º de la Ley 29 de 1931 ha querido que sea el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Lo hizo una "persona jurídica autónoma"; ejerce todas sus funciones con una completa independencia"; puede presentarse ante las autoridades para la defensa de los bienes colocados bajo su cuidado, y le asignó el patrimonio que debe administrar: los ferrocarriles del Estado. El fiscal no representa la persona jurídica llamada Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Desde que esta entidad tiene un representante especial, el administrador general, es a éste a quien incumbe de modo privativo su representación. Es un personero legal, no convencional. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1980, agosto 13 de 1941). . . . 710, 1ª y 2ª

Páginas

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 38 —

Cuando en una demanda en que se pide el pago de perjuicios los hechos se relacionan directamente con la administración de un ferrocarril de propiedad de la Nación, la Corte, fundada en los artículos 1º y 2º de la Ley 29 de 1931, ha sentado la doctrina de que en acciones de esa naturaleza es el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales la única entidad encargada de salir a la defensa de los intereses de la Nación, sin que pueda admitirse que los agentes del ministerio público sean los representantes judiciales de dicho Consejo, porque desde que esta entidad tiene un representante especial, el administrador general, es a éste a quien incumbe de modo privativo su representación en juicio. En consecuencia, la Sala ha estimado necesario declarar la nulidad de los juicios en que se debaten cuestiones atinentes a la administración de los ferrocarriles del Estado sin citar ni oír al Consejo Administrativo de los mismos. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, septiembre 29 de 1941). 303, 1ª

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 39 —

El legislador concedió al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales de un lado la facultad de presentarse ante los tribunales y autoridades de cualquier orden, y al otorgarle, de otro, derechos y prerrogativas de persona jurídica autónoma le concedió la ley atribución de presentarse en juicio como demandante y el deber de comparecer como demandado. Siendo persona jurídica autónoma, queda, por el mismo hecho, sujeto a la obligación, que las personas de esa clase tienen, de responder en juicio por los actos que

Páginas

realizan en ejercicio de sus derechos y facultades. El Consejo Administrativo obra como administrador de los ferrocarriles nacionales y como persona jurídica autónoma. Debe, por tanto, comparecer en juicio con la plenitud de su personería activa y pasiva. Si el juicio se sigue sin su audiencia queda viciada la actuación de nulidad. Esta doctrina de la Corte no admite salvedades por razón de la época en que haya ocurrido el hecho fundamental de la acción instaurada. De admitirlas, se perdería de vista que lo que se controvierte es única y exclusivamente cuál es el órgano por conducto del cual debe comparecer la Nación en juicios en que se ventilen cuestiones atinentes a la administración de los ferrocarriles del Estado. De consiguiente, es un factor secundario el que la creación de ese órgano sea anterior o posterior a la época en que se sucedieron los hechos fundamentales del respectivo libelo. Basta con que el juicio se promueva como consecuencia de actos ejecutados dentro de la administración de ferrocarriles cuya propiedad corresponde al Estado en el momento de introducirse la demanda. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, junio 19 de 1941). ..... 97, 2ª y 98, 1ª y 2ª

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 40 —

El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales obra como administrador de ellos y como persona jurídica autónoma. Debe, por tanto, comparecer en juicio con la plenitud de su personería, activa y pasiva. La Nación no comparece ni puede comparecer debidamente sino por conducto de ese órgano, creado por la ley con mira exclusiva en tal finalidad, so pena de incurrir en una causal de nulidad por ilegitimidad de la personería, no del representante de la parte, porque el Consejo no representa a la Nación, sino por indebida comparecencia al juicio de la parte misma, según así lo enuncia en primer término el ordinal 2º del artículo 448 del Código Judicial. (Sentencia, Sala de Gegocios Generales, LII, número 1977, mayo 28 de 1941). 85, 1º

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 41 —

Varias son las decisiones de la Corte en las cuales ha afirmado su concepto sobre personalidad jurídica del organismo denominado Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y respecto a sus facultades, derechos y atribuciones. En ellos expresó la Corte los motivos que informan su criterio en cuanto a la inteligencia de la Ley 29 de 1931 en sus disposiciones orgánicas de la entidad, por el texto de éstas, por su fin y en razón de ordenamientos del derecho civil y de principios pertinentes del derecho administrativo. El Consejo tiene, con el ejercicio de su mandato de administrador, y en su carácter de persona jurídica autónoma, la calidad de establecimiento público del Estado, con individualidad jurídica propia para ejercitar en juicio las acciones y excepciones que corresponderían a un particular contra cualquiera persona. El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene derechos subjetivos que puede hacer valer por la vía judicial o contencioso-administrativa, aun contra el Estado mismo. Por el contrario, dentro del seno de este último las luchas entre los diversos servicios no son en principio controversias de personas autónomas, que exijan para dirimirlas un acto jurisdiccional. Cada uno de estos servicios carentes de personalidad jurídica, no puede invocar, frente a los otros, ni un derecho de propiedad sobre las cosas afectas a él, ni un derecho subjetivo a la competencia que le fue atribuída. Las pugnas entre los distintos servicios integrantes de la persona moral del Estado son zanjadas por la vía administrativa mediante un

Páginas

acto jerárquico de autoridad y no de jurisdicción. Nada de esto último acontece al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, quien en defensa de los bienes confiados a su cuidado no está sometido a jerarquía administrativa ninguna, ni depende de los representantes del Estado para el ejercicio de las acciones civiles que integran su patrimonio autónomo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, septiembre 5 de 1941). ..... 289, 1ª y 2ª

CONSULTA DE LA SENTENCIA

— 42 —

En la vigencia de la Ley 94 de 1938 sólo se debe disponer la consulta de la sentencia cuando la pena para el delito sea la que señala el artículo 189 ibídem, doctrina que es una nueva aplicación del principio de retroactividad de la ley penal posterior más favorable al procesado. (Auto, Sala de Casación Penal, LII, número 1978, diciembre 3 de 1941). . . .. 246, 2ª y 247, 1ª

CONTROVERSIAS ENTRE COLONOS

— 43 —

Véase: COLONOS.

COSTAS

— 44 —

De manera uniforme y sin rectificación alguna a través de su larga jurisprudencia ha venido considerando la Sala de Casación que la cuestión relativa a la condenación en costas no puede ser materia que se debata y discuta en el recurso de casación, cuyo principal fin es el de rectificar cualquier agravio inferido a la ley sustantiva en su aplicación y uniformar la jurisprudencia nacional. En esta materia nuestra legislación se inspira unas veces en un criterio objetivo, en el que sólo se requiere el vencimiento en juicio, y en otras ocasiones se rige por el criterio subjetivo, en el que se avalúa la temeridad o la malicia (artículos 294, 336, 458 y 575 del C. J.). De este último texto se deduce que la condenación en costas, en algunos juicios, está sometida a la culpa de la parte vencida. Si otra cosa ocurriera la defensa se entrabaría y la promoción de una acción se limitaría sin razón. La justicia o la temeridad de un pleito no siempre se presentan con caracteres traslúcidos, de suerte que quien creyendo que está investido de un derecho o de una acción demandada, no por esa circunstancia obra fatalmente con malicia. (Casación, LII, número 1981, noviembre 26 de 1941). ..... 775, 1ª y 2ª

CREDITOS

— 45 —

La acción encaminada a la efectividad de un crédito no pertenece sino al dueño de éste. (Casación, LII, número 1977, septiembre 6 de 1941). 52, 2ª

CULPA Y PRESUNCION DE ELLA POR EL HECHO AJENO QUE CAUSA DAÑO

— 46 —

(Véase: Presunción de culpa por el hecho ajeno que cause daño). (Casación del 18 de noviembre de 1941, G. J. número 1981). 761, 2ª

D

DECLARACION DE HEREDERO

— 47 —

La declaración de heredero a favor de alguien o el reconocimiento de que lo es no requiere escritura pública, sino que es materia de una providencia judicial que, de un lado, no hace tránsito a cosa juzgada ni perjudica a terceros, sin que, de otro, deje de tener su fuerza legal, en cuya virtud, por ejemplo, cuandoquiera que ese heredero necesite acreditar que lo es, lo hace eficazmente con copia de ese auto, de conformidad con el artículo 632. A dife-

Páginas

rencia de esa declaración y probanza, la cesión de derechos hereditarios tiene que hacerse por escritura pública, la que es la obligada prueba de este contrato; de suerte que quien invoca su calidad de cesionario tiene que comprobarla con la copia notarial registrada de esa escritura pública. (Casación, LII, número 1979, septiembre 20 de 1941).... 393, 1ª

DECLARACION DE RENTA

— 48 —

En el supuesto de ser falsas las declaraciones de renta que haga un contribuyente, el Recaudador está obligado a interrogar bajo juramento los testigos que crea suficientes para comprobar la fidelidad de la declaración, a exigir informes a las autoridades inmediatas de la residencia del contribuyente, y a verificar el examen de sus libros. Pretermitidas esas vías amplias y legales y aplicándose el procedimiento señalado para casos de fraude demostrado, requerimiento o desobedecimiento, se obra fuera de derecho. La facultad de comparar el rendimiento de una empresa con otras similares del Departamento a que pertenece el contribuyente, en la liquidación del impuesto, sólo es permitida cuando se desatienden por el declarante los requisitos establecidos en las disposiciones 106 y 108 del Decreto número 318 de 1936 y el artículo 12 de la Ley 81 de 1931. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1980, agosto 27 de 1941). 714, 1ª

DECLARACION JUDICIAL DE PERTENENCIA

— 49 —

Aunque la demanda principal de reivindicación no prospere, no puede sostenerse que el actor carezca de personería sustantiva para que contra él no pueda dirigirse eficazmente la acción de declaratoria de pertenencia por prescripción adquisitiva de dominio, porque tal acción puede incoarse contra cualquiera que pretenda disputar la propiedad que se ha adquirido, como claramente lo dijo la Corte en su sentencia de 2 de octubre de 1941. (Casación, LII, número 1980, noviembre 7 de 1941). . . .. 652, 1ª y 2ª

DECLARACIONES SOBRE RENTA

— 50 —

En el supuesto de ser falsos, adulterados e inexactos los informes dados por un contribuyente o declarante del impuesto sobre la renta, el empleado recaudador debe interrogar bajo juramento los testigos que crea suficientes para comprobar la fidelidad de la declaración, exigir informes a las autoridades y verificar el examen de los libros del contribuyente. Pretermitidas esas formalidades ordenadas por los artículos 106 y 108 del Decreto 818 de 1936 y 12 de la Ley 81 de 1931, y aplicándose en reemplazo el procedimiento señalado para casos de fraude manifiesto, requerimiento o desobedecimiento, el recaudador obra fuera de derecho. La facultad de comparar el rendimiento de una empresa con otras similares del Departameno, en la liquidación del impuesto, sólo es permitida cuando se desatienden por el declarante los requisitos establecidos en las disposiciones citadas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, agosto 27 de 1941). 278, 1ª

DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 2197 DE 1932 ACUSADO

— 51 —

De acuerdo con las disposiciones de la Ley 78 de 1930 salta a la vista que la Nación, al hacer cesión a los departamentos del impuesto sobre consumo de cervezas, se reservó la facultad de fijar en lo futuro la taza de dicho impuesto y prohibió a las Asambleas modificarlas. De manera que la cesión quedó sujeta desde su origen a la condición de ser el legislador nacional quien debía re-

Páginas

gular en adelante la cuantía de ese nuevo gravamen. Se explica y justifica esta previsión del legislador nacional porque esa renta habría de influír en la vida y desarrollo de una de las industrias más prósperas e importantes del país y no era prudente ni científico dejarlo a la libre iniciativa y a la natural imprevisión de catorce órganos administrativos seccionales, que no podían tener una visión nacional y de conjunto del problema. Era aceptable que en esos casos el poder público del Estado, que tiene naturalmente la misión de dictar normas obligatorias de carácter nacional, se reservara el papel de agente regulador de estas actividades impositivas que tienen su fuente y su origen en la ley, porque van a afectar un sector importante de la economía patria. Y si la cesión fue hecha bajo las condiciones anotadas, así pasó a manos de los Departamentos, en forma tal que las asambleas seccionales tuvieron que aceptarla, en esa situación condicionada y convenir en que no le es dable intervenir, en lo futuro, en la fijación de las tasas de dicho impuesto. Ahora bien: si el legislador prohibió a las asambleas modificar las tarifas de este gravamen, es indudable que se reservó para sí esa atribución, pues repugna a los principios fundamentales de hacienda pública y de ciencia fiscal que una vez creado un impuesto, éste haya de permanecer estático, intocable e inmodificable a través de los tiempos, sin tomar en consideración el desarrollo de la riqueza privada, los progresos de la economía en todos sus ramos, la situación general del país y las necesidades del Estado en orden al cumplimiento de sus fines y deberes sociales. En una palabra, cuando se promulgaron la Ley 81 de 1931 y el Decreto Legislativo número 2197 de 1932, dictado en virtud de las facultades extraordinarias conferidas al Organo Ejecutivo por la Ley 23 de 1932 —que son los instrumentos acusados y que rebajan ambos las tasas de este impuesto— actuaba el legislador con plena y expresa atribución para hacerlo, porque se había reservado esa facultad. (Sentencia,

Páginas

de la Corte Plena, LII, número 1978, diciembre 12 de 1941). ..... 167, 1ª y 2ª

DECRETO NUMERO 4 DE 1941, ACUSADO EN SUS ARTICULOS 2º Y 4º COMO INCONSTITUCIONAL

— 52 —

La Corte ha sentado repetidas veces la doctrina de que cuando un Decreto tenga por fundamento una ley, no hay lugar a fallar la demanda de inexequibilidad que contra el primero se formule, en tanto que no se haya acusado también la ley en que éste se apoye. Se explica y se justifica esa interpretación jurisprudencial porque en tal caso la sujeta materia al control constitucional de la Corte es una sola e idéntica, tanto en la ley como en el acto ejecutivo acusado, y no sería posible decidir sobre su exequibilidad sino teniendo a la vista el acto legislativo que ha servido de fundamento al administrativo. Mas cosa distinta ocurre cuando el Organo Ejecutivo dicta un Decreto o reglamento administrativo en ejercicio de la potestad reglamentaria que le otorga y reconoce el ordinal 3º del artículo 115 de la Constitución Nacional. Convienen todos los tratadistas en aceptar el reglamento administrativo como una necesidad indispensable para ejecutar la ley y velar porque ella tenga la aplicación y operancia completas que quiso el legislador. De ahí que la potestad reglamentaria viene a ser, en su origen y en su esencia, una facultad constitucional especial conferida al Ejecutivo con el fin de desarrollar la ley. Por este aspecto es, a no dudarlo, una competencia constitucional que se le otorga para la cumplida ejecución de las leyes (artículo 115, ordinal 3º, C. C.). Pero es oportuno recordar que la Corte ha sostenido siempre la doctrina de que cuando el reglamento administrativo extralimita la ley y entra a regular cuestiones no contenidas en el estatuto legal respectivo, extralimita igualmente esa competencia constitucional y equivale entonces a una nueva ley, lo cual contraría nuestra organización institucio-

Páginas

nal sobre limitación e interdependencia de los órganos del poder público y sobre el normal ejercicio de la potestad reglamentaria.Al precisar esta tesis sobre ejercicio normal de la potestad reglamentaria, conviene afirmar que el Jefe del Estado carece de competencia constitucional para incorporar al decreto reglamentario, dictado en ejercicio de la facultad ferida en el ordinal 3º del Art. 115 de la Carta, toda cuestión, previsión o norma reguladora que no esté comprendida en la ley y que no haya sido dispuesta y ordenada claramente por el legislador, como cánon positivo de imperativo cumplimiento. En los artículos 2º y 4º del Decreto número 4 de 1941, que son reglamentarios de la Ley 44 de 1940, aparece claro e indudable con la sola lectura de su tenor literal, que se pretende limitar administrativamente el gravamen arancelario antes creado, aplicándolo tan solo a los periódicos y revistas impresos en el exterior que contengan avisos o propaganda de casas o empresas domiciliadas en Colombia, vale decir, en sustancia, que excluye arbitrariamente de tal contribución nacional fijada sin esa limitación por la Ley 44, a todas las publicaciones extranjeras que sólo contengan propaganda o avisos de entidades anunciantes no domiciliadas en el país. Aparece evidente la extralimitación funcional en el ejercicio de la potestad reglamentaria, porque el legislador quiso, y así lo expresó con toda claridad en el precepto legal que se pretende regular, que toda propaganda o aviso realizado en publicaciones extranjeras pagara un gravamen arancelario por su entrada al país. (Sentencia, Sala Plena, LII, número 1980, marzo 27 de 1942). ..... 579, 1ª y 2ª y siguientes

DECRETO NUMERO 1270 DE 1939, SOBRE REGLAMENTACION DEL COBRO DE CREDITOS POR SERVICIOS PRESTADOS AL GOBIERNO, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL EN SU ARTICULO 2º

— 53 —

La disposición acusada es de carácter reglamentario y entraña, sin lugar a duda, una aplicación del artículo 2543 del Código Civil, a determinada categoría de créditos del Estado. Dentro de las facultades constitucionales del gobierno no está la de consagrar esa clase de reglamentos. Tales normas sólo puede darlas el congreso, a quien exclusivamente compete la facultad legislativa. Un mandato semejante constituiría un fallo general, anticipado y unilateral dictado por el gobierno en relación con determinada categoría de obligaciones contra el Estado, juzgadas prescritas, sin previa decisión de los jueces competentes, para el efecto de negar de plano su reconocimiento administrativo, forzando de esta manera al acreedor a que estime vigente su derecho a recurrir necesariamente a la justicia ordinaria. Tal situación, por una parte, entraña un verdadero privilegio en favor del Estado, cuya creación es materia ajena al objeto de la potestad reglamentaria del ejecutivo dirigida primordialmente a asegurar la cumplida ejecución de las leyes, por lo cual el reglamento no debe tocar materias extrañas a la respectiva ley; no puede crear nuevos derechos ni afectar los existentes, menos si son éstos de índole patrimonial; y por otro aspecto establece una dualidad incompatible con la noción de ley —que según la definición corriente— "es regla general de conducta", por lo tanto obligatoria para gobernantes y gobernados en sus respectivos casos. Lo que significa que tratándose, por ejemplo, del mismo crédito a cargo del Estado la norma de la prescripción debe ser idéntica cualquiera que sea la autoridad, administrativa o judicial, que conozca de la consiguiente reclamación de pago, pues no se concibe que en materia que reclama como ninguna unidad jurídica, la pauta del gobierno sea distinta de la que pueda adoptar la justicia ordinaria. Como se quiso, además, interpretar el artículo 2543 del C. C., debe agregarse que la interpretación de las leyes, por mandato del artículo 25 del mismo Código, ya sea en relación

Páginas

Páginas

con gobernantes o gobernados, sólo corresponde al legislador y no al gobierno. Por consiguiente, el artículo acusado viola, entre otros, los artículos 54, 69, ordinal 1º, y 115 ordinal 3º de la nueva Codificación constitucional. (Sentencia de la Corte Plena, LII, número 1978, octubre 17 de 1941). ..... 162, 1ª y 2ª

DELEGACION IMPERFECTA

— 54 —

Según Josserand la delegación imperfecta es un acto por el cual una persona prescribe a otra obligarse hacia un tercero. Es ésta una definición de carácter genérico aplicable tanto a la delegación perfecta como a la imperfecta; la diferencia entre las dos, radica en el resultado a que conduzca la orden: si ella tiene virtud suficiente para liberar el delegatario al delegante de una obligación preexistente, se tiene la delegación perfecta, acto preparatorio anterior al de la novación, la cual se produce al aceptar el delegatario el cambio de deudor; si por el contrario, la promesa sólo tiende a agregar una nueva seguridad o garantía a la obligación debida por el delegante, se tiene entonces la delegación imperfecta. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, octubre 15 de 1941). 327, 1ª

DELITO MILITAR

— 55 —

El que siendo contador-pagador de alguna unidad del ejército se sustrajere caudales que a su cargo se encuentren como tal empleado administrativo, comete un peculado cuyo conocimiento no corresponde a los Jueces Superiores, porque la competencia, en semejante caso, está atribuída a fuero especial, según la excepción que señala el artículo 45 de la Ley 94 de 1938. En tales condiciones el delito se sale de las reglas del Derecho Penal común u ordinario, para convertirse en un hecho que cae bajo la jurisdicción de la justicia militar.

Páginas

El delito de carácter militar no requiere, para serlo, la calidad de militar en el agente, puesto que los inindividuos civiles pueden infringir la Ley 84 de 1931.

De consiguiente, el peculado que se imputa a X. X., contador-pagador del ejército, debe juzgarlo un Consejo de Guerra Superior y no un Juez Superior de Distrito Judicial, de donde se deduce que la Corte no tiene por qué dar el concepto a que se refiere el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Aquí la palabra fuero significa el sometimiento de X. X. a la potestad militar, en quien concurren el derecho y el deber de juzgar privativamente al sindicado. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, LII, número 1981, mayo 20 de 1942). 870, 2ª

DEMANDA Y DEMANDADO

— 56 —

La comparecencia en juicio es un derecho personal y directo cuyo ejercicio corresponde a las personas según puedan o no comparecer de acuerdo con la ley, pero no con la voluntad arbitriaria de los funcionarios judiciales. En la relación jurídico-procesal, constitutiva de la base inmodificable de la litis, figuran como sujetos imprescindibles el actor y el demandado, fuera del funcionario que actúe como órgano de la jurisdicción correspondiente. La determinación de estas personas y su posición procesal es uno de los elementos esenciales de la demanda según los artículos 205 y 227 del C. J., contentivo el último de las definiciones de las partes litigantes, la demandante como la que reclama ante el órgano judicial la eficacia de un derecho, y la demandada, la persona contra quien se dirige la acción. Es del exclusivo arbitrio del actor el señalamiento de la persona a quien aspira a vencer en juicio para obtener una sentencia de Juez, y éste no puede a voluntad y discreción variar la señalada en la demanda ni forzar a nadie a que responda como demandado en un pleito en que no ha sido citado. El funcionario judicial ante

Páginas

quien se presente una demanda sin demandado o con mal demandado no puede oficiosamente enmendarla y corregirla cambiando, o inventando uno de los sujetos de la relación judicial. La libertad del Juez que preside y dirige los debates judiciales está limitada por la voluntad e iniciativa de las partes litigantes en todo lo relacionado con la determinación de las bases fundamentales del litigio, que forman asímismo la pauta obligatoria de la sentencia. Es necesario que el contenido de la demanda se regule con observancia de las exigencias legales para determinar en cada caso la obligación concreta que corresponde al Estado en su condición de sujeto, tanto del poder como del deber de administrar justicia, y en la ley de procedimiento civil están enumeradas las condiciones y requisitos que debe reunir una demanda para que sea base admisible de litigio. Si la que se presenta para dar principio al juicio no contiene las designaciones y requisitos que debe contener o adolece de oscuridad en sus pedimentos, el Juez se abstiene de darle curso mientras no sea corregida o aclarada, expresando los defectos de que adolece, pero no puede hacerlo por su propia personal iniciativa. (Casación, LII, número 1978, agosto 12 de 1941). . . 179, 2ª y 180, 1ª

DEMANDA Y SU INTERPRETACION

— 57 —

Ha sido permanente doctrina de la Corte la de que la demanda es susceptible de interpretación y que los juzgadores deben relacionar todos los elementos que la integran, sus pedimentos, sus razones jurídicas o fundamentos de derecho y sus hechos fundamentales, en busca de la verdadera intención del actor para determinar la naturaleza y especie de la acción incoada y estar especialmente a ella cuando no pugne abiertamente con el contexto del libelo original. (Casación, LII, número 1981, noviembre 28 de 1941). 790, 2ª

Páginas

DERECHOS LITIGIOSOS

— 58 —

Un derecho se entiende litigioso desde que se notifica judicialmente la demanda (artículo 1969 del C. C.). Mientras eso no suceda, la acción o derecho transmitido no entra en esa categoría. (Casación, LII, número 1979, septiembre 26 de 1941). 404, 1ª

DESLINDE

— 59 —

Innumerables veces ha dicho la Corte que el motivo segundo de casación tiene lugar cuando la sentencia resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o cuando deja de decidir sobre los que han sido objeto del litigio, o se condena a más de lo pedido o se deja de fallar sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, cuando sea el caso de hacerlo, pero en manera alguna puede invocarse sobre el hecho de que las conclusiones de la sentencia no satisfagan, desde el punto de vista del éxito judicial, las aspiraciones de quien promueva una acción. Este aspecto, vinculado propiamente a la legalidad del fallo y a la juridicidad de sus fundamentos, es constitutivo de una causal diferente, la primera, en que están previstas las violaciones de la ley sustantiva, directamente o como consecuencia de errónea apreciación de pruebas judiciales. Teniendo por objeto exclusivo el juicio de deslinde la creación de la raya divisoria de las heredades colindantes, no es incongruente la sentencia que la fija aunque la línea que se adopte sea distinta de las que las partes pretenden, porque es evidente que la decisión judicial puede fijar, sobre la apreciación de las pruebas que determine la ley, un deslinde diverso del que propugnan los litigantes. Todo esto está dentro de la naturaleza y objeto de la acción de deslinde, de modo que no es procedente hablar de incongruencia en relación con determinada línea divisoria. Es a la entrada del juicio de deslinde, de conformidad con el artículo

Páginas

862 del C. J., donde tiene lugar la consideración de si el actor presentó o no título correspondiente y las demás pruebas en que funde su derecho. Calificada esta cuestión por el Juez y llevado a cabo el deslinde después de surtidos los trámites especiales del título XXVI del C. J., en que hay incidente exceptivo, en el juicio ordinario que se desprende del especial cuando dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia alguno de los interesados manifiesta su inconformidad con el deslinde y formula su oposición a él, ya no es posible revivir la cuestión relacionada con el derecho para demandar el deslinde, como lo era bajo el imperio del abolido artículo 272 de la Ley 105 de 1890 que expresamente lo establecía, porque siendo indispensable ahora probar plenamente tal cosa desde la presentación de la demanda, el nuevo procedimiento circunscribió precisamente el objeto del juicio ordinario a la rectificación o ratificación del deslinde practicado. (Artículo 870, C. J.). En el juicio especial de deslinde, aunque se convierta en ordinario por virtud de la oposición, no se ventila la propiedad del terreno ni el derecho de posesión para ampliar o restringir en consecuencia los términos territoriales de la heredad, porque de entrar a la decisión de estas cuestiones extrañas a la comprensión jurídica de la acción, se la haría degenerar en otra de naturaleza completamente distinta como sería la reivindicatoria o de dominio a cuyo régimen probatorio tampoco es legal someter un juicio de deslinde. (Casación, LII, número 1981, enero 30 de 1942). ..... 860, 1ª y 2ª y siguientes

DESLINDE

— 60 —

El juicio de deslinde no tiene por objeto recuperar la posesión, el dominio, el usufructo o el uso de porciones de tierra de que se haya privado a quien alegue y pruebe algún derecho real en ella. Dicho juicio tiene por único fin el de fijar, aclarar o rectificar la línea de demarcación entre dos o más predios vecinos y fijar los correspondientes hitos o mojones con vista de las escrituras, documentos y demás pruebas que les sean presentadas al juzgador. Quizá vale decir que es éste un juicio de carácter puramente geográfico o geométrico, en que toda otra cuestión sería en él extraña, dada la naturaleza especial, conforme a los artículos 862 y siguientes del Código Judicial. En una demanda de oposición al deslinde se puede pedir que la línea divisoria se fije teniendo en cuenta tales o cuales linderos, aunque no aparezcan expresados en la demanda con que se inicia el juicio de deslinde. Es partición en consecuencia obligada de la disconformidad del opositor. Otra cosa es que no prospere la petición sobre linderos, hecha en la demanda de oposición, por no haberse aducido pruebas irrefragables de que son los indicados por el opositor los verdaderos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1979, noviembre 12 de 1941). 515, 2ª y siguientes

DESLINDE

— 61 —

En un proceso sobre deslinde no se discute el dominio propiamente dicho de los bienes inmuebles que se quiere delimitar, ni el valor o estimación total de éstos, sino cuál es en realidad la línea divisoria o lindero que los separa, a efecto de señalarla sobre el terreno. Bien es verdad que esta acción de deslinde puede afectar el dominio o parte de él, en la zona que debe delimitarse; pero de esto no puede deducirse que se trate de una controversia en que haya de decidirse sobre cuestión tan trascendental como es la del dominio de uno o más bienes cuya investidura o ejercicio se disputen las partes en el proceso. (Auto, Sala de Casación Civil, LII, número 1977, septiembre 10 de 1941). 55, 1º

Páginas

DESLINDE

— 62 —

La ley establece tres géneros de oposición al deslinde: a) la que se refiere a la posesión provisional en que el juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, en el acto de la diligencia; b) la que puede hacerse al deslinde dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia, y c) la que se hace al deslinde en juicio ordinario. La primera oposición se presenta en el acto de la diligencia; la segunda dentro de los diez días siguientes a su fecha; la última en cualquier tiempo anterior a la prescripción de la acción de oposición. El derecho a proponer la primera oposición surge de los términos del artículo 869 del C. J. que sugiere la oposición a la posesión en el acto mismo de la diligencia de deslinde y amojonamiento con la prevención de que la no asistencia de la parte o partes al acto, solamente perjudica a ellas mismas, por cuanto pierden la oportunidad de oponerse en el momento previsto para hacerlo. El derecho a proponer la segunda oposición al deslinde, lo consagra el artículo 871 del C. J. dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia. El derecho a presentar la tercera oposición, también al deslinde, surge del mandato del artículo 870 ibídem, la que puede presentarse en cualquier tiempo después de transcurridos los dos primeros momentos de oposición, pero ella no se decide dentro del juicio especial de deslinde y amojonamiento sino en juicio separado, ordinario. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1980, noviembre 15 de 1941). . ..... 723, 1ª y 2ª

DEUDORES PRINCIPALES Y DEUDORES NO SOLIDARIOS

— 63 —

Cuando se dice que una persona es responsable de un alcance en primer término y otra en segundo, de ello no se puede concluír que no se pueda proceder coetáneamente en guarda de los intereses del fisco a quien se pretende defraudar, máxime cuando se desconoce el paradero del obligado en primer término y cuando ha sido necesario nombrarle un curador **ad litem**; esta situación es de suyo insegura y su riesgo es dable neutralizarlo por medio de la acción eficaz contra el otro responsable, obligado en segundo término. Cuando una obligación pesa sobre dos personas y se dice que sobre la una en primer término, la otra forzosamente ha de ser obligada en segundo término o subsidiariamente, por el total de la deuda, se entiende, ya que por el hecho de ser subsidiaria la obligación no se divide, si en la línea o grupo correspondiente a la fianza no solidaria, sólo hay un obligado. En otros términos: el fiador, aunque no se haya obligado solidariamente con el deudor principal, cuando es único, responde del total de la deuda. La división no cabe sino entre obligados de una misma línea: la compuesta por los fiadores simples o la formada por los deudores principales no solidarios. No podría pretenderse, por ejemplo, que existiendo ambas, con pluralidad de sujetos cada una, se dividiera la obligación entre deudores principales y obligados subsidiarios. Imagínese una deuda de $ 100.00 que pesa sobre dos deudores principales no solidarios y sobre dos fiadores simples. Si el acreedor dirige su acción contra un fiador, éste no podría pretender la división de la deuda en cuatro partes, puesto que ese derecho no procede sino entre los componentes de cada grupo de obligados. Habría, pues, de resignarse a que se le ejecutara por $ 50.00. De la misma manera, o por idéntica razón, uno de los deudores contemplados en el ejemplo, no podría pretender que la deuda se dividiera en forma de corresponderle a él únicamente el pado de la cuarta parte, o sea, $ 25.00. Sólo que el obligado en segundo término pudo oponer el beneficio de excusión. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, mayo 29 de 1941). 91, 2ª

Páginas

DICTAMEN PERICIAL

— 64 —

La ley consagra el medio de contradicción de un peritazgo por error grave, dolo, fuerza, en forma limitativa y dentro del valor jurídico que tiene cada una de esas expresiones, Por tanto, resulta impropio que como objeción de error grave se presente el hecho de que la parte demandada no cometió el acto ilícito, porque no es materia de una excepción. El error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones, como cuando se afirma que un objeto o persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe, o en tener por blanco lo que es negro o rosado. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1981, febrero 18 de 1942). 883, 2ª

DICTAMEN PERICIAL

— 65 —

El fallador no está obligado a considerar el dictamen pericial como plena prueba sino en tanto que él, por las explicaciones y fundamento que contenga el acta respectiva, le lleve al ánimo la convicción de que la regulación numérica está ajustada a la realidad de los hechos. (Casación, LII, número 1981, noviembre 18 de 1941). 762, 2º

DICTAMEN PERICIAL

— 66 —

Es preciso no confundir dos cosas jurídicamente distintas: el error grave en un dictamen pericial, y la deficiencia en la fundamentación del mismo. El error supone conceptos objetivamente equivocados y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo, por falta de los requisitos legales necesarios para ello. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, junio 30 de 1941). 105, 2ª

DICTAMEN PERICIAL

— 67 —

La prueba pericial no obliga al Juez sino mediante la valuación jurídica que de ella haga, pero advirtiendo que "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 los peritos es explicado y está debidamente fundamentado en concepto del Juez, en relación con todos los elementos del proceso y ha sido obtenido además 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 estas dos situaciones, cuando no adhiere al dictamen de uno de los dos principales: si las tres cifras del avalúo son distintas y la diferencia entre los dos extremos 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 ex-

Páginas

ceda 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. (Casación, LII, número 1978, agosto 21 de 1941). . ..... 211, 1ª y 2ª

DICTAMEN PERICIAL

— 68 —

Es evidente a todas luces que al juzgador corresponde apreciar el dictamen pericial, examinar si los juicios o razonamientos deducidos por los peritos de los testimonios que figuran en el proceso tienen un firme soporte legal, o si los demás elementos de convicción que para ello tuvieron en cuenta los expertos carecen o no de fuerza suficiente para apoyar las respectivas conclusiones del peritazgo. Si se objeta un dictamen pericial por error grave, los correspondientes reparos deben poner de manifiesto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos. Este es precisamente el sentido natural y obvio del artículo 720 del C. J. Pero si las objeciones contra el peritazgo se encaminan a destruír todas las argumentaciones de los expertos, atacando a fondo las conclusiones a que han llegado mediante razonamientos más o menos ajustados a las leyes del raciocinio, entonces resulta ilegal justipreciar la obra de los peritos dentro de un simple incidente de objeciones, ya que la cuestión así planteada sólo compete al juzgador al tiempo de pronunciar la decisión de fondo. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, septiembre 29 de 1941). 306, 1ª y 2ª

DOMINIO

— 69 —

De los términos claros de la ley 120 de 1928, lo mismo que del fin perseguido con la acción, se ve que al usucapiente corresponde la determinación o escogencia de su demandado, que tiene que ser la persona contra quien pretenda hacer valer su adquisición por pretender o temerse que pretenda ese demandado algún derecho a la cosa que se ha prescrito, y para producir en relación con él los efectos señalados en el artículo 12 de dicha ley. A falta de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se quiera hacer valer la prescripción, el que tenga a su favor una usucapión legalmente cumplida y quiera hacerse a un título de dominio con la sentencia judicial de pertenencia, seguirá el juicio ordinario con audiencia del Ministerio Público en la forma prescrita en los artículos 6 a 11 de la precitada ley. (Casación, LII, número 1979, octubre 2 de 1941). .. 419, 2ª

E

EJECUCION DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

— 70 —

Las acciones que emanan de los derechos que se persiguen por medio de la sucesión por causa de muerte, no son acciones reales ni personales únicamente, puesto que tienen por objeto la transmisión de la propiedad que puede consistir en cosas muebles o inmuebles. En consecuencia, la decisión de un tribunal extranjero en que se abre la sucesión de una persona, no comporta el ejercicio de una acción personal, sino de una mixta y, por tanto, no puede cumplirse en Colombia. Nuestro Código Civil acepta lo que los comentadores de derecho internacional privado denominan **estatuto real**, conforme al cual tanto los bienes muebles como los inmuebles del territorio nacional se rigen por la ley local, y sea cual fuere la nacionalidad del propietario de bienes situados en

Páginas

Colombia, las leyes de este país serán las que se apliquen para determinar las diferentes clases de aquéllos; los medios de adquirirlos, su posesión, enajenabilidad absoluta o relativa y, en general, todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles. Esas disposiciones referentes al régimen de la propiedad raíz se consideran en cada nación como de orden público por hallarse establecidas en favor del interés general del Estado, y de ahí se concluye que los propietarios de bienes situados en Colombia no podrán alegar respecto de éstas las leyes de su país en contra de la ley local, pues si ésta limita el ejercicio del derecho de propiedad, no lo hace consultando el interés particular del dueño sino el interés general del Estado, por razones de orden económico, ni le sería lícito al extranjero, cualquiera que fuese la legislación de su patria, invocarla para pedir que sobre sus bienes no pesen los gravámenes que, por motivos de utilidad social, se han establecido o se establezcan sobre la propiedad inmueble. Por tanto, cualquier sentencia extranjera que afecte el estatuto real se considera que afecta también la jurisdicción nacional. (Sentencia, Sala de Casación Civil, diciembre 3 de 1941, LII, número 1981). 812, 2ª

Páginas

EMBARGO

— 71 —

Si por enajenación se entendiera dentro del numeral 3º del artículo 1521 el registro, hasta carecería de objeto esta disposición de la ley, la que contiene disposiciones terminantes que prohiben proceder a inscribir transferencias de bienes embargados. Ese numeral 3º no mira tanto al Registrador como a las partes contratantes, cuyas voluntades se acuerdan y formulan y toman existencia legal, tratándose de compraventa de inmuebles, al otorgarse la correspondiente escritura pública. Lo que sigue es algo diferente e independiente de esa voluntad, al punto de que el vendedor no podría por su solo querer impedir que esa escritura se registrase, aunque la ley no le impusiese el deber de proveer a su inscripción. La ley ha establecido la ilicitud de la enajenación de bienes embargados por razones de orden público. No sobra recordar que la Ley 50 de 1936 al hacer saneables las nulidades absolutas, contra lo que en forma rotunda establecía el Código y la Ley 95 de 1890, exceptuó de esta posibilidad de favor las procedentes de ilicitud en causa u objeto. Visible es la diferencia entre una compraventa cuya escritura se otorga estando embargados los respectivos bienes en actuación contra el vendedor, y una en que al otorgarse la escritura no hay embargo alguno y cuando ella llega a la oficina de Registro tropieza con que entre tanto se ha inscrito un embargo de esa clase. En este último evento la concurrencia de voluntades adviene libre de la ilicitud bajo la cual se produjo en el otro caso opuesto; y si no hay allá ilicitud, la imposibilidad de registrar nace de la vigencia del embargo y cesa cuando éste se cancele, sin motivo entonces ya para no registrarla ni para tachar la inscripción a que entonces se proceda. El derecho de prenda general del acreedor sobre los bienes del deudor, consagrado en nuestro Código en su artículo 2488, se singulariza, en camino hacia su efectividad, con el embargo de determinado bien o bienes. medida que cuando se trata de inmuebles, se realiza por el registro de la respectiva providencia judicial en el libro especialmente creado y destinado por la ley al efecto. Aquel mismo derecho cumina en el remate, que es la venta hecha por autoridad de la justicia y en la que el juez es el representante legal del tradente, que en una ejecución es el ejecutado (C. C. artículo 741). De ahí que una vez aprobado el remate, haya de ir en lo posible el expediente a la oficina de Registro para que aquél se inscriba con la preferencia impuesta por el artículo 1052 del C. J. Lo ordenado en esta disposición, congruentemente con la idea del numeral 3º del artículo 1521 del C. C., hace ver que

Páginas

desde luego debe procederse a la inscripción del remate, aunque el embargo dictado en el mismo juicio no se haya cancelado aún, pues que, de un lado, media la autorización y aún orden del Juez, y de otro, y ante todo, sería absurdo encontrar para el registro del remate valla en el auto de embargo y su anotación, que son el punto de partida de los medios conducentes para llegar al remate como fin. El embargo impide que lo embargado salga del patrimonio del deudor y le señala como destinación el pago respectivo. No se comprendería que para registrar el remate por el cual se llega al pago fuera preciso cancelar previamente aquel decreto. Mas, sea de ello lo que fuere, si por aplicar rigurosamente las supradichas disposiciones prohibitivas se provee ante todo a esta cancelación y es bien que así se proceda, a ella debe seguir inmeditamente la inscripción del remate, sin lugar a intermedias actuaciones distintas en el registro, como fue aquí el de la compraventa de diciembre de 1932. (Casación, LII, número 1981, diciembre 12 de 1941). . 817, 1ª y 2ª

EMBARGO

— 72 —

La autorización judicial para vender un bien embargado puede darse independientemente de la voluntad de las partes, como sería el auto del juez que autoriza al Síndico de un concurso para vender alguno o algunos bienes concursados. Ese es el primer caso del numeral 3º del artículo 1521. En el segundo caso de tal numeral es el consentimiento del acreedor el que hace lícita la enajenación. (Casación, LII, número 1981, diciembre 13 de 1941). 823, 1ª

EMPLEADO PUBLICO

— 73 —

El nombramiento que hace la Administración de un empleado no constituye contrato con éste. Como lo ha dicho la Corte, la situación jurídica del empleado frente a la Administración, no puede considerarse como la de un contratista, porque en el contrato de arrendamiento de servicios las condiciones se fijan por voluntad de las partes, en tanto que las condiciones a que debe someterse el empleado las señala la ley o el reglamento. Las obligaciones tanto del empleado como de la Administración no emanan, pues, de un contrato, sino que tienen su fuente en la ley. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1981, febrero 27 de 1942). 901, 2ª

EMPLEADOS PARTICULARES

— 74 —

Los derechos consagrados por el artículo 14 de la Ley 10 de 1934 y por el 18 de la misma, se refieren solamente a los empleados particulares, caso en el cual el procedimiento que debe seguirse es el sumario. Cuando no se trata de controversias judiciales por la aplicación de las leyes del trabajo, sino de los reglamentos particulares que los departamentos expiden en beneficio de sus empleados u obreros, el procedimiento verbal es exótico, pues la cuestión controvertida se somete al derecho común, ya que ninguna disposición, fuera de las emanadas del legislador nacional, podría fijarle atribuciones al poder judicial. En tales casos el interesado debe acudir a la vía ordinaria, que es el procedimiento que se sigue para las cuestiones a que se refiere el artículo 734 del Código Judicial. En una palabra, ningún empleado oficial está comprendido por los preceptos de la Ley 10 de 1934 para que pueda acogerse al procedimiento sumario por ella señalado en los juicios a que ella se refiere. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1981, febrero 19 de 1942). . . .. 890, 1ª y 2ª

ERROR DE HECHO

— 75 —

El error de hecho para que sea o-

perante en casación debe aparecer de manifiesto en los autos, y puede provenir ya de la interpretación errónea de una prueba, o ya de la falta de apreciación de un elemento probatorio capaz de demostrar una evidencia contraria. (Casación, LII, número 1979, agosto 22 de 1941)...

ERROR EN LA APRECIACION DE PRUEBAS

— 76 —

Para que el error en la apreciación de la prueba incida en casación, debe aparecer de manifiesto en los autos, error que puede provenir de falta de apreciación o de mala apreciación de la prueba. (Casación, LII, número 1979, agosto 22 de 1941)...

ESTIPULACION PARA OTRO

— 77 —

De acuerdo con el artículo 1506 del C. C. es diferencia específica de la estipulación para otro la de que los contratantes hayan tenido voluntad de crear un crédito en provecho exclusivo del tercero en cuyo favor se pacta y a cargo del promitente; no otra cosa quiere decir la ley cuando habla de que "sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, octubre 15 de 1941). .....

ESTIPULACION PARA OTRO

— 78 —

Conforme al artículo 1506 del C. C. hay estipulación para otro cuando en un contrato una parte promete a la otra dar o hacer cualquier cosa a favor de un tercero extraño a la convención. Esta institución de derecho fue declarada ineficaz por los jurisconsultos romanos como consecuencia lógica de la concepción muy estrecha que deriva de las relaciones contratantes, y fue igualmente rechazada en un principio por

Páginas

859, 1ª

363, 1ª y 2ª

326, 2ª

Páginas

el Código de Napoleón que expresa que no se puede en general estipular más que para sí mismo. Sólo mediante una fecunda labor de la doctrina y la jurisprudencia se ha podido admitir en derecho francés el nacimiento de un derecho a favor del tercero, cirscuntancia ésta que sí se encuentra claramente determinada en nuestra legislación civil. Al tenor de la disposición citada, el tercero beneficiario adquiere un derecho de crédito a cargo del promitente, si bien él no ha tenido ninguna intervención en el contrato, y siendo ello así, este derecho nace en su favor, haciendo parte de su patrimonio bajo la sola condición de que aceptará la estipulación hecha en su beneficio. Mientras el tercero no haya aceptado puede el estipulante revocar lo pactado con el promitente, variar el nombre del beneficiario o tornarlo a su patrimonio, pero ello no significa que la aceptación del beneficio constituya el hecho generador del derecho del tercero, el que hace a su favor en el momento del contrato, sino que, a decir verdad, la aceptación sólo tiene por efecto consolidar la estipulación en el sentido de que el estipulante no puede ya revocar la asignación que ha hecho del beneficio a favor del tercero. Si bien es cierto que el estipulante puede demandar la resolución del contrato, ya que la estipulación para otro constituye tan sólo uno de los elementos que integran la convención celebrada entre éste y el promitente, el estipulante no puede exigir el cumplimiento de la estipulación, derecho que por ministerio de la ley sólo corresponde al tercero beneficiado, si bien aquél tenga algún interés, al menos de carácter moral para exigir lo pactado. La razón para ello es que no habiendo estipulado para él, no es sujeto activo de la obligación, la que de hecho, en virtud de contrato, entró al patrimonio del tercero. Este por la circunstancia de haber adquirido un derecho directo a cargo del promitente, no solamente puede existir lo estipulado a su favor, sino hacer efectivas las hipotecas y demás garantías reales

Páginas

constituídas para asegurar el cumplimiento del contrato, salvo que estas garantías se hubieran reservado expresamente al estipulante, para asegurar lo pactado a su favor o en favor del tercero. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, octubre 6 de 1941). ..... 311, 1ª y 2ª

EXCEPCIONES

— 79 —

Cuando en una ejecución la parte ejecutada se compone de varias personas y en un principio sólo se propone excepciones por una de aquéllas, el juez debe esperar a que venza el término de la ejecutoria del auto de citación para sentencia de pregón y remate, para remitir al juez o tribunal competente el pliego o pliegos de excepciones que hayan sido propuestos. Sólo así puede metodizarse el estudio de las excepciones y evitarse al propio tiempo la anomalía procesal consistente en que dentro de una misma ejecución se pronuncien varias sentencias de excepciones correspondientes a las que sucesivamente se hayan propuesto por las personas que componen la parte ejecutada. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1981, febrero 16 de 1942). 877, 1ª

EXCEPCIONES EN JUICIOS EJECUTIVOS PROPUESTOS PARA EL PAGO DE RENTAS O IMPUESTOS

— 80 —

Aun cuando las Leyes 130 de 1913, 81 de 1931 y 78 de 1935 establecen que las decisiones de los recaudadores de impuestos nacionales deben revisarse por las corporaciones contencioso-administrativas, hay disposiciones que, como las que contienen las Leyes 56 de 1914, 53 de 1917 y 105 de 1931, particularmente esta última en sus artículos 36, 37 y 1060, no dejan duda sobre la competencia de la Corte para conocer de los hechos que tiendan a invalidar las obligaciones que se cobren por medio de la jurisdicción coactiva. Según tales mandatos pue-

Páginas

de la justicia ordinaria, por medio de la Sala de Negocios Generales, conocer dentro del ejecutivo de las excepciones que se propongan, o sean, aquellos hechos que la ley considera suficientes para enervar, aplazar o destruír la acción y entre los cuales están los requisitos esenciales que han de tener los títulos que forme el Estado para que reúnan las condiciones de claridad y exigibilidad que determinan nuestras normas procesales. Es evidente que a la Sala no le corresponden las cuestiones estrictamente administrativas, las cuales son de competencia de los Tribunales Administrativos, y que cuando la formación del título ha sido descuidada ante los mismos, las deciones que éstos profieran deben respetarse, porque tienen el carácter de cosa juzgada y, por tanto, en el incidente de excepciones no pueden alegarse hechos defensivos que hayan sido presentados ante los Tribunales Administrativos. No habiéndose interpuesto ningún recurso ante los Tribunales Administrativos y tratándose solamente de la interpretación que deba darse a las disposiciones legales conducentes a la formación de título ejecutivo, lo que afecta la validez del mismo, es clara la competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, septiembre 26 de 1941).

299, 1ª y 2ª

EXPROPIACIONES Y DAÑOS EN PROPIEDAD AJENA

— 81 —

De acuerdo con el artículo 2º de la Ley 38 de 1918 todo lo relacionado con expropiaciones y daños en propiedad ajena en que sea parte la Nación es de la exclusiva competencia del Consejo de Estado. No puede, por tanto, el órgano judicial conocer y fallar litigios de esta clase. La competencia de jurisdicción inhibe a la Corte para decidirlos. Por consiguiente, es nulo el juicio que se siga en este caso ante el Poder Judicial, por incompetencia de juris-

Páginas

dicción improrrogable. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, junio 23 de 1941). ..... 101, 1ª 100, 2ª y

EXTRADICION

— 82 —

La extradición de colombianos está prohibida por el artículo 9º del Código Penal de 1936. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, LII, número 1980, abril 30 de 1942). . 683, 1ª y 2ª

FACTOR O DEPENDIENTE DE COMERCIO

— 83 —

En sentencias extranjeras, basadas en disposiciones similares a las nuéstras, se ha considerado que el empleado, factor o dependiente de comercio, que además de ganar un sueldo fijo, tiene un tanto por ciento de las utilidades del negocio, es un simple empleado y no un socio; de esos fallos se deduce que si bien en toda sociedad es requisito esencial el que haya participación en las utilidades, el hecho solo de que exista tal participación no autoriza para decidir que se trata de una sociedad. Semejante cosa también se predica en el arrendamiento de un inmueble cuando el precio o renta asciende a un tanto por ciento de las utilidades, y en la compraventa, cuando se estipulare como parte del precio un tanto por ciento de las que durante cierto tiempo obtuviera el comprador en la explotación del negocio. (Casación, LII, número 1981, noviembre 27 de 1941). 780, 2ª

FIANZA

— 84 —

De conformidad con el artículo 2376 del C. C. no basta la prestación de la fianza, si el fiador carece de capacidad legal y solvencia económica. Un fiador en tales condiciones, lejos de responder a la finalidad del contrato accesorio de fianza, lo desvirtúa y lo hace inútil. De donde se infiere que el deudor obligado a prestar fianza antes de ofrecerla y de constituírla debe conocer y estar cierto tanto de la capacidad del fiador como del grado de su solvencia y responsabilidad en relación con la obligación cuyo cumplimiento va a garantizar. Sólo con ese conocimiento podrá habilitarse para cumplir a cabalidad el requerimiento que la ley le hace en orden a constituír una seguridad efectiva y no ilusoria. El deudor obligado a prestar fianza, que ofrece a su acreedor y constituye un fiador insolvente, indudablemente quebranta el artículo 2376 citado, y por necesaria repercusión viola el espíritu de la estipulación contractual concertada al respecto. Y hasta tal punto ha querido el legislador que la fianza responda a su fin esencial, que no solamente le impone al deudor el deber de dar fiador capaz y solvente, sino que en el caso de que inicialmente el fiador hubiere tenido suficiente respaldo económico, pero luégo, durante la vigencia del contrato principal cayere en insolvencia, "será obligado a prestar nueva fianza". (Artículo 2375, ibid.). No es, pues, valedero el concepto de que el contrato accesorio de fianza, por lo que toca a su fin de responder de la obligación principal, crea solamente relaciones entre el fiador y el acreedor. Está visto que entre el deudor y el acreedor existe también una permanente vinculación jurídica, de donde surge a cargo de aquél el cuidado de velar desde el primer momento del contrato porque la fianza que otorgue no defraude el interés del acreedor. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1981, febrero 19 de 1942). . ..... 897, 1ª y 2ª

G

GASTOS DE LA SUCESION

— 85 —

Los gastos causados por los honorarios de los abogados o apoderados de las partes, no entran dentro de

Páginas

los gastos generales, sino que las partes interesadas son las que tienen que pagar esos emolumentos u honorarios. De no ser así, la sucesión en general debería pagar los honorarios de cada uno de los abogados que hubieran asistido a las partes, lo que es inadmisble. (Casación, LII, número 1979, octubre 8 de 1941). 431, 2ª

H

HECHOS DE LA DEMANDA

— 86 —

De conformidad con el artículo 205 del C. J. los hechos básicos de la acción deben ir debidamente relacionados, con la conveniente separación, claridad y precisión en sus componentes, porque alrededor de ellos va a girar todo el debate judicial y el diálogo probatorio, comoquiera que tales hechos son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre la que habrá de rodar la controversia. Consecuente con esa regla procesal, indispensable para delimitar y circunscribir el pleito, el artículo 593 del C. J. sienta la norma de derecho probatorio de que toda decisión judicial en materia civil se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados de manera plena y completa según la ley. En forma tal que para obtener un fallo judicial conforme con las pretensiones de la parte actora y acorde con el derecho sustantivo, invocado, es indispensable no sólo definir y concretar la causa **petendi**, sino también enumerar los hechos fundamentales en el libelo con la debida separación, claridad y precisión. (Casación, LII, número 1981, diciembre 2 de 1941). 808, 2ª

HEREDERO PUTATIVO

— 87 —

Se entiende por heredero putativo, como lo dice la ley, el solamente aparente que no es en realidad heredero, esto es, el que por estar en posesión material de una herencia pasa a los ojos de todos como auténtico heredero, siendo en verdad un mero ocupante sin verdadera vocación hereditaria. Este heredero aparente sin título de tal es el que goza de la situación excepcional que lo habilita para adquirir por prescripción ordinaria en el caso y circunstancias determinados en el artículo 766, contra el verdadero heredero, por razones jurídicas claramente visibles. Los herederos, en efecto, adquieren la posesión de la herencia por ministerio de la ley o de pleno derecho desde el momento en que se les defiere y aunque el heredero lo ignore (artículos 757, 783, 1013, C. C.). El heredero putativo, o sea el que aparenta serlo, no goza de la posesión legal de la herencia porque le falta el título de heredero, y por esta razón está sometido a que el verdadero heredero lo prive de la herencia que ocupa de hecho con el ejercicio de la acción de petición; no siendo en realidad heredero carece de justo título, de tal modo que está en incapacidad de usucapir ordinariamente y sólo la prescripción extraordinaria puede consolidar su situación irregular de heredero aparente. Pero este estado de derecho cambia fundamentalmente en el caso de que el heredero putativo haya obtenido la posesión efectiva de la herencia por decreto judicial, porque entonces y a partir de este evento, se convierte en poseedor regular y con el decreto que le sirve de título se pone en capacidad jurídica de adquirir el derecho de herencia por usucapión ordinaria (artículos 766, 2512, 2518 y 2533, C. C.). En esta situación, que es la contemplada y requerida en el inciso final del artículo 766 del C. C., la acción de petición de herencia se ventila en realidad entre dos poseedores de una misma herencia que pueden coexistir por virtud de la naturaleza especial que corresponde a la posesión legal del heredero; de un lado el putativo que invoca su calidad de poseedor ordinario con base en el

Páginas

su prescripción, y del otro, el verdadero heredero a quien corresponde la posesión legal y el dominio de la herencia. Fuera de este caso en que el heredero putativo puede oponer al verdadero dueño de la herencia la usucapión ordinaria, quien ocupa una herencia sin derecho no puede adquirirla por prescripción de diez años sino por la extraordinaria que excepcionalmente dentro de los derechos reales exige para el de herencia el artículo 2533 del C. C. En lo tocante a la devolución de frutos y mejoras, la ley identifica los efectos de la petición de herencia a los de la reivindicación, de modo que es procedente considerar la buena o mala fe del poseedor para determinar el alcance de la restitución según las normas del artículo 964 del C. C. (Casación, LII, número 1980, noviembre 17 de 1941). ..... 665, 1ª y 2ª

HOMICIDIO

— 88 —

El homicidio culposo de que trata el artículo 370 del Código Penal, es el que se perpetra cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de la previsión confió imprudentemente en poder evitarlos (inciso segundo del artículo 12 ibídem). Ni la culpa sin previsión de lo previsible, ni la culpa con previsión caben en este homicidio intencional que afirmó el jurado con amplia base probatoria. (Casación, LII, número 1979, febrero 18 de 1942). 458, 2ª

HOMICIDIO

— 89 —

En tratándose de un homicidio simplemente voluntario ni la afirmación ni la negación por los jueces de hecho de la circunstancia de haberse ejecutado el homicidio con sevicia y crueldad obligan al juez de derecho que es quien tiene la facultad legal de pronunciarse sobre la existencia o falta de agravantes

Páginas

y así, la afirmación del Jurado, simple o explicada, sobre circunstancias de esta clase, resulta anodina. (Casación, LII, número 1979, octubre 15 de 1941). 473, 1ª

HIPOTECA

— 90 —

La hipoteca que grava un bien raíz que se trata de reivindicar no inhibe al verdadero dueño para ejercitar directamente la acción reivindicatoria, sin que haya necesidad de demandar primeramente la nulidad del gravamen, porque él se constituyó en virtud de un contrato ajeno en un todo al reivindicante, que no le liga jurídicamente y respecto del cual éste ha de considerarse como un tercero extraño al contrato a quien no pueden perjudicarle las estipulaciones a las cuales fue completamente ajeno. De otro lado, el que una finca esté o no hipotecada es detalle del todo extraño a la reivindicación en sí. (Casación, LII, número 1979, octubre 9 de 1941). 441, 2ª

I

IDENTIFICACION DE PREDIOS

— 91 —

Aunque la Corte ha aceptado la prueba testimonial para demostrar la identidad de un terreno y aunque la ley no ha dicho que sea inadmisible, está fuera de discusión que para el fin indicado se ajustan mejor a la técnica jurídica, por ser más pertinentes y adecuadas, la inspección ocular y el concepto pericial, toda vez que para saber si un predio está comprendido en otro, o si hace parte de él, o cuáles son los linderos correspondientes de uno y otro, según los títulos de propiedad respectivos, es indispensable hacer apreciaciones y emitir conceptos razonados, misiones que corresponden a los peritos y no a los testigos, ya que éstos sólo deben, conforme a la ley, relatar los

Páginas

hechos que hayan visto o presenciado, sin que les sea permitido expresar opiniones o hacer conjeturas para llegar a determinadas conclusiones. De consiguiente, para que la prueba testimonial sea eficaz en estos casos, debe reunir condiciones especiales de claridad y convicción, y los testigos deben referirse a hechos que hayan presenciado y de los cuales pueda deducirse, sin lugar a duda, la determinación de la finca que se necesita identificar. (Casación, LII, número 1978, agosto 22 de 1941) ..... 226, 1ª y 2ª

IMPEDIMENTOS EN MATERIA PENAL

— 92 —

"La causal 3ª del artículo 73 de la ley 94 de 1938, a las claras indica con el empleo del infinitivo ser, que la función del pariente apoderado o defensor debe existir al tiempo mismo en que el juez o magistrado expresa el impedimento, pues si es pretérita esa función, o mejor, si el apoderado o defensor, pariente del impedido, tuvo aquel carácter y lo perdió en una época anterior a la fecha del impedimento, éste carece de base legal, lo que se corrobora con el uso que del participio pasado de forma compuesta (haber sido) hacen otros ordinales del artículo 73.

Si un magistrado del Tribunal se declara impedido para conocer de un negocio y el magistrado que sigue en turno encuentra infundado el impedimento y así lo declara, el superior inmediato que ha de resolver de plano la cuestión no puede ser otro que la Corte Suprema de Justicia". (Auto, Sala de Casación Penal, LII, número 1978, agosto 20 de 1941) .. 230, 1ª y 2ª

INCONGRUENCIA

— 93 —

La incongruencia a que en el art. 520 del código judicial se alude, es la que rompe las normas formales consagradas en el artículo 471 del mismo código porque no armonice o se ajuste la parte resolutiva de la sentencia, que es aquella en que se concentra su imperio, con los puntos que han sido objeto de los pedimentos de la demanda y su contestación o de las cuestiones que la ley autoriza plantear en los litigios fuera de estas oportunidades, es decir, porque la resolución del fallo sea omisa, si ha dejado de fallarse alguna de las cuestiones debatidas; excesiva, si ha otorgado más de lo pedido, o resuelto pretensiones no deducidas, o si ha incurrido en defecto al condenar. (Casación, LII, No. 1977, julio 30 de 1941) 21, 1ª

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

— 94 —

En fallos recientes de esta Sala, que admiten una interpretación extensiva de la causal 2ª de casación del nuevo Código, se ha expresado que no puede aceptarse la tesis de notoria injusticia del veredicto cuando ella pretende basarse únicamente en meras alegaciones acerca de la deficiencia de pruebas sobre la responsabilidad. (Casación, LII, número 1978, febrero 20 de 1942) ... 263, 1ª y 2ª

INSTRUMENTOS NEGOCIABLES. VALES, PAGARES

— 95 —

El vale o pagaré, como las libranzas comerciales, como las letras de cambio, son promesas incondicionales de pago hechas por escrito y sometidas en cuanto a su endoso, negociación, rechazo, protesto, etc., a las disposiciones del C. de Comercio. Esta clase de instrumentos, que se refieren al contrato de cambio, no son susceptibles de ser heridos, en virtud de la incondicionalidad de la obligación, por algunas de las excepciones que pueden oponerse cuando se trata de hacer exigible una obligación no proveniente de una letra, pagaré o vale. Dos comercian-

Páginas

tes que contratan pueden otorgarse un letra, vale o pagaré o libranza, instrumentos configurados por el C. de Comercio, o una simple obligación de deber, instrumento de índole civil y que se reglamenta por las disposiciones de ese Código, para los efectos de la prescripción. Un ejemplo aclara lo anterior: un comerciante que suscriba a favor de otro una obligación proveniente de una compraventa de mercancías, puede cuando se le demanda para el pago de aquéllas, proponer ciertas excepciones, como la de non adimpleti contractus, como sería si alegara que o no le habían sido entregadas todas las mercancías o se le habían entregado otras de distinta calidad. Mas si en lugar de ese documento gira el comerciante comprador una letra o un pagaré al comerciante vendedor, la excepción de que se viene tratando no sería admisible, sencillamente por la orden incondicional de pago que contiene la letra, el pagaré o la libranza. Como la letra de cambio, el pagaré o vale, especies de un mismo género comercial, están cobijadas por unas mismas disposiciones del C. de Comercio en cuanto al vencimiento, endoso, solidaridad, avalúo, pago, protesto y recambio, operaciones algunas de éstas de que no son susceptibles los simples documentos de deber de carácter civil, es lógico que el legislador, en el artículo 902 del C. Co., haya establecido que la prescripción respecto de los vales o pagarés es la de cuatro años, estatuída por el artículo 894 del C. Co. Y teniendo en cuenta que un pagaré o vale en el sentido del C. Co. es muy diferente de un documento que aunque de procedencia comercial no tenga la configuración legal del vale o pagaré comercial, se concluye que la prescripción para los primeros, o sea, para los vales o pagarés a que se refiere el C. de Comercio, o sea cuatro años, no es la misma que para los segundos, o sea, para los documentos comunes que entonces es de veinte años, respecto de la acción ordinaria. La confusión de que se ha hablado depende, además de lo anterior, que es fundamental, de que no se han parado mientes en que los comerciantes pueden, en el giro de sus operaciones, hacer constar éstas por medio de instrumentos negociables o de instrumentos que no tengan ese carácter. La doctrina de los autores y la jurisprudencia al respecto antes de la expedición de la ley 46 de 1923, era también la que acaba de exponerse. La ley 46 de 1923 elevó a la categoría de norma esa doctrina y esa jurisprudencia. La promesa incondicional de un pagaré comercial, que es lo que lo caracteriza, está consagrada por el artículo 185 de dicha ley; los pagarés comerciales, letras de cambio, cheques, los giros, las libranzas y los cupones, forman la categoría de los instrumentos negociables, según el artículo 1º de dicha ley, que se diferencian de los demás documentos de deber; el tenedor en debida forma de un instrumento negociable posee el instrumento libre de excepciones que puedan proponerse las partes entre sí y puede exigir el pago por el monto total contra todas las partes obligadas. (Casación, LI, número 1979, agosto 22 de 1941) ..... 360, 1ª y 2ª y 361, 1ª y 2ª

Páginas

INTERVENCION EN LA POLITICA

— 96 —

Quien en época preelectoral dirige la palabra a sus copartidarios desde una tribuna pública, está defendiendo determinados postulados políticos, combatidos a su vez por otros oradores pertenecientes a distinto bando o partido. Es esta la más acostumbrada y eficaz forma de controvertir, discutir o debatir las ideas y programas de cada colectividad política.

Actividades de esta naturaleza están prohibidas, por razones obvias, a los empleados o funcionarios públicos. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, LII, número 1980, abril 17 de 1942) 671, 2ª

Páginas

J

JUICIO EJECUTIVO

— 97 —

No puede resolverse un incidente de excepciones mientras no haya juicio ejecutivo, y no lo hay, conforme al artículo 981 del C. J., mientras no se notifique al ejecutado el mandamiento de pago. Cuando la parte ejecutada se compone de varios, han de estar notificados todos para que se cumpla la exigencia legal. (1). (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, No. 1981, febrero 16 de 1942).

876, 2ª

JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

— 98 —

La justicia ordinaria no puede pronunciarse sobre la validez o legalidad de actos administrativos. Es a las autoridades competentes de la jurisdicción contencioso-administrativa a quienes por mandato expreso del artículo 1º de la Ley 130 de 1913 corresponde "la revisión de los actos de las corporaciones o 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 que la misma ley señala. A que se agrega que de conformidad con el artículo 111 de la ley en referencia son anulables por las mismas autoridades de lo contencioso administrativo "las ordenanzas de las asambleas departamentales, los decretos y demás actos de los Gobernadores, contrarios a la Constitución, a las leyes, o a las ordenanzas, o lesivos de derechos civiles". (Auto, Sala de Negocios Generales, LI, número 1979, octubre 20 de 1941).....

496, 2ª y 497, 1ª

(1) Concordancia: La Sala acogió la doctrina que aparece en la página 580 del tomo L, números 1964 y 1965 de la Gaceta Judicial.

Páginas

L

LEGITIMAS

— 99 —

Quien debe una legítima puede anticiparla a uno o más de sus legitimarios y cuando esto sucede se procede como corresponde según el artículo 1243 del código civil y siguientes, esto es, no invalidándola, sino trayéndola a colación. Además, en su caso, habrá que demostrar que ha sido tan excesiva que menoscaba las legítimas rigorosas de uno o más de los legitimarios restantes, a fin de que éstas se completen. (Casación, LII, número 1981, noviembre 28 de 1941).....

876, 2ª

784, 1ª

LESION ENORME

— 100 —

La ley exige para la procedencia de la acción de rescisión por lesión enorme que haya habido efectivamente lesión enorme y que se haya roto el equilibrio del negocio jurídico querido por las partes; y en esa virtud el justo precio de la cosa vendida, que ha de fijarse como medio de relación para el efecto de resolver si ha existido la lesión, tiene que referirse a la cosa entregada y que relacionarse necesariamente con el derecho que en realidad haya tenido el vendedor en la cosa vendida. Y esto es así porque el vicio de la lesión enorme proviene de que en la ejecución del pacto uno de los contratantes haya padecido un perjuicio o agravio patrimonial, por un manifiesto desequilibrio en las recíprocas prestaciones. Por ese aspecto de la cuestión hay que atenerse a la realidad de cada una de las obligaciones bilaterales en su cumplimiento, mas no a lo que recen las respectivas estipulaciones contractuales, porque lo que se propone la ley al otorgar esta tutela es salvaguardiar y proteger a las partes que intervienen en la compraventa de inmuebles con vista exclusiva de la prestación que efecti-

Páginas

vamente hayan realizado. De donde resulta que si el vendedor se comprometió a entregar una finca raíz de determinada calidad o extensión y el fundo vendido y entregado tiene características distintas o una cabida superficiaria inferior a la convenida, en tal caso lo que debe atender y tomar en consideración el juzgador para decidir si existe lesión enorme es si la cosa que en realidad se entregó, habida consideración a su calidad y extensión, tiene un justo precio a la fecha del contrato superior al doble del precio recibido Esto es así dentro de la lógica más elemental, porque el vendedor en la compraventa de inmuebles sólo padece efectivamente la lesión cuando el justo precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende y que en realidad ha entregado, mas no cuando el precio recibido no guarde esa misma relación con la cosa que aparece estipulada en el contrato y que luego resultó distinta en su extensión de la entregada. De las dos cabidas la que debe tenerse en cuenta es la real, esto es, la que efectivamente se ha demostrado que tiene el inmueble vendido o entregado. (Casación, LII, número 1980, octubre 31 de 1941) . . 627, 1ª y 2ª

LEY 81 DE 1931 ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN SU ARTICULO 28

— 101 —

De acuerdo con las disposiciones de la ley 78 de 1930 salta a la vista que la Nación, al hacer cesión a los departamentos del impuesto sobre consumo de cervezas, se reservó la facultad de fijar en lo futuro la tasa de dicho impuesto y prohibió a las Asambleas modificarlo. De manera que la cesión quedó sujeta desde su origen a la condición de ser el legislador nacional quien debía regular en adelante la cuantía de ese nuevo gravamen. Se explica y justifica esta previsión del legislador nacional porque esa renta habría de influír en la vida y desarrollo de una de las industrias más prósperas e importantes del país y no era prudente ni científico dejarlo a la libre iniciativa y a la natural imprevisión de catorce órganos administrativos seccionales, que no podían tener una visión nacional y de conjunto del problema. Era aceptable que en esos casos el poder público del Estado, que tiene naturalmente la misión de dictar normas obligatorias de carácter nacional, se reservara el papel de agente regulador de estas actividades impositivas que tienen su fuente y su origen en la ley, porque van a afectar un sector importante de la economía patria. Y si la cesión fue hecha bajo las condiciones anotadas, así pasó a manos de los Departamentos, en forma tal que las asambleas seccionales tuvieron que aceptarla en esa situación condicionada y convenir en que no les es dable intervenir, en lo futuro, en la fijación de las tasas de dicho impuesto. Ahora bien; si el legislador prohibió a las asambleas modificar las tarifas de este gravamen, es indudable que se reservó para sí esa atribución, pues repugna a los principios fundamentales de hacienda pública y de ciencia fiscal que una vez creado un impuesto éste haya de permanecer estático, intocable e inmodificable a través de los tiempos, sin tomar en consideración el desarrollo de la riqueza privada, los progresos de la economía en todos sus ramos, la situación general del país y las necesidades del Estado en orden al cumplimiento de sus fines y deberes sociales. En una palabra, cuando se promulgaron la ley 81 de 1931 y el Decreto Legislativo número 2197 de 1932, dictado en virtud de las facultades extraordinarias conferidas al Organo Ejecutivo por la ley 23 de 1932 —que son los instrumentos acusados y que rebajan ambos las tasas de este impuesto— actuaba el legislador con plena y expresa atribución para hacerlo, porque se había reservado esa facultad. (Sentencia de la Corte Plena, LII, número 1978, diciembre 12 de 1941) 167, 1ª y 2ª

Páginas

Páginas

LEY 28 DE 1931 SOBRE REPRESENTACION DE LA NACION EN JUICIO POR EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTICULOS 1º Y 2º

— 102 —

No hay razón alguna de orden científico, ni técnico, ni de carácter constitucional que impida al legislador colombiano la formación de organizaciones autónomas como el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, a las que se les hace jugar un papel análogo al de las personas naturales, aislándolas dentro de la administración general con el objeto de agilizar determinadas actividades o servicios públicos, como la empresa de transportes por los ferrocarriles, que siguen sometidos al dominio estatal. El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por los artículos 1º y 2º de la Ley 29 de 1931 como persona jurídica autónoma, representada legalmente por el Administrador General y destinada a administrar con total independencia los ferrocarriles de propiedad nacional, contiene los elementos esenciales que integran toda persona jurídica, como son la autorización del poder público por medio de la ley, la existencia de un patrimonio especial aunque para efectos administrativos, y una capacidad propia para el ejercicio de actividades civiles que le permite comparecer ante los Tribunales y autoridades de todo orden accionando o defendiéndose judicialmente. La **personalidad** del Consejo Administrativo, que es su capacidad para ser sujeto de derechos es cosa fundamentalmente distinta de su **personería**, que es la facultad para representar a otra persona. Lo primero no ofrece dificultad desde el punto de vista de la constitucionalidad de la ley acusada, y en cuanto a lo segundo los términos en que están concebidas las fórmulas legales acusadas de inconstitucionalidad no tienen ninguna ambigüedad y no dan base ni lugar al conflicto de representación que pretende plantear la demanda, pues en tales disposiciones legales nada se estatuye sobre personería del Consejo para llevar la representación judicial de la Nación, y el asunto de la personería en los litigios civiles es cuestión de interpretación de la ley para fijar su alcance y adaptarla a la realidad de la práctica forense y corresponde a los jueces y funcionarios públicos por vía de doctrina y con la obligatoriedad restringida que determina el artículo 17 del C. C. A las entidades y funcionarios del órgano judicial no les es permitido proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria, ni dentro de los límites de la facultad que compete a la Corte de guardar la integridad constitucional cabe la de fijar interpretaciones obligatorias de las disposiciones de la ley para que a ellas se ajusten los jueces en el sentenciamiento de los litigios. Esta interpretación auténtica, de fuerza efectiva y alcance más amplio, corresponde exclusivamente a la que cabe con autoridad al legislador (artículo 25, C. C.) (1). (Sentencia de la Corte Plena, LII, número 1980, marzo 17 de 1942)..... 566, 2ª y ss.

Páginas

LEY 28 DE 1932

— 103 —

Por haber perdido el marido, según la Ley 28 de 1932, el carácter de jefe de la sociedad conyugal y, por lo tanto, el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre los bienes de la vieja sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Significa esto, de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos

(1) Salvaron su voto a esta sentencia los magistrados doctores Campo E. Aguirre y José A. Montalvo.

Páginas

cónyuges deben obrar conjuntamente, y que si uno de los cónyuges ha vendido una finca raíz perteneciente a la sociedad conyugal, sin autorización del otro, éste tiene expedita la vía de la reivindicación a favor de la sociedad. La mujer, como socia y como partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia o independiente del marido para demandar la nulidad e inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad, porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver. (Casación, LII, No. 1981, noviembre 28 de 1941) . .

LIQUIDACION DE IMPUESTOS

— 104 —

El legislador no ha querido dejar al arbitrio de los funcionarios encargados de aplicar las Leyes 81 de 1931 y 78 de 1935 la determinación de la cuantía o del monto de cada impuesto, salvo el caso de que el contribuyente no haga en tiempo oportuno su declaración o cuando ésta adolezca de falsedad o inexactitud. La ley ha querido que los administradores de Hacienda Nacional procedan siempre sobre la base de informaciones plenamente comprobadas cuando se trata de suplir la declaración de un contribuyente o rectificar las inexactitudes o falsedades de que la misma pueda adolecer. Pero en todo caso queda virtualmente descartada la sola voluntad del liquidador, ya que de lo contrario sería la arbitrariedad y no la justicia y la equidad el fundamento de la liquidación y fijación de los impuestos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, agosto 27 de 1941). 272, 1ª

LIQUIDACION DE SOCIEDADES

— 105 —

El estado de liquidación quiere decir que la sociedad no puede ya celebrar los contratos para los cuales fue constituída ni ejercer las actividades de su vida regular; pero eso no significa que por medio de su liquidador no pueda ejecutar los actos tendientes a su liquidación, entre los cuales están comprendidas las ventas, porque entonces ésta se dificultaría muchas veces. Tiene entonces esa sociedad, por medio de su liquidador, la capacidad suficiente, la personería, para celebrar los actos jurídicos tendientes a la liquidación. Aunque la personería de una sociedad en liquidación radica en el liquidador como quien tiene el poder para verificar todas las operaciones concernientes a la liquidación, los socios, de común acuerdo, pueden hacer la liquidación de la 791, 2ª compañía, y entonces la personería radica en éstos, en esa calidad de liquidadores (artículo 544 C. Co.). (Casación, LII, número 1979, agosto 22 de 1941). 357, 2ª

M

MANDAMIENTO EJECUTIVO

— 106 —

La calidad con que se ejecute a una persona depende no sólo del texto de las palabras empleadas en la parte resolutiva del mandamiento ejecutivo, sino que ésta debe entenderse teniendo en cuenta las obligaciones en que se fundamenta y el conjunto de expresiones usadas en el auto que ordena la ejecución; esto aparece más claro si en la notificación del mismo se dice la calidad con que se hace aparecer a la persona demandada. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, agosto 28 de 1941). 281, 1ª

MANDATO

— 107 —

Como se infiere de las disposiciones civiles que reglamentan el contrato de mandato, el objeto de éste lo constituye la prestación del consentimiento del mandato a través

Páginas

del mandatario, como así lo ha entendido la Corte en varias sentencias. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, octubre 15 de 1941). 327, 1ª

MANDATO Y ARRENDAMIENTO DE SERCVICIOS

— 108 —

Pudiendo ser el mandato remunerado según el artículo 2143 del C. C., la circunstancia de coincidir este contrato con el de arrendamiento de servicios en la modalidad de obligarse **remuneradamente** una persona a hacer una cosa para otra, cosa común a todos los contratos que tienen por objeto un hecho, da lugar a que frecuentemente se confundan estas dos convenciones o aparezcan combinadas en forma que opone dificultades para su acertada clasificación jurídica. Teóricamente es fácil, sin embargo, su distinción, haciendo resaltar los elementos esenciales que entran en la constitución de estos contratos y que los diferencian profundamente. En la locación de servicios el objeto lo constituyen hechos de orden material que corresponden a los trabajadores, quienes los ejecutan por cuenta y en interés del patrono y en situación de dependencia, en función de su oficio, aunque todo el resultado de su labor se traduzca en exclusivo beneficio del arrendador, en tanto que en el mandato el objeto propio e insustituíble del contrato lo constituyen **actos jurídicos** cuyo incumplimiento lleva implícita la representación, ya que el mandatario se hace cargo de la gestión por cuenta y riesgo del mandante, como lo dice la definición legal. El mandatario actúa jurídicamente, esto es, interviene con su voluntad para el perfeccionamiento del negocio, presta su consentimiento y de esta manera crea vínculos obligatorios para su representado con prescindencia de su interés personal, como mero intermediario. (Casación, LII, número 1977, septiembre 12 de 1941). 60, 1ª y 2ª

Páginas

MATRIMONIO

—109 —

Según el artículo 16 de la Ley 153 de 1887 la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta, pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República. Existen casos en que esa legislación trasciende al campo civil y entonces generalmente su respeto a ella se consagra por medio de normas positivas. El artículo 12 de la Ley 57 de 1887 estableció la validez para todos los efectos civiles y políticos de los matrimonios que se celebren conforme al rito católico, y ésta es la primera proyección de la legislación canónica sobre el campo civil, o sea, el matrimonio católico que produce efectos civiles. Reconocida la validez del matrimonio católico, era obvio que tenían que venir dos consecuencias: la primera, la forma como debe celebrarse ese matrimonio, y esto es de la autoridad privativa de la Iglesia; y segundo, el modo o medio de prueba de ese acto. En cuanto a lo primero, se halla el artículo 17 de la Ley 35 de 1888, artículo Concordatario; en cuanto a lo segundo, se hallan los artículos 22 de la Ley 57 de 1887 y 79 de la 153 del mismo año. Reconocidos por nuestra legislación ambos matrimonios, el civil y el canónico, cada uno de ellos, según el caso, se celebra en la forma determinada por el legislador civil o por el legislador eclesiástico. Ni la autoridad eclesiástica tiene competencia o jurisdicción para intervenir en un matrimonio civil, ni fallar sobre su existencia en sí misma, validez o nulidad, ni tampoco el poder civil puede hacerlo respecto de los matrimonios eclesiásticos. Son dos jurisdicciones distintas, que no se entremezclan a ese respecto, de donde resulta uno de los aspectos de la independencia de las dos potestades, y el respeto a la legislación canónica, que no forma parte de la civil. Si para el acto de la celebración del matrimonio existe lo anterior, también existe diferencia en cuanto

Páginas

al modo de prueba de ese acto. El matrimonio civil tiene su prueba principal, que es la determinada por los artículos 364 a 367 del C. C., y el matrimonio católico la suya propia, que es la determinada por la ley canónica y que se concreta en el acta que levanta el Párroco respectivo. Son, pues, esas actas de origen distinto, de autoridades distintas, pero ambas tienen eficacia legal para demostrar un mismo hecho jurídico, como la muerte, o un mismo acto jurídico, como el matrimonio. Las actas de estado civil o eclesiástico no son intocables. Ellas, como cualquiera otra prueba, como una escritura pública, como un documento privado, pueden, por ejemplo, ser redargüídas de falsas, y entonces el debate planteado sobre este extremo sigue la regla general y cae bajo la jurisdicción de los jueces civiles. Pero de lo anterior no puede concluírse que las actas de origen eclesiástico sean exactamente las mismas o estén identificadas con las del estado civil; esa conclusión sería inadmisible, porque no pueden identificarse actas que proceden de origen distinto, de autoridades distintas y que se levantan por procedimientos distintos. No. Las actas de origen eclesiástico se asimilan a las de origen civil únicamente en cuanto a su valor probatorio. Los Curas Párrocos no son funcionarios públicos del registro civil, ni las actas de origen eclesiástico tienen el carácter ni la configuración de los documentos públicos a que se refiere la ley civil, y es muy distinto el carácter de documento auténtico del de documento público. Casi a raíz de la expedición de las Leyes 57 y 153 de 1887, la Corte estudió ese punto y sentó como doctrina que no ha sido modidicada la siguiente: "Por el hecho de dar valor de pruebas a las certificaciones de los sacerdotes párrocos sobre nacimientos, matrimonios y defunciones, no deben considerarse como funcionarios públicos, ni tales certificaciones como instrumentos públicos". Lo anterior se comprende si se tiene en cuenta que los funcionarios públicos son los creados por la ley, aquellos a que se refiere

Páginas

el Código Político y Municipal principalmente, y que desde luego que en el artículo 17 de la Ley 35 de 1888 se pactó que el acto de la celebración del matrimonio católico será presenciado por el funcionario que la ley determina, con el objeto de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil, fue porque claramente se comprendió que los Curas Párrocos no eran funcionarios públicos, pues si así fuera, habría una redundancia inexplicable al establecer que dos funcionarios públicos presenciaran o autorizaran un mismo acto. La anterior interpretación se corrobora con el artículo 2º de la Ley 95 de 1890, en que se señaló al Notario, donde lo hubiere, o al Secretario del Concejo Municipal, donde no lo hubiere, para que presenciara el matrimonio con el objeto de hacer la inscripción en el registro civil. Las disposiciones civiles y en especial las consignadas en los artículos 372 a 384 del C. C. no son aplicables a las actas de origen eclesiástico, de la misma manera que las disposiciones canónicas sobre actas del estado civil, modo de sentarlas, suplirlas cuando se han omitido, corregirlas, no son aplicables a las partidas de origen civil. De donde se concluye que la omisión de una partida eclesiástica y su incorporación en el libro respectivo no se subsana por el procedimiento establecido en el artículo 381 del C. C., sino por las respectivas disposiciones de origen eclesiástico. Mas las actas civiles y eclesiásticas sí pueden caer sub judice cuando son rechazadas, redargüídas o tachadas de falsas, en los casos en que pueden serlo las de origen civil, y entonces el poder civil ordinario es el competente para decidir sobre tal materia. Existen también otra clase de actas del estado civil respecto del matrimonio, que son aquellas a que se refiere el artículo 1º de la Ley 266 de 1938, las cuales están reguladas por una ley extranjera, sin que por ello se lesione la potestad civil ni el imperio de la soberanía patria, como tampoco se lesiona al reconocer la validez y eficacia de las actas de origen eclesiástico, que demuestran el matri-

Páginas

monio que contrae casi la totalidad de los colombianos. En las actas de origen eclesiástico no es la autoridad civil sino la eclesiástica la competente para determinar cómo se inscribe una partida en los libros parroquiales. La Corte no puede aceptar la conclusión del Tribunal sentenciador de que por el hecho de que una partida del estado civil, cualquiera que sea su naturaleza, se siente posteriormente al hecho o acto que registra, esa partida sea falsa, pues el mismo Código Civil, cuando se ha omitido sentar en su debido tiempo una partida, da reglas para asentarla posteriormente. Las partidas eclesiásticas se regulan por el principio de que los requisitos de fondo, **decisoria litis**, se determinan por la ley de su origen, según jurisprudencia de la Corte, o sea, por las disposiciones del Derecho Canónico en el caso de autos. La ley civil reconoce también la existencia y validez de los matrimonios in **artículo mortis**, y en esos casos se puede prescindir de las formalidades que al respecto señala el Código Civil. De ahí el artículo 135 de dicha obra; es claro que en tal caso en el acta del matrimonio ha de expresarse que se ha verificado **in artículo mortis**, con la obligación de revalidarlo posteriormente, si dentro de los cuarenta días no hubiere muerto alguno de los contrayentes. Algo parecido sucede en ocasiones, en Derecho Canónico, en que los esposos quedan con la obligación de la velación posterior, pero la omisión de esta solemnidad no invalida el matrimonio. El matrimonio católico es válido en Colombia y produce efectos civiles y políticos no como consecuencia de los efectos canónicos de él, sino por la disposición del artículo 12 de la Ley 57 de 1887. Antes de la existencia de esa norma producía efectos meramente canónicos, pero no civiles. Los efectos civiles de que habla ese artículo no son otros que los mismos efectos de esa naturaleza que produce el matrimonio civil. Así, dos casados católicamente adquieren ante la ley civil el estado de tales, y sus hijos nacidos de esa unión la calidad de legítimos con todos sus derechos y obligaciones y su vocación hereditaria. Los efectos políticos son aquellos que determinan en ocasiones las leyes, fijando la calidad de padre de familia como condición para desempeñar un cargo, como hoy para ser nombrado Juez de Menores, y en tiempos pasados para formar parte de ciertos colegios electorales. Como la legislación **ipso jure** establecida por el artículo 12 de la Ley 153 ya citada, se refiere a los matrimonios civiles o católicos, porque la norma no distingue, es obvio que por imperio de esa disposición el hijo concebido antes del matrimonio católico de sus padres y nacido dentro de éste, es legítimo. Según las normas del Derecho Canónico, los hijos habidos por personas libres y que después, en cualquier tiempo se casen entre sí, quedan legitimados, y éste es un efecto canónico de ese matrimonio, pero la ley civil no reconoce tal efecto, porque la legitimación se rige únicamente por los preceptos del Código Civil. Esto lleva a la conclusión de que los efectos canónicos del matrimonio no producen siempre efectos civiles, y que ese fenómeno no se verifica sino cuando la ley civil expresamente lo establece. (Casación, LII, número 1981, diciembre 15 de 1941). ..... 843 y siguientes

Páginas

MEDIDAS DE SEGURIDAD

— 110 —

La observación por facultativos de que trata el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal no es de obligatoria aplicación para todos los sindicados, pues la misma ley la establece como condicional, según se deduce de los términos empleados en el texto legal. Así, pues, si el funcionario no descubre en el procesado "indicios de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica", no es menester someterlo a la observación de facultativos.

En casos análogos al presente ha dicho la Corte que los estados pato-

Páginas

lógicos previstos en el artículo 29 del Código Penal no son materia de simple alegación, sino que ellos deben aparecer de pruebas, datos o antecedentes relativos al procesado. (Casación, LII, número 1979, febrero 28 de 1942). ..... 476, 2ª y 477, 1ª y 2ª

MEJORAS EN BALDIOS

— III —

De acuerdo con el artículo 656 del Código Civil las mejoras o aberturas hechas por colonos en tierras baldías de la Nación son inmuebles o fincas que no pueden transportarse de un lugar a otro y por consiguiente están dentro de la clasificación que hace ese artículo. Los edificios que construyen los colonos en sus mejoras destinadas a casas de habitación u otros menesteres domésticos, para el desarrollo y beneficio de las mejoras, como establos, bebederos, silos, etc., etc., son también bienes raíces o inmuebles (artículo 656). Los pastos y sementeras permanentes como el café, el plátano, la caña, que se siembran para ser disfrutadas indefinidamente, han de reputarse igualmente bienes inmuebles, de acuerdo con el artículo 657 del C. C. De suerte que el terreno, los edificios, las plantas que adhieren permanentemente al suelo por sus raíces, los utensilios de labranza, los animales destinados al cultivo y beneficio de la finca, que es lo que constituye la mejora, son bienes que caen bajo la denominación y clasificación de bienes raíces de que habla nuestro Código Civil. El colono no derriba la montaña, no edifica su casa, no siembra sus sementeras con ánimo de abandonarlas a la primera cosecha, sino con el fin primordial de radicarse allí definitivamente, haciendo de esas mejoras y de esas plantaciones una cosa permanente de la cual derive la subsistencia para él y para los suyos, y que le reditúen un beneficio proporcional al trabajo y dinero allí invertidos, es decir, finca en la estabilidad de esas mejoras su porvenir y el de los suyos. El carácter permanente de las mejoras hechas en tierras baldías se manifiesta más nítidamente a la luz de las disposiciones del Código Fiscal sobre adquisición de baldíos. Para que el colono adquiera derecho de dominio sobre el terreno baldío de la Nación es necesario que se establezca permanentemente en él, con casa de habitación, pastos artificiales para ganados, labranzas y cultivos estables, tales como plantaciones de café, cacao, caña, etc., todo lo cual está indicando que la ley, tanto civil como fiscal, considera que las mejoras en tierras baldías y sus accesorias, son bienes raíces. Pudiera argüirse que a pesar del artículo 65 del Código Fiscal que preceptúa que la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o por su ocupación con ganados, el colono no viene a ser verdadero dueño de las parcelas cultivadas sino en tanto que la Nación no le haga la respectiva adjudicación de acuerdo con las disposiciones fiscales, pero no debe perderse de vista que el colono, en todo caso, es un poseedor que tiene las mejoras con ánimo de señor y dueño y que se reputa como tal para todos los efectos legales, mientras otra persona no justifique serlo, y en esta condición es hábil para reivindicar. La Corte de Casación ha dicho ya que un potrero de pasto permanente, el cual está vinculado a la tierra que lo sustenta de tal modo que no puede separarse de ella sin desaparecer, es un bien raíz y este concepto de la Corte puede extenderse con idéntica razón a todas las plantaciones que se reputan permanentes como el café, el cacao, el plátano, y a todos los demás árboles y yerbas que adhieren al suelo por su raíces, de acuerdo con el mandamiento del artículo 657 del Código Civil. En tratándose de reivindicación de mejoras en terrenos baldíos ha dicho la Corte que la acción de dominio de tales mejoras, entre particulares, queda limitada por su misma naturaleza a resolver cuál de las dos partes acredita su mejor derecho a la propiedad de las mejoras, por haberlas establecido directamente o por

Páginas

Páginas

haberlas adquirido de quien las estableció. Siempre que se trate de un juicio reivindicatorio de mejoras en baldíos, entre colonos, no es necesario que se precise el área o cabida del terreno donde tales mejoras existan ni que éstas se señalen o individualicen una a una, en riguroso inventario. Basta con que se determine la situación y linderos precisos de esas mejoras, la naturaleza de cada una de éstas y su delimitación dentro de un terreno determinado. (Casación, LII, número 1979, octubre 9 de 1941). . . . . 437, 2º y 438, 1ª

MINAS

— 112 —

Conforme al artículo 341 del C. de M. no sólo se reputan minas abandonadas o desiertas aquellas por las cuales no se paga el impuesto respectivo, y que hayan sido tituladas antes de la vigencia del Código, sino aquellas respecto de las cuales se haya dado el aviso de que hablan los artículos 8, 79, 346 y 367, siempre que se haya perdido el derecho, con arreglo a lo dispuesto en el mismo Código, es decir, que de la mina abandonada puede haberse dado posesión al primitivo descubridor, o no, según la clase de abandono de que se trate. Sentado esto, aunque pudiera decirse que el Código de Minas no tiene una disposición expresa que diga de manera directa y terminante que el restaurador puede o no hacer uso del derecho consagrado por el artículo 26, es indudable que subrogándose en los derechos del primitivo descubridor de la mina, de acuerdo con los artículos 30 y 348, únicamente adquiere los derechos que éste tenía y perdió de modo que si al primitivo descubridor se le había dado posesión de la mina, el restaurador no puede ejercitar el derecho concedido por el artículo 26, porque aquél hizo ya uso de ese derecho, o dejó pasar la oportunidad legal de hacerlo. En cambio, si la mina no alcanzó a ser entregada al primitivo descubridor, o si no fuere posible conocer la extensión entregada, el restaurador puede ejercitar el derecho del artículo 26. A esta conclusión es preciso llegar, no sólo por la interpretación lógica y racional de las correspondientes disposiciones del Código de Minas, sino porque así lo establecen, de manera clara perentoria, los artículos 33 y 34 del Decreto Ejecutivo número 761 de 1887. Estos artículos pertenecen a un Decreto reglamentario de la ley de minas, que desarrolla y sirve para llevar a la práctica el pensamiento del legislador. Tales artículos están vigentes por no haber sido declarados constitucionales ni ilegales por la autoridad competente. Es preciso interpretar el artículo 26 del C. de Minas en el sentido de que las minas denunciadas que manda respetar en el acto de la posesión son aquellas cuyo descubrimiento es anterior al de la mina cuya posesión va a darse, pues al no entenderse así tal artículo sería fácil arrebatarle el derecho al primer descubridor, con sólo avisar una mina en el mismo paraje en que se halla la primitivamente descubierta, y anticiparse a dar el denuncio. Esta interpretación del artículo 26 es acertada y jurídica porque así se respetan los derechos preferenciales concedidos por los artículos 6, 8 y 11 al primer avisante de una mina. (Casación, LII, número 1978, agosto 20 de 1941). . . 202, 2ª y 203, 1º y 2ª

MINISTERIO PUBLICO EN JUICIO SOBRE FILIACION NATURAL

— 113 —

El artículo 12 de la Ley 45 de 1936 limita el número y calidad de las personas que legalmente tienen el derecho de demandar la declaración judicial de filiación, señalándolas taxativamente durante la vida del hijo. Entre estos sujetos activos de la acción, dentro del orden y oportunidad que exige la ley, figura el Ministerio Público, comprensivo de sus diversas categorías. Es indiscutible que en último término asiste al Ministerio Público derecho de intervención como actor o la facultad

Páginas

para instaurar acciones sobre investigación y declaración de filiación natural. El Ministerio Público interviene en estos casos como el órgano del interés público para vigilar la actuación de la ley, en consideración al trascendente interés social que conlleva el ejercicio de estas acciones familiares para prevenir e impedir el engaño y el fraude en las declaraciones judiciales de la calidad civil de hijos naturales. Pero lo que no puede entenderse autorizado por la ley ni por la doctrina en materia de intervención del Ministerio Público es el darle la calidad de ilegítimo contradictor a uno de sus agentes o funcionarios para obtener con su exclusiva audiencia la declaración judicial de filiación. (Casación, LII, número 1978, agosto 12 de 1941) 181, 1ª y 2ª

N

NULIDAD

— 114 —

Cuando en una ejecución se hace el pago total del crédito al acreedor ejecutante el juicio queda terminado y ya no pueden promoverse dentro de él tercerías ni otros incidentes. El auto en que se admite uno de esos incidentes, verbigracia el de acumulación de autos, queda viciado de nulidad, de conformidad con el artículo 448, ordinal 1º, del Código Judicial, por carencia de jurisdicción improrrogable en el funcionario o juez que lo profirió. Ya esta Corte tiene sentada la doctrina de que cuando se trata de una nulidad por incompetencia de jurisdicción improrrogable, y cuando una de las partes está representada por el Ministerio Público, no se hace necesario poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad, puesto que no es allanable. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1981, marzo 4 de 1942). 919, 1ª

NULIDAD

— 115 —

Cuando la invalidez del contrato proviene de ser ficticio o simulado, no es aplicable el artículo 1748 del C. C. (Casación, LII, número 1980, noviembre 7 de 1941) 650, 1ª

NULIDAD

— 116 —

La falta de notificación al poderdante del auto en que se admite a su apoderado no está erigida en causal de nulidad, porque basta que en los autos aparezca un poder conferido por quien deba serlo, para que no haya nulidad por ilegitimidad de personería. (Artículo 450, ordinal 2º del C. J.). (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, septiembre 15 de 1941). 294, 1ª

NULIDAD DEL PROCESO PENAL

— 117 —

Siendo oficioso por regla general el procedimiento en asuntos penales, la justicia no ha de buscar solamente pruebas de cargo contra el acusado sino también las que puedan favorecerlo, puesto que en el juicio penal, a diferencia del civil, no se debaten meros intereses de particulares, sino que se trata de servir al más elevado interés público que es el de administrar justicia y por ese medio defender a la sociedad pero dando, al propio tiempo, seguridad y protección al procesado, que puede ser inocente y que, en todo caso, no ha de ser penado con rigor desproporcionado a su culpabilidad. Sería injurídico equiparar la sociedad y el reo a quien ella juzga con el demandante y el demandado que actúan en un litigio civil, en que el juez es un espectador de la contienda probatoria entre las partes. Pero dentro del juicio penal cabe también hacer una distinción fundamental, a saber: en el sumario el investigador está obligado a verificar las citas que en su favor haga el sindicado, y aún más, a practicar todas las diligencias y buscar cuantas pruebas puedan ser conducentes a establecer la irresponsabilidad del acusado. En

Páginas

todo caso la investigación sumaria tiende a esclarecer completamente el hecho delictuoso y a descubrir a los responsables del mismo, sin que el reo esté obligado a presentar las pruebas de sus descargos, pues le basta sugerírselas a la justicia, para que ésta las busque. Cuando el proceso ya ha salido del estado de sumario por auto firme de proceder, no le toca al juez continuar haciendo averiguaciones oficiosas en pro ni en contra del reo. El enjuiciamiento es el pliego de cargos que el poder social formula contra él y en esta nueva etapa del proceso, que es el juicio propiamente dicho, entran el reo y su defensa a proponer y demostrar los descargos. Es claro que el juez de la causa y sus auxiliadores deben facilitar, con la mayor amplitud, al procesado todos los medios normalmente útiles para desvanecer la imputación materia del proceso o reducirla a sus justos límites. Pero el juzgador, en esta segunda etapa, y salvo el poder discrecional que el juez superior tiene en las audiencias, guarda más bien una actitud de expectativa, dirigiendo el debate probatorio entre el ministerio público y la defensa, actitud necesariamente diversa de la acuciosa que el investigador asume durante el sumario, cuando su oficiosidad está obligada aun a suplir la inercia del sindicado para defenderse. Sin embargo, tal actitud imparcial y de expectativa del juez durante la causa, no lo exime del deber legal de hacer efectiva la práctica de las pruebas que se le soliciten. Rehusarla arbitrariamente equivaldría a denegación de justicia y la sentencia dictada en un juicio que adoleciera de esa irregularidad, sería un fallo proferido sin las garantías reconocidas por la Constitución Nacional. En varias sentencias de casación ha dicho esta Sala que si la falta de notificación del auto que señala día para la audiencia es motivo de nulidad, a fortiori ha de serlo la celebración misma de la audiencia sin que el reo esté asistido por un defensor, al menos cuando éste haya omitido el cumplimiento de ese deber por grave causa que constituya excusa legal. Igualmente será motivo de nulidad en el proceso penal, la omisión en la práctica de pruebas esenciales durante el plenario, con tanto mayor razón cuanto que lo es, según acertadamente lo dice el señor Procurador, la falta de notificación del auto que abre la causa a pruebas. Ni cabe argüír 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. Entre las formas propias del juicio penal (artículo 26 de la Constitución Nacional), son de la mayor importancia aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos. La sentencia que condena a un reo sin que los jueces hayan oído su defensa o sin que se le hayan dado los medios de aducir sus pruebas, es violatoria no sólo de la ley de procedimiento sino también de la Constitución Nacional. Esta no estatuye normas muertas o ineficaces de los derechos fundamentales de la persona humana. Por algo estableció el legislador que en procesos penales será motivo de casación la ocurrencia de una nulidad sustancial en el procedimiento. Y una de las más notorias que pueden darse es la de no practicar las pruebas solicitadas por la defensa. 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 hayan dejado de practicarse las pruebas en el plenario. Podría acontecer que se solicitaran pruebas no esenciales, o unas que fuesen inconducentes, que se citara a declarantes imaginarios, o que se emplease cualquiera otro ardid bajo la apariencia de labor probatoria, con el fin preconcebido de reclamar o quejarse más tarde, en el evento de que recaiga una sentencia condenatoria. Parece obvio que en tales hipótesis o en la de un manifiesto abandono de las pruebas por

Páginas

Páginas

la parte que las pidió, la omisión en practicarlas no debe causar nulidad del procedimiento. (Casación, LII, número 1979, febrero 16 de 1942). 454, 2ª y siguientes

NULIDAD DE UN JUICIO POR HABERSE ADELANTADO SIN AUDIENCIA DEL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 118 —

El legislador concedió al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales de un lado la facultad de presentarse ante los tribunales y autoridades de cualquier orden, y al otorgarle, de otro, derechos y prerrogativas de persona jurídica autónoma, le concedió la ley atribución de presentarse en juicio como demandante y el deber de comparecer como demandado. Siendo persona jurídica autónoma queda, por el mismo hecho, sujeto a la obligación, que las personas de esa clase tienen de responder en juicio por los actos que realizan en ejercicio de sus derechos y facultades. El Consejo Administrativo obra como administrador de los ferrocarriles nacionales y como persona jurídica autónoma. Debe, por tanto, comparecer en juicio con la plenitud de su personería activa y pasiva. Si el juicio se sigue sin su audiencia queda viciada la actuación de nulidad. Esta doctrina de la Corte no admite salvedades por razón de la época en que haya ocurrido el hecho fundamental de la acción instaurada. De admitirlas, se perdería de vista que lo que se controvierte es única y exclusivamente cuál es el órgano por conducto del cual debe comparecer la Nación en juicios en que se ventilen cuestiones atinentes a la administración de los ferrocarriles del Estado. De consiguiente, es un factor secundario el que la creación de ese órgano sea anterior o posterior a la época en que se sucedieron los hechos fundamentales del respectivo libelo. Basta con que el juicio se promueva como consecuencia de actos ejecutados dentro de la administración de ferrocarriles cuya propiedad corresponde al Estado en el momento de introducirse la demanda. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, junio 19 de 1941). . ..... 96, 2º y 97, 1º

NULIDADES

— 119 —

Dados los términos del artículo 455 del C. J., en la parte referente a la observación de la causal de nulidad que hace el Tribunal que ha de sentenciar, parece a primera vista que en relación con este caso la oportunidad de ejercer el Tribunal el poder conferido por la ley se restringe únicamente al momento en que el asunto pasa a la Sala para la decisión definitiva; pero si se estudia con atención ese artículo se puede observar que la intención del legislador no fue la de señalar una oportunidad diferente para los Jueces y para los Magistrados, sino la de limitar la facultad a la Sala y no al Magistrado sustanciador, ya que la declaración de nulidad y la observación de la causal que la determina, se refieren a la validez misma del procedimiento y en cierto modo deciden definitivamente sobre el juicio determinado en que la nulidad ocurre; y como la decisión definitiva es de competencia de la Sala y no del Magistrado sustanciador, es obvio que sea aquélla y no éste quien tenga facultad para decidir lo relativo a nulidades. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, mayo 28 de 1941). 86, 2º

NULIDADES SUSTANTIVAS Y ADJETIVAS

— 120 —

Cuando se objeta de nulo un juicio ejecutivo, la principal obligación del ejecutado consiste en demostrar que el procedimiento adolece de uno de los vicios previstos por la ley pro-

Páginas

cesal para anular la respectiva actuación. Pero si el incidente se promueve con fundamento en alegaciones encaminadas a atacar o desconocer la validez misma de la obligación que se trata de hacer efectiva, entonces surge patente la improcedencia de la petición de nulidad del juicio ejecutivo, porque se atenta contra la clara y precisa separación que la ley ha establecido entre las nociones de nulidad sustantiva y nulidad procesal. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, mayo 26 de 1941). 76, 2ª

NOVACION

— 121 —

Para que se produzca el fenómeno de la novación y se extinga la obligación primitiva, se requiere, además de otras condiciones, la del concurso de la voluntad de las partes contratantes. (Artículo 1693, C. C.). (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, octubre 6 de 1941). 310, 2ª

O

OPOSICION A LA POSESION DE MINAS — INTERPRETACION DEL ARTICULO 26 DEL CODIGO DE MINAS

— 122 —

Véase: MINAS.

OPOSICION AL SECUESTRO

— 123 —

De acuerdo con el sentido claro del contexto del artículo 1021 del C. J. y de lo que respecto a su alcance tiene establecido la jurisprudencia, en el incidente que surge como consecuencia de la oposición de un tercero al secuestro de los bienes embargados en una ejecución, sólo se discute el hecho de la posesión material que tuviere el opositor el día del secuestro, de manera que todo lo relacionado con el derecho de dominio que aleguen las partes está descartado del debate, particularmente cuando la oposición versa sobre inmuebles. Por consiguiente, en casos tales el problema de la oposición se reduce a una cuestión de hecho consistente en determinar con las pruebas aducidas en el incidente y con los elementos aportados por el juez en la diligencia de secuestro, si el tercero opositor reúne las calidades jurídicas de un simple poseedor material de la cosa que se persigue en la ejecución. Que el inmueble esté hipotecado al acreedor, o que el deudor sea el verdadero dueño de aquél son cuestiones jurídicas ajenas a la materia propia del incidente, pues, si está hipotecada quiere decir que la ejecución no comprendió a uno de los poseedores, el material; y si la propiedad en realidad corresponde al deudor, la última parte del artículo 1021 está indicándole al acreedor el camino que debe seguir, cuando el poseedor material hace prevalecer su derecho en la oposición. El opositor secuestre de que habla la primera parte del artículo 1021 del C. J. tiene una posición distinta de la de quien es simplemente secuestre, pues el primero además de secuestre es poseedor con los derechos que importa tal calidad mientras no venga la providencia judicial que decida la oposición y que le niegue al opositor el carácter de poseedor. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, octubre 13 de 1941). ..... 315, 1ª y 2ª

P

PAGADORES

— 124 —

El artículo 22 del Decreto 911 de 1932 exime de responsabilidad, salvo la correspondiente de fraude u otros actos sancionados por los Códigos Civil y Penal, a los empleados pagadores a quienes no se les estudien las cuentas dentro de los ciento ochenta días siguientes a su presentación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1981, febrero 19 de 1942). 886, 2ª

Páginas

PARTICION

— 125 —

La consecuencia inmediata de una partción sucesoral es la de que los herederos se reputan dueños de los bienes adjudicados desde la fecha de la muerte del causante (artículo 1401 C. C.). Por ministerio de la ley se le reconoce efecto retroactivo al acto de la partición y adjudicación, debidamente protocolizado y registrado, y en esa virtud se presume que el adjudicatario sucede directamente al causante, respecto de los bienes heredados y legalmente adjudicados. Antes de efectuarse la partición el heredero es dueño de un derecho universal proindiviso sobre todo el patrimonio del causante, en virtud del fenómeno de la delación; pero una vez efectuada la partición y registrada ésta, tal derecho universal de herencia no puede radicar sino sobre los bienes especialmente adjudicados o en adelante como mera expectativa sobre bienes sucesorales que no hayan sido inventariados o repartidos a los herederos, a prorrata de sus respectivas cuotas. (Casación, LII, número 1980, noviembre 6 de 1941). 840, 2ª

PARTICION

— 126 —

La misión del partidor es taxativa y circunscrita a la vez: taxativa en cuanto debe conformarse al realizar su trabajo a las disposiciones contenidas en el Título X del Código Civil, por mandato del artículo 1391, y circunscrita porque la base para verificar la partición no es otra sino la diligencia de inventarios y avalúos, siendo el valor de tasación por peritos el extremo sobre el cual procede el partidor para la adjudicación de las especies (artículo 1392 ibídem), salvo que los coasignatarios hayan convenido en otra cosa. En la liquidación de lo que a cada uno de los coasignatarios se le deba, procede el partidor con cierta libertad, porque está condicionada a las reglas contenidas en el artículo 1394 ibídem, cuya violación puede acarrear la improbación del trabajo, previa la objeción correspondiente, propuesta y demostrada. El partidor no es ni puede ser juez para decidir cuestiones atañederas al dominio de los bienes que debe partir y de ahí las disposiciones contenidas en los artículos 1387 y 1388 del C. C. Esas cuestiones se deciden por la justicia ordinaria en juicio separado. Respecto de las deudas de la sucesión o de la sociedad conyugal, se incluyen en los inventarios ya por la fuerza o mérito probatorio del instrumento en que consten, o ya por voluntad de los herederos (artículo 941, C. J.). El artículo 1393 del C. C. da al partidor la facultad de formar la hijuela o lote para el pago de las deudas conocidas, lo cual es claro, tanto por una razón de justicia, amparo a los derechos de los acreedores, como por la misma naturaleza de la partición, puesto que no es dable liquidar técnicamente una sucesión sin el pago del pasivo. De acuerdo no sólo con el texto de las reglas 7ª, 8ª y 9ª del artículo 1394 del C. C., sino con la doctrina y la jurisprudencia, el contenido de las dos primeras no puede entenderse como un imperativo absolutamente rígido y de una conclusión tan exacta cual si se tratara de cálculos matemáticos tan perfectos como los que se requieren en ciertas ciencias, por ejemplo, en las astronómicas. No: dentro de los conceptos de semejanza, igualdad y equivalencia, el partidor, de acuerdo con esas reglas, tiene un campo de alguna amplitud, porque si esto no fuera así, sería muy difícil llevar a cabo una partición y el error matemático más insignificante daría al traste con ella. En la generalidad de los casos, y para evitar esos peligros, sería menester, para liquidar una herencia, hacer adjudicaciones en común y respecto de todos los herederos, es decir, variar la comunidad herencial por tantas comunidades singulares como bienes después de la partición.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

y esto, que es inconveniente, no ha sido querido por el legislador ni admitido por los doctrinantes. Las expresiones de que se vale el legislador en las reglas 7ª y 8ª no son absolutas, sino que dan una norma de esfuerzo que debe realizar el partidor dentro de lo posible para buscar la equivalencia y la igualdad. Claro es que en muchos casos y en virtud de las pruebas que aducen los interesados, se demuestra plenamente que dentro de esa posibilidad ha podido el partidor acercarse más a la equivalencia y a la igualdad, que por no haberlo hecho así ha lesionado el derecho de uno o varios interesados y entonces prospera la objeción. La cuestión es de hecho en esos casos y la prueba debe suministrarla el objetante. En un incidente de objeciones a una partición no puede atacarse el avalúo dado en los inventarios. El afirmar un recurrente que la partida formada por el partidor para gastos futuros es incompleta no da asidero para una objeción que conduzca a improbar el trabajo del partidor, porque por una parte esos gastos, como futuros que son, no se han causado, y por la otra, no se puede en la generalidad de los casos proceder al respecto sino por aproximación y por eso cuando sobra dinero de la partida fijada entre los interesados a prorrata, y cuando falta, los mismos interesados, también a prorrata, suplen el déficit, precisamente porque a ellos es a quienes conviene finalizar el juicio de sucesión. Sería en verdad muy difícil que una partición pudiera aprobarse si se aceptara que el partidor debe de una manera matemática calcular el importe de los gastos futuros.

Los gastos causados por honorarios de los abogados o apoderados de las partes no entran dentro de los gastos generales de la partición, sino que las partes interesadas son las que tienen que pagar esos emolumentos u honorarios. De no ser así, la sucesión en general debería pagar los honorarios de cada uno de los abogados que hubieran asistido a las partes, lo que es inadmisible.

Páginas

(Casación, LII, número 1979, octubre 8 de 1941) ..... 426, 2ª y 427, 1ª y 2ª

PARTIDOR

— 127 —

El partidor no está obligado a exigir al usufructuario la fianza de que habla el artículo 834 del Código Civil. Estas son formalidades legales cuya exigencia no desaparece porque no las haga presentes el partidor en su trabajo. (Casación, LII, número 1977, septiembre 5 de 1941) 49, 2ª

PERJUICIOS

— 128 —

Comprobar perjuicios es algo muy distinto de limitarse el actor a afirmar que los ha sufrido y a pedir que se avalúen, y decretarse su avalúo como prueba y no reclamar la contraparte de tal decreto, no es pronunciar confesión ni sentencia contentiva de condena que no recurrida por el demandado, haya de estimarse ejecutoriada en su contra. (Casación, LII, número 1977, septiembre 3 de 1941) 46, 2ª

PERJUICIOS

— 129 —

En la culpa contractual la sola falta de uno de los contratantes, aunque a ella enfrente el otro un estricto cumplimiento de lo de su cargo, no es suficiente para demandar esta indemnización, sino que le es preciso comprobar que con aquello se ha perjudicado. De ahí que siempre el demandante por perjuicios tenga que demostrarlos, salvo casos excepcionales de que da ejemplo el art. 1617 del C. C. en su regla 2ª, que los presume. (Casación, LII, Nº 1979, agosto 27 de 1941) ..... 369, 2ª y 370, 1ª

PERJUICIOS

— 130 —

Infringido un contrato se supone

Páginas

que se causan perjuicios al acreedor. Como el objeto de una obligación consiste siempre en una prestación útil para el acreedor, el incumplimiento y aun el mero retardo, que es la privación de esta utilidad, no puede menos de ser dañoso al acreedor. De ahí que de la violación de un contrato nace siempre en favor del acreedor una presunción de daño. (Sala Civil de Unica Instancia, sentencia, LII, Nº 1978, septiembre 30 de 1941)..... 334, 1º

PERJUICIOS MORALES

— 131 —

Ya la Corte ha expresado en varias sentencias los argumentos y razones de doctrina en que ha apoyado su solución jurisprudencial de que el perjuicio moral de afección, representado exclusivamente por un quebranto espiritual, no es susceptible por su propia naturaleza de una avaluación en dinero, de tal forma que en los procesos en que se persigue su reparación civil no es posible usar de los medios ordinarios que ofrece el derecho probatorio para establecer el daño emergente y el lucro cesante, factores integrantes del concepto de indemnización, como sucede en los demás casos en que se busca la efectividad de la responsabilidad civil. La prueba pericial, destinada por la ley para la comprobación de hechos que exijan conocimientos y prácticas especiales (art. 705 C. J.), es medio probatorio inaceptable, prueba legalmente ineficaz, para demostrar o establecer una cosa en realidad imposible de acreditar como es la equivalencia monetaria de un dolor de afección. Pero en consideración a que esta especie de detrimento moral se ha considerado como constitutiva de un perjuicio y como tal merecedor de una compensación, ha sido necesario dejar su medida y estimación al libre arbitrio judicial, como único medio de regulación al alcance de la justicia. (Casación, LII, número 1978, agosto 21 de 1941)..... 211, 2ª y 212, 1ª

Páginas

PERJUICIOS MORALES

— 132 —

Véase: PERJUICIOS. — Las varias sentencias de la Sala de Negocios Generales de la Corte, de fechas 30 de junio, 10 de julio de 1941, publicadas en el número 1977 de la Gaceta Judicial

PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS DE SUS AGENTES AUTORIZADOS EN DETRIMENTO DE LOS DERECHOS CIVILES DE TERCEROS. — ANTE EL CAMPO DEL DERECHO Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. — DOCTRINA SOBRE EL DAÑO MORAL Y SU REPARACION

— 133 —

En la jurisprudencia colombiana se ha aceptado la doctrina de que las entidades de derecho público, es decir, la Nación, los Departamentos y los Municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros. (Artículos 2341 y 2347 del C. C.). La norma fundamental de dicha responsabilidad la dan principalmente los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que están encaminados a regular las consecuencias del hecho dañoso de personas que están bajo la dependencia de otras. Los artículos 2341 a 2345 contienen los principios normativos de la responsabilidad delictual y cuasidelictual originados en el hecho personal; y son los artículos 2346 y siguientes hasta el 2349, y luego el 2352, los que sancionan la responsabilidad indirecta proveniente del hecho de otro. Situando la responsabilidad del Estado en el Código Civil se explica únicamente por aplicación, conforme se dijo, de los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinándolos con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones

Páginas

de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a tercero con motivo del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado, regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en falta de vigilancia y mala elección de su representante, mandatario o dependiente; presunción que se destruye probando la ausencia de culpa, o sea, que así en la elección del empleado, como en el desarrollo del hecho causante del perjuicio, el dueño usó de los recursos que un hombre avisado y diligente emplearía en situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente, como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de éste, en forma tal que el comitente no tuvo medio de prever o impedir el daño. El Estado, en una palabra, está obligado a tomar aconsejadas medidas de prudencia para no causar perjuicio a terceros por obra de sus agentes.

En el campo del derecho administrativo cabe también la responsabilidad derivada de aquellos daños que la administración ocasione a los particulares con motivo de la gestión de los servicios públicos.

El principio general aceptado de que todo daño, ya sea material o moral, debe repararse, ofrece, en cuanto al daño moral, serias dificultades en su aplicación. 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 o abstractos, perjuicios morales o susceptibles de objetivación. 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

Páginas

daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decirse lo mismo 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 se objetive y concrete, y por esa vía se llega a la reparación debida. **Perjuicios morales propiamente dichos** son aquellos 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 **perjuicios de afección** 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. 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 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 de depresión psíquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuencialmente afectan al patrimonio material, son daño moral objetivado, manifestaciones o efectos materiales de aquél, porque derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral. El perjuicio considerado en toda esa gama consecuencial del daño moral es perjuicio moral, aunque se presente en forma objetivada. Cuando

Págs.

se contempla el daño moral no objetivado hay 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. El 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 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 lo llaman Josserand y con él otros expositores. Tal criterio de la satisfacción por el daño moral es el que se halla consagrado o previsto en el artículo 95 del Código Penal colombiano, el cual debe aplicarse para determinar el quantum de la indemnización. Con la disposición de ese artículo se 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. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, julio 10 de 1941)..... 131, 2ª y ss.

PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR LOS ACTOS DE SUS AGENTES AUTORIZADOS EN DETRIMENTO DE LOS DERECHOS CIVILES DE TERCEROS. — ANTE EL CAMPO DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—DAÑO MORAL Y SU REPARACION

— 134 —

En la jurisprudencia colombiana se ha aceptado la doctrina de que las entidades de derecho público, es decir, la Nación, los Departamentos y los Municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros. (Artículos 2341 y 2347, C. C.). La norma fundamental de dicha responsabilidad la dan principalmente los artículos 2347 y 2349 del Código Civil que están encaminados a regular las consecuencias del hecho dañoso de personas que están bajo la dependencia de otras. Los artículos 2341 y 2345 contienen los principios normativos de la responsabilidad delictual y cuasidelictual originados en el hecho personal; y son los artículos 2346 y siguientes hasta el 2349 y luego el 2352, los que sancionan la responsabilidad indirecta proveniente del hecho de otro. Situando la responsabilidad del Estado en el Código Civil se explica únicamente por aplicación, conforme se dijo, de los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinándolos con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que acasiona daño a tercero con motivo del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado, regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en falta de vigilancia y mala elección de su representante, mandatario o dependiente; presunción que se destruye probando la ausen-

Páginas

cia de culpa, o sea, que así en la elección del empleado, como en el desarrollo del hecho, causante del perjuicio, el dueño usó de los recursos que un hombre avisado y diligente emplearía en situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente, como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de éste, en forma tal que el comitente no tuvo medio de prever o impedir el daño. El Estado, en una palabra, está obligado a tomar aconsejadas medidas de prudencia para no causar perjuicio a terceros por obra de sus agentes. Así, pues, en el hecho del teniente Abadía que ocasionó la tragedia de Santa Ana, con la responsabilidad personal de éste corrió parejas la indirecta del Estado, derivada del hecho de que el primero causó el daño con ocasión del servicio que estaba prestando, de volar y hacer ante la multitud que presenciaba las maniobras militares en el campo de Santa Ana, ejercicios acrobáticos. Que el aviador en un momento dado de sus evoluciones aéreas quebrantara determinada orden superior, no es circunstancia que lo coloque fuera de la misión que se le confió, hasta el punto de desvincular al Estado del daño causado; esa circunstancia apenas significa que el servicio se prestó mal, y esa falta es precisamente la base en que descansa la responsabilidad del Estado.

En el campo del derecho administrativo cabe también la responsabilidad derivada de aquellos daños que la administración ocasione a los particulares con motivo de la gestión de los servicios públicos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, junio 30 de 1941). 113, 2ª y ss.

PENSIONES

— 135 —

El Director de Educación Pública no tiene facultad para obligar por sí al Departamento respectivo. Tal facultad incumbe, según la ley, al Gobernador.

El reconocimiento de pensiones debe dictarse por las entidades competentes que reconozcan la ley, y actualmente no hay disposición de orden nacional que le dé semejante competencia a los directores departamentales de educación pública. Mas en caso de haber una disposición departamental (Ordenanza) que faculte y autorice a la Dirección de Educación Pública para hacer reconocimiento de pensiones, la efectividad de éstas estará subordinada al principio que informa en materia fiscal las erogaciones de las entidades seccionales, según el cual ningún pago cuya causa única sea una ordenanza departamental, puede hacerse mientras no haya la correspondiente apropiación en el presupuesto. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, mayo 27 de 1941) 82, 1º

PENSIONES DECRETADAS POR ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

— 136 —

Para que sea exigible ejecutivamente contra un Departamento el crédito consistente en un pago insoluto por razón de una pensión decretada por una ordenanza, es indispensable la correspondiente apropiación en el presupuesto de la partida destinada a pagarlo. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, mayo 27 de 1941). 76, 2º

PENSIONES DE JUBILACION

— 137 —

Las Asambleas departamentales, de acuerdo con el ordinal 4º del art. 97 de la ley 4ª de 1913, están facultadas para decretar pensiones de jubilación a los maestros y maestras de escuelas oficiales que hubieren servido por el tiempo que las mismas asambleas podrán determinar y que no será menor de quince años. Pero esta facultad sólo la podrán ejercer en ordenanzas de carácter general e impersonal, contentivas de

Páginas

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 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. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, mayo 26 de 1941) 75, 1ª

PETICION DE HERENCIA

— 138 —

El fundamento esencial de la acción de petición de herencia, consagrada en el artículo 1321 del C. C., es el derecho que tenga el demandante emanado de la calidad de heredero que compruebe como prevaleciente o simplemente concurrente respecto de la misma calidad que pretenda tener el ocupante de los bienes hereditarios. El título de heredero, esto es, la vocación hereditaria con que se demanda, debe ser probado, según la regla general reflejada en ese artículo, por el actor, quien debe acreditar con las probanzas que determina y reconoce la ley los vínculos de consanguinidad o parentesco necesarios si se presenta como heredero ab-intestato. Es la calidad de heredero en que se apoya el demandante, controvertida por el demandado heredero, lo que constituye la cuestión principal en esta especie de acción. Cuando la vocación hereditaria se hace provenir del parentesco natural, si la pretendida filiación de la persona que demanda o de quien pretende tener derecho de representación no se ha establecido en ninguna de las formas autorizadas por la ley antes de iniciar la acción de petición de herencia, y tal estado civil requiere la declaración judicial o el reconocimiento por parte del padre de acuerdo con la ley aplicable, como fue el caso que contempló la Corte en la sentencia de fecha 24 de mayo de 1939, el juicio adquiere la naturaleza y significado de una acción de investigación o declaración de paternidad en la cual es procedente y necesario el planteamiento de la cuestión relacionada con la personería sustantiva o derecho del actor para instaurar o promover el juicio.

Páginas

De acuerdo con el artículo 1326 del C. C. el derecho de petición de herencia expira en treinta años, plazo correlativo al de la usucapión extraordinaria del derecho real de herencia (artículo 2533, C. C.), reducido a veinte por la ley 50 de 1936, con la excepción referente al heredero putativo consignada en el inciso final del artículo 766 del C. C., quien puede oponer a la acción de petición la excepción prescriptiva de usucapión ordinaria de término decenal a contar del decreto que le ha dado la posesión efectiva de la herencia. (Casación, LII, número 1980, noviembre 17 de 1941) 660, 2ª

PETICION DE HERENCIA

— 139 —

Siendo la acción consagrada por el artículo 955 del C. C. equivalente a la reivindicatoria, se hace necesario que quien la ejercita demuestre la existencia de los mismos requisitos que para el ejercicio de la reivindicación. No puede ser materia de la acción subsidiaria que consagra este artículo, derivada de la reivindicatoria, el derecho real y abstracto de herencia, por prohibirlo de manera expresa el artículo 948 del C. C. Este derecho viene a estar protegido por la acción especial de petición de herencia, que viene a ser antes que otra alguna la operante para obtener una declaración judicial sobre su investidura. (Casación, LII, número 1980, noviembre 6 de 1941). 641, 2ª

P L A ZO

— 140 —

En el terreno de lo que las partes

Páginas

deben contemplar al concertar un pacto, el contrato es precisamente el resumen de todas sus previsiones; por eso está elevado a la categoría de ley entre las partes, porque traduce su voluntad, y en virtud de ello los contratos deben ejecutarse de buena fe, según el conocido principio legal. De ahí que cuando en una obligación se estipula un plazo, ninguna de las partes puede ampliarlo o restringirlo unilateralmente, sino que deben ambas atenerse a él, desde que representa un mutuo ofrecimiento serio, de que las correlativas prestaciones serán cumplidas dentro del término estipulado. Cuando el término de la obligación es claro y expreso, el juez carece de poder para interpretarlo, según lo que terminantemente prescribe la segunda parte del art. 1551 del C. C. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, LII, número 1978, septiembre 30 de 1941) 333, 2ª

POSESION

— 141 —

Se ha entendido que la posesión de que habla el artículo 1873 del C. C. es la inscrita. (Casación, LII, número 1981, diciembre 12 de 1941) 818, 1ª

PROMESA DE CONTRATO

— 142 —

La promesa de celebrar un contrato, que conforme al antiguo sistema del código civil no producía en ningún caso obligación alguna, es ahora, por virtud del artículo 89 de la ley 153 de 1887, fuente jurídica de obligaciones pero sólo excepcionalmente, porque para que lo sea es indispensable que concurran las circunstancias que en esa disposición se determinan. Los caracteres que en nuestro derecho tiene la promesa de contratar, constitutiva en sí misma de una convención, le dan la naturaleza de contrato solemne porque para su perfeccionamiento y validez se requieren condiciones especiales sin cuya concurrencia no produce obligación alguna, entre las cuales la primera es la exigencia de que conste por escrito. Estos requisitos, que condicionan la promesa como fuente creadora de vínculos jurídicos, son condiciones unidas a la existencia misma del contrato y no simplemente condiciones **ad probationem.** En el caso del artículo 89 la forma escrita de la promesa de contratar se exige **ad substantiam actus,** como requisito esencial para la validez del contrato, que junto con las demás condiciones requeridas, integra el conjunto de formalidades especiales, sin las cuales no produce ningún efecto civil, como está dicho en el artículo 1500 del Código Civil, al definir el contrato solemne. La inadmisibilidad de la prueba testimonial para demostrar la promesa de celebrar un contrato se funda en que la forma escrita que la ley ha establecido para el caso constituye una solemnidad, esto es, un requisito esencial insustituíble en que se confunden condición de validez y medio de prueba. Las declaraciones de testigos son para este efecto prueba legalmente ineficaz y carecen totalmente de valor. (Casación, LII, número 1977, julio 30 de 1941) 24, 1ª y 2ª

PRESCRIPCION

— 143 —

La acción civil para la reparación del daño procedente del delito o culpa de carácter penal, de que deben responder los que son juzgables criminalmente por tales hechos, prescribe en el mismo plazo que la penal, según la regla especial contenida en el inciso 1º del artículo 2358 del C. C. Se explica tal identificación de los términos de prescripción por considerarse en tal evento la acción civil como accesoria de la penal y aconsejar superiores motivos de orden público y de organización social que se evite la anomalía de que una vez transcurrido el término de la prescripción penal, pueda todavía ejercitarse una acción civil contra el autor del hecho. La acción civil para

Páginas

la reparación del daño procedente de una culpa o hecho simplemente dañoso, por acción o por omisión, no reprimible por la ley penal, prescribe según las reglas generales del derecho civil, por no estar incluída de manera taxativa en la norma especial contenida en el artículo 2358 del C. C. Tiene también plena justificación esta fórmula amplia y general de la prescripción extintiva porque cuando se trata de actos no punibles, originarios casi siempre de imprevisiones, descuidos o negligencias, no hay interés de orden social que aconseje asimilar la acción civil a ninguna otra de carácter penal, que para estos casos no existe. La acción para la reparación del daño proveniente no del hecho o culpa propios, sino del de terceros puestos bajo cuidado o de quienes se deba responder, prescribe según la regla especial que de manera clara consagra el inciso 2º del artículo 2358. Entre las varias interpretaciones del artículo 2358 no puede dejar de mencionarse aquella según la cual, por hablar su inciso 1º de "los que sean punibles" y por datar los tres años de la parte final de su inciso 2º "desde la perpetración del acto", palabra ésta (perpetración) que lleva a suponer que se trate de delito penal, ese lapso corto se refiere tan sólo a los actos de esta clase. Inaceptable esa interpretación limitativa que excluiría, cabalmente, los restantes, es decir, los en que no se llega a delito de carácter penal. Basta pensar cuán absurdo resultaría tratar con benignidad los casos más graves, o sea, los de posible acción criminal, y dejar la prescripción de largo tiempo para los en que no hay lugar a esa acción, sino sólo a la civil. Por otra parte, ese inciso 2º se refiere en forma genérica a la acción sobre reparación del daño ejercitable contra terceros responsables, para asignarle una prescripción de corto tiempo, lo que es de justicia, entre otras razones, por la dificultad en que el tercero se halla para precisar con las pruebas necesarias las circunstancias que pueden evitar o aliviar la indemnización, dificultad que crece con el transcurso del tiempo y también con la posibilidad de que ese tercero autor por quien responde ya no esté bajo su patria potestad o su guarda, o en su colegio o empresa, o a su servicio. (Artículos 2347 a 2349 C. C.). (Casación, LII, número 1978, agosto 19 de 1941). ..... 194, 1ª y 2º

Páginas

PRESCRIPCION CONTRA CREDITOS DEL ESTADO

— 144 —

La exigibilidad de los créditos del Estado por deudas que se cobran no arranca de las fechas en que se causaron a deber los impuestos, por fallecimiento, verbigracia, de una persona, sino del día en que ellos fueron liquidados. De esa manera la fecha que debe tomarse como punto de partida para alegar la prescripción contra un crédito del Estado, es la de la liquidación definitiva. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1980, febrero 10 de 1942)... 745, 2º

PRESCRIPCION EN JUICIOS DE CUENTAS

— 145 —

La prescripción de la acción ejecutiva en los juicios de cuentas debe contarse desde la fecha en que el fenecimiento queda en firme. Esto es así porque la prescripción de la acción ejecutiva comienza desde que la obligación se hace exigible (artículo 2535, C. C.), y la no contestación por el interesado de las glosas formuladas dentro de los noventa días siguientes a su notificación no constituye título suficiente para que la obligación nacida de este hecho pueda exigirse por medio de la acción ejecutiva. Aunque la no contestación dentro del citado término de noventa días hace que el cargo o partida se consideren como desautorizados (artículo 1º, Ley 42 de 1923), tal desautorización no determina el nacimiento de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, sino que necesita para esto que el Estado la declare, que forme el título por

Páginas

medio de un fenecimiento que viene a ser el documento que presta mérito ejecutivo, (artículo 1059, C. J.). (Setencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1981, febrero 19 de 1942). 887, 2ª

PRESCRIPCION PARA EL COBRO DE SUELDOS DE FUNCIONARIOS PUBLICOS QUE PRESTAN SUS SERVICIOS POR VIRTUD DE UN REGLAMENTO

— 146 —

Aun cuando es verdad que el artículo 2543 del C. C. contempla principalmente el salario o sueldo devengado por contratos, ello no da asidero suficiente para declarar excluídos de la disposición a los empleados públicos, porque desde que el empleado es un servidor o dependiente del Estado, sin forzar el precepto, cabe dentro de su contenido, ya que la disposición no es limitativa. Es inaceptable que la teoría que hoy se profese acerca del estatuto del funcionario público, sea el prevalente y exclusivo criterio de aplicación del artículo 2543, en contraposición al del contenido claramente general del precepto, consagrado en tiempos en que el estudio de tal estatuto no había suscitado las discusiones que a su alrededor ha promovido el avance del derecho administrativo. Así, pues, se repite, los sueldos de los funcionarios públicos que prestan sus servicios merced a un reglamento, también caen bajo la prescripción de corto tiempo del artículo 2543 del Código Civil. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, agosto 14 de 1941). 267, 2ª

PRESTACIONES SOCIALES

— 147 —

El artículo 1º de la Ley 45 de 1939 ordena, haciendo excepción a los principios generales del Código, dos cosas: Que por la naturaleza del asunto, cual es la de tratarse de garantías y derechos sociales, los juicios que se susciten tomen el procedimiento verbal que es más rápido y menos costoso para las clases trabajadoras, y 2ª Que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regule por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, con el objeto de que a las clases débiles no se les dificulte entablar sus acciones de menor cuantía sea contra los Departamentos, sea contra la Nación, desde sus propios lugares de trabajo y en condiciones las menos gravosas. En consecuencia, dada la especialidad y el carácter de excepción del artículo citado, respecto a las disposiciones generales del C. J., ha de concluírse que deben conocer los jueces de los negocios a que aquél se refiere, por el procedimiento verbal y teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de las mismas. (1). (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1979, octubre 28 de 1941). ..... 525, 1ª y 2ª y siguientes

PRESTACIONES SOCIALES

— 148 —

El artículo 1º de la Ley 45 de 1939 es de aplicación general y comprende así a la Nación como a los Departamentos. Ese artículo ordena, haciendo excepción a los principios generales del Código, dos cosas: 1º Que por la naturaleza del asunto cual es la de tratarse de garantías y derechos sociales, los juicios que se susciten tomen el procedimiento verbal que es más rápido y menos costoso para las clases trabajadoras; y 2º Que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regule únicamente por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes con el objeto de que a las clases favorecidas con las leyes de prestaciones sociales no se les dificulte entablar sus acciones de menor cuantía, así

(1) Concordancias: fallos de 14 de noviembre de 1941, G. J. número 1979, página 532 y siguientes.

Páginas

sea contra los departamentos o contra la Nación desde sus propios lugares de trabajo, de donde son vecinos, y en condiciones las menos gravosas. Los personeros municipales representan a la Nación y a los departamentos ante los jueces municipales o de circuito en las controversias contempladas en la Ley 45 de 1939. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1979, noviembre 14 de 1941). ..... 543, 1ª y 2ª siguientes

PRESUNCION DE CULPA POR EL HECHO AJENO QUE CAUSE DAÑO

— 149 —

La presunción de culpabilidad por el hecho ajeno que cause daño no debe deducirse de las teorías expuestas por diversos comentadores nacionales o extranjeros, ni de las decisiones judiciales que prohijen esas doctrinas. No. La presunción de culpabilidad por el hecho de personas que dependan de otra, natural o jurídica, está establecida de manera perentoria por el mandamiento del inciso final del artículo 2347 que ordena que la responsabilidad que les pueda corresponder a tales personas, por hecho o culpas de los agentes que estén a su cuidado, cesará si comprobaren que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho, lo que está pregonando que para que cese su responsabilidad es necesario que la persona se descargue probando la ausencia de culpa o que el daño producido por el agente, sirviente, artesano, hijo de familia, discípulo, según los casos, se debió a un hecho extraño o fuerza mayor o caso fortuito. La responsabilidad para efecto de indemnizar el daño causado por las personas que estuvieren al cuidado de otra, se regula por el artículo 2347 del Código Civil, disposición ésta que no mira, para los efectos de la responsabilidad, a si el daño causado por el dependiente, por el criado, por el hijo, por el pupilo, etc., se deba a culpa. descuido o negligencia de la persona que ejecuta el hecho material productor del daño. Tiénese en cuenta únicamente, para deducir esa clase de responsabilidad, el cuidado, la vigilancia, la prudencia en la escogencia de los operarios o servidores por parte de la persona natural o jurídica que encarga el cumplimiento de esos menesteres, y por eso dice la ley que cesará la responsabilidad de tales personas si con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe no hubieren podido impedir el hecho, o que con ocasión del servicio prestado los ejecutores, operarios, criados o sirvientes se han comportado de modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente. Estos hechos de falta de previsión, de vigilancia o de mala elección en los agentes u operarios es lo que radica la responsabilidad extracontractual sobre la persona que está obligada a la vigilancia, a la buena elección y a la previsión en el manejo y conducta de sus empleados o servidores, y para descargarse de esa responsabilidad tiene que demostrar, la persona sobre la cual recae la presunción de responsabilidad, que en la escogencia de esos empleados obró con prudencia, buen juicio y que vigiló, en cuanto estuvo a su alcance, la actuación de los empleados o servidores que ejecutaron el hecho que causó el daño o que no tenían medios para prever o impedir la ejecución de ese hecho. Mientras esa prueba no sea dada, la presunción queda en pie. (Casación, LII, número 1981, noviembre 18 de 1941). ... 761, 2ª

PREVARICATO

— 150 —

Para reputar existente la enemistad o la animadversión —que es la expresión que trae el nuevo Código al definir los elementos del prevaricato— es menester que ocurran manifestaciones inequívocas de malquerencia y hostilidad del juez hacia la

Páginas

parte que se reputa injustamente perjudicada. El hecho al cual se atribuye la capacidad de engendrar enemistad no puede lógicamente invocarse como prueba de la misma.

La animadversión del juez hacia una parte o la simpatía por la otra tampoco bastan. Es menester que aparezca que por uno u otro motivo, o por ambos, se produjo el acto acusado de ilegal. De aquí que la Sala considere que lo fundamental para la demostración del dolo en la providencia manifiestamente ilegal e injusta es el elemento A SABIENDAS. Producida esta prueba, la del afecto o desafecto cobra la eficacia probatoria que de ella se exige en el conjunto, o sea la virtud de haber determinado al juez a violar la ley.

Obrar A SABIENDAS es, desde luego, saber de modo cierto lo que se hace y el fin perseguido. Siguiendo los términos del artículo 168 del Código Penal es preciso que el juez obre a sabiendas, primero, de que su decisión es contraria a la ley y, segundo, de que con ella comete una injusticia flagrante. Y puesto que se trata de un hecho esencialmente doloso, el A SABIENDAS del prevaricato no es otra cosa que el elemento intencional por el doble aspecto de violar la ley y de faltar a la justicia. Pudiera decirse también que es la conciencia de la injusticia cometida en virtud de la violación deliberada de la ley.

A juicio de la Sala, la prueba del elemento A SABIENDAS a que se refiere el artículo 168 del Código Penal, se produce cuando el funcionario resuelve arbitrariamente, sin tomar para nada en cuenta la ley, o cuando la aplicación en sentido notoriamente contrario a lo que ella expresa, lesionar manifiestamente, sin razón ni justicia, los derechos de las personas o la seguridad social. Y habrá casos en que el ánimo y el móvil resulten probados al tiempo con documentos o por medio de manifestaciones verbales del propio sindicado.

El obrar A SABIENDAS, lo mismo que el motivo determinante del prevaricato, son factores internos cuya concurrencia no puede deducirse de simples conjeturas. Es menester que los hechos externos los revelen y que la prueba aducida al respecto sea completa. Sin ella el delito no podrá darse por existente y por tanto se carecerá de base para abrir causa criminal contra el acusado. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, LII, número 1980, mayo 2 de 1942). . . . . 697, 1ª y 2ª

Páginas

PRUEBAS

— 151 —

La violación del artículo 601 del C. J. no da lugar a la casación si no se acusa igualmente la disposición o disposiciones que le atribuyen determinado valor a cada una de las pruebas reconocidas por la ley judicial. Casación, LII, número 1978, agosto 12 de 1941). 183, 2ª

PRUEBAS

—152 —

Está dicho por la Corte, a través de jurisprudencia constante, que no puede variarse la aprecicaión de las pruebas hecha por el Tribunal sentenciador sino en los casos de error de derecho o de hecho, siempre que este último aparezca de modo evidente en los autos. (Casación, LII, número 1979, septiembre 30 de 1941). 414, 2ª

PRUEBA PERICIAL

— 153 —

En todos los casos en que legalmente es de recibo la prueba pericial, las partes están obligadas a nombrar peritos imparciales,, honorables y competentes para el asunto de que se trate; para garantizar estas condiciones de eficacia y pureza probatoria concede la ley los medios apropiados y conducentes autorizando las tachas y recusaciones correspondientes y dando a las partes, y oficiosamente al juez, el derecho de

Páginas

pedir, dentro del término legal del traslado del dictamen, que los peritos lo expliquen, amplíen o aclaren cuando hay oscuridad o deficiencia en la exposición. No usadas estas facultades en relación con el experticio, y aprovechado éste por el sentenciador que lo halla suficientemente fundado y explicado como fuente de convicción, no se puede demeritar la prueba en casación sino demostrando que su valor fue subestimado o sobreestimado con respecto a la tarifa legal, o que fue aceptado por el juez en contradicción con una verdad evidente que resultó de manifiesto en los autos. Es improcedente el ataque fundado simplemente en un concepto de impericia, mucho más, si tal idea o consideración no se vincula precisamente con determinado aspecto o cuestión de las que se debaten en el litigio. (Casación, LII, número 1981, enero 30 de 1942). 865, 1º

PRUEBA TESTIMONIAL

— 154 —

El artículo 702 del C. J. autoriza expresamente al juez para que en casos de contradicción testifical deduzca, conforme a los principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir de tales exposiciones. (Casación, LII, número 1981, enero 30 de 1942). 864, 2ª

R

RECURSO DE CASACION EN LO CRIMINAL

— 155 —

La Corte ha admitido, en varios fallos recientes, que dentro de la causal 2ª de casación —interpretada extensivamente— puede prosperar el recurso de casación por motivo de ser el veredicto del Jurado contrario a la evidencia; pero ha dicho en esos mismos fallos que esta alegación no sería admisible para fundar la causal 1ª, que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo racional en las pruebas del proceso, y que la convicción moral exigida por la ley a los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal. (Casación, LII, número 1979, marzo 17 de 1942). 480, 1º

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

— 156 —

Para la procedencia del recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición es necesario que las objeciones al trabajo de partición hayan sido materia de controversia anterior en el juicio y no medios nuevos; por eso la Corte ha resuelto siempre que en la demanda de casación no pueden proponerse, ni en el fallo estudiarse, objeciones que no fueron presentadas oportunamente cuando se corrió el traslado del trabajo de partición. La materia de casación, no es entonces sino el estudio del fallo de segunda instancia, pero en cuanto éste aprueba la partición por haber encontrado infundadas alguna o algunas de las objeciones propuestas. Puede suceder, y sucede, que la Corte encuentra fundada una objeción y entonces al casar la sentencia y sustituír al Tribunal, como juzgador de instancia, debe estudiar las demás y declararlas fundadas o nó según el caso, es decir, reabre, en esas condiciones el proceso, el debate sobre las objeciones. (Casación, LII, número 1979, agosto 29 de 1941). 376, 1º

REGISTRO DE LA PARTICION

— 157 —

Tanto el trabajo de partición en un juicio de sucesión como las hijuelas correspondientes deben registrarse en el libro de causas mortuorias de la oficina de Registro correspon-

Páginas

diente al lugar de la situación de los inmuebles adjudicados, de conformidad con el artículo 2654 del C. C. La forma como debe hacerse ese registro la indica el artículo 2662 del C. C., en armonía con el 2659 ibídem, y debe hacerse en el libro de causas mortuorias, por disponerlo así el 38 de la Ley 57 de 1887. La consecuencia que se deriva de la falta de registro de esas piezas la determina el artículo 2673 del mismo Código. (Casación, LII, número 1981, diciembre 2 de 1941). ..... 810, 1ª y 2º

REIVINDICACION

— 158 —

Como se deduce de los artículos 946, 947, 948, 949, 950 y 952 del C. C., son indispensables tres elementos para que prospere la acción reivindicatoria: a) dominio por parte del demandante; b) posesión por parte del demandado, y c) cosa singular, derecho real o cuota determinada en una cosa singular, siempre que ésta sea materia de reivindicación. Si falta cualquiera de estos elementos, la acción no puede prosperar. (Casación, LII, número 1978, agosto 22 de 1941). 224, 1ª

REIVINDICACION DE MEJORAS EN BALDIOS

— 159 —

Véase: MEJORAS EN BALDIOS. (Casación, LII, número 1979, octubre 9 de 1941.

PRESENTACION EN JUICIO DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

— 160 —

El determinar si se está o no frente a alguno de los casos en que el Código Judicial autoriza la representación en juicio de las entidades de derecho público por personas distintas de los agentes del Ministerio Público, es cuestión que atañe de modo preferente a la entidad que confiere el respectivo poder, y no a personas extrañas. Sostener lo contrario equivale a coartar arbitriariamente la necesaria libertad con que todo litigante debe contar en la escogencia de los medios de defensa que le brinda la ley. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, septiembre 15 de 1941). 293, 1º

RESCISION POR LESION ENORME

— 161 —

Para que sea procedente la acción rescisoria por lesión enorme, vicio excepcional que da lugar a la invalidación de los contratos de venta y permuta de inmuebles y de las particiones de bienes cuando se rompe en la medida legal la equidad de las prestaciones, exige la ley, fuera de la oportunidad en su ejercicio dentro del plazo legal, que la cosa vendida exista en poder del comprador. Perdida la cosa en poder de éste, ya porque se haya destruído o porque no esté en el comercio, no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato, porque la destrucción del objeto deja sin base la rescisión, según el artículo 1951 del C. C. Tampoco procede la acción de nulidad relativa de lesión enorme cuando el comprador hubiere enajenado la cosa a un tercero de acuerdo con el precitado texto legal, que establece así una excepción a la regla general de que la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; pero este caso de enajenación no esteriliza totalmente y siempre el derecho de quien vendió sufriendo lesión enorme, porque la misma regla legal establece que si el comprador enajenó la cosa por más de lo que había pagado por ella, y en la primera venta hubo lesión, el vendedor primitivo puede reclamar el exceso de precio obtenido en la segunda venta, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte. En

Páginas

este caso, como es obvio, no hay derecho a obtener la rescisión, pues demostrada su existencia en juicio contra el primer comprador, el contrato de venta subsiste y la acción queda reducida a la especial que establece el inciso segundo del artículo 1951 del C. C., que podría denominarse de reclamo de exceso o complemento de pago. Lo que la ley exige para negar la acción rescisoria es que el comprador haya hecho enajenación de la cosa, de tal modo que es insignificante que este fenómeno jurídico se haya operado por virtud de otra venta o como consecuencia de una dación en pago que también produce el efecto de enajenar, transfiriendo el dominio de la cosa. (Casación, LII, número 1979, octubre 16 de 1941). ..... 445, 1ª y 2ª

RESPONSABILIDAD

— 162 —

Ni la ley ni la doctrina autorizan, dentro de una misma relación jurídica, la involucración de la responsabilidad contractual con la generada extracontrato. (Casación, LII, número 1977, septiembre 2 de 1941)... 33, 1ª

RESPONSABILIDAD

MEDICA

— 163 —

En el caso de autos la conducta del médico doctor Sarmiento, manifiesta y gravemente contradictoria y negligente, compromete su responsabilidad y, por ende, la del Estado a cuyo servicio estaba (artículos 2341, 2347, 2349 y 2356 del C. C.), pues tratándose de un mal de tan terribles consecuencias como el de la rabia, de no evitarlo en oportunidad por medio del tratamiento preventivo que la ciencia aconseja, bastaba la simple sospecha, no la seguridad, de que el animal que mordió a Valencia Mejía estuviese afectado con esa enfermedad, para que la prudencia del médico doctor Sarmiento se hubiese hecho conocer, aconsejando la inmediata aplicación de tal tratamiento al paciente, tanto más si de esa aplicación no resultaba a éste ningún daño, en caso de no estar en fermo el animal que lo mordió. El error de diagnóstico o de tratamiento puede disminuír y aun excluír la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, mas no así en aquellos que, como el de autos —el mal de rabia— la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados y conocidos, de suerte que ha de presumirse que un facultativo competente y diligente no puede ignorar, en presencia de uno de esos casos, lo que le corresponde hacer para salvar la vida del paciente que a su saber y a su diligencia se confía. No es exacto que cuando se haga estimación de perjuicios materiales se entienden incluídos en éstos los de orden moral, o viceversa, Pueden ocurrir simultáneamente las dos clases de perjuicios, y no sólo nada impide, sino que es lógico y acorde con la ley y la equidad, hacer la estimación de los unos y de los otros por separado, cuando el caso ocurre y cuando hay base probatoria suficiente para reconocerlos y avaluarlos. Para que un dictamen pericial sea acogido por el fallador debe estar debidamente fundado, esto es, como lo dijo la Corte en sentencia del 12 de marzo de 1937, debe haberse emitido "justamente, rectamente, con acierto, apoyado en justas y acertadas apreciaciones". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1981, marzo 14 de 1942). . . .. 933, 2ª y siguientes

RIESGO

— 164 —

La teoría del riesgo, llamada también de la responsabilidad objetiva, está fundada, según Ripert, en que todo perjuicio causado debe ser atribuído a su autor y reparado por él, porque todo problema de responsabilidad civil se reduce a otro de causalidad; por eso cualquier hecho del hombre que cause perjuicio, causa

Páginas

reparación a favor de la víctima. Según esta teoría desaparece el concepto o la idea de culpa para dar cabida de una manera exclusiva a la idea de causalidad, la cual fundamenta exclusivamente la responsabilidad. Según esta teoría no puede examinarse si en el perjuicio inferido a la víctima ha mediado la culpa, ni si ésta se presume, pero ni siquiera alegar la fuerza mayor o el caso fortuito. El concepto de exculpabilidad no existe a la luz de esta teoría, porque según ella basta que el hecho se produzca, basta la reclamación de causalidad para que nazca la responsabilidad. Aunque Ripert se inclina a esta teoría, la combaten Planiol, Colin y Capitant y otros expositores. La jurisprudencia francesa no la acepta y códigos como el suizo han atemperado el principio que la informa para evitar que produzca todas sus consecuencias y de ahí las disposiciones del artículo 54 de ese código y el artículo 289 del civil alemán. Nuestra Corte tampoco ha aceptado, ni podría aceptar la teoría del riesgo porque no hay texto legal que la consagre ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella desde luego que la interpretación del artículo 2356 del Código Civil se opondría a ello. Cuando la Corte ha hablado del riesgo no lo ha entendido 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. (1). (Casación, LII, número 1978, agosto 19 de 1941). .....

S

SECUESTRO

— 165 —

El artículo 1020 del C. J. contem-

(1) Concordancia: Sentencias de casación del 14 de marzo de 1938 (G. J. número 1934), 18 de mayo de 1938 (G. J. número 1936), 17 de junio de 1938 (G. J. número 1937).

Páginas

pla meramente el caso de que quien ocupe la cosa que se va a secuestrar manifieste que la tiene en arrendamiento o a cualquier otro título de mera tenencia procedente del deudor. En tal caso el secuestro no se aplaza. Se procede a efectuarlo simbólicamente, para no afectar los derechos del tenedor. El reglamentado en el artículo 1021 es más complejo, pues prevé una situación distinta de la del precepto anterior. Que la oposición se haga sobre la base del hecho de la posesión, no se podrá consumar el secuestro en ninguna forma. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1980, diciembre 9 de 1941). 734, 1º

SIMULACION

— 166 —

Cuando se alega en juicio la simulación, como cualquiera otra figura, son necesarios los hechos que la individualicen y sirvan para la futura ordenación y estimación de las pruebas, y para el leal juicio del fallador. La acción de simulación absoluta o integral es un fenómeno que tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y en tal caso la contraestipulación o pacto secreto se ha limitado a destruír los efectos del acto ostensible, sin crear nada nuevo en el fondo. Aceptar que basta afirmar en una demanda que un contrato es integralmente simulado para que se abra el proceso judicial de investigación destinado a descubrir el negocio verdadero que
192, 1º oculta, sin que a esta solución aspire el demandante y lo demuestre equivale a confundir la técnica jurídica que corresponde a la acción de **simulación-nulidad** (simulación absoluta), con la que atañe a la acción de **simulación-prevalencia** (simulación relativa). Convenir, como en el caso de autos, que judicialmente es posible decidir sobre la validez o nulidad de una donación entre vivos que aparece descubierta en un juicio que se inicia para que se declarara una simulación absoluta —venta de confianza— sin que se

haya sometido expresamente en la demanda el contrato oculto y verdadero a la calificación judicial de su validez, es aceptar que se puede declarar oficiosamente cualquier nulidad cuya existencia y prevalencia no se ha colocado sub-judice. Tal cosa equivaldría a una manifiesta violación de las normas que enseñan que la relación jurídico-procesal de la litis no puede alterarse en la sentencia. No es lo mismo en su estructura jurídica ni en sus consecuencias una venta simulada que una donación disfrazada de venta. Si se demanda la declaración de simulación en el primer caso, señalando como contraestipulación la voluntad destructora del convenio aparente, sólo tal pacto oculto debe demostrarse para obtener la declaración llana y simple de inexistencia; y hasta ahí debe alcanzar la declaración judicial que al respecto se haga en el fallo. Pero si de los elementos probatorios aducidos por la parte demandada en su defensa resulta comprobada la existencia de otra contraestipulación distinta de la simplemente destructora, tal como una dación en pago o una donación, la técnica de esta clase de acción impone la absolución del demandado, como en todos los casos corrientes en que el actor no cumple con el deber de comprobar sus pretensiones, para tener derecho a que se le reconozcan en el fallo sus consecuencias jurídicas. Consagrar otra solución sería otorgarle a las acciones civiles de simulación un carácter inquisitivo sólo compatible con el ejercicio de la acción penal y que, además, destruiría el equilibrio normal en la posición de las partes litigantes y entrañaría un desplazamiento indebido en la carga de la prueba. En armonía con esta tesis ya había dicho la Corte que "en cualquiera de las dos hipótesis contempladas, sea cual fuere, absoluta o relativa, la simulación, es lo cierto que no puede existir cambio de acción cuando se demanda aquella en un grado y en el curso del juicio aparece probada en otro". Esto no se opone a que el actor, ya sea un tercero en el contrato o una de las partes contratantes, tenga la obligación de probar el acto oculto en todas las ocasiones en que su acción se encamine, no a destruír simplemente el acto ostensible y mentiroso, sino a hacer prevalecer el privado para aprovecharse de sus consecuencias. Y mutatis mutandis, si es al demandado a quien puede aprovechar la existencia y comprobación del contrato secreto y éste no adolece de vicio alguno ni le faltan formalidades esenciales, la sola demostración de tal simulación de medio sería suficiente para enervar la acción intentada con el exclusivo fin de evidenciar una simulación integral y de obtener, en consecuencia, que los bienes que fueron materia del contrato fingido regresen al patrimonio de donde aparentan haber salido. (Casación, LII, número 1977, septiembre 12 de 1941). ..... 70, 1ª y 2ª 71, 1ª

Páginas

Páginas

SIMULACION

— 167 —

Cuando en un contrato de compraventa falta la causa real y la intención de transferir el dominio, por una parte y, por la otra, la de adquirirlo, ese contrato es absolumente nulo. Aunque la Corte, a partir de 1935, ha puesto singular empeño en distinguir la acción de simulación, que por sí misma no entraña nulidad absoluta, de la de nulidad absoluta de un contrato. no es solamente de este pleito la dificultad de distinguir las dos acciones. Hasta 1935 se había tenido la simulación como nulidad, y por lo mismo se pedía ésta aun en los casos en que en realidad era de simulación la acción incoada, y habría sido erróneo y funesto para la administración de justicia dejar de ver cuál era la acción efectiva y dejar de estudiarla y decidirla, tal como su realidad lo exigía, porque la Sala hubiera optado por una doctrina ante la cual la simulación no implica de suyo nulidad y, en hallándose. da lugar a indagar si es nulo o válido el pacto efectivo mantenido en secreto u oculto bajo el aparen-

Páginas

te u ostensible. Análogamente, aunque a la inversa, en casos en que la acción efectiva es de nulidad, no porque se hable de simulación cabe dejar de decidirla, a pretexto de que esa doctrina, acogida en época relativamente reciente, haya establecido o reconocido las diferencias que hay entre estas dos acciones. Y con más veras ha de procederse así en un juicio como el presente, en que, a mayor abundamiento, lo primordialmente solicitado es la declaración de nulidad absoluta, en forma de no haber lugar a duda sobre que se ejercita esta acción. (Casación, LII, número 1980, octubre 30 de 1941). . 615, 1ª y 2ª

SIMULACION

— 168 —

Si el demandante no prueba que el acto tachado de nulo o simulado, aminora la capacidad económica del deudor para cubrir sus deudas, es decir, si el acto tachado de nulo o simulado deja en el patrimonio del deudor bienes suficientes con qué cubrir el crédito que persigue del acreedor, éste naturalmente no tiene interés, ni jurídico ni material, en hacer volver al patrimonio del deudor, un bien cuya enajenación no perdudica sus intereses. La palabra interés traída en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936, no puede tomarse en un sentido amplísimo. Ella ha de interpretarse con criterio restrictivo: que el acto o contrato tachado de nulo o de simulado produzca la insolvencia total o parcial del deudor, de suerte que si ese bien no vuelve al patrimonio del deudor, se haga imposible al acreedor la eficacia de su crédito, en todo o en parte.

También es de rigor y de justicia, para que la acción prospere, que se demuestre la colusión entre el comprador y el vendedor deudor, porque el principio generalísimo que informa los contratos, es el de respetar la buena fe de los contratantes, condición ésta indispensable para la estabilidad de los tratos humanos y de las conveniencias jurídicas. El comprador de buena fe no puede ser perjudicado en sus legítimos intereses por una acción de nulidad o simulación, sino en tanto que se pruebe que se coludió con el vendedor, y en este evento desaparece la buena fe y no hay por tanto por qué protegerla.

Páginas

La acción de simulación intentada por el acreedor sólo prospera cuando por la simulación desaparece o disminuye en tal cantidad el haber o patrimonio del deudor, que lo incapacita para cancelar ese crédito; pero si a pesar de la simulación el acervo patrimonial del deudor da asidero para cubrir el crédito de su acreedor, éste carece de interés y por lo mismo no puede ejercitar la acción de simulación.

(Casación, LII, número 1979, septiembre 17 de 1941). ..... 386, 2ª y 389, 2ª

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. SU INFLUENCIA SOBRE LA ACCION CIVIL POR REPARACION DEL DAÑO CAUSADO

— 169 —

El sobreseimiento definitivo, por disposición del artículo 33 de la Ley 104 de 1922, antes vigente y hoy reafirmado por el 438 del Código de Procedimiento Penal, pone fin al proceso y tiene la autoridad de cosa juzgada. La influencia que en materia civil pueden tener las sentencias pronunciadas en el procedimiento criminal no se funda propiamente en el principio de la cosa juzgada, que en realidad jurídica no existe porque entre los dos procesos —el penal y el civil— no hay identidad de objeto, ni de causa jurídica, ni de personas. Se basa sobre todo en una suprema razón de orden público representada simbólicamente en el interés que tiene el Estado de que no sufra quebranto el imperio de su jurisdicción, proponiendo nuevamente a las autoridades civiles un hecho cuya existencia o significación judicial ya fue calificado con igual autoridad por otro funcionario adecuado de la jurisdicción pública. La ca-

Páginas

lificación jurídica, de un homicidio inevitable y casual, realizado de manera involuntaria por parte de su autor, hecha en un fallo definitivo con autoridad de cosa juzgada, no puede ser ignorada ni desconocida por los jueces civiles que, para declarar una condena civil por perjuicios, tendrían fatalmente que reconsiderar la culpa del victimario, para decidir sobre su obligación de indemnizar perjuicios. Pero conviene limitar el concepto para evitar erradas interpretaciones. La autoridad que tiene en lo civil la cosa juzgada en materia criminal está condicionada y limitada en razón de su fundamento mismo a lo que ha sido necesario y ciertamente decidido en la acción pública penal, a la materia o punto en que coincide el objeto procesal de ambas acciones, porque lo que la razón de orden público adscrito a la vida del Estado exige es que se evite la contradicción entre sus órganos jurisdiccionales. De aquí resulta que el juez civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. La sentencia definitiva absolutoria o el sobreseimiento de la misma índole en lo penal pueden tener su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y definido en la ley penal, o en que el haz probatorio agregado al proceso criminal no es suficiente para demostrar la intención criminosa del acusado —animus nocendi— o en que tales probanzas no acreditan plenamente la comisión del hecho; y en todos esos casos tal sentencia o calificación definitiva no impide la posible prosperidad de la acción civil de resarcimiento, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o culpa civil o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal, para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado en estas especiales circunstancias. En ninguno de estos casos habrá colisión de jurisdicciones porque el fallo criminal ha dejado un campo de acción no cubierto por la autoridad de la cosa juzgada, a donde los jueces civiles podrían actuar para apreciar lo que concierne a su jurisdicción ordinaria y privativa. Pero cuando la providencia proferida por el juez penal, protegida por la presunción de verdad judicial, versó sobre el fondo del asunto sometido a su jurisdicción, sin dejar aspecto ni elemento alguno fuera de su estudio, apreciación y fallo, y no se funda en insuficiencia probatoria, en ese caso tal fallo sí impide por las elevadas razones de orden público ya dichas que ante otro juez se renueve la consideración y análisis de un hecho cuyo alcance y calificación jurídica ya fue establecido por el órgano judicial. Esta debida y necesaria coordinación de las dos jurisdicciones es la que precisamente viene a establecer el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, cuyo alcance e interpretación ha sido ilustrado por el artículo 29 de la misma Codificación. La ineludible concordancia que debe existir, por las razones ya dichas de orden público vinculado a la necesidad de evitar la anarquía de los fallos judiciales, entre el derecho penal y el derecho civil, impone la necesidad de acatar y respetar como definitiva y para todas sus consecuencias, la sentencia proferida por la jurisdicción del crimen en que se ha estatuído que determinado hecho, a la luz de un completo acervo probatorio, carece de los elementos esenciales para poderlo considerar jurídicamente como culpa. Si en otra ocasión, en el fallo de 14 de marzo de 1938, sentó la Corte una doctrina distinta de ésta, ello se debió a la circunstancia de que entonces no regía el artículo 28 de la Ley 94 de1938, ni estaba en vigencia ese nuevo ordenamiento de procedimiento penal, que es precisamente el texto legal que sirve de fundamento a esta nueva doctrina. (1). (Casación, LII, número 1981, noviembre 29 de 1941). . . . . 798, 2ª y siguientes

Páginas

(1) En la sentencia a que se refiere esta doctrina de casación salvaron su voto los Magistrados Hinestrosa Daza y Escallón.

Páginas

SOCIEDAD

— 170 —

Para que un acto o contrato revista los caracteres de sociedad, es necesario que ese pacto llene, además de los requisitos de capacidad y objeto lícitos, los especialísimos que que enumera el artículo 2079 del Código Civil y uno de carácter psicológico que no está específicamente comprendido en la disposición citada, pero que la jurisprudencia, los tribunales y abogados tienen recibido, cual es la **affectio societatis**, o sea, el **animus contrahendi societatis**, lo que vale decir que para calificar el contrato hay que recurrir al análisis de la intención de las partes y no estarse a lo que ellas hayan dicho, sino al conjunto de las estipulaciones, a la armonía que necesariamente debería existir entre todas ellas, a la situación que se le crea a cada una de las partes, al espíritu del contrato y demás circunstancias concomitantes y accesorias que den base para escudriñar y determinar, sin lugar a equívocos, la voluntad de los contratantes. (Casación, LII, número 1981, noviembre 27 de 1941). 780, 1ª

SOCIEDAD CONYUGAL

— 171 —

Dentro de nuestro régimen matrimonial de participación en los gananciales respecto de antiguas sociedades ilíquidas sólo a través de la liquidación del haber social puede fijarse particularmente el dominio de las especies sociales en el patrimonio individual de cada uno de los cónyuges. Mientras esta liquidación y adjudicación no sobrevengan es impertinente plantear la cuestión de venta de cosa ajena respecto de cualquiera de ellos, que solamente tienen la expectativa de gananciales sobre la masa social ilíquida. La mujer, como socia y, por tanto, partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28 de 1932, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima, y la reivindicación de esos bienes está demandada bien para la sociedad, porque de la sociedad conyugal son y a ella deben volver. (Casación, LII, número 1980, octubre 29 de 1941). 610, 1ª y 2ª

SOCIEDAD COMERCIAL

— 172 —

Dado el carácter de solemne que tiene la sociedad comercial, si en la constitución de la misma faltan los elementos intrínsecos como son la escritura pública y el extracto social debidamente registrados, se está en presencia de una sociedad irregular o de hecho (artículos 472 y ss. del C. Co.), y en tal caso puede probarse su existencia por cualquiera de los medios probatorios. (Artículo 477 ibídem). Pero como en la sociedad comercial debe acreditarse tanto la existencia, como la persona que la representa en un momento dado, de acuerdo con lo establecido por los artículos 40 y 41 de la Ley 28 de 1931, en la sociedad de hecho también deben demostrarse las mismas circunstancias, aunque por distintos medios de prueba, o sean, los previstos en el artículo 477 citado. Además, en el juicio ejecutivo, dado el carácter especialísimo y coercitivo que tiene, tales hechos deben llevarse a él claramente establecidos, ya que la naturaleza de este juicio no es la de dirimir cuestiones de fondo, como sería la de establecer el carácter de sociedad de hecho de cualquiera entidad, cosa que corresponde al procedimiento ordinario. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1978, agosto 28 de 1941). 281, 2ª

SOCIEDADES

— 173 —

La prueba que demuestra la constitución y existencia de una sociedad no es sino la taxativa señalada por

Páginas

la ley, de modo que cuando se trata de litigios como el de autos, cuando se debe demostrar la existencia de una compañía o sociedad o quién tiene la personería de ésta, las partes no gozan de toda la amplitud probatoria, que pueden tener o tienen cuando se trata de demostrar otros extremos, por lo mismo que la ley ha señalado los únicos medios de hacer esas demostraciones. Y no solamente desde 1931 el legislador ha indicado la manera exclusiva de demostrar la existencia de una compañía y quién es su representante, porque antes de que existiera esa norma, imperaba otra que señalaba el modo de hacer esa comprobación, en forma también taxativa. Lo que hizo la Ley 28 fue mantener el principio taxativo, simplificando el modo de la comparación, pero como es obvio, exigiéndola siempre en la forma determinada por la ley. En casos como éste no puede suplirse la prueba por ninguna otra, porque existen actos jurídicos cuya vida legal y cuya demostración en juicio requieren dos elementos: ad solemnitatem y ad probationem. De modo, pues, que la aquiescencia tácita a la personería sustantiva de una sociedad no suple la formalidad de la comprobación. (Casación, LII, número 1980, octubre 28 de 1941). ..... 604, 2º y 605, 1º

TERCERIAS

— 174 —

Por el hecho de que en un juicio por jurisdicción coactiva promueva un particular tercería, bien directamente o ya por la vía de la acumulación de los juicios ejecutivos, el juez ejecutor no pierde el conocimiento del juicio principal, y es ante él ante quien deben promoverse todos los incidentes relacionados con tal juicio. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1980, octubre 28 de 1941). 716, 2º

Páginas

TERCERIAS

— 175 —

Por el hecho de que en un juicio por jurisdicción coactiva, promueva un particular una tercería, bien directamente o bien por la vía de la acumulación de juicios ejecutivos, el juez ejecutor no pierde el conocimiento del juicio principal, y es ante él ante quien deben promoverse todos los incidentes relacionados con tal juicio. De ahí que por disposición expresa del Decreto 1315 de 1936 los recaudadores de rentas nacionales deben sacar copia de lo pertinente que haya de quedar en el juzgado para el adelantamiento del negocio en lo que hubiere lugar, para que puedan remitir a la justicia ordinaria originales los elementos de juicio en que se apoya la tercería. (Auto, Sala de Negocios Generales, LII, número 1979, octubre 28 de 1941)... 507, 2ª

TITULO EJECUTIVO

— 176 —

En ningún texto legal se exige, ni podría exigirse, que obre original el fallo que sirve de título ejecutivo. Tal fallo hace parte del proceso en que fue dictado, el que una vez fenecido se conserva original, sin perjuicio de los desgloses a que hubiere lugar, en el archivo respectivo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, número 1977, mayo 29 de 1941). 89, 1º

TITULO INSCRITO

— 177 —

Un título inscrito hace fe no sólo para las partes sino para terceros, mientras subsista la inscripción, que cancela, en su caso, el Registrador de Instrumentos Públicos, que es el que tiene la facultad legal para ello. (Casación, LII, número 1981, diciembre 13 de 1941). 829, 1º

Páginas

U

USURPACION DE FUNCIONES

— 178 —

El artículo 182 del nuevo Código Penal no comprende, en ningún caso, la **extralimitación de funciones públicas o exceso en el ejercicio de las.** Solamente se refiere ese precepto a la suposición de títulos o facultades públicas; a quien simula ser empleado público sin título alguno; a quien se finge con aptitud, poder o derecho para el desempeño de dichas funciones, faltándole en absoluto toda investidura oficial; a quien se hace pasar por funcionario no siéndolo. El significado y el alcance propios del artículo citado son ostensibles a la luz de su contexto y de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 95 de 1936. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, LII, número 1980, abril 10 de 1942). 674, 1ª

V

VECINDAD Y MEDIANERIA

— 179 —

Hay estipulaciones que son expresivas de reglas o normas que establece la ley para gobernar situaciones de hecho, de vecindad, con un criterio de interés social, como son las referentes a los derechos y obligaciones accesorios de la medianería, relativos al uso común de las paredes divisorias, a las expensas de construcción y conservación de los cerramientos, a la prohibición de ejecutar determinadas obras perjudiciales a los vecinos, como las enunciadas en los artículos 914 y 998 del C. C., constitutivos de limitaciones del dominio como servidumbres legales, garantizadas con el ejercicio de acciones posesorias especiales y cuya naturaleza, vinculada a una noción de orden público e interés social, encaja mejor en las reglamentaciones policivas. (Artículos 914, 916, 932, 936 y 998 del C. C.). (Casación, LII, número 1977, septiembre 2 de 1941).. 31, 2º

Páginas

VENTA DE COSA AJENA

— 180 —

Vendida por una persona una finca raíz, si después vende esa misma finca a persona distinta del primer comprador que registró su escritura, la segunda venta debe considerarse de cosa ajena al tenor del artículo 1871 del Código Civil. En este caso no hay lugar a aplicar el artículo 1873 del mismo Código. (Casación, LII, número 1978, agosto 2 de 1941). 178, 1º

VENTA DE SUCESION HEREDITARIA

— 181 —

El Código Civil en su artículo 1857 hace solemne la venta de una sucesión hereditaria exigiendo escritura pública para reputarla perfecta, y en su artículo 1760 no permite suplir esa prueba por otra, disposición ésta corroborada por el artículo 632 del C. J. que, al referirse a los demás instrumentos provenientes de funcionario con autoridad pública, expedidos en ejercicio de sus funciones, en manera alguna extiende la fuerza probatoria que allí les da hasta hacer innecesaria la escritura pública para actos y contratos en que la ley la requiere. (Casación, LII, número 1979, septiembre 20 de 1941). 392, 2º

VEREDICTO

— 182 —

El caso de ser contrario a la evidencia un veredicto, no puede alegarse con base en la causal 1ª de casación; fallos recientes de la Corte han admitido la posibilidad de fundar el recurso en la notoria injusticia del veredicto, pero dentro de la causal 2ª y eso por la interpretación extensiva que la Corte le ha dado por motivos de equidad y de defensa social. En el caso a que aluden los

Páginas

autos se invocó únicamente la causal 1ª y de modo inequívoco; pero aún concediendo que en este caso pudiera aceptarse una alegación implícita de la causal 2ª (alegación que debe ser expresa), según lo ordena el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal), resultaría que el ataque al veredicto, de ser notoriamente injusto, no podría prosperar porque en los juicios por Jurado le basta al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo racional en las pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal. (Casación, LII, número 1979, febrero 25 de 1942). 463,

Págir

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y ADMINISTRATIVAS CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LII DE LA "GACETA JUDICIAL"

CONSTITUCION NACIONAL DE 1936

Artlos.	Números
26	117
54	53
69	53
115	52, 53

CODIGO CIVIL

17	102
25	102
135	109
364	109
365	109
366	109
372	109
373	109
374	109
375	109
376	109
377	109
378	109
379	109
380	109
381	109
382	109
383	109
424	26
656	111
657	111
677	6
678	6
682	6
683	6
706	11
741	71, 72
757	87
766	87, 138
783	87
832	26
834	127
878	26
892	6
893	6
894	6
914	179
916	179
918	6
932	179
936	179

CODIGO CIVIL

Artlos.	Números
946	158
947	158
948	138, 158
949	158
950	158
952	158
955	138
964	87
998	179
1013	87
1243	99
1321	138
1326	138
1387	126
1388	126
1391	126
1393	126
1394	126
1401	125
1451	138
1500	142
1506	77, 78
1521	71
1617	129
1693	121
1718	25
1743	24, 26
1760	181
1857	181
1871	180
1873	180
1942	26
1951	161
1960	24, 25
1963	24
1969	58
2046	8
2143	108
2304	5
2325	34
2341	133, 134, 163
2342	133
2343	133
2344	133
2345	133
2346	133, 134
2347	133, 134, 143, 149, 163
2348	133, 134, 143
2349	133, 134, 163

CODIGO CIVIL

Artlos.	Números
2352	133, 134
2356	163, 164
2358	143
2375	84
2376	84
2452	3
2488	71, 72
2512	87
2518	87
2533	87, 138
2535	145
2543	53, 146
2654	157
2659	157
2662	157
2673	157

CODIGO DE COMERCIO

472	172
473	172
474	172
477	172
544	105
894	95
902	95

NUEVO CODIGO PENAL

9º	82
12	88
38	28
40	28.
95	133
370	88
384	28

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

28	169
29	169
44	31
45	55
47	31.
58	55
182	178
189	42
374	110
438	169

CODIGO DE PROCEDIMIENTI PENAL

Artlos.	Números
499	28
557	17
567	17
568	182

CODIGO JUDICIAL

36	80
37	80
133	30
134	30
151	14
205	56, 86
227	56
294	44
336	44
351	4
448	36, 40, 114
450	116
455	36, 119
458	44
471	93
480	9
520	23, 93
540	14
575	44
593	16, 86
601	151
604	35
632	47, 181
697	16
702	154
705	131
716	67
720	68
721	9, 67
734	74
845	21, 22
861	60
862	59, 60
870	59, 62
871	62
879	22
941	126
981	97
1008	3
1020	165
1021	123, 165
1052	71
1059	145
1060	80
1189	3

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

97	137

CODIGO FISCAL DE 1912

—	29
65	111

CODIGO DE MINAS

6º	112
8º	112
11	112
26	112

CODIGO DE MINAS

Artlos.	Números
79	112
341	112
346	112
348	112
367	112

LEYES ESPECIALES

LEY 57 DE 1887

12	109
22	109
33	25
38	157

LEY 153 DE 1887

12	109
16	109
79	109
89	142

LEY 35 DE 1888

17	109

LEY 95 DE 1890

—	71
25	168

LEY 105 DE 1890

79	67
272	59

LEY 130 DE 1913

1º	98
111	98
—	80

LEY 56 DE 1914

—	80

LEY 45 DE 1917

—	10

LEY 53 DE 1917

—	80

LEY 38 DE 1918

2º	81

LEY 104 DE 1922

33	169

LEY 42 DE 1923

1º	145

LEY 46 DE 1923

1º	95
185	95

LEY 113 DE 1928

Artlos.	Números
8º	6
9º	6

LEY 120 DE 1928

12	69

LEY 78 DE 1930

—	51, 101

LEY 28 DE 1931

1º	102
2º	102
40	172
41	172

LEY 29 DE 1931

—	41
1º	38
2º	37, 38

LEY 81 DE 1931

—	80, 101, 104
12	48, 50

LEY 84 DE 1931

—	55

LEY 94 DE 1931

9º	14

LEY 23 DE 1932

—	51, 101

LEY 28 DE 1932

—	103

LEY 10 DE 1934

14	74
18	74

LEY 78 DE 1935

—	80, 104

LEY 45 DE 1936

12	113

LEY 50 DE 1936

—	71
2º	168

LEY 95 DE 1936

—	178

LEY 94 DE 1938

73	92
567	17

LEY 266 DE 1938

Artlos.	Números
1º	109

LEY 45 DE 1939

1º	147, 148

LEY 44 DE 1940

—	52

DECRETOS

DECRETO Nº 761 DE 1887

33	112
34	112

DECRETO Nº 911 DE 1932

Artlos.	Números
22	124

DECRETO Nº 2197 DE 1932

—	51, 101

DECRETO Nº 318 DE 1936

106	48, 50
108	48, 50

DECRETO Nº 4 DE 1941

2º	52
4º	52

DECRETO Nº 1315 DE 1936

Artlos.	Números
—	175

CODIGO CIVIL SUIZO

54	164

CODIGO CIVIL ALEMAN

289	164

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDICE ALFABETICO DEL TOMO LII

— A —

Págs.

Abello Ernesto contra la Nación. Ordinario ..... 703 y 708
Acevedo Abel. Causa por fratricidio.... 482
Acosta Carlos Eduardo. Se declara la Corte incompetente para conocer del sumario contra éste como Secretario de Hacienda del Tolima 227
Acosta Carlos Eduardo contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario por pesos 899
Afanador Martín y Rosa Rubio contra la Nación. Ordinario por perjuicios..... 83
"Agro Urbana, S. A." contra Pablo Pinzón y la sociedad Jiménez Hermanos. Ordinario sobre simulación de un contrato 384
Aguirre Ramón contra el Departamento de Antioquia. Ordinario de oposición a un deslinde 720
Almeida Heriberto y Cristóbal. Causa por homicidio 229
Alviar R. Arturo y Luisa Salazar de Alviar contra Enrique Gutiérrez Portocarrero y Manuel Madero París. Ordinario por perjuicios 205
Anzola Gómez Gabriel. No se revisa la sentencia absolutoria por cargos de responsabilidad contra éste como Director de Educación Pública Departamental.. 246
Arango Garrido Eduardo. Se declaró que no había existido el hecho que se le imputó como Magistrado del Tribunal Superior de Manizales 680
Arévalo Juan o Juan Valero Contreras. Concepto desfavorable a la solicitud de extradición de este colombiano..... 682

— B —

Baena E. Elvira en su condición de heredera de Francisco María Baena y para la sucesión de éste, contra Clara Rosa Velásquez y Lucila Baena de Hurtado. Ordinario sobre simulación de unos contratos 65
Bahamón Liborio y Sofía Rivera de Martínez contra Teresa Dussán de Esguerra. Ordinario de contradicción a un deslinde 855
Barrero Raimundo contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario por pesos 523
Bautista Manuel Vicente contra Fabriciano Bautista. Ordinario para el pago de servicios 56
Bedoya Luis Enrique. Solicitud sobre cambio de radicación del sumario que se le seguía por homicidio..... 867
Benavides Guerrero Alberto contra el Departamento de Nariño. Ejecutivo..... 283
Bernal Marco Tulio. Causa por homicidio 489
Botero Alfredo y Cecilia Hoyos de Botero contra Nepomuceno Vallejo y otros, sobre división material de un predio. No se casa la sentencia aprobatoria de la partición 375
Botero R. Ceferino contra Eleuterio Castaño Gómez y otros. Ordinario de reivindicación 825
Bravo Manuel Antonio contra Tobías R. Monroy e Isaac López. Ordinario sobre petición de dominio 773

— C —

Cabildo de Indígenas de la comunidad de Guaitarilla contra María Cerón de Pantoja y Adelaida Getial de Checa. Ordinario sobre nulidad de un contrato 621
Camelo Santos contra la Nación. Ordinario sobre nulidad de un juicio por haberse adelantado sin audiencia del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales 95
Caicedo Federico contra Manuel Peláez. Ordinario para que se declarase la existencia de una sociedad..... 776
Cardoso Enrique contra Raúl Castillo. Ordinario sobre oposición a una diligencia de apeo 54
Carrasquilla López Santiago. Ordinario. 337
Carrillo Antonio José. Causa por homicidio 465
Carrizosa Adolfo. Ordinario sobre declaración de vacancia de unos bienes raíces 594
Carrizosa de Crespo Dolores, Cecilia, Dilia y Beatriz Crespo Carrizosa contra Elena Laserna Pinzón. Ordinario por perjuicios 795
Casadiego v. de Jácome Isabel contra Abel Quintero. Ordinario sobre declaración judicial de dominio conforme a la Ley 120 de 1928..... 417
Castañeda Rivera Vicente contra la Nación. Ejecutivo 872
Castañeda Roberto A. contra el Departamento de Antioquia. Especial sobre prestaciones sociales 524
Cuenca Liborio, Luis Carlos, Juan de Jesús, Amalia y Rafael y Ana Elisa Cuenca de Perdomo, por medio de apoderado, contra la sucesión intestada ilíquida de León Tamayo. Recurso de hecho para obtener el de casación..... 186
Cuervo Julio S. y Florentina Ruiz contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 102
Cuervo Araoz Miguel y Miguel Navarro B. Sobreseimiento definitivo por cargos de responsabilidad por extralimitación de funciones oficiales..... 671
Cruz Raimundo contra Angel Serna. Ordinario sobre nulidad absoluta de un contrato 612

— CH —

Chaljub de Name Nur contra la Nación. Ordinario por perjuicios 904

— D —

Daza Portela Isaías contra Miguel A. Blanco. Ordinario por pesos..... 13

Págs.

Decreto número 1270 de 1939 acusado como inconstitucional en su artículo 2º que se declaró inexequible..... 160
Decreto Legislativo número 2197 de 1932, acusado como inconstitucional. Se declaró exequible 164
Decreto número 4 de 1941, acusado como inconstitucional en sus artículos 2º y 4º que fueron declarados inexequibles... 577
De Greiff Samuel contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario por perjuicios 892
De Haz de Oliveros Josefina contra Carmelina Oliveros. Ordinario sobre rescisión de un contrato por lesión enorme 624
Del Castillo Dolores y Felisa María contra Pedro Antonio, María del Carmen, María Ester, Daniel Benavides y demás hermanos. Ordinario de petición de herencia 655
Del Gallego Miguel y sucesores contra el Municipio de Barranquilla. Ordinario por perjuicios 758
Departamento del Magdalena contra José Antonio Emiliani. Incidente de nulidad del juicio propuesto por aquél... 292
Departamento del Magdalena contra la United Fruit Company. Ordinario sobre cumplimiento de un contrato..... 322
Departametno de Cundinamarca contra Julio C. Acevedo y Julio Acevedo. Ejecutivo 716
Díaz García Ramón Antonio y Miguel Antonio. Causa por asesinato..... 252
Díaz v. de Pérez Cristina contra la Compañía de Energía Eléctrica y Acueducto de Chinácota, S. A. Ordinario sobre pago de perjuicios 603
Duque Gómez Hugo. Causa por homicidio 469

— E —

Echeverri Amelia v. de Grant contra la Nación. Ordinario para el pago de un seguro colectivo 739
Escobar Lotero José María contra José Tobón Uribe. Ordinario por pesos.... 765
Espinosa Pedro Luis contra el Departamento de Boyacá. Ejecutivo..... 81

— F —

Fadul Z. Julio contra Pedro Chedraue. Ordinario por pesos 355
Fernández Marcos. Causa por homicidio 449
Forero Moreno de Gouffray Ana contra Roberto Forero V., María Luisa Forero de Martín y el Banco de Bogotá. Ordinario sobre petición de herencia.... 833
Fory Jorge Fidel. Causa por intervención en la política como Juez de Circuito y sobreseimiento por delitos contra el sufragio 667
Fuentes José Antonio. Causa por homicidio y robo 262

— G —

Gaitán Vásquez Francisco. Solicitud sobre cambio de radicación del sumario que se le seguía por delito militar..... 869
Garcés Navas Alberto y Gregorio Cárdenas. Ordinario de oposición a un deslinde 408
Gil Lemos Manuel, como apoderado de Evangelista Quintana contra Manuel Quintana R. Recurso de hecho para obtener el de casación..... 34
Gómez B. Januario contra Raúl Jimeno y José Manuel Guillén. Ordinario sobre dominio de unas aguas..... 582
Gómez v. de Abella Ester contra el Departamento de Boyacá. Ejecutivo..... 78
González Ceballos y Compañía contra Emilio Restrepo. Ordinario de reivindicación 434
González José Joaquín y José Vicente Morales contra Arcadio Carvajal. Ordinario sobre rescisión de un contrato por lesión enorme 402
Guerrero de Villabón Tránsito contra Rosa Góngora de Sánchez, Manuel Justinico Zamora y Fructuoso Villabón. Ordinario de nulidad de una enajenación por objeto ilícito 830
Guillén Ignacio contra el Municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios..... 188
Grueso Fabio contra Manuel José Maya. Ordinario sobre revisión de una sentencia de excepciones proferida en juicio ejecutivo 1

— H —

Henao Juan de la Cruz contra el Departamento de Antioquia. Especial sobre prestaciones sociales 532
Hernández de Ripoll Virginia contra el Departamento del Atlántico. Ejecutivo 73
Hurtado Noé contra Ricardo Jaramillo P. Ordinario de oposición a la posesión de unas minas 197

— J —

Jiménez Telésforo contra Benjamín Guzmán. Ordinario de reivindicación..... 221

— L —

Labio Félix. Causa por homicidio..... 250
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Popayán) contra Alirio Lemos. Ejecutivo 76
La Nación (Juzgado Nacional de Ejeciones Fiscales) contra Jorge Tadeo Lozano y Belisario Salamanca. Ejecutivo... 88
La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales de Medellín), contra la sociedad minera de "Vendecabezas". Ejecutivo.. 270
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Riosucio), contra la sociedad minera de "Vendecabezas", "Guimo" y "Torito". Ejecutivo 276
La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá, contra Francisco Laserna. Ejecutivo 280
La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales de Cúcuta), contra Rafael Ibarra. Ejecutivo 297
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá), contra Tomás Fernández o sus herederos. Incidente de oposición al secuestro..... 314

Págs.

La Nación (Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá), contra Jorge Matéus y sus fiadores. Ejecutivo..... 507
La Nación contra la Magdalena Fruit Company. Ordinario de oposición a un deslinde 509
La Nación contra Alfonso Zerda y Sixto A. Zerda. Ordinario sobre resolución de un contrato 547
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Riosucio), contra la sociedad minera "Vendecabezas", "Guimo" y "Torito". Ejecutivo 712
La Nación contra Manuel Castellanos, Ramón Acha Jiménez y Héctor Silva Herrera. Ordinario de reivindicación.. 726
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá), contra Tomás Fernández o sus herederos. Ejecutivo 729
La Nación contra Carlos Otero Santamaría. Ejecutivo 735
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Alpujarra), contra Ramón Murcia y otros. Ejecutivo..... 741
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Pasto), contra la Empresa Intermunicipal de Teléfonos de esa ciudad. Ejecutivo 743
La Nación (Sindicatura del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones de Bogotá), contra Alfredo Suárez y Soledad Rey de Castañeda. Ejecutivo. ...
La Nación contra Luis Eduardo Díaz Agudelo y Francisco J. Camacho. Ejecutivo 747
Ley 81 de 1931 acusada como inconstitucional en su artículo 28. Se declaró exequible 164
Ley 29 de 1931 sobre representación de la Nación en juicio por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, acusada como inconstitucional en sus artículos 1º y 2º que se declararon exequibles 565
Leiva José María contra Victoriano Torres, María de Lourdes Alzamora y otros. Ordinario de renvindicación.... 806
Linares Pablo Emilio contra la sociedad comercial Restrepo Hermanos y otros. Ordinario sobre petición de dominio.. 636
López Miguel Angel. Causa por homicidio 237
Lozano Jorge T. y otro contra Sandalio Monzón y Carmen Rosa Monzón de Perdomo. Ordinario sobre nulidad de un contrato 169
La Nación contra Arcadio López. Ejecutivo 876
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Santa Rosa de Viterbo), contra Abigaíl Archila v. de Segura y otros. Ejecutivo 878
La Nación contra los herederos de Enrique Greiffenstein. Ejecutivo 885
La Nación contra Manuel Moreno. Ejecutivo 918

— M —

Malabet de Bacci Josefina contra la sociedad Paccini Hermanos y Cía. S. A. Ordinario sobre nulidad de un contrato y sobre reivindicación..... 599
Maldonado Juan Jaime. Causa por asesinato 458
Manosalva Clímaco y Virgilio contra Hortensia, Carmen Manosalva y otros. Ordinario sobre nulidad por simulación de un contrato 782
Martelo Hernando contra la Nación. Ordinario por perjuicios 338
Martínez Paulina v. de Jiménez contra la Nación. Ordinario por perjuicios... 109
Martínez Cárdenas Cecilio y María Antonia Barbosa de Martínez contra la Nación 498
Martínez Victoriano contra Clímaco Ríos. Acción petitoria de liquidación de una sociedad 617
Méndez Emilio. Causa por asesinato.... 475
Mendoza C. Sara. Objeciones a la partición verificada en el juicio de sucesión de ésta 47
Molano Félix León contra Francisco, Miguel Angel, María Julia, María Inocencia y Jubal Castelblanco Reyes y otros. Ordinario de reivindicación.... 643
Molina Azcárate Saulo. Causa por hurto 677
Mora O. Rafael por medio de apoderado, contra la Nación. Ordinario por perjuicios 99
Morelli Cayetano. No se ejecuta en Colombia la sentencia proferida por el Tribunal italiano de Castrovillari que abrió la sucesión de ese súbdito italiano 811
Moreno M. Hernando. Acción sobre declaración de bienes mostrencos..... 274

— N —

Noguera Rodrigo contra la Richmond Petroleum Company of Colombia. Ordinario para el pago de una suma de pesos 36

— O —

Obispo de Pamplona y otro contra el Departamento Norte de Santander. Especial sobre venta de una finca hipotecada 307
Orozco Miguel A. contra Liborio Chaux F. Ordinario para el pago de una suma de pesos 51
Ortiz Juan. Demanda por servicios prestados en días de descanso dominical.. 264
Osma Luis Antonio. Causa por homicidio 473
Otero Gonzalo D. contra Pedro C. Cordero. Ordinario de nulidad de un contrato 391

— P —

Padilla Hermídez contra la Compañía "Westinghouse Electric International Company". Ordinario para el pago de una suma de pesos..... 365
Patiño Saulo contra el Banco Agrícola Hipotecario. Ordinario de oposición a un deslinde 182
Patiño Carlos, Ignacio Gil, Jesús y otros contra Roberto González y Ricardo Angel. Ordinario de oposición a una adjudicación de baldíos..... 214
Peñuela Rómulo contra la Nación. Ordinario por perjuicios 331

Págs.

Pinchao Abraham o Justo. Causa por homicidio 457

— R —

Reyes de Consuegra Isabel contra la Nación. Ordinario por perjuicios..... 305
Rico Morlot Carlos. Se ordena cesar todo procedimiento en la injusta queja propuesta contra éste por Manuel Lozano Valderrama como Magistrado del Tribunal de Bogotá 248
Rico Graciela contra Adolfo Pinzón. Ordinario sobre nulidad de la liquidación de una sociedad conyugal..... 394
Rodríguez Alfredo. Causa por homicidio 260
Rodríguez Elías, Antonio María y otros contra Vidal Melo Ch. Ordinario de reivindicación ....
Rodríguez Gabino contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Ordinario por perjuicios..... 288
Rodríguez Manuel y Ricarda Avila o su sucesión, contra la Nación. Ordinario por perjuicios 125
Rojas Elena contra la sociedad comercial Vásquez Hermanos. Ordinario de rescisión por lesión enorme..... 443
Rojas Reinaldo. Causa por homicidio.... 485
Rojas Rafael. Causa por delito contra empleado público y homicidio..... 231
Romero de Soto Belén contra Gumersindo Romero. Ordinario de objeciones a la rendición de unas cuentas..... 633
Rozo Manuel M. Acusación por delitos de injuria y calumnia públicas..... 460

— S —

Sabogal Castellanos Luis Alberto. Causa por bigamia 241
Salamanca Vargas Juan y su esposa contra Rito Ramón y José del Carmen Calixto. Ordinario sobre resolución de un contrato 27
Salgar de Pardo Cecilia contra José del Carmen Barrera. Ordinario para el pago de una suma de pesos..... 19
Salvamento de voto del doctor José Miguel Arango a la sentencia sobre revisión de otra de excepciones en el juicio de Fabio Grueso contra Manuel José Maya 11
Salvamento de voto del doctor José Miguel Arango a la sentencia proferida en el ordinario de Josefina de Haz de Oliveros contra Carmelina Oliveros, sobre rescisión de un contrato por lesión enorme 631
Salvamento de voto del doctor José M. Blanco Núñez a la sentencia que declaró la exequibilidad de los artículos 1º y 2º de la ley 29 de 1931, sobre representación de la Nación en juicio por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales 570
Salvamento de voto del mismo a la sentencia proferida en el juicio ordinario por perjuicios de Nur Chaljub de Name contra la Nación 912
Salvamento de voto del mismo a la sentencia proferida en el ordinario por perjuicios de Emiliano Valencia y María Mejía de Valencia contra la Nación 944
Salvamento de voto del doctor Liborio Escallón a la sentencia proferida en el juicio ordinario de Dolores Carrizosa de Crespo contra Elena Laserna Pinzón 805
Salvamento de voto del doctor Ricardo Hinestrosa Daza en el mismo juicio y sobre la misma sentencia..... 803
Salvamento de voto del doctor José Antonio Montalvo a la sentencia que declaró la exequibilidad de los artículos 1º y 2º de la ley 29 de 1931, sobre representación de la Nación en juicio por el Consejo Administraitvo de los Ferrocarriles Nacionales 575
Samudio Dolores contra Enrique Barrero y otros. Ordinario de reivindicación.. 607
Sánchez Porfirio contra la Nación. Ordinario por perjuicios 302
Sánchez Porfirio contra la Nación. Se declara la nulidad de lo actuado en este juicio 321
Segura Ezequiel de J. Se confirma la sentencia absolutoria del Tribunal de San Gil por los cargos que se le hicieron de abandono del empleo que desempeñaba 243
Sierra Pedro Luis contra el Departamento de Antioquia. Ordinario para el pago de ciertas prestaciones sociales.... 889
Soler v. de Segura Carmen contra la Nación y el Departamento de Boyacá. Ordinario por perjuicios 883

— T —

Tamayo Luis Eduardo, Gabriela Antonia, Carmen Julia y Florentina. Acción petitoria de filiación natural..... 176
The Westhern Andes Mining Company y Juan de la C. Piedrahita. Oposición a una diligencia de deslinde..... 592
Torres Medina Manuel Ignacio, Leonor, Luis Antonio y Francelina. Objeciones a la partición en la sucesión de Jacobo Torres y Magdalena Rincón..... 424

— V —

Valencia Emiliano y María Mejía de Valencia contra la Nación. Ordinario por perjuicios 920
Vanegas Q. Guillermo contra Alejandro Vanegas o su sucesión. Ordinario por pesos 378
Vélez Agapito contra el Departamento de Antioquia. Ejecutivo 495
Vergara Arango Daniel. Causa por homicidio 462
Villa Ana Francisca contra Ricardo Gaviria y Andrés López. Ordinario de reivindicación de bienes sociales..... 783
Villa E. Roberto contra el Departamento de Antioquia. Especial sobre prestaciones sociales 540
Villabón Lisandro contra Rosa Góngora de Sánchez, Manuel Justinico Zamora y Fructuoso Villabón. Ordinario sobre petición de declaración de dominio... 821
Viñas Paniza Blas. Sobreseimiento definitivo por cargos infundados que se le hicieron como Juez del Circuito de Magangué 685