GACETA JUDICIAL

"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., Título 1.o, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:

JULIAN MOTTA SALAS

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

(Proemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LVII — BOGOTA - COLOMBIA, ENERO A ABRIL DE 1944 — NUMEROS 2006 A 2009

SALA PLENA

El artículo 11 del Decreto número 1707 de 15 de julio 1942, acusado como inconstitucional.

Es cuestión fuera de duda que las provisiones relativas al comercio de llantas de que trata el artículo 11 del Decreto número 1707 de 1942 se refieren, exclusivamente, al "Fondo Cooperativo de Transportes", por lo cual es indudable también que si tal entidad no llegó a crearse, la Corte carece de materia para decidir acerca de la exequibilidad o inexequibilidad del artículo acusado, como ya lo tiene decidido en anteriores y numerosos fallos, en casos similares.

La lectura de los artículos 2.o y 3.o de la Resolución número 58 de 28 de abril de 1943, 1.o del Decreto número 1502 de 31 de julio de 1943 y 1.o y 8.o del Decreto número 2313 de 26 de noviembre de 1943, deja comprobado ante la Corte que el "control" o "supervigilancia" del comercio de llantas está actualmente, y lo ha estado, a cargo de entidades distintas del "Fondo Cooperativo de Transportes"; y que esta entidad no llegó a establecerse ni a funcionar, no obstante las disposiciones del Decreto 1707 de 1942, las cuales son inconciliables con las que adscriben lo relativo a transportes públicos y privados, y al comercio de vehículos automotores y de llantas y neumáticos, a la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas. Por consiguiente, si la materia de las acusaciones del demandante, como es lo cierto, la constituye principalmente el hecho de que el artículo 11 acusado dispusiera que las existencias de llantas que se encontraban en poder de las agencias vendedoras y de los comerciantes distribuidores fueran adquiridas voluntariamente o por medio de expropiación por el Fondo Cooperativo de Transportes a los precios que señaló para la Superintendencia de Importaciones, para que aquella entidad (el Fondo Cooperativo) las distribuyera y vendiera después, con determinada exclusividad, y si, como es lo cierto también, por las razones expuestas, tal entidad no llegó a establecerse ni a funcionar, igualmente hay una carencia de materia para que la Corte haga actualmente ningún pronunciamien-

to con respecto a la acusación promovida contra el artículo 11 del Decreto precitado, porque esta disposición y las demás de este Decreto se refieren a esa entidad que no llegó a existir ni a ejercer las funciones materia de la acusación.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, siete de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El doctor Mauricio Mackenzie, ejercitando la acción pública de que trata el artículo 149 de la Constitución Nacional, promovió demanda para que se declare inexequible el artículo once (11) del Decreto número 1707 de 15 de julio de 1942, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 11. Declárase de utilidad pública la adquisición por el Fondo Cooperativo de Transportes de la existencia de llantas que se encuentran actualmente en poder de las agencias vendedoras y de los comerciantes distribuidores.

"El Fondo adquirirá esas llantas a los precios que señaló para su venta la Superintendencia de Importaciones. Si los poseedores no efectuaren la venta voluntariamente, se seguirá el correspondiente juicio de expropiación y mientras éste se tramita no podrán los dichos poseedores vender las llantas que tienen en su poder.

"Las infracciones a lo aquí dispuesto acarrearán multas hasta por cinco mil pesos ($ 5.000) que serán impuestas de oficio por la Superintendencia Nacional de Importaciones.

"El Fondo Cooperativo de Transportes venderá las llantas que adquiera, de conformidad con los reglamentos vigentes o los que se dicten en lo futuro, y a medida que las necesidades del transporte lo requieran".

Afirma el demandante, en síntesis, que el artículo once acusado, es inexequible porque crea el monopolio del comercio de llantas, sin que tal ordenamiento tenga por fin obtener un arbitrio rentístico; porque decreta una expropiación sin el previo pago de las indemnizaciones a que tal procedimiento diere lugar; y que el Organo Ejecutivo carece de facultad para atribuírse el poder de adoptar medidas de la clase mencionada en el artículo 28 de la Carta, pues tal facultad es privativa del Congreso, y por ende, indelegable.

Por su parte, el señor Procurador General de la Nación, está de acuerdo con la solicitada declaratoria de inexequibilidad del artículo once acusado, como violatorio de los artículos 26, 27 y 28 de la Constitución, y sobre el particular se expresa así en su vista del doce de diciembre de 1942.

"Breve aunque preciso análisis del tenor de la disposición acusada, como de los efectos reales que produce basta para demostrar el carácter inconstitucional de la medida, si bien las apreciaciones que dicho análisis arroja no coinciden exactamente y en un todo con los conceptos del autor de la demanda.

"En mi sentir, por virtud del artículo acusado, no se establece un monopolio *stricto sensu*, equivalente a la eliminación para lo futuro y de manera general de la iniciativa privada en determinada actividad económica o industrial poniéndola en manos de la administración pública exclusivamente, pues, el mencionado artículo 11 se concreta a prohibir la venta primero, y a establecer luégo la forzosa a favor de determinada Sección de un establecimiento público, de las existencias de llantas que se encontraban en el país, al entrar en vigencia el Decreto, en poder de las agencias vendedoras y demás comerciantes distribuidores. A menos que haya posteriores disposiciones decretales que puedan considerarse incorporadas a la que se estudia, y que regulen la materia de la misma o análoga manera, respecto de las llantas que en lo futuro se produzcan o importen, no puede hablarse, repito, de que estrictamente se haya establecido un monopolio estable y definitivo en el comercio de llantas.

"Pero temporalmente por lo menos para las existentes en el país en el momento en que se dictó el Decreto 1707 de 1942 se ha establecido un monopolio de compra y de venta de llantas: de compra, porque sólo el Fondo Cooperativo de Transportes, puede adquirirlas de las agencias vendedoras y de los comerciantes distribuidores; y de venta, porque sólo el Fondo, luégo, puede venderlas a los consumidores.

"Para este monopolio temporal han debido llenarse también los requisitos exigidos por el artículo 27 del Estatuto Fundamental para el establecimiento de cualquier monopolio y que son: 1º Voluntad del legislador manifestada por medio de una ley; 2º Que se implante como arbitrio rentístico, y 3º Que antes de ponerse en vigencia se indemnice plenamente a los individuos que en virtud del monopolio queden privados del ejercicio de una industria lícita.

"Como ninguno de estos requisitos se ha llenado porque es notoria la falta de la ley correspondiente o de la autorización *precisa* del legislador para establecer ese monopolio, aún transitorio; porque es evidente, como del mismo texto de la disposición acusada se desprende, que la medida en cuestión no se ha tomado como arbitrio rentístico; porque no hay lugar a dudas de que no ha existido la previa y plena in-

demnización que contempla el texto constitucional; es, en consecuencia, indiscutible que el artículo 11 del Decreto número 1707 viola el artículo 27 de la Carta Fundamental.

"Igualmente y sin lugar a duda viola el artículo 26 de la misma que garantiza la propiedad privada y que establece las modalidades de la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social.

"De acuerdo con esta prescripción constitucional, corresponde al legislador definir los motivos de utilidad pública o de interés social que sirvan de base para una expropiación. Ahora bien: en ninguna de las disposiciones de la Ley 128 de 1942 **se define la adquisición de la existencia** de llantas en poder de las agencias vendedoras o de los comerciantes distribuidores, como motivo de utilidad pública para fundar una expropiación o venta forzada. Ni en ninguna de las autorizaciones extraordinarias *pro tempore* que en dicha ley se otorgan al Presidente de la República, existe la facultad de definir esos motivos de expropiación; luego la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por medio del artículo 11 del Decreto número 1707 de 1942, no ofrece la menor duda.

"Y si se pretende por último que mediante el artículo 11 acusado, se efectúa una de las intervenciones del Estado en las industrias, previstas por el artículo 28 del Estatuto, entonces es también manifiesta la violación de la prescripción contenida en este texto constitucional, comoquiera que según lo ha venido sosteniendo en repetidas ocasiones este Despacho, la intervención allí prevista no es susceptible de autorizaciones extraordinarias de ninguna clase al Presidente de la República y es privativa del Legislador el que para poderla ejercer debe llenar en la expedición de la ley correspondiente el requisito esencial de que sea aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

* * *

El artículo 11 del Decreto acusado, no puede considerarse aisladamente, sino en armonía con las demás disposiciones de tal Decreto sobre el llamado *"Fondo Cooperativo de Transportes"*, acerca del cual rezan así los artículos 1º y 2º:

"Artículo 1º Créase como dependencia de los Ferrocarriles Nacionales, el 'Fondo Cooperativo de Transportes', destinado a la compra de los vehículos automotores que por falta de llantas o por razones económicas sea preciso retirar del servicio público, a juicio de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas. El funcionamiento y actividades del Fondo Cooperativo de Transportes, se regirán por las normas que establece este Decreto y por los reglamentos que dicte el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, debidamente aprobados por el Gobierno.

"Artículo 2º El capital del Fondo Cooperativo de Transportes será hasta de un millón cuatrocientos mil pesos ($ 1.400.000), del cual suscribirá inicialmente la suma de $ 900.000, en la siguiente forma:

"a) $ 150.000 por la Federación Nacional de Cafeteros;

"b) $ 200.000 por los Ferrocarriles Nacionales. El Consejo queda autorizado para tomar esta suma del producto de la venta de bonos de los Ferrocarriles Nacionales.

"c) $ 250.000 por las empresas industriales de transformación o extracción y transformación, nacionales o domiciliadas en el país, cuyo capital y reservas excedan de $ 500.000 proporcionalmente al monto de dichos capitales y reservas.

"d) Hasta $ 300.000 que representarán el aporte de las agencias o empresas vendedoras de vehículos automotores o de llantas, o de repuestos para estos vehículos. Este aporte será equivalente al 25 por 100 del valor de la deuda que cada propietario de un vehículo tenga contraída con la respectiva agencia o empresa en el momento en que el Fondo Cooperativo de Transportes lo adquiera, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4º de este Decreto; o al 20 por 100 del valor de los camiones o chasis que dichas agencias vendan al Fondo, según lo establecido en el mismo artículo.

"Parágrafo. El Gobierno podrá, cuando lo considere necesario, decretar la suscripción del resto del capital".

Por los artículos 3º a 10 del mismo Decreto, se dictan otras disposiciones sobre administración y funcionamiento del Fondo Cooperativo de Transportes, hasta llegar a las del artículo once, materia de la presente acusación, disposiciones que, como ya se vio, declaran de utilidad pública, la adquisición y venta de llantas, por parte de *esa entidad*.

* * *

Es, pues, cuestión fuera de duda que las provisiones relativas al comercio de llantas de que trata el artículo once del Decreto número 1707 de 1942, se refieren, exclusivamente, al precitado *"Fondo Cooperativo de Transportes"*, por lo cual es indudable también que si tal entidad no llegó a crearse, la Corte carece de materia para pronunciarse acerca de la exequibilidad o inexequibilidad del artículo acusado, como ya lo tiene decidido en anteriores y numerosos fallos, en casos similares.

Después de expedido el Decreto número 1707 de 15 de julio de 1942, entre otras, se han dictado las siguientes disposiciones:

1º Por medio de Resolución número 58 de 28 de abril de 1943 *(Diario Oficial* número 25254) dictada por la *Dirección Nacional de Transportes y Tarifas,* se había establecido lo siguiente:

"Artículo 1º Fíjanse los siguientes precios de venta en todo el país, para las llantas y neumáticos importados por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, *y los existentes en el mercado* —subraya la Corte—, *importados por cualquiera otro conducto:*

(Siguen aquí los distintos precios para las llantas y neumáticos).

Los artículos 2º y 3º de tal Resolución rezan así:

"Artículo 2º Las llantas y neumáticos de medidas diferentes a las anotadas en el artículo 1º, conservarán los mismos precios que han regido hasta la fecha, fijados por la Superintendencia Nacional de Importaciones.

"Artículo 3º Cuando la operación de venta se haga a plazos, se autoriza un recargo del siete por ciento (7 por 100) sobre los precios fijados".

2º Por medio del artículo 1º del Decreto número 1502 de fecha 31 de julio de 1943, se dijo lo siguiente:

"Artículo 1º La Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, creada por Decreto número 400 de 1942, tendrá las siguientes atribuciones, además de las señaladas en el artículo 2º de dicho Decreto:

. . . . . .

"f) *Supervigilar* —subraya la Corte— el comercio, la distribución y los precios en todo el territorio de la República, de vehículos automotores, llantas, neumáticos y demás accesorios y repuestos".

3º Finalmente, por medio del Decreto número 2313 de 26 de noviembre de 1943, vigente desde la fecha, se estableció lo que sigue:

"Artículo 1º La Dirección Nacional de Transportes y Tarifas que funciona como dependencia del Ministerio de Obras Públicas, tendrá las siguientes atribuciones:

. . . . . .

"d) *Supervigilar* —subraya la Corte— el comercio, la distribución y *los precios* en todo el territorio de la República, los vehículos automotores, *llantas y neumáticos.*

. . . . . .

"Artículo 8º Quedan derogados los decretos de carácter extraordinario números 400 de 1942 y 1502 de 1943 y los artículos 3º y 4º del 1596 del presente año".

La lectura de las disposiciones que se acaban de citar deja comprobado ante la Corte que el "control" o "supervigilancia" del comercio de llantas está actualmente, y lo ha estado, a cargo de entidades distintas del *"Fondo Cooperativo de Transportes"*, y que esta entidad no llegó a establecerse ni a funcionar, no obstante las disposiciones del Decreto 1707 de 1942, disposiciones que son inconciliables con las que adscriben lo relativo a transportes públicos y privados, y al comercio de vehículos automotores y de llantas y neumáticos, a la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas.

Por consiguiente, si la materia de las acusaciones del demandante, como es lo cierto, la constituye principalmente el hecho de que el artículo once acusado dispusiera que las existencias de llantas que se encontraban en poder de las agencias vendedoras y de los comerciantes distribuidores fueran adquiridas voluntariamente o por medio de expropiación por el Fondo Cooperativo de Transportes a los precios que señaló para la venta la Superintendencia de Importaciones, para que aquella entidad (el Fondo Cooperativo) las distribuyera y vendiera después, con determinada exclusividad, y, si, como es lo cierto también, por las razones expuestas, tal entidad no llegó a establecerse ni a funcionar, igualmente hay una carencia de materia para que la Corte haga actualmente ningún pronunciamiento con respecto a la acusación promovida contra el artículo once del Decreto precitado, porque esta disposición y las demás de este Decreto se refieren a esa entidad que no llegó a existir ni a ejercer las funciones materia de la acusación.

En virtud de lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el señor Procurador General de la Nación y en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional, *resuelve* que no es el caso de decidir, por sustracción de materia, acerca de la exequibilidad o inexequibilidad del artículo once del Decreto número 1707 de 15 de julio de 1942.

Publíquese, notifíquese, cópiese, dése aviso al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio respectivo, e insértese este fallo en el próximo número de la *Gaceta Judicial.*

Isaías Cepeda, José Miguel Arango, Campo Elías Aguirre, José M. Blanco Núñez, Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALVAMENTOS DE VOTO

DEL MAGISTRADO DR. MONTALVO

Varias veces he salvado el voto en providencias de la Corte por medio de las cuales se declara inhibida para fallar sobre demandas de inconstitucionalidad de un decreto, por razón de haber quedado éste insubsistente, pues a mi modesto parecer, la insubsistencia del decreto acusado, sobre todo cuando la insubsistencia es apenas tácita, no restablece por sí sola el imperio de la Constitución que el decreto haya quebrantado.

Esta tesis aparece explicada en salvamentos publicados en la *Gaceta Judicial* números 1899 (año de 1935), 1991 (año de 1942) y 1998 y 1999 (año de 1943).

Hoy se trata de un Decreto que no ha sido derogado expresamente: el Decreto número 1707 de 1942 cuyo artículo 11 (que es el acusado) declara de utilidad pública la adquisición por parte del Fondo Cooperativo de Transportes, la existencia de llantas que estuvieron en poder de las agencias vendedoras y de los comerciantes distribuidores.

Dice la Corte que según otro Decreto posterior, el 1502 de 1943, "el control o supervigilancia de llantas está actualmente, y lo ha estado, a cargo de entidades distintas del *Fondo Cooperativo de Transportes*, y que esta entidad no llegó a establecerse ni a funcionar, no obstante las disposiciones del Decreto 1707 de 1942, disposiciones que son inconciliables con las que adscriben lo relativo a transportes públicos y privados, y del comercio de vehículos automotores y de llantas y neumáticos, a la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas".

Es decir: que como el artículo 11 del Decreto número 1707 de 1942 acusado se refiere a una entidad denominada *Fondo Cooperativo de Transportes* la cual no ha llegado a crearse, y lo relativo al comercio de llantas se ha adscrito posteriormente a la *Dirección Nacional de Transportes y Tarifas*, se carece de materia en la actualidad para pronunciarse sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 11 del mencionado Decreto.

Me atrevo a disentir de la Corte:

1º Porque lo esencial de la acusación de inconstitucionalidad no es lo relativo al nombre de la entidad a quien se haya otorgado un monopolio para el comercio de llantas; lo esencial es el monopolio mismo, sea una u otra la entidad a quien se otorgue. Se trata en el presente caso de un monopolio, ¿sí o nó? Tal es la cuestión de fondo sobre la cual ha debido pronunciarse la Corte;

2º Porque no es indudable ni mucho menos que el artículo 11 acusado del Decreto número 1707 de 1942 haya quedado insubsistente, porque este Decreto lo dictó el Gobierno, según allí mismo se dice, "en uso de las atribuciones extraordinarias que le otorga la Ley 128 de 1941"; ese Decreto es de los impropiamente llamados "Decretos-Leyes", pero, en todo caso, no puede ya ser derogado por el Gobierno sino por el Congreso y, menos, quedar insubsistente por disposiciones emanadas del Gobierno y que se consideren virtualmente sustitutivas de aquel Decreto que tiene fuerza de ley.

A mi parecer si éste resuelve, en cualquier momento, darle efectividad al Decreto número 1707 de 1942 —que juzgo inconstitucional— podría hacerlo.

De manera que la aparente insubsistencia de la disposición no basta, en mi concepto, para que la Corte se inhiba de declararla inexequible, en guarda de la integridad de la Constitución.

José Antonio Montalvo.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

DEL MAGISTRADO DOCTOR TAPIAS PILONIETA

Los motivos de disentimiento que tiene el suscrito y que lo obligaron, muy a su pesar, a votar negativamente la anterior sentencia de la Sala Plena, en la cual se afirma que la Corte no puede fallar la demanda de inconstitucionalidad propuesta por el doctor Mauricio Mackenzie contra el artículo 11 del Decreto número 1707 de 15 de julio de 1942, dictado por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias, por sustracción de la materia juzgable, son los mismos que el doctor Montalvo expone en los numerales 1º y 2º de su salvamento, de manera

tan clara y sencilla, que creo innecesario repetir.

La Corte se inhibe de fallar, basada en que, según el Decreto y la Resolución que cita, el llamado Fondo Cooperativo de Transportes, creado por el Decreto 1707 nunca ha funcionado, pues lo relativo a transportes públicos y privados, y al comercio de vehículos automotores y de llantas y neumáticos, ha estado bajo la supervigilancia de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas.

El hecho de que no se haya llevado a la práctica lo prescrito en el artículo 11 del Decreto 1707, me parece que no implica su derogatoria tácita. El sistema legal hoy en uso y mediante el cual la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas tiene a su cargo la vigilancia del comercio de llantas y el control de sus precios, en manera alguna se opone a la reglamentación que se dio en el mencionado artículo 11, a base de la expropiación de todas las llantas y neumáticos que se encontraran en el mercado, con el objeto de que pudieran ser adquiridas por el Fondo Cooperativo de Transportes, entidad a la que se le otorgó la facultad exclusiva de venderlas al público.

Y si no hay oposición entre las dos reglamentaciones, el ordenamiento del artículo 11, está vigente y el Gobierno en cualquier momento puede ponerlo en vigor. Lo que está indicando que la Corte ha debido estudiar su constitucionalidad, sin preocuparse de la realización que hasta hoy se le haya dado. En último caso se trataría de un ordenamiento teórico, que no por eso deja de tener vida como disposición legal.

Arturo Tapias Pilonieta.—El Secretario, *Pedro León Rincón.*

El artículo 19 de la Ley 21 de 1931, sobre abogacía, no es inconstitucional.

La Sala no encuentra la incompatibilidad afirmada por el demandante entre el artículo 19 de la Ley 21 de 1931 y la Constitución, ya en sus artículos citados, ya en cualquiera de los restantes. Esta exigencia de abogado para el analfabeto es una de las varias con que el legislador viene de tiempo atrás resguardando a las personas y con ellas a la misma administración de justicia contra peligros como los indicados por el demandante. A ello pudo proveer la ley cuando el Acto número 1º de 1918 reformó la Constitución en forma de autorizar la exigencia de títulos de idoneidad, no sólo ya para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares, sino también para la de abogado. Así pudo dictarse la Ley 62 de 1928, de que es adicional y reformatoria la 21 de 1931 a que corresponde el artículo 19 materia de la acusación. Esa autorización constitucional de 1918 permitió la expedición de estas leyes y les dio el necesario fundamento.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, febrero diez y ocho de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor Miguel Mosquera V. solicita se declare inexequible el artículo 19 de la Ley 21 de 1931 por quebrantar los artículos 9º, 26, 41 y 161 de la Constitución.

El señor Procurador General de la Nación se opone sosteniendo la constitucionalidad de la disposición acusada, que dice: "Las personas que no sepan leer y escribir deberán autorizar sus solicitudes, cuando litiguen en causa propia personalmente, con la firma de un abogado inscrito".

El demandante hace presentes las circunstancias de fácil acaecimiento por las cuales una persona no pueda conseguir abogado inscrito que la asista, así como no haberlo en el respectivo lugar, o habiéndolo, no poder o no querer éste asistirla y llama la atención hacia el peligro de colusiones y otros engaños, todo lo cual puede producir la pérdida de un derecho perfecto, ya que los litigios no pueden desatarse por la autoridad sino por lo alegado y probado.

El señor Procurador ve en esta disposición la protección del analfabeto y su defensa ante los peligros consiguientes a esa situación, en cuanto por medio de abogado podrá saber de su derecho y proveer acertadamente a su presentación y comprobación, lo que significa que, en vez de desconocerle su derecho de pedir, se provee a que éste tenga realidad y eficacia.

La Sala no encuentra la incompatibilidad afirmada por el demandante entre aquella disposición legal y la Constitución, ya en sus artículos citados, ya en cualquiera de los restantes. Esta exigencia de abogado para el analfabeto es una de las varias con que el legislador viene de tiempo atrás resguardando a las personas y con ellas a la misma administración de justicia contra peligros como los indicados aquí por el demandante. A ello pudo proveer la ley cuando el Acto número 1º de 1918 reformó la Constitución en forma de autorizar la exigencia de títulos de idoneidad, no sólo ya para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares, sino también para la de abogado. Así pudo dictarse la Ley 62 de 1928, de que es adicional y reformatoria la 21 de 1931 a que corresponde el artículo 19 materia de la acusación que aquí se decide. Esa autorización constitucional de 1918 permitió la expedición de estas leyes y les dio el necesario fundamento.

Desde luégo es de suponerse en toda reglamentación una limitación; pero si aquélla no versa sobre un derecho en sí mismo sino que, detalle de *modus operandi*, mira a la manera de ejercitarlo, no cercenándose aquél, no se quebranta el precepto institucional que lo establece y garantiza. El derecho de petición no puede entenderse en forma de pedir por pedir, sino el de pedir para obtener lo que en ley asista al petente, y bien se ve sencillamente cuán ocasionado a apartarse de esta finalidad y aun a frustrarla sería dejar la petición a lo que buenamente se le ocurra solicitar al analfabeto entregado a sí mismo, cuando no caído en manos de quienes exploten su ignorancia. Una firma a ruego, por ejemplo, bien puede refrendar algo

adverso a quien la solicita sin saber leer y escribir y a quien puede leérsele algo distinto de lo que reza el respectivo memorial.

Hay evidentemente una mayor probabilidad de conocimiento de cada caso por los Jueces y de mayor acierto en sus decisiones cuando el litigio se sigue con intervención de abogados inscritos en quienes por lo mismo es de suponerse la capacidad necesaria para saber qué ha de pedirse y cómo. No es que se dé por sentado que en interviniendo abogado inscrito, todo sea perfecto, sino simplemente que se advierte cómo con sus exigencias para reputar a alguien abogado e inscribirlo, esas leyes procuran en el ejercicio de esta profesión capacidades mentales y morales.

Así las cosas, no puede menos de reconocerse que al imponer ciertos requisitos, entre ellos el del citado artículo 19 aquí cuestionado, no cercenan ni quebrantan el derecho de petición, sino que le buscan su eficacia.

Si, pues, esa disposición es favorable a este derecho, no cabe el cargo de reñir con los preceptos constitucionales referidos. Más todavía: con no serles contraria, bastaría para que la acusación no prosperara.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, oído el señor Procurador General de la Nación, declara exequible el artículo 19 de la Ley 21 de 1931.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Comuníquese al Ministerio de Gobierno.

Isaías Cepeda, Campo Elías Aguirre, José Miguel Arango, José M.ª Blanco Núñez, Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Noción jurídica de servicio público. - Decretos acusados números 400 y 780 de 1942, el primero en sus artículos 2.°, inciso b), y 11, y el último en el artículo 8.°

De acuerdo con el artículo 38 de la Constitución Nacional las empresas de transportes y conducciones, así sean ellas de origen y carácter oficial, o de organización privada, pertenecientes a la categoría que el Código de Comercio denomina empresarios públicos de conducciones, están sometidas a la estrecha supervigilancia del Estado, en cuanto a la fijación de tarifas y reglamentos con el objeto indudable de garantizarle al público la prestación de un buen servicio de parte de los empresarios, libre de la arbitrariedad y del abuso. También están sometidos al control del Estado "los demás servicios públicos", según lo dice el mismo artículo citado.

Aun cuando la multiplicidad de las relaciones jurídicas y su normal desarrollo en la sociedad moderna hace difícil dar una noción exacta que comprenda toda la variada gama de los servicios públicos, pues ningún autor ha pretendido elaborar una definición perfecta, ya que se limitan a dar algunas de sus peculiaridades más salientes, puede decirse que es elemento esencial de la noción de servicio público el de tener por fin la satisfacción de una necesidad pública mediante procedimientos que aseguren su regularidad y continuidad. Otra nota fundamental que debe tener una actividad de servicio público es su fin social o solidario.

En el sistema del Derecho colombiano la empresa privada de conducciones es un servicio público sometido a la supervigilancia del Estado, quien tiene el derecho de revisar sus tarifas y reglamentos, según el artículo 38 de la Constitución. La disposición no hace para ese efecto distinción entre empresas oficiales o de origen oficial, explotadas por concesión, y particulares, por lo que el precepto tiene un alcance general. Esto se debe a que como el Estado está imposibilitado para prestar todos los servicios públicos esenciales para la colectividad, tiene que permitir que la iniciativa privada contribuya a crearlos, acrecentarlos y mejorarlos. Entonces el Estado se reserva su vigilancia y control por medio de leyes, según el memorado artículo 38. Por tanto, la vigilancia y el control del Estado, de que habla el último aparte del artículo 38 recaè aun sobre actividades de los particulares que se ejerciten efectivamente en el campo propio de un servicio público. Es decir, en aquellas necesidades cuya satisfacción es esencial para mantener la vida del pueblo, y que por tal causa el funcionamiento y desarrollo del respectivo servicio reviste cierto carácter de obligatoriedad para los gobernantes, por los fines primordiales a que atiende: tales los servicios de alumbrado público, acueducto, higiene, aduanas, transportes, plazas de mercado, etc. No es, pues, en Colombia criterio de distinción de un servicio público que él se preste por una organización pública o por una organización particular estructurada sobre normas de derecho privado.

Estima la Corte que los Decretos legislativos acusados someten también a supervigilancia los reglamentos y tarifas de los comisionistas de transporte y agentes de aduana. Si la ley quiere proteger al público contra la arbitrariedad y el abuso de los transportadores, vigilando de cerca las tarifas y reglamentos, es natural que extienda esa protección hasta comprender la función de los comisionistas de transportes, a quienes el público que los ocupa entrega sus cargamentos para que los hagan movilizar en la forma adecuada. Y actuando tan de cerca los agentes de aduana al servicio público de aduanas, es natural también que los reglamentos que expidan y las tarifas que fijen para servir al público, tengan el control del Estado, a fin de mantenerlos, en sus relaciones con sus comitentes, dentro de un plano de seriedad, equidad e igualdad.

Son, por consiguiente, exequibles los artículos acusados.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, febrero veinticuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El doctor José A. Gutiérrez Ferreira, en ejercicio del derecho consagrado por el artículo 149 de la Constitución Nacional, solicita que la Corte declare inexequibles por inconstitucionales el inciso b) del artículo 2º y el artículo 11 del Decreto ejecutivo número 400 de 1942, de fecha 14 de febrero, y el artículo 8º del Decreto ejecutivo número 780 de 27 de marzo de 1942, expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 128 de 1941.

Las disposiciones acusadas dicen así:

— A —

Decreto número 400 de 1942 (febrero 14) por el cual se crea la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las atribuciones extraordinarias que le otorga la Ley 128 de 1941, *decreta:*

Artículo 2º Son funciones de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas:

. . . . . .

b) Aprobar las tarifas de las empresas de transporte, agentes de aduana y de los comisionistas de transporte.

. . . . . .

Artículo 11. Las infracciones al presente Decreto serán castigadas con multas de cinco pesos ($ 5.00) a dos mil pesos ($ 2.000.00) que impondrá la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, y que serán apelables ante el Ministerio de Obras Públicas, dentro de los diez días siguientes a su notificación.

— B —

Decreto número 780 de 1942 (marzo 27) por el cual se reorganiza la Comisión de Tarifas Férreas, Fluviales y Terrestres, de que trata el Decreto número 485 de 1940.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 128 de 1941, *decreta:*

. . . . . .

Artículo 8º La Comisión de Tarifas Férreas, Fluviales y Terrestres, tendrá como función principal la de servir de cuerpo consultivo a la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, en el estudio de las tarifas, reglamentos, itinerarios y horarios de las empresas de transportes; en el de las tarifas y reglamentos de los agentes de aduana y de los comisionistas de transportes, y en el de todos aquellos asuntos que, conforme al Decreto número 400 de 1942, corresponden a dicha Dirección, tomando en consideración las disposiciones del expresado Decreto.

El fundamento de la acusación.

Considera el demandante que las disposiciones transcritas son inconstitucionales en cuanto autorizan a la Dirección Nacional de Transportes para intervenir en la fijación de tarifas de los agentes de aduana y de los comisionistas de transporte, y para establecer multas sobre el particular, porque con dichas disposiciones se viola el artículo 38 de la Constitución Nacional, que permite escoger profesión u oficio libremente y apenas faculta al legislador para la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y de los servicios públicos.

El demandante pretendiendo demostrar su tesis hace memoria de la Ley 98 de 1927, que creó la Comisión de Tarifas Ferroviarias y Fluviales, y del Decreto 780 de 1942, que reorganizó dicha Comisión de Tarifas, para hacer notar que tales ordenamientos, antecedentes de los Decretos 400 y 780 de 1942, se limitaron a tratar de las tarifas, reglamentos e itinerarios de las empresas públicas de transportes férreos, fluviales y terrestres, indudablemente porque se encontró que la Carta Fundamental no autoriza al legislador y menos al Ejecutivo para fijar tarifas y reglamentos de comisionistas de aduana y de transportes.

Después de otras consideraciones el demandante hace algunos razonamientos, basados en las pertinentes disposiciones del Código de Comercio, para establecer la distinción legal que existe entre transportadores y comisionistas. Apoyado en tal diferencia, sostiene que cuando el constituyente alude en el artículo 28 de la Carta a "empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos", no pudo englobar en estas expresiones a los mandatarios que se denominan comisionistas. Luego si la Constitución únicamente autoriza la revisión de las tarifas y reglamentos de las empresas de *transportes o conducciones y demás servicios públicos,* la ley no puede establecer la revisión y fijación de las tarifas de las que no son empresas de transportes y conducciones y que, además, no son *servicios públicos* como sucede con los comisionistas de aduana y los comisionistas de transportes.

El señor Procurador General de la Nación, en el concepto que rindió a la Corte, respecto de la demanda del doctor Gutiérrez Ferreira, manifiesta que "la encuentra plenamente fundada en todas sus partes, y que en ella demuestra con toda lógica y claridad que las disposiciones citadas de los Decretos ejecutivos mencionados violan el artículo 38 de la Constitución Nacional".

El señor Procurador explica así su concepto:

"De acuerdo con esta disposición el legislador puede intervenir en las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes, conducciones y demás servicios públicos, pero no puede intervenir en las de los agentes de aduana y de los comisionistas de transportes, porque estas actividades no pueden calificarse como servicios públicos, comoquiera que entonces habría que considerar como servicios públicos el ejercicio de cualquier profesión u oficio como la abogacía, la medicina o la ingeniería.

"Ahora, como en Colombia según su organización política y legal, los particulares pueden hacer en general lo que no esté prohibido y los empleados o entidades públicas sólo pueden hacer lo que les esté permitido o autorizado (artículos 16 y 57 de la Constitución Nacional), claramente se desprende que no estando el legislador expresamente autorizado por la Constitución para intervenir en los reglamentos y tarifas de los agentes de aduana y de los comisionistas de transportes, violaría la Constitución si pretendiera establecer tal intervención.

"Y si el legislador carece de esa autorización *a fortiori* carece de ella el Presidente de la República cuando obra en ejercicio de facultades extraordinarias *pro tempore* que le otorgue el primero, en armonía con lo preceptuado por el ordinal 9º del artículo 69 de la Carta Fundamental.

"Por lo demás estoy en un todo de acuerdo con las razones y consideraciones expuestas por el demandante doctor Gutiérrez Ferreira, razones y consideraciones que en opinión de este Despacho demuestran con toda claridad y precisión que el inciso b) del artículo 2º y el artículo 11 del Decreto ejecutivo número 400 de 1942 (febrero 14) y el artículo 8º del Decreto ejecutivo número 780 de 1942 (27 de marzo) son violatorios del artículo 38 de la Constitución Nacional en cuanto determinan una intervención del Estado en las tarifas y reglamentos de los agentes de aduana y de los comisionistas de transportes y establecen multas con respecto a éstos".

El concepto de la Corte.

Mediante el último aparte del artículo 38 de la Constitución Nacional en que se basa la demanda de inexequibilidad en estudio, el Estado se reservó la potestad de revisar y fiscalizar "las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos".

Por manera que las empresas de transportes y conducciones, así sean ellas de origen y carácter oficial, o de organización privada, pertenecientes a la categoría que el Código de Comercio denomina *empresarios públicos de conducciones,* están sometidas a la estrecha supervigilancia del Estado, en cuanto a la fijación de tarifas y reglamentos con el objeto indudable de garantizarle al público la prestación de un buen servicio de parte de los empresarios, libre de la arbitrariedad y del abuso.

La disposición habla de que también están sometidos al control del Estado "los demás servicios públicos".

La noción de *servicio público* es una noción técnica en el derecho público. Tiene su origen remoto en la transformación operada por la Revolución Francesa, que abandonando el antiguo concepto del Estado feudal, en que el Poder era una prerrogativa y un privilegio absoluto de las castas gobernantes, descubrió que el ejercicio del gobierno impone deberes inalienables hacia los gobernados. El antiguo concepto irrestricto de *mando* fue desplazado por el más humano de *servicio.* El gobernante es un servidor de la colectividad, obligado a procurarle seguridad e integridad, orden y tranquilidad, para lo cual se organizan en todo Estado los tres servicios públicos primarios: el ejército, la policía y la justicia.

Pero hoy no bastan ya estos tres servicios, que fueron los primeros que se advirtieron en la máquina administrativa. Con el incesante progreso de las sociedades, la vida en ellas origina nuevas necesidades colectivas capaces de servir de soporte a otros tantos servicios públicos que el gobernante está en la obligación de crear: educación, sanidad, comunicaciones por telégrafos, ferrocarriles, carreteras, y además cuanto una sociedad moderna necesita para vivir como le corresponde, y progresar.

La multiplicidad de las relaciones recíprocas y su normal desarrollo en la sociedad moderna, hace difícil dar una noción exacta que comprenda toda la variada gama de los servicios públicos. Ningún autor ha pretendido elaborar una definición perfecta. Limítanse apenas a dar algunas de sus peculiaridades más salientes.

Para Duguit el servicio público se revela esencialmente por la existencia de una obligación de orden jurídico que se impone a los gobernantes, es decir, a aquellos que de hecho tienen el Poder en un país dado, obligación de asegurar permanentemente el cumplimiento de una cierta actividad. También se revela en toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado e intervenido por los gobernantes por ser indispensable al desenvolvimiento de la interdependencia social y por ser de naturaleza tal, que sólo puede ser completamente garantizado por la intervención del gobernante. Agrega dicho autor que "si fuera necesario un criterio formal para reconocer las actividades que de-

ben servir de base a la organización de un servicio público, diríamos que se encuentra en el desorden social producido por la suspensión, aunque sea durante muy corto tiempo, de esta actividad".

Para Hauriou el servicio público se manifiesta como un servicio que se presta para el público de una manera regular y continua, para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública.

Gastón Jéze dice que en todo servicio público propiamente dicho, se observa la existencia de reglas jurídicas especiales, que tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del mismo, de dar, lo más rápida y completamente posible, satisfacción a las necesidades de interés general. Estas reglas por estas mismas razones son susceptibles de modificación en todo instante.

De consiguiente es elemento esencial de la noción de *servicio público* el de tener por finalidad inmediata la satisfacción de una necesidad pública mediante procedimientos que aseguren su regularidad y continuidad.

Regularidad y continuidad son notas en que se insiste que el servicio público debe poseer, para que encuadre dentro de las características de un verdadero servicio público. Regularidad que asegure un servicio organizado y eficiente, y continuidad en el tiempo, de modo que no se trate de actividades de naturaleza pasajera y transitoria, de índole secundaria en la organización y el mantenimiento de la sociedad.

Otra nota fundamental en que se insiste que debe tener una actividad de servicio público es su fin *social o solidarista;* "es decir, que él se organice, no precisamente con ánimo de lucro o ganancia, sino con un propósito de ayuda social, de solidaridad humana. Una empresa privada puede organizar un negocio con ánimo de servicio al público, pero de seguro no es ese ánimo su fin primordial, sino el lucro, lícito desde luégo; y si el negocio deja pérdidas, lo suspenderá sin que el Estado pueda forzarla a continuarlo. Esa es la diferencia con el servicio público pues aunque él deje pérdidas el Estado está en la obligación de sostenerlo" (*Derecho Administrativo,* por Carlos H. Pareja).

El servicio público tal como lo concibe la doctrina francesa debe estar organizado, como dice Hauriou, por una organización pública, comoquiera que es un servicio del Estado puesto a disposición de la comunidad con un fin de interés general. El Estado puede servirse de los particulares en la prestación del servicio, mediante el sistema de concesiones consagradas en contratos administrativos, sin que por ello el servicio deje de tener carácter público, dado que la concesión no se rige en su totalidad por normas de derecho civil.

Pero en el sistema colombiano también puede haber servicios públicos explotados por particulares sin necesidad de concesión. Una empresa privada de conducciones, es un servicio público sometido a la supervigilancia del Estado, quien tiene el derecho de revisar sus tarifas y reglamentos, según el artículo 38 de la Constitución. La disposición no hace para ese efecto distinción entre empresas oficiales o de origen oficial, explotadas por concesión, y particulares, por lo que el precepto tiene un alcance general.

Esto se debe a que como el Estado está imposibilitado para prestar todos los servicios públicos esenciales para la colectividad, tiene que permitir que la iniciativa privada contribuya a crearlos, acrecentarlos y a mejorarlos. Entonces el Estado se reserva su vigilancia y control por medio de leyes, según el memorado artículo 38.

Por tanto la vigilancia y el control del Estado, de que habla el último aparte del artículo 38 recae aun sobre actividades de los particulares, que se ejerciten efectivamente en el campo propio de un servicio público. Es decir en aquellas necesidades cuya satisfacción es esencial para mantener la vida del pueblo, y que por tal causa el funcionamiento y desarrollo del respectivo servicio reviste cierto carácter de obligatoriedad para los gobernantes, por los fines primordiales a que atiende: tales los servicios de alumbrado público, acueducto, higiene, aduanas, transportes, plazas de mercado, etc.

No es pues en Colombia criterio de distinción de un servicio público, que el servicio se preste por una organización pública o por una organización particular estructurada sobre normas de derecho privado. Las empresas de transporte o conducciones, organizadas por los particulares rígense en el desarrollo del negocio por normas de derecho privado, las pertinentes del Código Mercantil; sin embargo actúan en el campo de un servicio público intervenido por el Estado, según la norma constitucional citada. Lo propio cabe destacar de otras empresas de especulación de carácter privado, pero tendiente a satisfacer necesidades primordiales de la colectividad, como las de acueducto, energía eléctrica, etc., cuyos reglamentos y tarifas son susceptibles de que el Estado ordene su control.

Los Decretos legislativos acusados someten también a supervigilancia los reglamentos y tarifas de los comisionistas de transportes y agentes de aduana. ¿Será esto posible?

La Corte se inclina por la contestación afirmativa.

Si bien es cierto que los comisionistas de transportes y agentes de aduana ejercen la profesión de mandatarios, y en las relaciones con sus mandantes obedecen o deben obedecer a regulaciones de derecho común, ello no les quita su carácter de intermediarios casi siempre necesarios entre el público que los ocupa y las respectivas empresas transportadoras o la aduana. Es decir actúan en relación tan estrecha con el servicio público ante el cual son mandatarios y ejercen sus funciones, que son como rodajes de éste. El comisionista de transportes para cumplir la comisión necesita de porteadores o conductores de mercancías, ante los cuales debe estar en relación y trato permanente. La ley mercantil lo considera con derechos y obligaciones semejantes a las del propio transportador, según se desprende del artículo 434 del Código de Comercio, que preceptúa que las disposiciones contenidas en el Título V del Libro 2º de ese Estatuto obligan también a dicho comisionista. Y en ese Título está toda la reglamentación relacionada con el contrato de transporte.

Según la definición del artículo 425 del mismo Código Mercantil, *comisionista de transporte* es aquel que, en su propio nombre, pero por cuenta ajena, trata con un porteador la conducción de mercaderías de un lugar a otro. Si la ley quiere proteger al público contra la arbitrariedad y el abuso de los transportadores, vigilando de cerca las tarifas y reglamentos, es natural que extienda esa protección hasta comprender la función de los comisionistas de transportes, a quienes el público que los ocupa entrega sus cargamentos para que los hagan movilizar en la forma adecuada.

El agente de aduana también es un comisionista que ejerce sus funciones alrededor del servicio público de aduanas. Su profesión por lo mismo no es libre, pues está completamente reglamentada, de acuerdo con la índole de la actividad. La Ley 79 de 1931, "orgánica de aduanas" dedica toda una sección, la número XXI, compuesta de un articulado de ocho preceptos, distribuídos en tres capítulos, a reglamentar el oficio de agente de aduana. Necesita de licencia especial otorgada por el Administrador de la Aduana, previo el cumplimiento de determinadas condiciones, entre las cuales está la de constituir fianza por no menos de $ 5.000.

El agente de aduana recibe en la aduana la mercancía a nombre de su comitente, y la despacha para los importadores que residen en lugares distintos del respectivo puerto. De acuerdo con la ley es un auxiliar en la mayoría de las veces necesario a los importadores; y es también un colaborador en el servicio de aduanas, tan estrechamente vinculado a éste, que los Administradores de Aduana son los que otorgan la licencia para que puedan ejercer sus funciones y los vigilan con el objeto de promover la cancelación de ella, si incurren en alguna de las causales de inhabilidad previstas en el artículo 407 de la Ley de Aduanas, que los descalifique legalmente para servir el cargo.

Actuando pues tan de cerca los agentes de aduana al servicio público de aduanas, es natural que los reglamentos que expidan y las tarifas que fijen para servir al público, tengan el control del Estado, a efecto de mantenerlos, en sus relaciones con sus comitentes, dentro de un plano de seriedad, equidad e igualdad.

Sentencia.

A mérito de las consideraciones expuestas la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la atribución que le señala el artículo 149 de la Carta Fundamental de la República, decide que son exequibles el artículo 2º, ordinal b), y el artículo 11 del Decreto número 400 de 1942, y el artículo 8º del Decreto número 780 del mismo año, dictados por el Gobierno en uso de sus facultades extraordinarias, en cuanto dichas disposiciones establecen la revisión de las tarifas y reglamentos de los agentes de aduana y de los comisionistas de transportes.

Publíquese, cópiese, notifíquese y comuníquese a los respectivos Ministros del Despacho ejecutivo.

Isaías Cepeda, Campo Elías Aguirre, José Miguel Arango, José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Francisco Bruno, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Los Oficiales del Ejército retirados no pueden pertenecer a directorios, comités o asociaciones políticas.

I—Es exequible el numeral 1º del artículo 8º de la Ley 88 de 1935, que determina —como causa de pérdida de las pensiones o sueldos de retiro de que disfrutan los Oficiales retirados— el pertenecer a directorios, comités o asociaciones políticas.

II—La pérdida de las pensiones o sueldos de retiro —como consecuencia de la intervención de los Oficiales retirados en las actividades políticas que determina el numeral 1º del artículo 8º de la Ley 88 de 1935— no afecta el pleno uso de los derechos políticos que integran la ciudadanía.

III—El numeral 1º del artículo 8º de la Ley 88 de 1935 fue expedido en desarrollo de la facultad que el artículo 169 de la Constitución Nacional otorgó al Organo Legislativo, según el cual el derecho de los militares a sus grados, honores y pensiones, está subordinado a las condiciones que le imponga la ley, en este caso la Ley 88.

IV—Es inoperante el posible argumento de distinguir entre pensiones o sueldos de retiro anteriores a la vigencia de la Ley 88 de 1935 y los adquiridos con posterioridad a esta Ley, porque tal distinción formaría dos grupos diversos de Oficiales retirados, para uno de los cuales sería ilícito lo que es lícito para el otro, al mismo tiempo.

No hay lugar a establecer diferencias entre Oficiales retirados con pensión o sueldo de retiro antes de la vigencia de la Ley 88 y los que con posterioridad a dicha vigencia disfruten de tales pensión o sueldo, porque dicha diferencia equivale a establecer dos categorías de Oficiales retirados, para una de las cuales está prohibido y es falta, lo que es lícito para la otra.

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

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

En ejercicio del derecho que otorga el inciso segundo del artículo 149 de la Constitución Nacional, el señor Francisco López Mojica, con observancia de las formalidades exigidas por el artículo 2º de la Ley 96 de 1936, solicita que la Corte Suprema de Justicia declare inexequible el ordinal 1º del artículo 8º de la Ley 88 de 1935.

A la demanda es adverso el señor Procurador General de la Nación, para quien la referida tacha de inconstitucionalidad no existe.

Dispone el mencionado artículo 8º de la Ley 88 de 1935:

"Son causas, además de las previstas en el Código Militar, para la pérdida de las pensiones o sueldos de retiro de que disfrutan los Oficiales en retiro, las siguientes:

"1ª Pertenecer a directorios, comités o asociaciones políticas.

"2ª .....

"3ª .....

"Parágrafo. ....."

Y cree el actor que dicho texto legal infringe estas normas constitucionales: el inciso final del artículo 10; la primera parte del artículo 14; el artículo 15; el primer inciso del artículo 22; el primer inciso del artículo 26, en su parte primera; la parte primera del primer inciso del artículo 44, y los artículos 172 y 177.

* * *

Para mayor claridad la Corte transcribe aquellos preceptos de la Constitución.

Artículo 10 (inciso último): "Los derechos políticos se reservarán a los nacionales".

Artículo 14 (primera parte del inciso primero): "La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa indispensable para elegir y ser elegido, y para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción".

Artículo 15: "Las autoridades de la República 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 22 (primer inciso): "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal com-

petente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Artículo 26 (parte primera del primer inciso): "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

Artículo 44 (inciso primero, en su primera parte): "Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal".

Artículo 172: "Todos los ciudadanos eligen directamente Concejeros Municipales, Diputados a las Asambleas Departamentales, Representantes al Congreso Nacional y Presidente de la República".

Artículo 177: "El sufragio se ejerce como función constitucional. El que sufraga o elige no impone obligaciones al candidato, ni confiere mandato al funcionario electo".

* * *

Las razones del demandante, en ensayo de demostración de que el ordinal 1º del artículo 8º, Ley 88 de 1935, viola los copiados pasajes de la Constitución, son así:

"Primera. Porque las pensiones o sueldos de retiro de que disfrutan los Oficiales en retiro son derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes sobre la materia y tales derechos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, según el artículo 26 de la Constitución;

"Segunda. Porque el hecho de pertenecer a directorios, comités o asociaciones políticas es un derecho amparado por el artículo 44 de la Constitución;

"Tercera. Porque los Oficiales en retiro, que disfrutan de sueldo de retiro, preferirán la pérdida de los derechos políticos garantizados por la Constitución, a la pérdida de sus pensiones o sueldos de retiro, de donde derivan su subsistencia y la de sus familiares;

"Cuarta. Porque el sufragio político se ejerce como función constitucional según el artículo 177 y es de suponer que los Oficiales en retiro que disfrutan de pensiones o sueldos de retiro preferirán alejarse y aislarse de toda asociación política y de esta manera difícilmente podrán ejercitar el derecho de sufragio político;

"Quinta. Porque los Oficiales en retiro, alejados de toda asociación política, prácticamente quedan en la situación de extranjeros toda vez que los derechos políticos están reservados a los nacionales según el artículo 10 de la Constitución;

"Sexta. Porque los Oficiales en retiro para no perder sus pensinoes o sueldos de retiro ni elegirán ni serán elegidos; de esta manera quedan privados del ejercicio de los derechos constitucionales establecidos por los artículos 14 y 172;

"Séptima. Porque el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares de que trata el artículo 15 de la Constitución, no se asegura con la incompatibilidad establecida por el artículo 8º de la Ley 88 de 1935, entre la libertad de asociación y el goce de las pensiones o sueldos de retiro;

"Octava. Porque el Oficial en retiro que disfruta de pensión o sueldo de retiro no puede ser privado de su pensión o sueldo de retiro sino conforme al artículo 22 de la Constitución;

"Novena. Porque según el artículo 133 de la Ley 84 de 1931 (Código Militar), la pena de degradación apareja la pérdida de toda pensión o recompensa por servicios anteriores;

"Décima. Porque según el artículo 134 de la Ley 84 de 1931 (Código Militar), la pena de degradación entraña la pérdida de pensiones que correspondan al penado;

"Undécima. Porque es contrario y violatorio de las disposiciones constitucionales imponer a los Oficiales en retiro que disfrutan de pensiones o sueldos de retiro la pérdida de sus pensiones o sueldos de retiro por pertenecer a directorios, comités o asociaciones políticas, equiparando de esta manera tal participación a la comisión de los delitos castigados con la degradación y la suspensión".

Y concluye el señor López Mojica:

"Acogiéndome a la disposición del artículo 2º de la Ley 96 de 1936, solicito de la honorable Corte Suprema de Justicia se sirva hacer la declaración de inconstitucionalidad, si encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en mi demanda, o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por mí".

* * *

Considera la Sala:

A la triple aptitud para elegir y ser elegido y para desempeñar empleos públicos de mando o jurisdicción se contraen en Colombia los derechos políticos reservados al ciudadano en ejercicio, es decir, a todo nacional colombiano por nacimiento o por adopción, que sea varón y mayor de veintiún años y que no haya perdido la ciudadanía o no la tenga suspendida, advirtiendo que la mujer colombiana mayor de edad puede ser funcionario público con jurisdicción o autoridad.

Pues bien, la calidad de ciudadano a quien corresponde el pleno uso de los derechos políticos en nada se afecta con el hecho de que las pensiones o sueldos de retiro de que dis-

frutan los Oficiales del Ejército, en retiro, se pierdan por causa de pertenecer esos Oficiales a directorios, comités o asociaciones políticas.

De suerte que el Oficial retirado que llegare a perder la pensión o sueldo de retiro a consecuencia de aquella causa, mientras se halle en ejercicio de la ciudadanía no sufre ningún quebranto en las prerrogativas o atributos propios del ciudadano.

Evidente es que la privación o pérdida de una pensión o sueldo de retiro, como secuela de pertenecer el Oficial a comités, asociaciones o directorios políticos, deja íntegros en él su carácter de nacional colombiano y su capacidad para ejercer los derechos de la ciudadanía, uno de los cuales es la función del sufragio universal, directo o igualitario, función que sólo está prohibida a los miembros de la fuerza armada (Ejército, Policía Nacional y cuerpos armados permanentes, departamentales o municipales), que no es deliberante, en tanto permanezcan en servicio activo (artículo 168 de la Constitución y Ley 72 de 1930).

Significa lo anterior que el numeral 1º del artículo 8º, Ley 88 de 1935, no pugna en lo más mínimo con los artículos 10 (inciso final), 14 (primera parte), 172 y 177 de la Constitución Nacional.

* * *

Las citas de los artículos 15, 22 y 44 de la Constitución menos conducen al propósito del acusador.

Obvio es que la finalidad para que están instituídas las autoridades de la República no se desvirtúa por la circunstancia de que la Ley 88 de 1935 hubiese señalado en el numeral primero del artículo 8º un motivo de pérdida de pensión o sueldo de retiro, y de igual modo es obvio que las reglas y garantías del juzgamiento especial con ocasión de ese motivo, quedan amparadas en el parágrafo del mismo artículo 8º, parágrafo que dice:

"Para hacer esta declaración, el Gobierno sólo necesita de una información breve y sumaria, pero la resolución que él dicte es revisable por el Consejo de Estado".

Se tiene, pues, ley preexistente al acto que se atribuya, determinación de la entidad que puede decretar la pérdida de las pensiones o sueldos de retiro y señalamiento de las formalidades que han de observarse para juzgar al Oficial que incurra en la causal 1ª impugnada.

Y por lo que toca con la norma constitucional que permite formar compañías, asociaciones o fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal, ¿qué nexo puede hallarse entre la libertad consagrada allí y la causa o pérdida de pensión o sueldo de retiro cuando el Oficial retirado pertenece a directorios, comités o asociaciones políticas?

Las asociaciones y comités y directorios de tal índole política, no son las compañías, asociaciones o fundaciones de que habla el artículo 44 de la Constitución. Estas últimas entidades son sujetos jurídicos que tienen su régimen en los Códigos Civil, de Comercio, etc.; y en cambio, a las primeras las distingue una naturaleza o actividad de partido político ajena totalmente al sentido o alcance del mencionado canon constitucional.

Además, para el Oficial retirado siempre subsiste la permisión del artículo 44 de la Carta, pierda o nó su derecho a la pensión o sueldo de retiro.

* * *

El derecho adquirido es la efectividad de una situación jurídica prevista por la ley y por ésta amparada cuando se realiza.

Y sin que sea preciso estudiar hoy si el radio en que actúa la noción de *derecho adquirido* se circunscribe al derecho privado o si también se extiende al campo del derecho público interno, lo cierto es que la disposición legal acusada tampoco se opone a la garantía del artículo 26 de la Constitución. Sencillamente se trata de que el numeral 1º del artículo 8º, Ley 88 de 1935, pone una condición para que el Oficial retirado del Ejército reciba una pensión o sueldo de retiro.

Un plausible interés público informa el precepto acusado. Que los Oficiales del Ejército, en retiro, sigan, para su propia dignidad, sustraídos de las peligrosas actividades partidistas, observando siempre un provechoso alejamiento de las luchas y riesgos sectarios.

Y eso es tanto más de desear y de ser conservado cuanto que la Oficialidad retirada no se desvincula del Código de Justicia Militar (Ley 84 de 1931).

El Oficial en retiro con pensión o sueldo puede integrar Consejos de Guerra (artículo 34) y desempeñar las funciones de defensor militar (artículo 47, inciso último). Y cuando se trata de delitos contra la soberanía y la seguridad exterior de Colombia, contra la seguridad interior, la tranquilidad y el orden público y contra la disciplina del Ejército (sedición), a los Oficiales retirados que perpetren esos hechos se les juzga y reprime como militares en servicio activo (artículos 167 y 172).

De otra parte, si sólo *en los casos y del modo que determine la ley* se puede privar a los militares de sus grados, honores y pensiones (artículo 169 de la Constitución), ¿por qué es inexequible la causal 1ª del artículo 8º, Ley 88 de 1935, que, precisamente, en uso o cumplimiento de la absoluta y explícita atribución

constitucional, fijó *uno de los casos* de pérdida de pensión o sueldo de retiro, y luégo, en el parágrafo del mismo artículo, estableció el *modo* o trámite para declarar esa pérdida?

Negarle a la ley la clara facultad que ejerció, es quebrantar los artículos 69 y 169 de la Constitución Nacional.

Al Oficial en retiro no se arrebata el derecho a la pensión o sueldo de retiro de que disfruta. Unicamente le previene la ley que pierde ese sueldo o pensión cuando forme parte de directorios, comités o asociaciones políticas.

Por referirse el numeral 1º del artículo 8º, Ley 88 de 1935, a una simple prevención que los Oficiales retirados están en libertad de desobedecer o de someterse a ella, al Oficial, se repite, no se le arrebata ni vulnera, ni le es desconocido, su derecho al sueldo o pensión. Y si fuese dable llamar derecho adquirido, que quepa en el concepto del artículo 26 de la Constitución, el que tenga un Oficial retirado a su pensión o sueldo, el goce de tal derecho debe entenderse sin perjuicio de que la ley señale, *ad libitum* racional, los casos y el modo de privar de la pensión a un militar en retiro.

Lo dicho en los cuatro párrafos precedentes hace inoperante el posible argumento de distinguir entre pensiones o sueldos de retiro anteriores a la vigencia de la Ley 88 de 1935, y los sueldos o pensiones adquiridos con posterioridad a la citada Ley, distinción que formaría dos grupos diversos de Oficiales retirados, para uno de los cuales sería lícito e ilícito para el otro, a un mismo tiempo, un mismo acto.

* * *

Para terminar, no ocurre en este negocio el caso o casos que contempla el inciso segundo del artículo 2º, Ley 96 de 1936.

* * *

Por lo expuesto y en armonía con la petición del señor Procurador General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena,

decide:

Es exequible el ordinal 1º del artículo 8º de la Ley 88 de 1935, "por la cual se adicionan, aclaran y modifican las Leyes 71 de 1915, 23 de 1916, 75 de 1925, 115 de 1928 y 15 de 1929".

Dése cuenta al Ministerio de Guerra.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Isaías Cepeda, Campo Elías Aguirre, Miguel Arteaga—Con salvamento de voto, *José María Blanco Núñez—Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán*—Con salvamento de voto, *Víctor Cock.* Con salvamento de voto, *Liborio Escallón—Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Hinestrosa Daza, Ricardo Jordán Jiménez*—Con salvamento de voto, *Fulgencio Lequerica Vélez*—Con salvamento de voto, *José Antonio Montalvo*—El Conjuez, que salva su voto, *Eduardo Rodríguez Piñeres. Hernán Salamanca*—Con salvamento de voto, *Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón,* Secretario en propiedad.

SALVAMENTOS DE VOTO

DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE M. BLANCO NUÑEZ

El Magistrado que suscribe el presente salvamento de voto, fue ponente en la sentencia de fecha 24 de julio de 1942 que está publicada en las páginas 568 a 576 de la *Gaceta Judicial* números 1984 y 1985 —sentencia dictada en la demanda de inexequibilidad de los artículos 2º, en parte, y 5º y 6º, del Decreto número 1332 de 1939 sobre ciertas limitaciones impuestas a las recompensas concedidas "a los ciudadanos que adquirieron grados en cualquiera de las actividades militares antes de 1904", quienes por virtud del artículo 6º de la Ley 65 de 1937 —a la cual corresponde esta cita— "tienen derecho a ser inscritos en el Escalafón especial que se denominará *Escalafón de Antiguos Militares*".

Aunque la Corte consideró que para declarar inexequible, como lo declaró por unanimidad, el artículo 6º del Decreto mencionado, bastaba con reconocer que en él había el Gobierno excedido la potestad simplemente reglamentaria que la Constitución le otorga, no dejó de ser materia del debate y del espíritu de la misma sentencia, favorable a dicho cargo, el examen de uno de los contenidos en la demanda, cual fue el de que las disposiciones acusadas eran violatorias de los artículos 26 y 169 de la Constitución referentes, respectivamente, a la inviolabilidad de los derechos adquiridos y a que "los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley".

La parte conducente de lo que la Corte expresó con respecto al artículo 6º del Decreto acusado, principió por transcribir lo que ya se deja citado del artículo 6º de la Ley 65 de 1937, y concluyó así:

"No siempre tienen el carácter de gracias o recompensas gratuitas las que el Estado concede a ciertas personas. Casos hay en que la concesión de tal beneficio tiene el verdadero carácter de acto compensador o conmutativo, que se funda o tiene su raíz en el reconocimiento y pago de un servicio prestado al Estado".

No está de más recordar que los militares a quienes se refería el juicio de inexequibilidad que se cita, no habían contribuído hasta ese momento con su peculio a la formación de fondo especial alguno para el pago de sus recompensas; como sí sucede con aquellos a quienes se refiere el caso actual.

Aquel caso sólo presuponía la mera prestación de un servicio especial al Estado, como habría podido presuponerlo, como solo fundamento para la concesión de la pensión o recompensa conforme a las disposiciones sobre asistencia social, que es otra obligación constitucional del Estado (artículo 15 de la Carta), el caso de invalidez por accidente, de enfermedad o decadencia física o moral por razón del mayor tiempo consagrado al servicio público, circunstancias que configuran también el carácter remuneratorio de las pensiones, pues con el de simple y discrecional liberalidad, individual o personal, no se explican tales concesiones dentro de las facultades de que puede hacer uso el Congreso (artículo 71, ordinal 5º), salvo lo dispuesto en el numeral 18 del artículo 69 caso que, bien examinado en lo que tal disposición reza, tampoco es el de una simple liberalidad del Legislativo.

Pero si parece al suscrito que pudiera, en gracia de discusión, vacilarse en cuanto al carácter o naturaleza de derechos no adquiridos tratándose de las pensiones y recompensas con base en servicios prestados al Estado o en razón de la condición de las personas con ellas favorecidas, no cabe vacilar en cuanto a que sí tienen ese carácter de derechos adquiridos, que sólo pueden hacerse perder conforme a las reglas especiales de la Constitución, con respecto a todo derecho adquirido con justo título, cuando se trata, como en el presente caso, de sueldos de retiro que han de pagarse con un fondo "especial o particular", como lo llama el artículo 8º de la Ley 75 de 1925, formado, en parte, con aportes que de sus propios sueldos han hecho los militares de que se trata. Si esto es así, ni la pérdida ni la restricción condicional sin discriminación, del pago de ese sueldo se justifican constitucionalmente, por más que así se haya dispuesto en una ley posterior a las que crearon tal fondo y determinaron los casos en

que debía hacerse el pago a los Oficiales de retiro.

Por eso, en el caso que ahora se contempla y con motivo del reparo que al proyecto del Magistrado ponente doctor Águirre hizo en su carácter de Conjuez en las sesiones en que actuó como tal, el eminente jurisconsulto doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, en el sentido de que esa sentencia debía votarse con la expresa declaración de que no se hacía extensiva a los militares comprendidos antes de la vigencia de la Ley acusada, por estimar que se trataba de un derecho ya adquirido por ellos que no podía ser vulnerado dándole a tal Ley efecto retroactivo, el suscrito, ocasionando un empate en la votación, adhirió a ese concepto, recordando a la Corte lo que expuso ante ella para sostener el proyecto por él presentado cuando se trató de la precitada sentencia de 24 de julio de 1942, y agregando que, en el presente caso, la razón es mayor para apoyar tal reparo, si se considera, entre otras razones, que aunque al presente se trate de una ley, y no de un decreto que ha condicionado el pago de las pensiones de los militares retirados, sin distinción, a que éstos se abstengan de formar parte de directorios, comités o asociaciones políticos, fin, indiscutiblemente, tan plausible como el de que los miembros del Poder Judicial no se ocupen en actividades de índole tan extraña a su noble misión, el artículo 169 de la Constitución no puede autorizar que por la ley se haga nada más ni nada menos que lo que aquélla, que es la suprema ley normativa, permite que se haga, entre lo cual está el respeto a los derechos adquiridos con justo título, tanto más legítimamente adquiridos en el presente caso, si se tiene en cuenta que el fondo con que se pagan las pensiones de que se trata, está formado con parte de los sueldos que devengaron los militares que antes de su vigencia contribuyeron a la formación o integración de tal fondo, lo que configura un aspecto puramente patrimonial y casi contractual que debe ser respetable conforme al artículo 26 de la Carta, aunque se descontara el aspecto —también muy importante— del claramente punitivo o penal que la medida en cuestión entraña para quienes no se sujeten a sus nuevos preceptos, siendo así que las leyes, menos aún las penales en lo desfavorable, pueden obrar en sentido retroactivo. (Artículos 22 y 24 ibidem).

El artículo 169 de este texto —cierto es— dice que "los militares no pueden ser privados de sus grados, honores o pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley". Pero, se repite, de aquí no se sigue que el legislador pueda proveer en sentido contrario a las mismas normas del constituyente, o que éste autorice a aquél para que legisle sin acomodarse a ellas.

Si, como es la verdad, la Constitución ha reconocido en su artículo 26 que "la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas" "no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores", salvo motivos de utilidad pública o de interés social "*definidos* por el legislador"; si en ese caso podrá haber expropiación, pero "mediante sentencia judicial o indemnización previa"; si se podrá prescindir de decretar indemnización, pero por razones de equidad, en casos determinados, y mediante una ley expedida con "el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara"; si es verdad —como lo es— que fuera de esos casos predeterminados en la Carta, la apropiación de lo que a otro pertenece con justo título es una *confiscación*, pena que es muy distinta de la de multa y decomiso, y que está abolida por el artículo 31 cuando dice que "No se podrá imponer pena de confiscación"; si es cierto también —como el artículo 22 reza— que "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante el Tribunal competente, y observando las formas propias de *cada juicio*", disposición con la cual no parece que marcha muy acorde el parágrafo del artículo 8º de la Ley 88 de 1935 por cuanto atribuye al *Gobierno* la facultad de hacer la "declaración" de pérdida de las pensiones o sueldos de retiro con base en una simple "información breve y sumaria", dejando sólo al reo (no se sabe si habiendo ejercitado previamente ante el Gobierno el derecho, común a todos los ciudadanos, de presentar y oír sus descargos, antes de ser condenados), la facultad de pedir al Consejo de Estado la revisión de la resolución que tan breve y sumariamente lo privó de la pensión o sueldo de retiro; y, finalmente, si —como dice el artículo 13 de la Ley 88 de 1935— el fondo de la Caja de Sueldos de Retiro de los Oficiales está formado, en parte "con las sumas provenientes del aporte mensual que hagan los Oficiales mediante descuento de sus sueldos"; parece claro que la disposición acusada en el presente juicio, es violatoria de todas las disposiciones de la Constitución arriba mencionadas y que la sentencia con que se le ha puesto fin, al no hacer la distinción sugerida por los Magistrados que en este particular mostraron su disentimiento, no ha desatado la controversia en forma armónica con el Estatuto fundamental de la República, porque si, como vuelvé a anotarse, él autoriza en su artículo 169 la privación de los grados, honores y pensiones de los militares en los casos y del modo que determine la ley, no basta, simplemente, que en ella se halle la de-

terminación de esos casos y modo, sino que éstos no pueden ser sino aquellos que no pugnen con otras normas del mismo estatuto, que, como las precitadas, no son de menor fuerza obligatoria.

Sobre todo lo que viene expuesto, cabe quizá anotar que aunque se supusiera que los militares en retiro son funcionarios o empleados públicos, y empleados públicos en ejercicio o desempeño de sus funciones, hoy, por el hecho de formar parte de directorios políticos o por intervenir en debates de esta clase, la pena accesoria de pérdida de la pensión o sueldo de retiro (aun suponiendo también que la pensión del presente caso fuera netamente *oficial* y no parte del patrimonio del reo) no les correspondería sino solamente la pena principal "de arresto de un mes a dos años" y la accesoria de "interdicción para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término". Esto, de acuerdo con el actual Código Penal, en sus artículos 179 y 180, vigentes desde el 1º de julio de 1938, o sea, después del 8º de la Ley 88 de 1935.

En lo que toca al procedimiento que esta última disposición establece, es oportuno, citar lo siguiente dicho por la Corte en sentencia del 13 de noviembre de 1928 (*Gaceta Judicial*, número 1832, página 193):

"Las frases formalidades legales, plenitud de formas, de que se vale la Constitución, al ordenar que toda restricción a la libertad del individuo impuesta por la autoridad a fuer de prevención, o castigo, debe sujetarse a formalidades legales con plenitud de formas propias de cada juicio, no son expresiones que pueden entenderse en el sentido de que cualesquiera tramitaciones de procedimiento puedan constituir una garantía suficiente. No tienen ellas el sentido vago que les imprime su tenor literal, ni la acepción común que les presta el Diccionario. Entrañan el concepto altísimo de libertad y seguridad individual protegidas por la defensa; son una fórmula comprimida y breve de un principio cuyo origen se remonta a siglos lejanos, y cuya vida y crecimiento están vinculados a sucesos memorables en la historia del mundo, como ocurrió en Inglaterra con la Carta Magna (1215), la petición de derechos (1628), y el Habeas Corpus (1678)". "..... Que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa".

Finalmente, y en cuanto a la sujeción a las mismas normas del constituyente, cuando autoriza en abstracto al legislador para que éste legisle, quizá sea igualmente oportuno citar lo que esta corporación estableció en providencia de 13 de mayo de 1942 (*Gaceta Judicial*, número 1983, páginas 8 y 9):

Dijo en tal providencia la Corte para decidir el incidente de competencia promovido por el señor Procurador General de la Nación contra el Consejo de Estado con motivo de la demanda presentada ante éste sobre nulidad y suspensión provisional del Decreto número 970 de 15 de mayo de ese año relativo al aplazamiento de la fecha de reunión de las Asambleas:

"Para la Corte no es válido, ni tiene fundamentos jurídicos el argumento de que el Acto legislativo número 3 de 1910 fue expedido cuando estaba suprimido el Consejo de Estado, y de que el Acto legislativo de 1914, al restablecerlo, dispuso que el Consejo tendría, fuera de las atribuciones allí conferidas, 'las demás que les señalen las leyes', porque esa frase, que emplea el constituyente a cada paso para indicar lo que el legislador está autorizado para hacer, no cabe interpretarla en el sentido de que la ley puede expedirse con violación de preceptos constitucionales expresos, sino, por el contrario, respetando el orden constitucional existente y ajustándose a él. Tampoco valdría decir que como el constituyente ordenó al legislador establecer la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 164 de la Constitución, 42 del Acto legislativo número 3 de 1910), lo facultó para asignarle las funciones que a bien tuviera, porque es entendido que tal establecimiento no podía hacerse sino respetando asimismo el orden constitucional en vigencia.

"Ahora bien: Si quedare alguna duda al respecto o si se insistiere en que el artículo 62 de la Ley 167 de 1941 sí le atribuyó jurisdicción al Consejo de Estado para conocer de la acusación de los decretos del Gobierno, por motivos de inconstitucionalidad, contra lo que dispone expresamente el artículo 149 de la Carta, se estaría entonces en presencia de un caso de incompatibilidad manifiesta entre la Constitución y la ley, y la Corte tendría que insistir en que ella debe conocer del asunto en referencia, por virtud de lo ordenado en el artículo 150 de aquélla".

El mismo propósito de acertar, que entonces llevó al suscrito a acompañar a sus colegas en la decisión de ese negocio, lo obliga hoy, muy a su pesar, a separarse de su respetable concepto, aunque esta vez, con la duda de que sea él quien esté equivocado.

José M. Blanco Núñez

DEL CONJUEZ DOCTOR EDUARDO RODRIGUEZ PIÑERES

Estoy de acuerdo con la parte declarativa del fallo presente en lo atañedero a pensiones militares concedidas o que se concedan durante la vigencia de la Ley 88 de 1935; pero no en lo concerniente a las pensiones de esa clase que tengan el carácter de remuneratorias o que deban pagarse con un fondo formado por descuentos que de sus asignaciones se hayan hecho a militares, tales como las que se contemplan en los artículos 7º y 8º de la Ley 75 de 1925, que rezan:

"Artículo 7º Todo Oficial en servicio activo pagará mensualmente una prima igual al tres por ciento de su sueldo, prima que será descontada por la Tesorería General al efectuar los pagos a los respectivos Contadores.

"....

"Artículo 8º Para atender al pago de los fondos de los sueldos de retiro, constitúyese una Caja especial y particular que se formará así: 1º *Con las sumas pagadas por los Oficiales* (subrayo); 2º Con una subvención de ochenta mil pesos ($ 80.000) anuales que durante diez años dará la Nación a dicha Caja, y que será pagada antes del 31 de diciembre de cada año, incorporándola por el Gobierno en la Ley de Apropiaciones de la vigencia correspondiente; 3º Por cualesquiera otras donaciones o prestaciones que se le hagan, y 4º Por los intereses que devenguen todas estas sumas.

"Parágrafo. Por ningún motivo este fondo especial podrá destinarse a fines distintos de los previstos en la presente Ley, y será depositado siempre en el Banco de la República".

De donde se sigue que el texto acusado de la Ley 88 de 1935, si exequible en lo general, no lo es en cuanto no hizo la reserva del caso respecto de esas pensiones; pues con ello viola el artículo 26 del Estatuto, conforme al cual no pueden ser desconocidos por leyes posteriores los derechos adquiridos con justo título: si el artículo 169 del mismo es bastante amplio en el sentido de dar al legislador extensas facultades sobre grados, honores y pensiones militares, ello no es para las pensiones de que tratan aquellos textos legales.

Por ello adhiero al salvamento de voto formulado por el señor Magistrado doctor Blanco Núñez.

Eduardo Rodríguez Piñeres

DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES VICTOR COCK, LIBORIO ESCALLON, FULGENCIO LEQUERICA VELEZ Y ARTURO TAPIAS PILONIETA.

Los suscritos Magistrados hacen propias las razones expuestas en los anteriores salvamentos de voto por el Magistrado doctor José M. Blanco Núñez y por el Conjuez doctor Eduardo Rodríguez Piñeres y en tal virtud se apartan del parecer de los señores Magistrados que acogieron el proyecto presentado por el señor Magistrado ponente doctor Aguirre y salvan también, en consecuencia, sus votos respecto a la presente sentencia, ya que estiman, en armonía con los principales fundamentos de la demanda de inexequibilidad, ser manifiestamente violatorio de la Constitución Nacional el precepto del artículo 8º de la Ley 88 de 1935, en cuanto señala como causa, para la pérdida de las pensiones militares o sueldos de retiro de que disfrutan los Oficiales en retiro, el llegar a pertenecer éstos a directorios, comités o asociaciones políticas; con el agravante de que esa inconstitucional disposición, por comprender igualmente pensiones de carácter remuneratorio, como las llama el doctor Rodríguez Piñeres, viola así derechos de índole patrimonial anteriormente adquiridos con justo título por militares retirados.

Víctor Cock, Liborio Escallón, Fulgencio Lequerica Vélez, Arturo Tapias Pilonieta.

DEL MAGISTRADO DOCTOR MONTALVO

Sigo a los otros seis Magistrados que han salvado su voto en la anterior sentencia por medio de la cual se declara exequible el ordinal 1º del artículo 8º, Ley 88 de 1935. Tal disposición dice:

"Son causas, además de las previstas en el Código Militar, para la pérdida de las pensiones o sueldos de retiro de que disfrutan los Oficiales en retiro, las siguientes: 1ª Pertenecer a directorios, comités o asociaciones políticas".

Aun cuando en los salvamentos del doctor Blanco Núñez y del doctor Rodríguez Piñeres, a los cuales han adherido otros cuatro Magistrados, aparecen expuestas con gran brillo las razones por las cuales debe considerarse inconstitucional el precepto arriba transcrito, me permito concretar algunos puntos en los términos siguientes:

Si lo que la Ley acusada ha querido es erigir en hecho punible la participación de los militares en "directorios, comités o asociaciones políticas", resalta la inconstitucionalidad de ella

puesto que permite imponer una sanción sin fórmula de juicio y por autoridades del Organo Ejecutivo.

Que la Resolución ministerial con la cual se reemplaza en este caso la sentencia del Juez sea demandable ante el Consejo de Estado, no excusa en manera alguna la pretermisión de todas las formalidades y garantías procedimentales (artículo 22 de la Constitución) ni justifica la sustitución del Juez por funcionarios administrativos.

Ahora: si al conminar a los militares retirados con la amenaza de privarlos de su pensión de retiro por pertenecer a "directorios, comités o asociaciones políticas" se hace tal conminación no como el anuncio de una verdadera pena sino como simple medida civil o administrativa, con ella se viene a condicionar un derecho adquirido y perfecto, con violación de las normas constitucionales sobre propiedad y derechos adquiridos puesto que los sueldos de retiro no son donativo gracioso del Estado sino prestaciones remuneratorias que se cubren con dineros provenientes en parte de cuotas servidas por los mismos militares cuando estaban en servicio activo. Y es atentatoria de ese derecho adquirido y perfecto la disposición acusada, por lo menos en cuanto tiene efecto retroactivo sobre pensiones o sueldos remuneratorios obtenidos o decretados antes de que ella se expidiera, como se explica en los otros salvamentos de voto.

Por último: la vaguedad del término "asociaciones políticas" que emplea la Ley acusada, después de hablar de "directorios o comités", crea el grave riesgo de que se pueda llegar hasta tomarla como equivalente de *partidos políticos*. Y prohibir bajo sanción (sea civil, administrativa, disciplinaria o penal) el pertenecer a un partido político, menoscabaría derechos primordiales garantizados en varios artículos de la Constitución, violados así por la Ley acusada y aun atentaría contra el sistema democrático mismo.

José Antonio Montalvo

SALA DE CASACION CIVIL

Reivindicación de una finca raíz perteneciente a la sociedad conyugal ilíquida y que fue enajenada por el marido.

Ha dicho repetidas veces la Corte 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".

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Durante la sociedad conyugal formada entre Francisco López Aguilar y Emiliana Alarcón por virtud del matrimonio católico contraído por ellos el doce de junio de mil novecientos diez y seis, por medio de la escritura pública número 370, otorgada el 1º de julio de 1930 ante el Notario del Circuito del Líbano, López Aguilar, en su carácter de único administrador de la sociedad conyugal, compró a Teófilo Montoya una casa con su solar correspondiente, construída de madera y lámina de zinc, ubicada en el área de la población del Líbano y alinderada como allí se dice.

En el año de 1937, sin que la sociedad conyugal se hubiera liquidado en ninguna de las formas legales y sin autorización, ni intervención, ni ratificación de la cónyuge Alarcón, su marido, Francisco López, obrando por sí solo y como si fuera dueño exclusivo del inmueble, mediante escritura pública número 174, otorgada ante el Notario de la Comisaría Especial del Caquetá el 14 de diciembre de ese año, vendió a Julia Sanín Santos la misma casa especificada anteriormente.

Con apoyo en estos hechos y en la razón de derecho de que la casa vendida por el marido pertenece en propiedad a la sociedad conyugal no disuelta ni liquidada cuya gerencia no ejerce ya exclusivamente el cónyuge vendedor, y con exhibición de los títulos escriturarios correspondientes y pertinentes pruebas sobre estado civil, en libelo del 25 de febrero de 1941, dirigido al Juzgado Civil del Circuito del Líbano, Francisco López Aguilar y Emiliana Alarcón, por medio de apoderado, demandaron a la sucesión intestada de Julia Sanín, herencia declarada yacente, representada por su curador, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se declare que la sociedad conyugal formada por el matrimonio de los demandantes es dueña de la casa y su solar correspondiente, ubicada en la ciudad del Líbano y alinderada como allí se expresa, y que en consecuencia los herederos demandados deben restituírla dentro del término que fije la sentencia con sus frutos a partir de la fecha de la demanda, y que deben pagar, en caso de oposición, las costas del juicio.

Corrida en legal traslado la demanda al curador de la herencia yacente, la contestó oponiéndose a las declaraciones en ella solicitadas y negando algunos de los hechos fundamentales de la acción de dominio, especialmente el en que se afirma que el vendedor no era dueño de la casa vendida porque el título escriturario así lo reza y porque de él lo adquirió la compradora Sanín con perfecta buena fe.

Tramitado el juicio legalmente, el Juzgado del Circuito lo sentenció en fallo de 9 de marzo de 1942, absolviendo a la sucesión demandada de los cargos de la demanda. Sin costas.

Sentencia acusada.

Apelaron de esta sentencia las dos partes, la demandada en cuanto se denegó la condena en costas, por lo cual subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, donde se pronunció, después de tramitado el grado, la sentencia definitiva de segunda instancia que está al conocimiento de la Corte y en la cual se confirmó la recurrida "reformándola apenas en lo que concierne a las costas, pues al pago de ellas se condena a la parte demandante, por ser notoria su temeridad".

Recuerda el Tribunal, para motivar su sentencia absolutoria, la doctrina de esta Sala, conforme a la cual, tratándose de antiguas sociedades

conyugales ilíquidas la mujer tiene a partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932 "personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por éste, tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima", para concluir que es improcedente accionar con simple acción de dominio contra terceros que han adquirido de buena fe de quien aparece como dueño en el título inscrito, sin pedir antes la declaratoria judicial de invalidez del contrato celebrado por el marido para destruir de esta manera el título de adquisición del demandado. "La cónyuge Emiliana Alarcón de López —dice el Tribunal— había podido pedir de la justicia que declarara nulo el contrato celebrado por su marido e ineficaces sus cláusulas en lo que a ella como socia le fuere perjudicial. Si no lo pidió, el Juez no podía de oficio hacer declaraciones de esa laya, sin incurrir en infracción del principio tutelar que a los administradores de justicia obliga a procurar que los fallos guarden consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes. "Considera también que a esta misma solución se llega tratando la cuestión desde el punto de vista del derecho contractual, conforme al cual las obligaciones engendradas por el contrato de venta no pueden extinguirse sino por una convención en que las partes consientan en darlas por nulas, y lo mismo acontece a la luz de las disposiciones legales sobre la tradición, porque si López, que transfirió su derecho en la casa, ha declarado en documento auténtico que hizo entrega real de ella a su compradora con intención de transferir el dominio, empleando para ello un medio legal como es la venta, tiene que obtener primeramente la declaración judicial de inefectividad de la entrega para que la tradición deje de producir para el adquirente sus efectos legales.

Advierte en seguida el sentenciador de Ibagué que en virtud del principio que manda suponer al legislador justo y racional no puede "atribuírsele al de 1932 la intención de crear un privilegio tal para los cónyuges que éstos pudieran prescindir de la liquidación, vivir en comunidad de intereses, y que de esa situación pudieran aprovechar para contratar cada cual por su lado con la perspectiva de refrendar o improbar luégo a su talante los contratos ajustados con terceros según le conviniera al esposo que no intervino en el contrato", y añade el siguiente concepto sobre cómo entiende en este particular el Tribunal la reforma sobre el régimen patrimonial en el matrimonio: "A la Ley 28 de 1932 hay que mirarla como una medida para ampliar las facultades contractuales de la mujer y equipararla, como lo impone la razón, con el marido en lo que dice relación al patrimonio. ¿Cómo pensar que ese espíritu de amplitud y de equilibrio se puede torcer para sacar la conclusión de que es el marido quien tiene hoy que pedirle autorización a la mujer y que la falta de esa autorización se puede revolver contra terceros contratantes en quienes predominó la buena fe?".

Sobre estos razonamientos apoya la sentencia su conclusión de que existen en este caso las excepciones perentorias de "petición de un modo indebido y error de la acción escogida", que son el soporte de su absolución total.

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso oportunamente la parte demandante el recurso de casación que hoy se decide después de someterlo a sus trámites legales.

Con fundamento en la primera causal del artículo 520 del Código Judicial el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal de Ibagué varios cargos por violación de ley sustantiva, de los cuales la Sala, haciendo uso de la facultad que concede el artículo 538 del Código Judicial, destaca el que en seguida se compendia y a él circunscribe su estudio por hallarlo bastante para producir la infirmación del fallo acusado.

El cargo es por quebranto de los artículos 740, 752, 946, 950, 1741, 1774, 1781, 1871 y 1740 del Código Civil, unos por falta de aplicación y por indebida aplicación los otros, en que incurrió el Tribunal al hacer un planteamiento de la cuestión litigiosa equivocado y en contradicción con el problema presentado en la demanda, en la que no se pide ni afirma nada en relación con la validez o nulidad del título de la adquirente Sanín, ni se dice que el contrato celebrado por el cónyuge López, contenido en la escritura número 174, esté afectado de nulidad absoluta o relativa, sino que se plantea el caso de venta de cosa ajena y se ejercita la acción reivindicatoria en representación e interés de la sociedad conyugal López-Alarcón, que es el verdadero dueño del inmueble enajenado sin facultad legal por el marido. "La circunstancia de que sea válida la venta que uno de los cónyuges realice de un bien de la sociedad conyugal, significa que el título del adquirente es legítimo y que el contrato surte todos sus efectos personales entre las partes. Ello, sin embargo, no obsta al derecho del verdadero dueño, que es en este caso la sociedad conyugal representada por ambos cónyuges o por cualquiera de ellos, derecho de propiedad al cual corresponde la acción reivindicatoria ejercitada autónomamente, esto es, sin sujeción a la de nulidad o ineficacia del título en cabeza del adquirente".

Considera la Sala:

En sentencia de fecha 25 de junio de 1942, decisoria de un pleito análogo al presente, dijo la Corte:

"La viabilidad y procedencia de acciones como la instaurada en este juicio han sido admitidas y consagradas por la jurisprudencia reiterada de esta Sala de Casación Civil al interpretar, teniendo sobre todo en consideración el pensamiento que inspiró la reforma, el nuevo estatuto de la mujer casada consignado en la Ley 28 de 1932. Va ya para cinco años que la Corte expresó su parecer interpretativo en torno de los múltiples problemas que trajo la innovación legislativa en el régimen patrimonial del matrimonio, ya en sí misma, ya en las dificultades que se suscitaron al engranarla con el Código Civil, y procuró fijar en lo posible la significación y alcance de las principales disposiciones de la Ley reformatoria. Estos puntos de vista, reproducidos luégo muchas veces, están expuestos en sentencia del 20 de octubre de 1937 (*Gaceta Judicial,* tomo XLV), de la cual se copian los siguientes apartes contentivos de las razones que legitiman para la mujer, y para el marido en su caso, el ejercicio autónomo de acciones destinadas a volver a su sociedad conyugal constituída antes del primero de enero de 1933 e ilíquida aún, los bienes sociales de que haya dispuesto uno de los cónyuges con prescindencia del otro:

".... 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 ellos ocurrido 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 disposiciones 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 éstos pertenecen a las sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7º.

"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 sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver...."

En sentencia de esta Sala, de fecha 20 de abril de 1942, a la vez que se reiteró y justificó la insistencia de la Corte en el sostenimiento de estas tesis, se hizo la enumeración de los diversos fallos pronunciados hasta entonces sobre éste y otros aspectos interpretativos de la Ley 28, a manera de índice, muy conveniente para facilitar, respecto de estas cuestiones, la función unificadora de la jurisprudencia nacional que primordialmente corresponde a la casación ci-

vil. A esa lista podrían ya agregarse nuevos fallos en el mismo sentido.

Dentro del régimen jurídico patrimonial del matrimonio, anterior a la reforma del año de 1932, en que el marido era considerado ante terceros como único dueño de los bienes sociales, el dominio de la mujer sobre las cosas adquiridas durante el matrimonio, o bienes sociales, era un derecho inefectivo, una mera expectativa sin posible control ni intervención de su parte, que no adquiría eficacia y actualidad sino al disolverse la sociedad. No había en tal situación un estado jurídico de indivisión de bienes que supone la coexistencia de dos propietarios con derecho actual, pues el marido era el dueño, respecto de terceros, del patrimonio de la sociedad conyugal. A partir del 1º de enero de 1933, bajo el nuevo sistema de la Ley 28, el dominio de la mujer sobre las cosas sociales en las sociedades conyugales preexistentes y no liquidadas entonces, dejó de ser ese derecho meramente potencial e ineficaz que era para convertirse en operante y real estado jurídico de copropiedad indivisa con su marido sobre los bienes sociales que éste, privado de su dominio exclusivo ante terceros y de su gerencia omnímoda, ya no puede enajenar por sí solo ni disponer de ellos libremente como bajo el imperio de la anterior legislación. La nueva organización legislativa de la administración de bienes dentro del matrimonio, de obligatoria e inmediata aplicación desde que fue promulgada, ha producido, a no dudarlo, como inevitable efecto jurídico del tránsito de regímenes, la existencia de un patrimonio determinado y autónomo de la exclusiva propiedad de las sociedades conyugales iliquidas en 1º de enero de 1933, distinto del patrimonio de cada uno de los cónyuges y del social en el antiguo sentido del Código Civil y sobre el cual ninguno de éstos, obrando por sí solo, puede ejecutar ningún acto de enajenación sin colocarse en la situación jurídica de quien vende cosa ajena, de cuyo dominio es único titular la sociedad conyugal iliquida, entidad jurídica distinta de los cónyuges y dueña de un patrimonio independiente y autónomo respecto de éstos y de terceros que subsiste mientras no se acomode al nuevo régimen con la liquidación provisional que autoriza el citado artículo 7º de la Ley 28.

La venta de la cosa ajena, válida en nuestro Derecho y origen de un título traslaticio y justo de dominio, constituye, según lo enseñan los civilistas, uno de los fenómenos típicos e inconfundibles en que ocurre el caso de la inoponibilidad de fondo por falta de concurrencia, inoponibilidad consistente en que para el verdadero dueño de la cosa vendida, en este caso la sociedad conyugal iliquida, no produce efectos el contrato de compraventa conservando en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y sus acciones correspondientes. La venta que uno de los cónyuges hace de un bien social en las condiciones ya vistas, es un contrato válido de acuerdo con la doctrina del artículo 1871 del Código Civil, de manera que resulta improcedente plantear con ocasión de acto de esta especie cuestiones sobre nulidad que no podría encontrarse porque no falta en él ninguno de los elementos de existencia ni validez contractual que determina la ley. Y respecto de la tradición tampoco procede la declaratoria judicial de su inefectividad, como malamente lo entendió el Tribunal, porque tratándose de venta de cosa ajena la tradición que de ella se haga es inválida y el dueño, mientras su derecho no se extinga por prescripción, puede obtener del poseedor adquirente la entrega de la cosa. "Para que el modo de adquirir por tradición el dominio de las cosas produzca el efecto de transferir la propiedad, es necesario que ocurran ciertas condiciones subjetivas, que miradas en la persona del tradente consisten, como se ha dicho, en ser dueño de la cosa, en tener la facultad de enajenarla y en abrigar la intención de hacer la transferencia. Repítese que no es tradente la persona que dice enajenar o quiere enajenar, sino aquella que por la tradición es capaz de transferir y transfiere el dominio de la cosa entregada, es decir, el sujeto provisto de dominio, facultad e intención. De ahí que según los artículos 742 y 744 del Código Civil, la tradición no es válida mientras no la efectúe con voluntad el tradente o su mandatario o su representante. Lo cual significa que la tradición no puede ser hecha válidamente sino por el dueño de la cosa, hábil para disponer de ella y dispuesto a enajenarla, o por quienes obren dentro de los límites de un mandato o de una representación legal. Como si estos principios no fueran suficientes, el legislador quiso sentar uno más perentorio, y así dijo en el artículo 752 del Código, que si el tradente no es el "verdadero dueño" de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. No se habla aquí simplemente de dueño, sino de "verdadero dueño", para condenar de una vez las enajenaciones hechas por dueños putativos o aparentes" (*Gaceta Judicial*, XLIII, páginas 40 a 43).

Es a la luz de la teoría de la inoponibilidad, según lo predicho, como más clara se ve y más jurídicamente se explica la doctrina de la Corte en que se ha hablado de invalidez e inexistencia de los actos jurídicos de disposición, ejecu-

tados por el marido a espaldas de su cónyuge respecto de bienes pertenecientes a sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya formadas y que bajo su vigencia no han sido provisionalmente liquidadas.

La acción conducente en este caso en que uno de los cónyuges ha dispuesto de un bién que no le pertenece, para que la sociedad conyugal, titular de la propiedad, sea reintegrada en su patrimonio, es la real de dominio o reivindicatoria que tiene el carácter de principal y directa, esto es, que su ejercicio no se subordina a la prosperidad de otra acción. Hay casos en que la acción reivindicatoria se presenta como consecuencial de una de nulidad o de una resolutoria; pero tratándose de la que compete al dueño de la cosa vendida por otro, para evitar perjuicio a su derecho, y en que se va a hacer una confrontación de títulos, es una acción independiente que no tiene por qué ser interferida por un contrato que le es inoponible a él aunque sea completamente válido entre quienes lo celebraron. Estas condiciones de la acción de dominio en querellas de esta especie fueron destacadas por la Corte en sentencia visible a página 267 del tomo LIII de la *Gaceta Judicial.*

Es claro que Francisco López Aguilar, vendedor y tradente sin dominio ni facultad de transferir, carece o está inhibido para ejercitar la acción reivindicatoria de la cosa cuya evicción como vendedor está obligado a sanear; pero esta circunstancia, injustificable desde el punto de vista de la buena fe y razón suficiente para declarar improcedente la acción de éste, no es bastante sin embargo para denegar la demanda intentada legítimamente por Emiliana Alarcón en nombre y para la sociedad conyugal ilíquida, de que es socia, y contra el actual poseedor de la casa ilegalmente vendida por el marido.

Los razonamientos hasta aquí expuestos cumplen el doble objeto de motivar la decisión del recurso, en que ha quedado visible la ilegalidad con que el Tribunal resolvió la controversia, y de fundar asímismo la sentencia que la Corte ha de proferir en reemplazo de la recurrida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 29 de marzo de 1943; *revoca* la del primer grado, pronunciada por el Juzgado del Circuito del Líbano el 9 de marzo de 1942, y en su lugar *decide:*

La sociedad conyugal formada por el matrimonio de Francisco López Aguilar y Emiliana Alarcón, ilíquida aún, es dueña de una casa con su solar correspondiente, construída de madera y lámina de zinc, ubicada en la ciudad del Líbano, y alinderada así: por el Oriente, con Julio Mejía partiendo del frente de la Calle Real en una extensión hacia el interior de diez y seis (16) metros; de allí, de Occidente a Oriente, en una extensión de cinco (5) metros hasta encontrar el lindero con solar de Bernarda Páez de Vanegas; de allí hacia el Sur en una extensión de nueve (9) metros hasta encontrar el lindero con casa y solar de Manuel Reyes; de allí hacia el Occidente, en una extensión de catorce (14) metros lindando con el mismo, hasta encontrar el solar y casa de Florentino Delgado, en una extensión de veinticinco (25) metros hasta salir a la Calle Real; de aquí lindando con esta calle hacia el Oriente, en una extensión de nueve (9) metros hasta encontrar el lindero con Julio Mejía, punto de partida.

La parte demandada debe restituir a la mencionada sociedad conyugal, representada por Emiliana Alarcón, dentro del término legal, el inmueble descrito, junto con sus frutos civiles producidos desde la fecha de la contestación de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Fulgencio Lequerica Vélez, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

Acción sobre pago de perjuicios.—Responsabilidad civil por culpa.

En sentencia de 12 de mayo de 1939 (Gaceta Judicial número 1947) dividió en tres grupos la Corte los artículos que integran el Título 34 del Código Civil, con lo cual realzó y demostró que cada uno de ellos contempla situaciones distintas e inconfundibles, de manera que no es posible resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo. Ratificó también ese fallo la doctrina, ya sentada antes, de que el dominio de la responsabilidad por el hecho de otro es de carácter excepcional; que fuera de la responsabilidad directa existe la indirecta en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de las personas que están bajo nuestra dependencia o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete; que ésta es una responsabilidad de carácter excepcional, porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado sino de presunciones de culpa o de responsabilidad, culpa que la ley establece contra el responsable y que puede proceder de una falta de vigilancia o de mala elección.

A este respecto interpretando y fijando el alcance del artículo 2347 ha dictado la Corte numerosas sentencias y entre ellas las más recientes, como son las de 17 de diciembre de 1943, 25 de noviembre y 2 de diciembre del mismo año.

El artículo 2347 establece la responsabilidad por el hecho de las personas sometidas al cuidado o dependencia de otras; la establece de una manera taxativa, consagra una presunción al respecto, la cual tiene que destruír la parte demandada. Por otra parte, en el ejercicio de ciertas actividades peligrosas como en el de la dirección o movimiento de una máquina, cuando acaece un accidente desgraciado que causa perjuicio a un tercero, éste no tiene que comprobar sino la realización de ese acto, del accidente, y nada más, y el demandado puede presentar algunos factores exculpativos y demostrarlos. Pero en estos casos del ejercicio de una actividad peligrosa, y tratándose de la responsabilidad por el hecho de un tercero, no basta que el dueño de la máquina, por ejemplo, acredite que puso el debido cuidado en la elección del conductor de aquélla, porque si esto se extremara resultaría que ninguna empresa de riesgo, como una de transportes, respondería por los accidentes causados por la mala dirección o imprevisión o negligencia de los conductotores. Precisamente se ha configurado la responsabilidad por el hecho de terceros, en la forma de que ya se ha hecho mérito, para defensa y seguridad de los particulares que de otro modo quedarían en una situación de inferioridad y tan aberrante, que tendrían que demostrar siempre no sólo el hecho material del accidente sino la culpa de quien lo causó. Ni la interpretación de las normas consagradas por los artículos 2347, 2348, 2349, 2353, 2354, 2355 y 2356 del Código Civil permiten semejante interpretación, ni la jurisprudencia ni la doctrina la consienten.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, febrero tres de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

El 3 de julio de 1939 el chofer Marco Tulio Arias, que estaba a las órdenes del Municipio de Tuluá y conducía la volqueta de propiedad de éste, por orden del Personero de ese Municipio y con el fin de que acarreara unos materiales, y estando en esa labor, atropelló en la Carretera Central, frente al Hospital de San Antonio de Tuluá a Waldina Montenegro y a su hija natural Ana Virginia. Del accidente resultó lesionada la expresada Waldina, en una pierna, la cual hubo luégo que amputársela, y resultó muerta su hija Ana Virginia.

Estos hechos dieron lugar a la demanda sobre indemnización de perjuicios instaurada por Julio Restrepo Toro, en nombre de Waldina y como heredera de su hija y en nombre propio por cuanto aquélla cedió a éste el 50% de su derecho o interés en el litigio.

Fue demandado por lo tanto el Municipio de Tuluá para que éste sea condenado a pagar los perjuicios que con el accidente de tránsito mencionado sufrió Waldina Montenegro tanto por la lesión de que fue víctima como por la muerte de su hija Ana Virginia.

El Juez de Circuito de Tuluá dictó sentencia de primera instancia el 26 de febrero de 1941, en la cual absolvió al Municipio de los cargos de la demanda.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga dictó sentencia de segundo grado, por apelación que contra la de primero interpuso la parte actora, y el Tribunal revocó la del inferior y declaró que el Municipio de Tuluá es responsable civilmente, por culpa extracontractual, de los perjuicios materiales que con el accidente de tránsito sufrió Waldina Montenegro, consistentes en la fractura y amputación de la pierna derecha, perjuicios que deberán ser fijados por el procedimiento que señala el artículo 553 del Código Judicial. Condenó además a dicho Municipio a pagar a Waldina, por concepto de perjuicios morales por la muerte de su hija, acaecida con motivo del accidente de que se ha hecho mérito, la suma de $ 1.500 y por último reconoció a Julio Restrepo Toro como cesionario del 50% del monto total en que se fijen los perjuicios materiales y en la mitad de la suma de $ 1.500 a que fue condenado el Municipio por concepto de los perjuicios morales.

Este fallo lleva fecha de 12 de diciembre de 1942 y fue recurrido en casación por ambas partes.

La parte actora presentó su demanda después de vencido el término del traslado, por lo cual se le declaró desierto el recurso.

Debe pues considerarse únicamente el de la parte demandada.

El Tribunal párte de la base de que los hechos relacionados al principio de este fallo están plenamente comprobados y en tal virtud no habiendo demostrado la parte demandada ningún factor exculpativo y aplicando entre otros el artículo 2347 del Código Civil, hizo las condenaciones a que ya se ha hecho mérito.

El recurrente demandado fundado en la primera causal del artículo 520 del Código Judicial, acusa la sentencia por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 2347, 2349 y 2356 del Código Civil. Por error de derecho en la apreciación de algunas pruebas y finalmente invoca la segunda causal, por no estar, en su concepto, la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Para estudiar los dos primeros cargos es preciso en este caso sentar algunas bases sobre la cuestión de hecho.

Son extremos comprobados en los autos, que no discute ni siquiera la parte demandada, los siguientes: a) que Marco Tulio Arias era chofer del Municipio de Tuluá el 3 de julio de 1939 y manejaba la camioneta número 061; b) que ese día en cumplimiento de una orden del Personero Municipal transportaba unos materiales en dicha volqueta; c) que estando en esa labor y yendo en movimiento la máquina, atropelló a Waldina Montenegro y a su hija Ana Virginia; d) que la primera sufrió una grave lesión en la pierna derecha, a consecuencia de ese accidente, lesión que dio por resultado la amputación de ese miembro del cuerpo; y que la segunda también a consecuencia de ese accidente falleció inmediatamente. La relación de causalidad está pues plenamente acreditada.

Aun cuando la párte demandada no conviene en ello, es lo cierto que también están acreditados estos hechos: 1º que cuando el Personero Municipal dio orden al chofer Arias para que transportara los materiales en la volqueta, observó que éste estaba embriagado, y 2º que dicho chofer condujo el auto, y lo conducía cuando se verificó el accidente, a una velocidad desmedida.

Todos los anteriores factores dieron base al fallador de Buga para configurar su fallo sobre la disposición del artículo 2347 del Código Civil y dictar su sentencia, y no encontró como ya se observó, ningún factor de exculpación.

Concretándose la Corte a los dos primeros capítulos de la acusación observa: La sentencia de 12 de mayo de 1939 (*Gaceta Judicial*, tomo XLVIII, número 1947) dictada por esta corporación, que dividió en tres grupos los artículos que integran el Título 34 del Código Civil, tuvo precisamente por objeto realzar y demostrar que cada uno de ellos contempla situaciones distintas e inconfundibles, de manera que no es posible resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo.

Ratificó también ese fallo la doctrina, ya sentada antes, de que el dominio de la responsabilidad por el hecho de otro es de carácter excepcional; que fuera de la responsabilidad directa existe la indirecta en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de las personas que están bajo nuestra dependencia o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete, que ésta es una responsabilidad de carácter excepcional, porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado sino de presunciones de culpa o de responsabilidad, culpa que la ley establece contra el responsable y que puede proceder de una falta de vigilancia o de mala elección.

A este respecto e interpretando y fijando el alcance del artículo 2347 ha dictado la Corte numerosas sentencias, y entre ellas las más recientes son las que siguen y a las cuales remite la Corte al recurrente opositor: La de 17 de diciembre de 1943, ordinario de Hortensia Parra

de Gómez contra Noé Jiménez; la de 25 de noviembre de 1943, ordinario de Leonor Herrera contra Marco A. Rodríguez, y la de 2 de diciembre de 1943, ordinario de Manuel Olano contra la Empresa de Taxis Rojos, aún no publicadas en la *Gaceta Judicial.*

El artículo 2347 establece la responsabilidad por el hecho de personas sometidas al cuidado o dependencia de otras; la establece de una manera taxativa, consagra una presunción al respecto, presunción que tiene que destruir la parte demandada. Por otra parte, en el ejercicio de ciertas actividades peligrosas como en el de la dirección o movimiento de una máquina, cuando acaece un accidente desgraciado que causa perjuicio a un tercero, éste no tiene que comprobar sino la realización de ese acto, del accidente, y nada más, y el demandado puede presentar algunos factores exculpativos y demostrarlos. Pero en estos casos del ejercicio de una actividad peligrosa, y tratándose de la responsabilidad por el hecho de un tercero, no basta que el dueño de la máquina, por ejemplo, acredite que puso el debido cuidado en la elección del conductor de aquélla, porque si esto se extremara, resultaría que ninguna empresa de riesgo, como una de transportes, respondería por los accidentes causados por la mala dirección o imprevisión o negligencia de los conductores. Precisamente se ha configurado la responsabilidad por el hecho de terceros, en la forma de que ya se ha hecho mérito, para defensa y seguridad de los particulares, que de otro modo quedarían en una situación de inferioridad y tan aberrante, que tendrían que demostrar siempre no sólo el hecho material del accidente sino la culpa de quien lo causó. Ni la interpretación de las normas consagradas por los artículos 2347, 2348, 2349, 2353, 2354, 2355 y 2356 del Código Civil, permiten semejante interpretación, ni la jurisprudencia ni la doctrina la consienten. Los mismos expositores tanto nacionales como extranjeros que cita el recurrente demandado, están de acuerdo con la doctrina que al respecto ha sostenido esta Corte.

Como la acusación contenida en los dos primeros capítulos se funda en que no existe esa presunción de culpa o esa presunción de responsabilidad en los casos de los artículos 2347, 2349 y 2356 del Código Civil, y como a juicio de la Corte sí existe, y sólo se desvirtúa cuando se demuestra un hecho exculpativo, es inaceptable la tesis que al respecto sostiene el recurrente, y por eso los cargos contenidos en los dos primeros capítulos de su demanda no pueden prosperar.

Sostiene el recurrente que el Tribunal incidió en error de derecho al apreciar las declaraciones de Marco Tulio Arias, Hernando Yusti, José E. Salazar Riveros, Bernardino Ochoa y Tomás Currea.

La Corte observa: El Tribunal sentó este postulado en su sentencia: "La entidad demandada no adujo ninguna prueba admisible para tratar de exonerarse de su responsabilidad, aunque como queda estudiado con anterioridad, le incumbía la carga de la prueba". Lo anterior es exacto tanto desde el punto de vista de hecho como desde el extremo del derecho. Efectivamente el Municipio de Tuluá no demostró, pero ni siquiera en principio, ninguno de los factores de exoneración, de donde resulta que producido el accidente, el Municipio debe pagar los perjuicios ocasionados por él, por ser civilmente responsable.

Las declaraciones a que se refiere el recurrente no inciden ni incidieron para la condenación de la parte demandada. No; con esas declaraciones quiso señalar el Tribunal que fueron la imprudencia, exceso de velocidad y el estado de embriaguez del chofer, las causas eficientes del accidente. Sin esas declaraciones, por lo ya expresado, la solución hubiera sido la misma, de manera que aun aceptando el cargo que se estudia, la sentencia no podría casarse. Pero no puede aceptarse porque las declaraciones del técnico Yuste, sobre exceso de velocidad, y la del Personero de Tuluá, quien tenía sospecha de que el chofer Arias estaba bajo la influencia del alcohol el día del accidente, figuran en autos, de manera que el Tribunal les podía dar, como les dio, el valor probatorio del caso.

Se rechaza pues el cargo.

La causal fundada en el segundo motivo no prospera, pues basta cotejar las peticiones de la demanda con lo resuelto por el Tribunal para concluír que lo fallado está de acuerdo con lo pedido.

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.

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

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

Acción petitoria de dominio de cancelación del registro de unos títulos, etc.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, siete de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

En abril de 1920 falleció el señor Cipriano Orjuela en Soacha, y a petición de Fidel Salazar, cesionario de los derechos herenciales de Sinforosa Orjuela Rodríguez, hija de Cipriano y Matea Rodríguez, que contrajeron matrimonio en Usme en 1888, se abrió el correspondiente juicio de sucesión y Salazar fue reconocido en él como cesionario de los derechos de la citada Sinforosa. Matea Rodríguez de Orjuela, cónyuge de don Cipriano, fue reconocida igualmente heredera del causante en su condición de cónyuge sobreviviente de éste, y José Ramos como cesionario de Matea Rodríguez de Orjuela, de acuerdo con la escritura 2.179 de 18 de diciembre de 1922.

Advierte el Tribunal que revisada cuidadosamente la copia del instrumento anteriormente citado, resulta que quien vendió a Ramos los derechos en la sucesión de Cipriano Orjuela no fue Matea Rodríguez, su cónyuge, sino Matea Peñuela de Orjuela, como lo dice la escritura matriz que se custodia en el protocolo, como se evidenció en la inspección ocular practicada a dicha Notaría.

El Juez entendió que Matea Rodríguez de Orjuela y Matea Peñuela de Orjuela eran una misma persona, que ambos nombres correspondían a la cónyuge del causante, y adelantó la sucesión con el cesionario de Matea Peñuela de Orjuela, señor José Ramos, a quien se le hizo la correspondiente hijuela de adjudicación en la partición aprobada y registrada el 17 de agosto de 1933.

En noviembre de 1928 falleció la esposa de Cipriano Orjuela, y su juicio mortuorio se abrió a petición de su hija Sinforosa, quien fue reconocida como heredera de la causante en su condición de hija legítima. En esta sucesión se inventariaron como bienes de la herencia los mismos bienes inventariados en la sucesión de Cipriano Orjuela, los cuales se le adjudicaron a su hija Sinforosa de acuerdo con la partición registrada en 1928.

Así las cosas, José Ramos como cesionario de los derechos de Matea Peñuela de Orjuela en la sucesión de Cipriano de este último apellido, obtuvo la entrega judicial de los bienes que se adjudicaron privando a Sinforosa Orjuela de los que se le habían adjudicado en la sucesión de su madre, por lo cual aquella señora demandó a José Ramos para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que Sinforosa Orjuela de Villalobos, 'es dueña o señora de los lotes de terreno denominados 'El Sibanco' y 'El Varalito', deslindados como se lee en la demanda y ubicados en las veredas de Potrero-Grande y Hungría, respectivamente, del Municipio de Soacha, porque con ánimo de señora y dueña los ha venido gozando en posesión pacífica y tranquila con pleno dominio, es decir, como poseedora material e inscrita por habérsele adjudicado en la partición del juicio de sucesión de su legítima madre Matea Rodríguez, seguido en el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá, según instrumento número 2456 de 17 de noviembre de 1930 de la Notaría Segunda de Bogotá;"

"b) Que, en consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados a costa del demandado, la cancelación de los siguientes instrumentos: '1º Del registro que en el Libro Número Primero hizo, el día diez y siete de agosto de mil novecientos treinta y tres del juicio de sucesión de Cipriano Orjuela, de la sentencia aprobatoria de la partición de esta sucesión y del auto que declaró ejecutoriada la sentencia que aprobó la partición en la sucesión de Cipriano Orjuela. Hijuela de José Ramos, página 254, número 3138 del Libro número 1 citado. Hijuela de Fidel Salazar, página 255, número 3140 de dicho Libro. 2º Del registro que en el Libro de Causas Mortuorias hizo el día diez y siete de agosto de mil novecientos treinta y tres (1933) de la adjudicación de los bienes de Cipriano Orjuela y de los demás actos enumerados en el aparte 1º de esta súplica e). 3º Del registro de la escritura número mil novecientos sesenta y uno (1961) pasada el diez y nueve de agosto de

mil novecientos treinta y tres (1933) en la Notaría Segunda de Bogotá para protocolizar el juicio de sucesión de Cipriano Orjuela. 4º Del registro de la escritura número dos mil ciento setenta y nueve (2179) otorgada el once (11) de diciembre de mil novecientos veintidós (1922) en la Notaría Segunda de Bogotá por Matea Peñuela a José Ramos. 5º Del registro de la escritura número seiscientos once (611) otorgada el dos (2) de mayo de mil novecientos veintiuno (1921) en la Notaría Segunda de Bogotá por Marco A. Orjuela, y la suscrita a Fidel Salazar'.

"c) Que José Ramos debe pagar a la demandante la suma de dos mil pesos por concepto de perjuicios resultantes de haber aceptado y hecho uso de un instrumento adulterado, el número 2179 de 11 de diciembre de 1922, en el juicio de sucesión de Cipriano Orjuela y haber obtenido con él hijuela de adjudicación como cesionario de la cónyuge sobreviviente Matea Rodríguez de Orjuela, siendo así que esta señora no vendió sus derechos en esa sucesión;

"d) Que José Ramos debe pagar a la demandante los perjuicios provenientes del hecho de haber engañado al Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá, en la sucesión de Cipriano Orjuela, al presentarle un crédito de ciento ochenta pesos a favor de Manuel J. Amaya para que fuera incluído en los inventarios de Cipriano Orjuela como deuda de la sucesión, y por haber conseguido su relación allí. Perjuicios que estima la demandante en la suma de dos mil pesos moneda corriente; y

"e) Y que José Ramos debe responder de las costas del presente juicio".

Ramos al contestar la demanda contrademandó a la demandante Orjuela para que se declarara:

"a) Que es dueño de los terrenos 'El Varalito' y 'El Sibanco', los mismos de la demanda principal y singularizados, como allí se lee, por haberle sido adjudicados en el juicio de sucesión de Cipriano Orjuela, como cesionario de los derechos de la cónyuge sobreviviente y como acreedor de la misma sucesión;

"b) Que los títulos presentados por la demandante Sinforosa Orjuela de Villalobos, tomados del juicio de sucesión de Matea Rodríguez de Orjuela, 'no le perjudican ni invalidan las adjudicaciones hechas a su favor en el juicio de sucesión de Cipriano Orjuela'.

"c) Que se declare, que 'Matea Peñuela de Orjuela' otorgante de la escritura 2179 de 11 de diciembre de 1922, es la misma persona de 'Matea Peñuela de Orjuela', madre de Sinforosa Orjuela de Villalobos, cuyo juicio mortuorio se protocolizó bajo la escritura número 2456 de 17 de noviembre de 1938 en la Notaría Segunda de Bogotá.

"d) 'Que se reconozca y declare que en vista de la petición anterior, Matea Peñuela de Orjuela o Matea Rodríguez de Orjuela al morir no tenía derecho alguno sobre los bienes o lotes de terreno alinderados en las peticiones segunda y tercera de esta demanda y que por tanto nada pudieron sobre esos mismos bienes adquirir al fallecimiento de ella sus hijos especialmente Sinforosa Orjuela de Villalobos, demandada en este escrito'.

"e) 'Que para el improbable caso de que las anteriores peticiones no prosperen, se declare que Sinforosa Orjuela de Villalobos, como representante de los bienes y derechos sucesorales de Matea Rodríguez de Orjuela, o la sucesión de esta última, debe pagarme el valor del crédito que la Rodríguez de Orjuela contrajo a favor de Manuel J. Amaya mediante el contrato de deber que se hizo constar en documento de nueve de mayo de 1922, que reconocido obra dentro del juicio de sucesión de Cipriano Orjuela, tántas veces citado en esta demanda, crédito que se me cedió, prestación que demando tanto en capital como en intereses desde que se causaron a deber hasta el día en que se verifique el pago; cuyo valor de capital fue de ciento ochenta pesos. Que por razón de esta declaración se diga que los bienes que a su muerte dejó o pudo dejar Matea Rodríguez de Orjuela están afectos al pago de la suma que resulte probada en esta prestación como crédito preferencial'.

"f) Que si la contrademandada se opone a las anteriores declaraciones, se le condene en costas".

Seguido el doble juicio a que se ha hecho referencia, el Juzgado, en sentencia de 6 de febrero de 1942, falló así:

"1ª Niéganse todas las peticiones de la demanda principal, propuesta por Sinforosa Orjuela de Villalobos contra José Ramos y Fidel Salazar y, en consecuencia, se absuelve a los demandados de los cargos en ella contenidos.

"2ª Declárase que las adjudicaciones hechas en el juicio de sucesión de Matea Rodríguez de Orjuela a favor de Sinforosa Orjuela de Villalobos, juicio que se protocolizó en la Notaría 2ª de Bogotá bajo la escritura número 2.456 de 17 de noviembre de 1938, y en el cual se registraron la partición de los bienes y la sentencia aprobatoria de ella, en el Libro primero, con fecha 23 de noviembre de 1938, en el de Causas Mortuorias con fecha 25 de noviembre del mismo año, no perjudican al demandado José Ramos ni invalidan las adjudicaciones que a su favor se hicieron en el juicio de sucesión de Cipriano Orjuela, protocolizado en la misma No-

taria 2ª de Bogotá bajo la escritura número 1961 de 19 de agosto de 1933 y cuya partición y sentencia aprobatoria aparecen registradas en el Libro Número Primero de la Oficina de Registro de Bogotá y en el Libro de Causas Mortuorias, con fecha 17 de agosto de 1933.

"3ª Declárase que José Ramos es dueño de un lote de terreno denominado 'El Varalito', situado en la vereda de 'La Hungría' en el Municipio de Soacha, comprendido dentro de los siguientes linderos: por el Oriente desde donde se encuentra un mojón de piedra clavado a mano, marcado con el número 4.; de este punto a dar a otro mojón de piedra que se encuentra a la orilla del camino, al pie de una mata de eucaliptus, lindando por este costado con el camino que conduce de Pasca a Bogotá; por el Occidente con la quebrada de 'La Hungría'; por el Norte, desde el mojón número 4, pasando por el medio de dos piedras grandes, siguiendo por unas cordilleras abajo hasta encontrar un mojón de piedra marcado con el número 5.; de este punto buscando la quebrada, donde se encuentra un mojón número 6., lindando por este costado con tierras de herederos de Mariana González; por el Sur, desde donde se encuentra una piedra grande nacida, marcada con el número 7., de este lindero siguiendo de para arriba línea recta hasta encontrar el mojón de piedra que está al pie de la mata de eucaliptus, lindando por este costado con tierras de herederos de José Gómez, dominio que le corresponde sobre el bien alinderado por habérsele adjudicado en la sucesión de Cipriano Orjuela.

"4ª Declárase que José Ramos es dueño de un derecho, en común y proindiviso, por valor de ochocientos sesenta y dos pesos con ochenta y tres centavos ($ 862.83) moneda corriente, con relación a un avalúo de mil pesos ($ 1.000.00) sobre el lote de terreno denominado 'Sibanco', situado en la vereda de Potrero-Grande, en el Municipio de Soacha, y comprendido dentro de los siguientes linderos: por el Occidente, desde un mojón de piedra marcado con la letra 'C', siguiendo la cordillera a encontrar el mojón 'V', deslindando con tierras de 'El Peñón' del señor Tomás Arango E., y de este punto línea recta al río a encontrar el mojón 'A', deslindando con el lote número 1.; de aquí, aguas arriba, a encontrar una piedra marcada con la letra 'B', deslindando, aguas al medio, con la hacienda de 'El Contadero' del señor Jorge Pérez Aguirre; de este mojón 'B' línea recta al mojón 'C' primer lindero, deslindando por este lado con el lote número 3. de Uldarico Díaz.

"5ª Ordénase la cancelación de las inscripciones que de la partición de los bienes de la sucesión de Matea Rodríguez de Orjuela, de la sentencia aprobatoria de ella y del auto de ejecutoria, se hicieron en la Oficina de Registro de Bogotá, en el Libro Número Primero, en el de Causas Mortuorias y en el de Matrículas, con fechas 23, 25 y 28 de noviembre de 1938. Líbrese el correspondiente oficio al Registrador;

"6ª No se hacen las declaraciones y reconocimientos solicitados en las peticiones quinta y sexta de la demanda de reconvención;

"7ª No se hace especial condenación en costas".

La demandante apeló de este fallo y el Tribunal Superior de Bogotá, en proveído de 27 de noviembre de 1942 dispuso:

"Primero. No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones de propiedad solicitadas por las partes tanto en la demanda principal como en la de reconvención.

"Segundo. Ordénase cancelar en los Libros del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito de Bogotá, a costa del demandado José Ramos, las inscripciones que allí se han sentado de los siguientes instrumentos públicos, tal como se solicita en la demanda, así:

'1º Del registro que en el Libro Número Primero hizo, el diez y siete de agosto de mil novecientos treinta y tres, del juicio de sucesión de Cipriano Orjuela, de la sentencia aprobatoria de la partición de esta sucesión y del auto que declaró ejecutoriada la sentencia que aprobó la partición en la sucesión de Cipriano Orjuela. Hijuela de José Ramos, página 254, número 3138 del Libro número 1. citado. Hijuela de Fidel Salazar, página 255, número 3140 de dicho Libro. 2º Del registro que en el Libro de Causas Mortuorias hizo el día diez y siete de agosto de mil novecientos treinta y tres (1933) de la adjudicación de los bienes de Cipriano Orjuela y de los demás actos enumerados en el aparte 1º de esta súplica. 3º Del registro de la escritura número mil novecientos sesenta y uno (1961) pasada el diez y nueve de agosto de mil novecientos treinta y tres (1933) en la Notaría Segunda de Bogotá para protocolizar el juicio de sucesión de Cipriano Orjuela. 4º Del registro de la escritura número dos mil ciento setenta y nueve (2.179) otorgada el once de diciembre de mil novecientos veintidós (1922) en la Notaría Segunda de Bogotá por Matea Peñuela a José Ramos. 5º Del registro de la escritura número seiscientos once (611) otorgada el dos (2) de mayo de mil novecientos veintiuno (1921) en la Notaría Segunda de Bogotá por Marco A. Orjuela y la suscrita (Sinforosa Orjuela de Villalobos) a Fidel Salazar'.

"Tercero. Absuélvese a las partes, Sinforosa Orjuela de Villalobos y José Ramos, de los de-

más cargos formulados reciprocamente tanto en la demanda principal como en la de reconvención.

"Cuarto. Por el Juzgado del conocimiento sáquese copia de lo conducente, en acuerdo con la parte motiva de esta providencia, y envíese al repartimiento de los Jueces del crimen para que por quien corresponda, se averigüen los delitos de suplantación de persona y falsedad, de que dan cuenta los autos.

"Quinto. Sin costas en ninguna de las dos instancias".

Funda el Tribunal su sentencia en estas consideraciones de fondo: "que la señora Sinforosa Orjuela Rodríguez entabló la acción reivindicatoria haciendo valer como título de dominio la hijuela que se le hiciera a la sucesión de su madre, sin el comprobante de cómo llegaron al patrimonio de ésta los bienes cuya reivindicación solicita; que con esa hijuela lo que demuestra es que los bienes de la litis no se radicaron nunca en cabeza de la causante, de quien dice haberlos heredado, sino que ni siquiera salieron del patrimonio de la sociedad conyugal Orjuela-Rodríguez, que ha debido liquidarse antes de decidirse el juicio mortuorio de la señora Matea Rodríguez, y por esto le negó a la demandante la acción reivindicatoria".

Ramos pide en su demanda que se le declare dueño de los terrenos denominados "El Varalito" y "El Sibanco" por habérselos adjudicado en el juicio de sucesión de Cipriano Orjuela, como cesionario de la cónyuge sobreviviente Matea Rodríguez de Orjuela y como acreedor de la misma sucesión.

El sentenciador de Bogotá negó esos pedimentos de Ramos fundándose en esta comprobación: que en los inventarios de la sucesión de Cipriano Orjuela se inventarió un crédito que no pertenecía ni a la sociedad ni al causante, como que fue contraído por la cónyuge Rodríguez dos años después de disuelta la sociedad conyugal; que el Juez ordenó pagar este crédito extraño, sin que hubiera sido avaluado, con los bienes de la sucesión que nada debía a ese acreedor y que la hijuela así formada es la que aduce Ramos para fundamentar su petición, y por eso el sentenciador dijo textualmente:

"Resulta pues que a Ramos se le hizo la hijuela que presenta para reivindicar, para pagarle, de un lado, un crédito que no debía la sucesión del causante, y de otro, como cesionario de los derechos de una tal Matea Peñuela, quien los vendió a Ramos diciendo ser Matea la esposa sobreviviente de Cipriano Orjuela. Siendo así, claro que nada pudo adquirir Ramos con pretexto de la adjudicación hecha en tales circunstancias, tanto más, cuanto que en el contrato de cesión no solamente hubo suplantación de vendedor, sino que, además, para presentarlo al Juzgado, previamente hubo de consumarse en él el delito de falsedad, como quedó evidenciado en la inspección ocular que practicó el Tribunal en las oficinas del Notario".

Está suficientemente comprobado en autos que la señora Matea Rodríguez viuda de Orjuela no fue la que concurrió a la Notaría a otorgarle la escritura a José Ramos de la venta de sus derechos hereditarios en la sucesión de su marido, porque el día del otorgamiento Matea Rodríguez estuvo impedida físicamente para trasladarse a Bogotá por motivos de enfermedad grave.

Así resume el Tribunal el fundamento de su fallo:

"En estas circunstancias, proviniendo la hijuela de Ramos de una escritura de cesión ostensiblemente adulterada y llevada así al juicio mortuorio; no habiendo establecido el contrademandante que la vendedora que actuó como tal fue la propia esposa del causante; que se hizo un reconocimiento de cesionario equivocado, o no de acuerdo con el título que se presentó para tal fin; no apareciendo comprobado, ni en forma siquiera verosímil, que efectivamente la señora Matea usaba indistintamente los apellidos Peñuela y Rodríguez; demostrado que la señora viuda de Orjuela no pudo concurrir a la Notaría el día de la escritura; que Ramos sólo vino a solicitar la entrega de los bienes de la sucesión años después de muerta la esposa del causante Orjuela; la sospechosa actividad del mismo Ramos en lo relacionado con el documento que indebidamente cobró a la sucesión; todo unido da motivo para afirmar que un dolo manifiesto ha presidido la actividad del citado Ramos, y en forma, que penalmente deberá examinarse esta conducta; y como con este título se presenta a reivindicar, no puede prosperar la acción de propiedad intentada por el contrademandante. Ciertamente, un título viciado en razón de causas y motivos diferentes, como los que se han explicado, y obtenido también en pago de créditos no debidos o supuestos, no puede justificar ni ser base de una declaración de propiedad, y así debe resolverse en este fallo".

Respecto de la segunda petición de la demanda en que se solicita la cancelación de los instrumentos públicos indicados allí, el Tribunal la resolvió favorablemente fundado en que, "la hijuela que se hizo a Ramos en el juicio de sucesión de Cipriano tiene como antecedentes o soportes que hoy por hoy la justifican, el haber sido suplantada la persona de Matea Rodríguez de Orjuela por otra mujer, que engañosamente, di-

ciéndose la viuda de Cipriano, dijo vender los derechos y acciones en la sucesión de éste, a Ramos, pretendido cesionario, como se dejó explicado anteriormente; en que el título presentado al Juzgado para obtener el reconocimiento de cesionario aparece notoriamente adulterado o falsificado en parte substancial de su contenido; y en que la hijuela tuvo además como base un hecho equivocado o no cierto, como que el causante ni la sucesión de éste, eran o fueron deudores del crédito que el Juzgado inexplicablemente ordenó pagar para completar la hijuela que se hizo al demandado Ramos, contrariando así toda ley y todo antecedente judicial".

El apoderado de Ramos interpuso recurso de casación contra el fallo dicho, que sustanciado en forma legal, hoy se decide de la manera como va a expresarse.

Como primer reparo al fallo en cuestión, se dice que éste no guarda consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes, porque la solicitud e) de la demanda pide la cancelación de los registros de los instrumentos que allí se citan, como consecuencia de los numerales a), b), c) y d), y como estas peticiones le fueron negadas por la sentencia mal pudo el fallador resolver la petición c) sin extralimitar sus facultades, siendo por tanto el fallo contradictorio.

Se observa:

En la demanda se solicitó expresamente que se ordenara la cancelación de los registros de los instrumentos en ella enumerados. Así se decidió. De donde se desprende que el fallador resolvió de acuerdo con la petición expresamente formulada en la demanda, fallo que se ajustó a las súplicas impetradas y que guarda estricta consonancia entre lo pedido y fallado.

Ajustándose estrictamente a los términos literales de las peticiones de la demanda, no puede ponerse en duda que las declaraciones sobre cancelación de los registros indicados, se solicitaran como consecuencia del derecho de la demandante sobre los bienes reivindicados, y si ese derecho se desconoció sus consecuencias deberían correr suerte igual, pero también es verdad que la demandante al final de la demanda dice que por las razones expuestas solicita se hagan las mentadas peticiones, y una de esas razones es que Ramos no es cesionario de los derechos que reclama en demanda de reconvención porque el título acompañado para ese fin está adulterado en parte sustancial, según concepto del fallador. También es evidente que el Tribunal no ordenó esas cancelaciones como consecuencia de las primeras peticiones de la demanda, sino como cuestión independiente de ellas, por estar comprobados los hechos en que ellas se fundan. Falló dentro de lo pedido.

Si el Tribunal incidió, al hacer esta declaración, en algún error jurídico, la acusación ha debido hacerse por violación directa de alguna disposición sustantiva, por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas o por otros de los motivos apuntados en el Código Judicial en su artículo 520.

Obsérvese que el Tribunal no resolvió sobre la validez o invalidez de los títulos que enumera el recurrente, sólo ordenó la cancelación de los registros de esos documentos.

Se tacha el fallo por apreciación errónea de la prueba testimonial llevada por el demandante al pleito, para demostrar que Matea Rodríguez de Orjuela no pudo venir a la Notaría a extenderle a Ramos la escritura con la cual éste se hizo parte en la sucesión de Cipriano Orjuela, dando crédito a los testimonios de Eustacio Rodríguez, Benjamín Gómez y Patrocinio Sosa.

El sentenciador estudió uno a uno estos testimonios, acordes todos en sostener, por haberlo presenciado, que el día en que se otorgó la escritura por la cual Matea Rodríguez dijo vender a Ramos la acción y derechos que tenía en la sucesión de su marido, ésta estaba gravemente enferma en la casa de Agapito Vélez, en el Municipio de Soacha, y consiste ese error en que no es dable que los testigos recuerden con tánta precisión un hecho ocurrido diez y nueve años antes de la fecha de su deposición.

Estando acordes los testigos en sus exposiciones, no puede sostenerse, en manera alguna, que el Tribunal haya incurrido en error de hecho en la apreciación de ellas y menos en error de derecho, reconociéndoles a esos testimonios un valor distinto del que la ley les asigna a los testigos que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Como último reparo considera el recurrente que el fallador de Bogotá cometió error al apreciar los testimonios de Landínez, Bejarano, Amaya y Narentes, quienes afirman que Matea Rodríguez de Orjuela se llamaba unas veces así y otras Matea Peñuela.

Nada más injustificado que dicho cargo. Los testigos no deponen por sus propias y directas percepciones sino por meras inferencias, como puede verse al leer sus declaraciones: por esto dijo el Tribunal: "Los testigos de referencia o que declaran por haberlo oído, pero sin precisar el hecho que se trata de demostrar, no dan evidencia o certeza probatoria de ningún mérito; mas en el supuesto de que realmente se hubiese demostrado que Matea usaba indistinta-

mente los apellidos Rodríguez o Peñuela, aparece plenamente establecido que el día de la escritura la verdadera Matea estaba en su casa de Soacha gravemente enferma y absolutamente imposibilitada para venir a Bogotá".

Si estos testigos no deponen por su conocimiento personal, sus declaraciones no pueden tener valor legal, y en esa apreciación no puede decirse que se haya cometido un evidente error de hecho. Pero dado por probado este error, el fallo tampoco podría infirmarse porque hay una prueba que conserva todo su valor, y que es suficiente para fundamentarlo y de la cual aparece que la señora Matea Rodríguez estuvo en imposibilidad física de concurrir a la Notaría a firmar la escritura que hoy pretende hacer valer José Ramos.

De lo dicho se desprende que no puede acusarse el fallo por quebrantamiento de los artículos que cita el recurrente al final de su demanda.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla:*

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

2º Se condena en costas al recurrente.

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

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

SALVAMENTO DE VOTO

DEL MAGISTRADO DOCTOR HERNAN SALAMANCA

Someramente escribo las razones en que he fundado mi concepto respetuosamente disidente sobre la manera de decidir este recurso de casación.

La demandante Sinforosa Orjuela de Villalobos ha iniciado este juicio para que se declare que es "dueño y señora" de los lotes de terreno "El Sibanco" y "El Varalito", en jurisdicción de Soacha, y que, como consecuencia de esta declaración de dominio, se ordene la cancelación de varios instrumentos. Pide asimismo que se condene al demandado José Ramos a que le indemnice los perjuicios resultantes de haber aceptado y hecho uso de un instrumento adulterado (escritura 2179 de 11 de diciembre de 1922) en el sucesorio de Cipriano Orjuela para obtener con él adjudicación de bienes como cesionario de la cónyuge supérstite, siendo la verdad que esta señora no vendió sus derechos en la sucesión.

La forma neta y explícita en que están concebidos los pedimentos de la demanda, excluyentes por su claridad de toda interpretación, lo mismo que su contestación y los términos de la contrademanda, no dejan lugar a duda sobre que se ha planteado una litis en que se enfrentan primordialmente pretensiones de dominio y que solamente como consecuencia o efecto del reconocimiento de la propiedad se piden las cancelaciones a que se ha hecho referencia. Esta petición está propuesta en forma de acumulación sucesiva, esto es, subordinada a la prosperidad de la principal. En manera alguna da base el libelo para entender que la solicitud de cancelación se formula aisladamente, ni tendría explicación tal pedimento desarticulado del principal porque no correspondería a ninguno de los intereses jurídicos que fundan y legitiman el ejercicio de la acción. Es verdad que entre los hechos fundamentales de la demanda y en una de sus peticiones se alude a la circunstancia de que el demandado Ramos ha usado y utilizado un instrumento público suplantado o falsificado por él —el con que obtuvo en el sucesorio de Cipriano Orjuela hijuela de adjudicación como cesionario de los derechos de la viuda—, pero como es obvio dentro de la finalidad del juicio, en cuanto de la prueba y reconocimiento de esta suplantación se deduce la ineficacia e invalidez del título de la parte demandada en la controversia de propiedad para obtener así la actora el triunfo de sus prentensiones de dueña.

No obstante ser tan nítida y precisa la demanda, el Tribunal denegó las peticiones sobre propiedad contenidas en la demanda principal y en la de reconvención, y como cosa aparte y aislada, por considerar que el título de Ramos como cesionario de los derechos de la viuda de Cipriano Orjuela aparece notoriamente adulterado en forma que penalmente deberá examinarse la conducta del demandado, ordenó cancelar las inscripciones en la Oficina de Registro de los instrumentos enumerados en la demanda, sentencia de partición, contrato de compraventa, etc., actos jurídicos éstos cuya invalidez no se ha demandado y sobre la cual nada estatuye la sentencia.

Me parece claramente visible en esta forma de decidir, una desviación del objetivo primordial del litigio inequivocamente expresado en la demanda. No es congruente la sentencia con la pretensión oportuna y explícitamente deducida por la actora, porque, dejando de lado la cuestión de dominio y omitiendo lo relacionado con indemnización por el hecho de la adulteración del instrumento, decide simplemente sobre lo que como consecuencialmente y en forma sucesiva se demandó. Hay entre las peticiones del libelo una relación tan perfecta de subordinación lógica y jurídica que no es posible decretar lo accesorio negando lo principal sin desconocer la *intentio* y sin desvirtuar la *causa petendi* de la litis. Literalmente, puede ser cierto que está pedida la cancelación de los instrumentos referidos; jurídicamente, no es exacto que tal cosa esté pedida en la forma desarticulada e inútil en que aparece decretada en la sentencia de segunda instancia. La demanda es ante todo una finalidad jurídica y armónicamente considerada que constituye el molde imperativo de la sentencia. Si entre estos dos extremos no se puede hallar coincidencia y acuerdo, como en este caso, la acusación contra el fallo del Tribunal no puede plantearse sino dentro de la causal segunda de casación, precisamente destinada a impedir la arbitrariedad judicial tutelando la norma esencial de que la sentencia definitiva debe recaer únicamente sobre la cosa, la cantidad o el hecho demandado.

Apoyado en estas consideraciones me parece que la sentencia del Tribunal de Bogotá ha sido bien y fundadamente acusada por la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial, por lo cual ha debido prosperar el recurso.

Hernán Salamanca

Recurso de revisión de una sentencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Los señores Isabel Cortés viuda de Guzmán y Alvaro Guzmán Cortés, en escrito presentado el diez y seis de diciembre último, piden se revise la sentencia pronunciada por esta Corte el quince de abril de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de concurso de acreedores de Francisco Peña R., que cursa en el Juzgado 8º Civil de este Circuito.

Dicen los demandantes:

"Fundamos esta demanda en los casos 1º y 4º del artículo 542 del Código Judicial; en la jurisprudencia sentada por ese alto Tribunal de Justicia, visible a folios 122 y siguientes de la *Gaceta Judicial* números 1.989 y 1.990, y en los hechos que en seguida pasamos a exponer".

Entre esos hechos se encuentran los siguientes:

1º "Al dictar la sentencia cuya revisión demandamos dijo esa honorable Corte: 'El apoderado de los herederos del acreedor hace subir a 737 sacos de café los debidos por razón de la mora en las entregas que quedaron pendientes. Hace tal liquidación computando dicha pena a razón de saco y medio de café por cada cien sacos que dejare de entregar y por cada mes o fracción de mes de demora. Este café avaluado a $ 17.50, precio actual —a su decir— de cada saco (25 de mayo de 1938), vale, según sus cuentas, la cantidad de doce mil ochocientos noventa y siete pesos con cincuenta centavos ($ 12.897.50)'.

'Pero resulta que tal cómputo o valoración la hace el apoderado del doctor Guzmán en memorial de 25 de mayo de 1938, sin que haya exhibido prueba alguna demostrativa de que en realidad cada saco de café costaba $ 17.50 en cada una de las fechas en que hace las liquidaciones parciales respectivas, desde el 1º de agosto de 1930, fecha inicial de la mora, hasta el 31 de mayo de 1938, fecha que señala como etapa final de tales cómputos y precios del café. Los certificados de la Federación Nacional de Cafeteros, agregados al proceso, solamente se refieren a las cotizaciones de dicho grano, del tipo y calidad debidos, hasta el 31 de diciembre de 1932. A partir de esa fecha nada se conoce ni se sabe judicialmente sobre los precios y cotizaciones del café Girardot. Si el acreedor realmente quería exigir el cumplimiento de la cláusula tercera penal y atender a la observación que le hizo el Juez 4º en su fallo de 3 de abril, es decir, que expresara en cantidad líquida el valor del café debido en virtud de la mencionada cláusula penal, ha debido demostrar suficientemente cuál era en realidad el precio o valor del grano en cada una de las etapas en que liquida tales cantidades por concepto de mora en el cumplimiento de las entregas. Y estos precios o valores debían haberse comprobado en autos en la misma forma en que aparecen evidenciados los precios del café no entregado en 1930 y 1931, vale decir, con las certificaciones de la Federación que contuvieran las respectivas cotizaciones, desde la fecha de la demora hasta el 31 de mayo de 1938, o con el pertinente avalúo pericial, al tenor de las disposiciones procesales que regulan la materia'.

2º 'No se hizo así, ni ha presentado posteriormente prueba suficiente para demostrar ese factor o elemento estimativo, y forzoso es concluir en instancia que 'el valor del café', como textualmente se suplica en la petición tercera de la demanda de tercería, no aparece demostrado en una cantidad líquida, requisito necesario, según viene dicho, para que pueda hacer parte del saldo insoluto del crédito hipotecario del doctor Guzmán'.

5º "Es el caso, señores Magistrados, que en el expediente del juicio de concurso de acreedores de don Francisco Peña R. *sí existía y existe* la prueba demostrativa del precio del café demandado y estipulado para el caso de mora en el cumplimiento de la obligación principal, prueba que consiste en otro certificado de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, referente no sólo a los años de 1931 y 1932, sino de ahí en adelante hasta el mes de agosto de 1940 inclusive. Esta prueba fue pedida por nosotros y practicada oportunamente en la segunda instancia y se halla visible a folios 1 a 3 del cuaderno número 20, que en copia auténtica acompañamos a esta demanda".

7º "De manera, señores Magistrados, que en nuestro sentir hubo en este juicio una fuerza mayor, proveniente de un extravío del Cuaderno número 20 del expediente. Esta es la única explicación racional que encontramos al hecho de que no se hubiera contemplado ni estudiado una prueba decisiva en nuestro favor. Por los fundamentos expuestos por esa honorable Corte en su sentencia para negar la petición tercera de la demanda de tercería, relativa 'al valor del café', esta petición habría sido resuelta en forma favorable para nosotros si tal prueba se hubiera visto. Por no haberse tenido a la vista este cuaderno, la sentencia se dictó injustamente, negándosenos una de las peticiones primordiales de la demanda de tercería, reiterada dentro del término de prueba del concurso en memorial suscrito por nuestro apoderado el 25 de mayo de 1938, citado por la Corte en su sentencia".

A su demanda acompañaron los peticionarios, como únicas pruebas, copias auténticas de la sentencia cuya revisión se pide y del certificado de la Federación Nacional de Cafeteros citado en su libelo.

Para resolver se considera:

Como puede verse en los pasajes de la demanda que han quedado transcritos, se pide la revisión de una sentencia de la Corte, fundándose los solicitantes en los ordinales 1º y 4º del artículo 542 del Código Judicial, que dicen:

"1º Si después de pronunciada se recobran piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida".

"4º Si la sentencia se dictó injustamente, por cohecho, violencia o fraude".

Ante todo conviene observar, respecto del ordinal 1º, que no se alega, ni siquiera se afirma, que la detención de las piezas decisivas de que se habla obedeciera a obra de la parte favorecida, sino, simplemente, a una fuerza mayor que adelante se analizará; y acerca del ordinal 4º, que no se asegura o sostiene que la sentencia se dictara *injustamente* "por cohecho, violencia o fraude", sino, simplemente, que se dictó *injustamente* porque no se tuvo en cuenta la prueba que arroja el referido certificado de la Federación Nacional de Cafeteros.

En estas condiciones es clarísimo que la demanda no puede fundarse en el ordinal 4º citado, porque para ello sería necesario que la sentencia se hubiera dictado por cohecho, violencia o fraude, circunstancias éstas que en parte alguna alegan, ni siquiera insinúan los demandantes, ni mucho menos aparecen demostradas.

La demanda tiene, pues, como único apoyo jurídico el de que después de dictada la sentencia se recobraron piezas decisivas, detenidas por fuerza mayor, y tal fuerza mayor la hacen provenir los demandantes "de un extravío del cuaderno número 20 del expediente". "Esta es —dicen— la única explicación racional que encontramos al hecho de que no se hubiera contemplado ni estudiado una prueba decisiva en nuestro favor".

Como obviamente se deduce de los pasajes que acaban de copiarse, los demandantes no afirman rotundamente que el cuaderno número 20 se hallara extraviado cuando el proceso vino a la Corte, ni dicen en dónde se hallaba a la sazón, ni por culpa de quién se extravió, ni con la demanda se trajo la más ligera prueba o demostración de ese hecho, que únicamente se toma como explicación racional de que la Corte no tuviera en cuenta el aludido certificado de la Federación Nacional de Cafeteros.

Pero hay más: los propios demandantes sostienen (hecho 5º), que "*si existía* y existe la prueba demostrativa del precio del café demandado......"; luego ellos mismos están afirmando que el cuaderno número 20, en donde se dice que se encuentra el tántas veces aludido certificado, no se hallaba extraviado cuando el juicio estuvo al conocimiento de la Corte, y no puede existir entonces la fuerza mayor alegada.

Se deduce de lo expuesto que los demandantes no han presentado prueba alguna en que apoyar su acción de revisión, como lo ordena el artículo 544 del Código Judicial, y el recurso extraordinario de que se trata no es entonces admisible.

Así lo ha resuelto esta Sala en providencias del siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos y nueve de junio de mil novecientos cuarenta y tres.

En la primera de aquellas providencias se dijo:

"Bien sabido es que el recurso de revisión es fundamentalmente distinto de una instancia del juicio, y no tiene por objeto examinar si la sentencia ejecutoriada contra la que se propone es o nó legal. Es un remedio extraordinario que se endereza a quebrantar el sello y la eficacia de la cosa juzgada, y que, por consiguiente, no procede sino en los casos igualmente extraordinarios en que lo autoriza la ley. La solicitud de revisión es inadmisible si no se funda precisamente en las circunstancias determinadas por la ley, de modo que a esta vía excepcional y de derecho estricto no se puede ocurrir libremente, como sucede con los recursos ordinarios, por todo el que haya perdido el pleito. 'Ante la naturaleza del recurso de revisión y enfrente de la autoridad y seguridad de la cosa juzgada —ha dicho la Corte— el criterio que debe imperar

en él es taxativo y ceñido estrictamente a las normas fijadas por el legislador, con criterio restricto. En cuanto al tiempo, el límite máximo son los dos años siguientes a la publicación de la sentencia, lo cual es claro, porque de otro modo todo fallo de la Corte o de un Tribunal Superior estaría sujeto indefinidamente a ser materia de una demanda de revisión, con lo cual la seguridad y firmeza de la cosa juzgada desaparecerían por completo. En cuanto a la cuestión de fondo, es decir, en cuanto a los factores probatorios que incidieron en el fallo y que después fueron reconocidos como falsos, o que no pudieron incidir por obra de la parte favorecida, es necesario que en cada caso particular se presente la prueba adecuada dentro de la causal de revisión que se aduce' (*Gaceta Judicial*, tomo XLIV, página 653)".

"Para que sea admisible el recurso es indispensable que a la demanda se acompañen, a más de la suma de doscientos pesos para responder de las costas en caso de mal éxito, las pruebas en que se funde la solicitud de revisión, como lo ordena el artículo 544 del Código Judicial. Es apenas lógico y justo que para enjuiciar la cosa juzgada, una de las bases fundamentales del orden jurídico, se exija como prenda de seriedad la presentación de las pruebas como requisito formal para dar comienzo o autorizar una acción excepcional y extraordinaria de rectificación jurisdiccional. Esta prueba documental que debe acompañarse al escrito en que se interpone la revisión se exige y considera, como es obvio, en calidad de base legal para la admisión del recurso, ya que el estudio y apreciación de su mérito demostrativo con el de las que se produzcan en el término probatorio, como base de la revisión, esto es, su capacidad rectificadora o destructora de la convicción judicial en que se fundó la sentencia recurrida, es la cuestión de fondo que se decide en la sentencia que defina el recurso".

Con apoyo en lo dicho, no se ordena dar curso a la demanda de que se ha venido tratando, por ser inadmisible el recurso de revisión intentado.

Devuélvase a los demandantes la suma consignada.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. *Isaías Cepeda.—Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Acción petitoria de revisión de unas sentencias, etc. Acumulación de autos.

Según el Código Judicial es procedente una pluralidad de procesos dentro de una unidad de procedimiento. Esa pluralidad se configura de ocho maneras distintas que forman dos grandes grupos que dan origen, el primero a la acumulación objetiva y el segundo a la subjetiva. Las acumulaciones subjetiva y objetiva pueden presentarse combinadas y esta combinación da lugar a varias figuras como cuando existe diversidad de personas, pero identidad de fundamento real y jurídico.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, febrero nueve de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

La historia y antecedentes de este litigio, que falla hoy la Corte en definitiva, son éstos:

Emilia Gómez, siendo soltera, adquirió a título de permuta con la sociedad Reyes Hermanos, en dominio y posesión un lote de terreno ubicado en la población de Barrancabermeja, en el cual hizo varias edificaciones para cuyo fin contrajo varias deudas de dinero en el comercio de esa plaza. La adquisición de ese lote se verificó por medio de la escritura número 20 de 10 de enero de 1924 de la Notaría de Zapatoca.

Seis años más tarde, o sea el 5 de enero de 1930 la expresada señora Gómez contrajo matrimonio con el señor Esteban Velykanych, y llevó como bienes propios al matrimonio, el lote y las edificaciones mencionadas.

Para cubrir las deudas que la señora Gómez debía al comercio y atender a esas obligaciones, tomó en préstamo, con garantía hipotecaria del lote y sus edificaciones, las siguientes cantidades; a Julián Pérez $ 500, según consta de la escritura número 13 de 11 de marzo de 1931; a Ernesto Zapata R. $ 816, escritura 231 de 27 de julio de 1931 y a José de J. Lince $ 800, escritura número 35 de 7 de febrero de 1931. Todos estos instrumentos se extendieron en Barrancabermeja. Estos préstamos los tomó la Gómez con autorización expresa de su marido.

Habiéndose cumplido los plazos estipulados y no habiendo satisfecho la señora Gómez sus obligaciones, los acreedores entablaron las respectivas ejecuciones y la señora Gómez excepcionó, y las excepciones prosperaron.

Con motivo de esto los señores Ramón Quintero como cesionario de Julián Pérez, y Zapata y Lince, ya nombrados, entablaron el presente juicio ordinario en que piden en definitiva la revisión de las sentencias que declararon probadas las excepciones y que fueron confirmadas por el Tribunal de Bucaramanga.

Subsidiariamente suplicaron que se declare que la señora Gómez es la deudora principal de los demandantes y que por lo tanto está obligada al pago de los créditos que les adeuda, respondiendo tanto con sus bienes dados en garantía hipotecaria como con otros cualesquiera de que sea dueña y por haberse beneficiado con los préstamos de los acreedores.

El Juez de Circuito de Barrancabermeja puso fin a la primera instancia en sentencia de 30 de julio de 1940 y en ella se abstuvo de hacer las declaraciones principales de la demanda o sea no decretó la revisión de las sentencias; pero, acogiendo la petición subsidiaria declaró que la demandada es deudora de Julián Pérez, Ernesto Zapata y José de Jesús Lince, por las sumas y en los términos a que se refieren las escrituras de mutuo con hipoteca a que ya se ha hecho mérito.

La sentencia fue expresamente consentida por los demandantes y sólo apeló la señora Gómez, en cuya virtud fueron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, donde fue fallado el negocio, en segundo grado, en sentencia de 18 de noviembre de 1941, que reformó la del inferior pero sólo en el sentido de condenar a Emilia Gómez a pagar a Ramón Quintero D. la cantidad de $ 500 moneda legal.

La demandada interpuso recurso de casación el que pasa hoy a decidirse.

El fallador de Bucaramanga estimó que la acción principal ha debido prosperar, "porque, dice, está demostrado que en los juicios ejecutivos seguidos por los actuales demandantes contra Emilia Gómez y su esposo fue propuesta la excepción de nulidad, consistente en haberse celebrado los contratos de hipoteca por la esposa y sobre sus bienes sin autorización judi-

cial; que la excepción se declaró probada; que existía la licencia, y que es indudable que si se hubiera fallado el pleito en consonancia con la revisión, habrían obtenido la revalidación total de los contratos de mutuo y de sus garantías hipotecarias".

Dicho fallador anota que no se hizo así porque el Juez confundió la acción de nulidad de las sentencias con la de revisión.

Mas, como se observa en el fallo, no habiendo apelado los demandantes y no pudiendo desmejorarse la condición de la demandada, era lo procedente deducir la acción subsidiaria, como se hizo. Por lo tanto, el Tribunal teniendo en cuenta que los contratos de mutuo con hipoteca celebrados por la señora Gómez, con los demandantes, cedieron en beneficio de ésta, que tuvieron por objeto no sólo aumentar su patrimonio sino solucionar sus deudas anteriores a su matrimonio y por aplicación de los artículos 1747 y 1806 del Código Civil, hizo las declaraciones a que ya se ha hecho mérito, o sea, sentenció que Emilia Gómez de Velykanych es deudora de los señores Zapata, Lince y Quintero D., cesionario de Pérez, de las sumas de $ 500, $ 816 y $ 800 respectivamente y sus correspondientes intereses, desde las fechas expresadas en los distintos contratos de mutuo.

El recurrente fundado en la primera causal del artículo 520 del Código Judicial hace quince cargos a la sentencia y uno fundado en la segunda.

La Corte en el estudio que sigue y para mayor orden y método, agrupará en uno solo, por su estrecha conexión y hasta identidad, varios de esos cargos.

Es el primero el de infracción directa de los artículos 1960, 1961, 1963 del Código Civil, aplicación indebida del 1962 y violación directa de los artículos 593 y 601 del Código Civil.

Se funda esta acusación en que no hay constancia de que el señor Ramón Quintero D. sea cesionario del señor Julián Pérez.

Se observa: Quintero D. se presentó a este juicio como cesionario de Julián Pérez y esa calidad le fue reconocida en el ejecutivo que adelantó en tal carácter contra la señora Gómez, juicio en el cual se pronunció la sentencia de excepciones cuya revisión se pide en este proceso. No era pues necesario ni posible una nueva cesión, porque el carácter de cesionario lo tenía Quintero D. desde antes de entablar esta acción.

Se rechaza el cargo.

Es el segundo el de errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 209 del Código Judicial, por cuanto el Juez y el Tribunal admitieron la viabilidad de la demanda no obstante que los tres demandantes se presentaron pidiendo nulidad de sentencias de excepciones dictadas en juicios diferentes. En otros términos, se ataca la acumulación de las acciones hecha en la demanda.

Se considera: El mismo recurrente conviene en que este punto no fue materia ni objeto de debate en las instancias, y esa observación es exacta, lo cual quiere decir que se trata de un medio nuevo en casación y que por lo tanto no puede estudiarse en el recurso. Ese medio no entraña una cuestión de orden público, que afecte la jurisdicción, porque el *Juez a quo* era competente para conocer de cada uno de los juicios que se acumularon en la demanda.

Además y como el recurrente pide que se siente alguna doctrina sobre el particular, la Corte lo remite a la sentencia de 30 de marzo de 1936 (*Gaceta Judicial*, tomo XL, números 1911/12, páginas 753 y siguientes). La interpretación y alcance del artículo 209 del Código Judicial en concordancia con los artículos 223 y 398 ibídem, alcance más trascendental del que a primera vista se cree, e interpretación más compleja de lo que se juzga, ha sido estudiado y fallado por esta Corte, en varias sentencias, una de ellas la que acaba de mencionarse.

Según el Código Judicial es procedente una pluralidad de procesos dentro de una unidad de procedimiento. Esa pluralidad se configura de ocho maneras distintas que forman dos grandes grupos que dan origen el primero a la acumulación objetiva y el segundo a la subjetiva. Las acumulaciones subjetiva y objetiva pueden presentarse combinadas y esta combinación da lugar a varias figuras como cuando existe diversidad de personas pero identidad de fundamento real y jurídico. Por lo dicho al principio la acusación no puede prosperar. Y si la Corte hase referido a considerar ampliamente el cargo, ha sido por vía ilustrativa, porque para rechazarlo basta observar que se trata de un medio nuevo de casación.

Los capítulos segundo, tercero, quinto, noveno, décimo y duodécimo de la demanda deben estudiarse conjuntamente, porque todos ellos están enfocados sobre un mismo punto o sea indebida aplicación de los artículos 1747 y 1806 del Código Civil.

Se considera: El *Juez a quo* al no acceder a las peticiones principales de la demanda acogió la subsidiaria sobre nulidad relativa, y considerando, aunque equivocadamente, que la señora Gómez no tenía licencia judicial para hipotecar sus bienes, consideró relativamente nulos los contratos celebrados entre ella y los demandantes y teniendo en cuenta que está plenamente acreditado en los autos que esos actos fueron ejecutados en beneficio de esa señora y que ella fue quien contrató, decretó las restituciones a que se refieren los artículos 1747 y 1806 del Có-

digo Civil. El Tribunal, teniendo en cuenta que los demandantes no apelaron, y además la comprobación aducida a los autos sobre que esos contratos los celebró la señora Gómez, no sólo para pagar sus deudas anteriores al matrimonio, sino para acrecentar su patrimonio edificando en un lote de su propiedad, mantuvo en firme esa decisión del Juez.

Considerando la acusación por el solo aspecto de error de derecho, se concluye que no pudo haber aplicación indebida de esas normas. El error podía en ese caso ser de hecho, del cual se ocupará en seguida la Corte, pero no de derecho. Los cargos al respecto no son, por lo tanto, fundados.

En los capítulos cuárto, séptimo, séptimo bis, octavo, once, trece, catorce y quince, acusa el recurrente la sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas y señala como violados los artículos 593, 601, 696, 697, 698, 699, 743, 702, 468, 463 del Código Judicial.

En definitiva, la acusación va encaminada a demostrar que no estando comprobado el provecho de enriquecimiento de la demandada con las operaciones de mutuo que celebró con los demandantes, el Tribunal erró, con error manifiesto de hecho, al haber dado aplicación a los artículos 1747 y 1806 del Código Civil.

Estos hechos están plenamente comprobados y así lo estimó el Tribunal: a) La señora Gómez obtuvo licencia para hipotecar los bienes, la cual le fue concedida antes de celebrar los contratos con los demandantes. El 27 de enero de 1931 Emilia Gómez y su marido solicitaron esa licencia, la cual les fue concedida en el mes de marzo de 1931. La decisión favorable al respecto se fundó en que dicha señora había comprobado que era útil y conveniente para sus intereses la hipoteca de sus bienes, que cedía en beneficio de ella; b) Concedida la licencia, el Juzgado envió esa resolución, erróneamente, en consulta al Tribunal, el cual tiempo después decidió, como era lo jurídico, que esas resoluciones no son consultables. En realidad de verdad la licencia existía cuando la señora Gómez hipotecó sus bienes; c) Los dineros tomados sobre hipoteca tuvieron por objeto que la señora Gómez pagara unas deudas contraídas cuando era soltera, para mejorar un predio de su propiedad y para seguir mejorándolo; d) Manuel Ardila C., Plutarco Vargas H. y Leonidas Sánchez declararon que los dineros suministrados por los tres demandantes sirvieron no solamente para pagar deudas de Emilia Gómez contraídas para efectuar construcciones en lotes de su exclusiva propiedad, sino también para continuar tales edificaciones y que con éstas obtuvo la propietaria del terreno un beneficio superior a la inversión.

Ante estos factores, que brillan en los autos, no pudo el Tribunal incurrir en manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas y si hubiere algunas encaminadas a infirmarlas, el Tribunal tenía al respecto facultad de apreciación dentro de las normas legales y no se ha demostrado que en esa apreciación haya incidido tampoco en error de hecho, ni de derecho. Las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal al respecto, no han sido desvirtuadas en cuanto su eficaz valor probatorio.

Los cargos no prosperan por lo tanto.

El motivo segundo alegado en la demanda, o sea el no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, lo funda el recurrente en que los demandantes pidieron que se declarara que Emilia Gómez de Velykanych es deudora de las sumas que le dieron en préstamo por medio de tales escrituras y por lo tanto que está obligada al pago de esos créditos.

El recurrente dice que hubo exceso en la condenación porque los demandantes pidieron esa declaración pero no que fuera la demandada condenada al pago y que no pidieron que se declarara desde cuándo era deudora y tampoco demandaron intereses.

Vista la petición quinta de la demanda, a que se refiere el recurrente y que casi transcribe textualmente, teniendo en cuenta que los demandantes se refirieron a sus créditos, para hacerlos efectivos, que demandaron a la deudora, y vista la parte resolutiva de la sentencia, es decir, comparando lo pedido con lo fallado, se concluye que está de acuerdo lo uno con lo otro. El estudio de este cargo, no es sino una simple y fácil labor de cotejo. Finalmente, para el caso de este pleito, es lo mismo declarar que la señora Gómez les debe a los demandantes el valor de los créditos que éstos le reclaman y ordenarle el pago de ellos, que condenarla a ese pago. Mero juego de palabras.

Este último cargo tampoco puede prosperar.

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

Se condena en costas a la recurrente, pero en la liquidación de éstas no se tendrá en cuenta el alegato de la parte opositora por haberlo presentado fuera de tiempo.

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

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

Incompatibilidad de las acciones de simulación de un contrato y de nulidad absoluta del mismo, ejercitadas en una misma demanda.

El planteamiento en una misma demanda de las acciones de simulación de un contrato y de nulidad absoluta del mismo es contrario e incompatible porque recíprocamente se destruyen, por la significación misma de los hechos en que se enraízan anárquicamente en la demanda. Las dos acciones no son acumulables, con acumulación alternativa, y debe reconocerse, en consecuencia, la excepción perentoria de petición de modo indebido.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero nueve de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Tunja, en libelo de fecha 1º de junio de 1937, Eloisa Flórez v. de Mariño y Alfonso Mariño Flórez, por medio de apoderado y en nombre e interés de la sucesión ilíquida de Jorge Flórez del Castillo, demandaron a Ignacio Dulcey Flórez, mayor y vecino de Siachoque, para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se declare:

Que son inexistentes por simulación los contratos contenidos en las escrituras públicas número 77 de 24 de mayo de 1934 y número 33 de 15 de marzo de 1937, ambas otorgadas ante el Notario de Toca, por medio de las cuales Jorge Flórez del Castillo aparece vendiendo a Ignacio Dulcey Flórez la hacienda "Siatoca", el potrero "Abajo" y otro terreno, situados todos estos inmuebles en la vereda de Colmechoque Abajo, de la jurisdicción del Municipio boyacense de Siachoque, por los linderos que allí se determinan, y que por consiguiente tales fincas no han salido del patrimonio del aparente vendedor, hoy de su sucesión ilíquida;

Que es nulo de nulidad absoluta el contrato contenido en el último de los citados instrumentos "y que tal nulidad proviene de haberse otorgado la escritura, en momento en que el presunto vendedor no podía dar su consentimiento, por hallarse en artículo de muerte, ya que ni siquiera pudo firmar el instrumento y además, por carecer el contrato de objeto y causa lícita";

"Que como consecuencia de la declaratoria de inexistencia por simulación o de la declaración de nulidad" se ordene la cancelación de las referidas escrituras y se condene el demandado a restituir a la sucesión los bienes precitados con sus frutos naturales y civiles, lucro cesante y daño emergente desde la muerte del causante y, los animales que entonces existían en la hacienda y los dineros que el causante tenía en los bancos del país y que pasaron a manos del demandado sin causa legal justificativa.

En subsidio de estas peticiones principales se pide en la demanda:

Que se condene al demandado a entregar a los representantes de la sucesión "la suma de diez y seis mil pesos moneda corriente o el precio que dice entregó como valor de la hacienda 'Siatoca'";

Que los contratos contenidos en las escrituras precitadas de la Notaría de Toca, "Quedan rescindidos por lesión enorme, ya que el justo precio de las fincas alinderadas y detalladas valían a la fecha de las escrituras más del doble de lo que se pagó por ellas, y que en consecuencia se condene al demandado Dulcey Flórez a las restituciones correspondientes a favor de la sucesión demandante junto con sus intereses y frutos.

De los hechos fundamentales de la demanda conviene mencionar los siguientes que tienen importancia para la decisión del recurso en cuanto son expresivos de las causas originarias de la litis y sirven para determinar la naturaleza jurídica específica de las acciones que han sido ejercitadas:

"2. Don Jorge Flórez del Castillo, en el momento de otorgar la escritura, no tenía el uso de sus facultades mentales, ya que ni siquiera pudo firmar".

"3. En el protocolo original existe un rastro o señal que indica que el moribundo fue cogido de la mano para firmar, dejando una huella que no es su firma".

"4. Don Jorge Flórez, por razón de la enfermedad que lo llevó al sepulcro no podía dar su consentimiento en el contrato de que da cuenta

la escritura otorgada ante el Notario de Toca en artículo de muerte".

"5. En el caso de que haya habido consentimiento para mandar otorgar la escritura, el contrato contenido en ella fue simulado...."

"6. El demandado no pagó precio alguno por ninguna de las dos escrituras". "9: Don Jorge Flórez del Castillo, no tenía interés ni intención de vender la totalidad de sus fincas y solamente se explica la aparición del contrato, celebrado en artículo de muerte, como una simulación a fin de que los demás herederos no reclamaran".

"22. Si don Jorge Flórez del Castillo hubiera tenido voluntad de donar sus bienes al demandado la donación es nula de nulidad absoluta por falta de formalidades ya que los bienes ascienden a una suma no menor de $ 50.000".

"28. Tanto los vecinos de Siachoque como los familiares del causante tienen certeza de que don Jorge Flórez del Castillo no vendió al demandado los bienes a que se contrae este juicio sino que han afirmado todos y el mismo demandado que se trata de donaciones hechas por el causante, en cuyo caso ésta sería nula por falta de formalidades".

Surtido el traslado legal de la demanda, el demandado contestó oponiéndose a sus pretensiones tanto principales como subsidiarias y en cuanto a los hechos aceptó algunos, y negó los en que fundan su pretendido derecho los actores. Agotada la tramitación correspondiente, el Juzgado del Circuito finalizó la primera instancia con sentencia del 15 de mayo de 1941, en la que se declaró probada la excepción de petición de modo indebido, alegada por el demandado al contestar la demanda, y se absolvió en consecuencia al demandado de todos los cargos.

Sentencia acusada.

La sentencia absolutoria del Juzgado fue confirmada por la definitiva del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, proferida el 15 de diciembre de 1942 en la segunda instancia a que dio lugar la apelación interpuesta por la parte actora, y que es la acusada por ésta en el recurso de casación que hoy se encuentra en estado de recibir decisión.

Las dos sentencias absolutorias de instancia se fundan en la existencia de una ineptitud sustantiva de la demanda, calificada como excepción perentoria de petición de modo indebido y consistente en que se ejercitaron en forma de acumulación alternativa dos acciones contrarias e incompatibles entre sí —la de simulación y la de nulidad absoluta— a que se refieren los pedimentos principales de la demanda, contra lo estatuído en el ordinal 3º del artículo 209 del Código Judicial. Considera asimismo el Tribunal que esta imposibilidad legal de ejercitar principalmente esas dos acciones en la misma demanda afecta igualmente los pedimentos subsidiarios del libelo, entre los cuales encuentra también contrariedad e incompatibilidad que impiden pedir al mismo tiempo que la ejecución del contrato de venta con el pago del precio su rescisión por lesión enorme.

El recurso.

La acusación contra el fallo del Tribunal se apoya en la primera y en la séptima de las causales legales de casación que enumera el artículo 520 del Código Judicial.

Considera el recurrente, dentro de la causal primera, que el sentenciador del segundo grado quebrantó los artículos 1502, 1523, 1524, 1740 y 1741 del Código Civil, que dejó de aplicar rehuyendo la decisión de fondo y desviando su estudio hacia la aplicación impertinente del artículo 209 del Código Judicial en el entendimiento equivocado de que se han ejercitado en este caso dos acciones principales alternativas y contradictorias. "Al hacer esta apreciación el Tribunal —dice el recurrente— incurrió en error de hecho en la apreciación de la demanda, en cuanto la *intentio* del actor fue deformada en el sentido de hacerla aparecer presentando acciones diversas, cuando del texto mismo de su libelo aparece nítida su voluntad de concretar la acción a combatir la validez de los contratos por conceptos distintos, pero no contradictorios ni incompatibles. E incurrió asimismo en error de derecho por cuanto interpretó la acción ejercitada por el actor con un concepto equivocado de los textos legales aplicables, al pretender que la acción de *simulación-nulidad* contenida en el segundo pedimento principal de la demanda, no sólo es distinto sino contrario e incompatible con el de simple *nulidad* que menciona el tercero, como si la denominación de la acción —nulidad en vez de simulación o a la inversa— implicara cambio en la naturaleza jurídica de la que en realidad se ejercita, o un cambio de acciones".

Se considera.

En sentencia de esta Sala de Casación Civil de fecha 30 de marzo de 1936 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIII, página 752), citada y confirmada en diversas decisiones posteriores, se expuso sintéticamente el sistema de la acumulación en derecho procesal civil y se enunciaron y definieron, relacionándolas con las reglas de nuestro procedimiento, las múltiples formas en que puede presentarse tal fenómeno, cuyo objetivo consiste en la conveniencia de disminuir el número de litigios y evitar la posibilidad de fallos contradictorios. Sin necesidad de transcri-

bir aquí aquella exposición doctrinaria, recordada por los sentenciadores de este pleito, baste decir que el caso de estudio, en que se han ejercitado diversas acciones en una misma demanda, contemplado en el artículo 209 del Código Judicial, corresponde, dentro de los dos grandes grupos en que se clasifica la acumulación, a la llamada objetiva, y dentro de las cuatro especies de ésta a la denominada alternativa, en que se proponen varias acciones con el fin de que sólo una de ellas sea estimada.

Esta apreciación del caso, hecha con visible acierto por el Tribunal en vista de los términos netos e inconfundibles en que está concebida la demanda, coloca su consideración dentro de la reglamentación del artículo 209 del Código Judicial, que permite el ejercicio simultáneo de varias acciones en una misma demanda siempre que el Juez sea competente para conocer de todas, que éstas sean susceptibles de idéntica tramitación y que las acciones que se ejercitan no sean contrarias e incompatibles entre sí. "Sin embargo —dice el ordinal 3º de esta disposición—, pueden proponerse subsidiaria y condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles".

En presencia de los pedimentos claros y explícitos de la demanda que oportunamente corregida constituye la base inmodificable de la litis, y la pauta de la sentencia, no cabe la menor duda de que se ejercitaron, con carácter de principales, las acciones de simulación y la de nulidad absoluta, cada una precisamente denominada, jurídicamente configurada con separación y fundada en hechos esencialmente diferentes que les comunican una naturaleza propia. Como se ve de los fundamentos de hecho transcritos al comienzo de este fallo, el pedimento de declaratoria de inexistencia por simulación se basa en el hecho de que Jorge Flórez del Castillo transfirió la propiedad de sus fincas al demandado Dulcey Flórez, pero a título simulado de venta, porque en realidad lo hizo como donación para efectos herenciales, por lo cual no hubo precio, pero donación ésta secreta que está afectada de nulidad por violación de derechos herenciales y pretermisión de formalidades legales para su validez. Al lado de esta acción de simulación, presentada precisamente como en derecho corresponde, esto es, como acción de prevalencia contractual, se ha ejercitado también y principalmente la acción de nulidad absoluta con base en que el vendedor Flórez del Castillo no prestó su consentimiento para contratar porque en el momento de firmar no tenía el uso de sus facultades mentales y no estampó su firma, o por estar afectado el contrato de objeto o causa ilícita.

No se trata aquí, como obviamente se deduce de la lectura de la demanda y contra lo que pretende el recurrente, de una simple confusión literal en la denominación legal de las acciones —simulación y nulidad—, confusión en que frecuentemente se incurre y a que en diversas ocasiones se ha referido la Corte para concluir que en casos tales en que es claro que se trata de una mera impropiedad en el uso de denominaciones jurídicas, no debe el juzgador, por ese solo motivo, denegarse a decidir en el fondo la acción con que se ataca la eficacia de un acto jurídico. En el libelo inicial de este litigio no se ha incurrido en este defecto de superficie, remediable, dentro de la órbita legítima que establece la ley, con una razonable interpretación de su *intentio* y su texto; aquí la cuestión es de fondo, porque no hay duda sobre la yuxtaposición y coexistencia en la misma demanda, con carácter de principales y alternativas, de las dos acciones a que se ha hecho referencia, no como dos conceptos indistintamente aplicados a una misma situación de hecho que se estima generadora de una invalidez jurídica, sino como las dos vías independientes y distintas para obtener la ineficacia de un contrato con origen y fundamento en hechos esencialmente diferentes que les dan una naturaleza y una destinación inconfundibles y antagónicas y que están explícitamente consignadas en la segunda y en la tercera de las peticiones principales. La acción de simulación, encaminada a obtener la declaración de inexistencia del contrato aparentemente celebrado para atacar el oculto y realmente ajustado entre las partes, implica, por esencia jurídica, la existencia del consentimiento o acuerdo de los contratantes que los movió a actuar para producir relaciones jurídicas, en tanto que la acción de nulidad, según los hechos que se exponen para basarla, se hace consistir precisamente en la ausencia total de voluntad jurídica, en falta de consentimiento, en negación de firma del instrumento público. El planteamiento de estas dos situaciones es contrario e incompatible porque recíprocamente se destruyen, por la significación misma de los hechos en que se enraízan anárquicamente en la demanda.

"La regla general consignada en el artículo 209 del Código Judicial —dijo esta Sala con ocasión de un caso análogo— conforme a la cual en una misma demanda se pueden ejercitar varias acciones, no tiene más limitación, fuera de los requisitos de competencia e identidad procedimental a que aluden los dos primeros numerales de ese artículo, que la contrariedad e incompatibilidad de las acciones con la salvedad allí expresada. La acumulación de acciones, funda-

da en un principio de economía procesal, deja de ser posible cuando el ejercicio y la declaración de la una excluye el ejercicio y la declaración de la otra, tal como acontecería en este caso si fuera exacto que en la demanda que inició el litigio se ejercitaron simultáneamente la acción de nulidad absoluta en razón de la incapacidad absoluta por demencia de uno de los contratantes, y la de nulidad absoluta (aun aceptando esta equivocada denominación), con fundamento en que los contratos fueron simulados, porque hay una incompatibilidad jurídica esencial entre ambos casos. En el primero, la declaración de nulidad sería la consecuencia de haberse demostrado que en los contratos intervino como parte un demente, esto es, un absolutamente incapaz, imposibilitado jurídicamente para prestar consentimiento puesto que sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y en el segundo, contemplando el fenómeno de la simulación, habría que aceptar la intervención de personas capaces de consentir perfectamente, ya que la simulación contractual, como lo lleva muy repetido esta Sala, supone la creación de dos convenciones coexistentes, parcial o totalmente contradictorias entre sí, ostensible la una y secreta la otra. Los incapaces absolutamente no pueden simular jurídicamente porque la simulación es un fenómeno de bilateralidad válida a base de consentimiento perfecto...." (*Gaceta Judicial,* tomo XLIX, página 826).

Las consideraciones que anteceden demuestran evidentemente la improcedencia de la acumulación de acciones principales que se hizo en la demanda, visible también en las que se acumularon subsidiariamente, y en la cual apoya el Tribunal la excepción perentoria en que se funda la absolución contenida en la sentencia. Por lo cual se rechaza el cargo por la causal primera.

* * *

En el breve capítulo segundo y final de su demanda acusa el recurrente la sentencia de segunda instancia alegando la causal séptima del artículo 520 del Código Judicial por haberse abstenido de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo. "Establecido asimismo —dice la demanda— que el Tribunal, una vez planteada la *litis contestatio* sobre acciones propuestas a su competencia y análisis, eludió considerar el fondo de tales acciones, el fallo en que lo hizo es casable también con fundamento en la causal 7ª del artículo 520 del Código Judicial, en el cual me fundo para formular el segundo cargo contra la sentencia". Esta causal séptima de casación, cuya justificación corresponde a la necesidad de orden público de evitar que los Jueces incurran en denegación de justicia absteniéndose de estudiar y decidir negocios que les están atribuidos jurisdiccionalmente, se alega en este caso, como claramente se ve recordando los fallos de instancia, con notoria improcedencia y fuera de todo lugar. No hay en este caso abstención de fallar y menos declaración en este sentido. Lo que pasa es que el recurrente considera equivocadamente que puede aducirse la causal de que se trata para acusar un fallo que en su concepto es incongruente con la demanda, como se desprende de los razonamientos que hace y cita de jurisprudencias que trae y sobre todo de la afirmación de que la causal 7ª del artículo 520 del Código Judicial es la misma que consagraba como segunda el artículo 2º de la Ley 169 de 1896. La séptima alegada en el cargo que se estudia corresponde exactamente a la marcada como quinta en el citado artículo 2º, y la segunda de allí es la misma enumerada en segundo lugar en el artículo del Código vigente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 15 de diciembre de 1942, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Acción sobre pago de perjuicios.

Una mera posibilidad conjetural, aun teniéndola por probabilidad, no basta para afirmar en cada caso dado que se ha causado un perjuicio. Este debe demostrarse como un hecho efectivo, ya que una mera conjetura no basta a fundamentar legalmente una sentencia.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor Nicolás Camargo Guerrero demandó en vía ordinaria al Municipio de Bogotá para el pago de los perjuicios que le ocasionó impidiéndole la edificación, venta o utilización en alguna forma del lote número 28-14 de la carrera 13 de esta ciudad en los dos años y ocho meses transcurridos desde que Camargo lo compró y solicitó licencia para edificar hasta que al fin se le otorgó ésta después de habérsele denegado en ese lapso por tener planeada el Municipio la apertura allí de la calle 28 entre esa carrera y la séptima.

El libelo, en cuanto al monto de los perjuicios, defiere al avalúo que se haga, y advierte que son materiales y morales: los primeros se originan en la improductividad del lote por estar como embargado y prácticamente fuera del comercio, con lo cual no pudo el demandante acabar de pagar el precio de compra y tuvo para esto que malvender otros bienes suyos; los morales consisten en haberse visto ejecutado para el pago del aludido resto del precio y en el menoscabo del crédito que siempre produce una ejecución.

Al formular los hechos fundamentales coloca entre ellos el de haber procedido el Municipio imprudente y culpablemente al impedir la edificación y explotación del lote sin contar con recursos para adquirirlo e ignorando si podría llevar a cabo sus planes de urbanización.

El Juzgado 1º Civil de este Circuito, al que tocó el asunto en repartimiento, después de tramitada la instancia la decidió el 19 de julio de 1940 denegándose a decretar lo pedido y condenando en costas al actor, quien apeló de esa sentencia. Tramitada la segunda instancia, el Tribunal la decidió en la de 16 de marzo de 1943 revocando la apelada, condenando al Municipio a pagar al demandante $ 1.836 como valor de los perjuicios materiales y negando las demás peticiones, sin costas.

Ambas partes recurrieron en casación. Concedido y declarado admisible el recurso para ambas, quedó desierto el de la actora por virtud del artículo 532 del Código Judicial, según providencia ejecutoriada. Por consiguiente, al de la demandada o sea el Municipio, que oportunamente fundó el suyo, se reduce el estudio de la Sala.

El Juzgado para llegar a la denegación y absolución antedichas razonó detenidamente en forma que puede resumirse así: se ejercita una acción de condena, cuyo presupuesto está en la existencia de una voluntad concreta de la ley que garantice un bien al demandante e imponga al reo una prestación, y la posibilidad legal de que el demandante, basándose en la sentencia, alcance de los órganos del Estado la efectividad de aquel bien; en este caso el actor aspira a una indemnización como víctima de culpa ajena; cuandoquiera que de ésta se trata ha de estudiarse en primer lugar la imputabilidad física de un hecho u omisión a un sujeto de derecho. En seguida distingue en las entidades públicas, aquí el Municipio, entre la persona jurídica en posibilidad de incurrir en culpa por medio de sus autoridades o agentes, y la entidad política, independiente de esa personería. A aquélla accede el funcionamiento del órgano estatal y a ésta la actividad patrimonial de la persona jurídica. No obra como ésta la entidad que ejercita el poder público, mientras que, por contraste, sí lo hace cuando contrata. Entonces se asimila a un particular, el cual, aclarando aquel contraste, no puede ejercer funciones de gobierno ni de administración pública como tal.

Por esta senda llega el Juzgado a la conclusión de que la conducta del Municipio de que se queja el demandante, correspondiendo a función de gobierno, no queda dentro del radio de la personería jurídica a que correspondería, en su caso, el concepto de culpa ante el Código Civil, lo que implica incompetencia del Organo Judicial.

Al respecto dice: "Como el Municipio de Bogotá, al denegar la demarcación del lote de Ni-

colás Camargo ejercitó los atributos del Estado como organismo del poder público, tal actividad escapa a las nociones civiles sobre culpa extracontractual, originando así una ilegitimidad de personería sustantiva en el litigio, dentro del cual se ha demandado a la persona jurídica, extraña en un todo a la gestión administrativa".

En seguida colocándose en distinto punto de vista para entrar en la cuestión, pone de presente las diferencias entre la entidad y el empleado, se detiene a considerar cómo en cada caso ha de estudiarse si una culpa dada es de ella o de él; cita el artículo 328 del Código Político y Municipal, y se refiere también a la posibilidad de acusar ante lo contencioso administrativo los actos de las autoridades administrativas municipales y aun de obtener su inmediata suspensión.

Y como entre los fundamentos de la demanda como fuente del perjuicio aduce el actor el hecho de que el Municipio hubiera desistido de comprarle el lote, el Juzgado advierte que ninguna obligación hubo para el Municipio en tal sentido y trae a cuento la falta o ausencia de una promesa de contratar.

Se han traído a cuento los conceptos del Juzgado por su interés y en vía de información sobre los antecedentes del proceso; pero la Sala tiene que encaminar sus consideraciones a campo distinto, porque el Municipio es recurrente único, lo que reduce los reclamos a lo desfavorable a él, según el artículo 494 del Código Judicial, y porque, habiéndose de admitir el cargo del recurrente que se discriminará en seguida, de los demás debe prescindirse o a él ha de limitarse la Corte, según el artículo 538 *ibidem*.

Ese cargo es el de violación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil por aplicación indebida, en cuanto para la indemnización a que ellos dan lugar es precisa *sine qua non* la concurrencia de estos tres elementos: culpa, perjuicio y relación de causalidad entre aquélla y éste, y aquí, aun suponiendo que hubiera culpa, falta el perjuicio, por no estar demostrado que el demandante lo sufriera, y falta el vínculo de causalidad.

Obran pruebas suficientes de que el Municipio proyectó la referida apertura de calle y de que por este motivo negó la licencia para edificar en el lote de que se trata, no sólo cuando la pidió insistentemente el señor Camargo sino antes, cuando aún era dueña del lote la compañía que se lo transfirió por medio de la escritura número 799 de 19 de abril de 1935, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá; y está comprobado también que esa licencia vino a concederse a la postre en diciembre de 1937 por haber entrado a regir desde su sanción el Acuerdo número 11 de 28 de mayo de este año, cuyo artículo 17 señaló un semestre como término máximo para aplazar o denegar una licencia de esa clase en el evento de tener el Municipio pendiente alguna obra cuyo prospecto justifique la negativa. Consta también que se apalabraron negociaciones para que el Municipio comprase a Camargo ese lote y que no se adelantaron ni cerraron, entre otras razones, por implicar grave costo la apertura de la citada vía pública y carecer aquél del dinero necesario.

Pero no está demostrado que Camargo estuviera listo para edificar y en capacidad de hacerlo, pues no hay al respecto comprobante de algo distinto de haber formulado la aludida solicitud e insistido en ella, a tiempo que se vio en las dificultades de que se queja para acabar de pagar el suelo, al punto de que su tradente lo ejecutara. No probó tampoco que se le frustrara tal o cual operación de explotación o venta del lote y, menos que en su caso ello obedeciera a la negativa y planes del Municipio. Comprobó Camargo haber vendido en el aludido lapso de tiempo otros bienes de su propiedad; pero en manera alguna que a venderlos se viera obligado precisamente por la negativa y planes del Municipio a que él atribuye esas enajenaciones que calcula y afirma haber podido hacer a mejor precio, detalle no comprobado aquí, si no hubiera procedido forzado. El dice que en esta situación lo puso el Municipio, cuya negativa fue lo que, impidiéndole disponer del lote, le cerró esta entrada de dinero y lo llevó al extremo de verse ejecutado y de ver en peligro su lote de remate a menosprecio.

Fuera de las pruebas sobre planes y negativas del Municipio y sobre concesión final de la licencia para edificar por virtud del citado acuerdo, del que se trajo al proceso copia de lo pertinente en debida forma, no obran en el expediente sino las declaraciones de testigos que se examinarán en seguida y que son la prueba de cuya errónea apreciación acusa el recurrente, porque son lo único que figura como comprobante del perjuicio y no lo acreditan.

Efectivamente esas declaraciones se hallan en el cuaderno tercero, al folio 13 la del testigo

Páez y de folios 40 a 47 las de los testigos Pradilla, Montoya, Ruiz Manrique, Hoyos, Silvestre, Gómez Campuzano, Bazzani, Murillo y Arango Vélez. El señor Gómez Campuzano afirma haber propuesto al señor Camargo compra del lote, con lo que se acredita simplemente una propuesta, sin dato sobre sus condiciones, como precio, etc.; y dice que se lo solicitó en arrendamiento. Esta declaración de un solo testigo es lo único que obra en autos sobre operaciones de esta clase. El señor Páez declara haber intervenido en las gestiones sobre venta del lote al Municipio. Ni ellos ni ninguno de los testigos restantes hablan de alguna negociación seria y efectiva sobre el lote que se le propusiera al señor Camargo o en que éste se embarcara y que se la frustrara o impidiera el Municipio con su proyecto y negativa antedichos. Los que hablan sobre esto lo hacen en forma global o genérica y, además, conceptual, expresando su personal opinión de que Camargo se perjudicó por haber estado en ese lapso su lote en la situación mencionada; pero, repítese, sin precisar ningún hecho concreto sobre tal o cual negociación u operación de Camargo impedida o frustrada.

Ese concepto expuesto por algunos de los prenombrados declarantes citados como testigos, es el que en principio o en tesis general cualquiera se forma como suposición de que el dueño de un lote de terreno ubicado dentro de una ciudad se perjudica cuando los planes de ésta lo inmovilizan prácticamente en espera de lo que corresponda a ellos según se realicen o nó y según sea el modo de realizarlos. Pero esa mera posibilidad conjetural, aun teniéndola por probabilidad, no basta para afirmar en cada caso dado que se ha causado el perjuicio. Este debe demostrarse como un hecho efectivo, ya que una mera conjetura no basta a fundamentar legalmente una sentencia. Esa conjetura que, como ya se dijo, viene desde luégo a la mente y que es lo que como testigos expresan algunas de las personas prenombradas, no da asidero al decreto de lo demandado, pues no siendo de por sí prueba suficiente de haber sufrido perjuicios el demandante, mal podría sobre esa base condenarse a indemnizarlos. Esto, aun en el supuesto de que el demandado, que es un Municipio, haya de responder en concepto de culpa por las medidas o abstenciones suyas que correspondan a problemas de interés público. Como ya se vio, este tema no es tratado por la Sala, en fuerza de las consideraciones que al respecto se hicieron presentes en este fallo.

El Tribunal negó lo tocante a perjuicios morales. Siendo recurrente único el Municipio, no hay lugar a tocar este tema. Cuanto a los materiales, no obstante haber analizado y estimado las probanzas en forma análoga a como la Corte lo ha hecho, condenó al Municipio a pagar los referidos $ 1.836 a título de indemnización. A esa cifra llegó liquidando los intereses legales del precio escriturario del lote en el tiempo transcurrido de la compra a la licencia con descuento de los seis meses autorizados por el citado Acuerdo. Y a la condena llegó en el concepto de que la inmovilización del lote en aquel lapso se produjo por la dicha actitud del Municipio y perjudicó a Camargo en el lucro cesante que el Tribunal calculó y fijó como acaba de verse.

En vista de la demanda y sus fundamentos y atención puesta en que, como ya se dijo, la única prueba sobre que Camargo sufrió perjuicio son las declaraciones de testigos antedichas, no se justifica esa condena. Pudiera entenderse sugerido en las anteriores reflexiones sobre falta de prueba de que a Camargo se le frustrase alguna operación seria, que si esto se hubiera acreditado se tendría por acreditado también el perjuicio; pero cabe observar que de eso sólo, en su caso, no puede darse a priori por causado un daño, puesto que muchas veces ello redunda en bien. Estas reflexiones de lógica simple hasta sobran, siendo así que la falta de comprobación de haber sufrido perjuicio el demandante impone la imposibilidad legal de condena.

Tal vez superabunda igualmente la reflexión de que no puede tenerse a ciegas por provechosa una enajenación en vista de su sola prontitud y que, por el contrario, suele suceder que su aplazamiento produzca ventajas, por circunstancias diversas, entre las cuales es de aducirse la valorización.

Esto hace ver con más claridad lo inadmisible del concepto del Tribunal que da por sufrido un perjuicio con sólo observar que en el lapso que toma por base para computarlo estuvo improductivo el dinero valor del lote que en ese lapso no se enajenó por el demandante, y que, a más de reputar de suyo perjudicial la no enajenación en ese lapso, da por sentado que ello se debe al Municipio.

Así las cosas, bien se ve que no han debido aplicarse al caso del pleito los citados artículos 2341 y 2356 del Código Civil por no estar llenados los requisitos necesarios a la luz de los mismos para que se produzca la situación de donde derivan la obligación de indemnizar y de reparar que establecen.

Dado el parecer general sobre que una situación como la que aquí se ha visto para ese lote hasta que se permitió edificarlo es perjudicial para su dueño, no se halla temeridad en la demanda, por lo cual, si al admitirse el cargo estudiado ha de casarse la sentencia del Tribunal y consecuencialmente dictar la que ha de reemplazarla, y si al proceder a ello ha de llegarse a la misma conclusión absolutoria a que llegó el Juzgado, al confirmar el fallo de éste debe suprimírsele la condenación en costas que hizo.

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 del Distrito Judicial de Bogotá, el 16 de marzo de 1943, y en su lugar confirma la de primera instancia pronunciada por el Juzgado 1º Civil de este Circuito el 19 de julio de 1940, con la salvedad de suprimirle la condenación en costas, a las que no hay lugar tampoco en la segunda instancia ni en el presente recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Fdos.) *Fulgencio Lequerica Vélez, José Miguel Arango, Liborio Escallón, Isaías Cepeda, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón,* Secretario en propiedad.

Reivindicación de bienes raíces sociales vendidos por el marido sin anuencia de la mujer.

1. La Corte reafirma la interpretación que le ha dado al estatuto jurídico contenido en la Ley 28 de 1932, declarando que después de la vigencia de él no puede el marido, con prescindencia de la mujer, enajenar bienes raíces que entraron a formar parte del haber social antes de regir ese estatuto y que en caso de que uno de los cónyuges efectúe tal enajenación le asiste al otro la personería sustantiva suficiente para reivindicar para la sociedad conyugal ilíquida el bien ilegalmente enajenado.

2. En el juicio reivindicatorio en que se comparan y aprecian títulos para darles preferencia a los unos sobre los otros, no es necesario declarar la nulidad de los que se le oponen al reivindicador cuando los de éste tienen prelación o son preferidos a los del demandado.

3. La causal 6ª se refiere a las informalidades o vicios que se hayan cometido en el desarrollo del proceso, de acuerdo con la ley procedimental, pero no a la esencia misma del derecho. Estas insuficiencias procedimentales pueden ser ratificadas por las partes en el proceso, lo que no sucedería en tratándose del derecho mismo que habría que constituírlo por un auto o contrato distinto al de la ratificación de las formalidades procesales. Cuando el demandante carece de derecho o dirige la demanda contra persona distinta de la obligada, no existe nulidad; lo que pasa es que ese derecho no puede reconocerse, o porque no se ha constituído, o porque no se ha acompañado la prueba correspondiente para su comprobación. Esta causal se refiere a la personería sustantiva, que la constituyen los requisitos que la ley de procedimiento exige para que una persona pueda comparecer ante la justicia ordinaria.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

La señora María del Carmen Montaña de Alfaro, en nombre propio y en representación de la sociedad conyugal en liquidación Montaña-Alfaro, demandó a la Compañía de Cemento Portland-Diamante, sociedad anónima domiciliada en Bogotá, para que se hicieran estas declaraciones:

"1º Que por haber sido adquirido durante la existencia de la sociedad conyugal formada por los esposos Mra. Carmen Montaña y Fernando Alfaro y estando ésta sin liquidar, pertenecen en dominio y propiedad a la dicha sociedad el siguiente inmueble ubicado en jurisdicción del Municipio de Girardot, junto con el subsuelo de él, y la mina de yeso que allí se encuentra, que hace parte de la hacienda denominada 'Cundina' y alinderado así: A partir de un mojón de concreto situado frente a la puerta de trancas del potrero 'Sausal' de la misma hacienda en dirección a Tocaima, por el costado oriental con la faja del Ferrocarril que de Girardot, conduce a Bogotá en una extensión de setecientos treinta metros (730); luégo, por el costado norte con propiedad de Luis Casas, antes de Bartolomé Casas, por una cerca de alambre construída, en una extensión de cuatrocientos ochenta y seis metros (486) hasta el camino nacional; después por el costado occidental, siguiendo hacia Girardot por el mencionado camino nacional, con los herederos de Nicolás Perdomo, camino nacional de por medio, en una extensión de novecientos once metros (911) y por último, volviendo hacia el ferrocarril, por el costado sur, con propiedad del mismo vendedor, en una extensión de quinientos diez metros (510), a partir de un mojón de concreto situado sobre la cerca de alambre que separa del camino nacional ya mencionado, se pasa por otro mojón de concreto situado entre el pie de la loma y la vega en ladó sur de la loma para ir a terminar a un tercer mojón de concreto situado en la cerca de

alambre que separa la faja del Ferrocarril, frente a la puerta de trancas del potrero 'Sausal', punto de partida, quedando este lindero en toda su extensión contiguo al piso de camino que conduce del ferrocarril a la carretera por predio del mismo vendedor. Que también pertenecen a la misma sociedad conyugal todas las mejoras y anexidades que de conformidad con el artículo 658 del Código Civil se reputan inmuebles por adherencia y destinación.

"2º Que por no haber concurrido la cónyuge señora M. Carmen Montaña de Alfaro, consocio de la sociedad conyugal ilíquida Montaña-Alfaro, al otorgamiento de la escritura número trescientos quince (315) de quince (15) de mayo de mil novecientos treinta y seis (1936), otorgada en la Notaría de Girardot, por la cual el señor Fernando Alfaro dijo vender por la cantidad de ocho mil ochocientos pesos ($ 8.800) a la *Sociedad de Cemento Portland Diamante*, el inmueble, mina, mejoras y servidumbres a que hace referencia la petición anterior y que pertenece a la sociedad conyugal dicha, esta venta no obliga ni puede obligar a la sociedad ameritada, es inoperante, y por lo mismo el inmueble en referencia no ha salido del dominio de la citada sociedad conyugal, ni la Compañía compradora ha adquirido derecho de dominio alguno sobre él.

"3º Que ya se repute la venta contenida en la escritura 315 —citada— como venta de cosa ajena, ya como venta de derechos en una comunidad indivisa, la tal venta no perjudica ni puede perjudicar los derechos del verdadero dueño del inmueble citado y que lo es la sociedad conyugal Montaña-Alfaro, ni mucho menos los del consocio de la tal sociedad *Carmen Montaña* quien no concurrió a la venta y sin cuyo consentimiento se hizo;

"4º Que la estipulación contenida en la cláusula *octava* de la escritura 315 —precitada— no es válida y por lo mismo la servidumbre allí constituída a favor del predio deslindado en la petición segunda de este lilo (sic) y sobre la hacienda de 'Cundina' no puede seguirse ejercitando.

"5º Que en consecuencia con las declaraciones anteriores la Compañía de Cemento Portland Diamante está obligada a devolver a su verdadero dueño la sociedad conyugal Montaña-Alfaro, tres días después de la ejecutoria del fallo que así lo disponga, o dentro del término prudencial que el Juzgado se sirva señalarle, representada para tal fin la sociedad por el consocio señora María. Carmen Montaña de Alfaro, el inmueble ubicado, devolución que debe hacerse purgando el citado inmueble de hipotecas y demás gravámenes y junto con todas las mejoras existentes en el inmueble al tiempo de la entrega.

"6º Que la Compañía de Cemento Portland Diamante está obligada y debe condenarse a pagar, tres días después de la ejecutoria del fallo que así lo disponga o dentro del término prudencial que el Juzgado señale, a la sociedad conyugal Montaña-Alfaro, los frutos civiles y naturales percibidos durante el tiempo que el inmueble ha estado en poder de la ameritada Compañía de Cemento, esto es desde la fecha de la escritura 315 hasta el día en que se haga la devolución, no sólo los percibidos sino los que su dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y capacidad estando la cosa en su poder, según la estimación que de ellos se haga al cumplirse la sentencia y en la forma y términos del artículo 553 del Código Judicial.

"7º Que se ordene la cancelación del registro de la escritura número 315 de 15 de mayo de 1936, Notaría de Girardot, escritura por la cual Fernando Alfaro dijo vender a la Compañía de Cemento Portland Diamante un inmueble ubicado en Girardot.

"8º Que si los demandados se opusieren se les condene en costas".

El Juez de primera instancia, en su fallo, declaró que existía ilegtimidad de la personería sustantiva de la parte demandada por lo cual no había lugar a hacer las declaraciones y condenas solicitadas.

Apelado el asunto para ante el Tribunal de Bogotá, fue resuelto favorablemente para el demandante en sentencia de 18 de junio de 1943, que dispuso:

"Primero. Por haber sido adquirido durante la existencia de la sociedad conyugal formada por los esposos Fernando Alfaro y María del Carmen Montaña de Alfaro, y estando sin liquidar dicha sociedad, pertenece a ella en dominio y propiedad el siguiente inmueble ubicado en jurisdicción del Municipio de Girardot, junto con la mina de yeso que allí se encuentra y que hace parte de la hacienda denominada 'Cundina' .....

"Segundo. La sociedad conyugal Alfaro-Montaña no ha constituído la servidumbre sobre la hacienda 'Cundina' de que trata la cláusula 8ª de la escritura 315 de 15 de mayo de 1936 y por tanto, en virtud de esa estipulación, no puede ejercerse tal servidumbre.

"Tercero. La Compañía demandada debe restituir la finca señalada en el numeral primero, tres días después de ejecutoriado el presente fallo, a la sociedad conyugal Montaña-Alfaro.

"Cuarto. La Compañía demandada tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles que hubiera hecho antes de la contestación de la demanda. Las de esta calidad hechas después de contestada la demanda si pueden separarse

sin destruirse podrá llevárselas si la sociedad demandante rehusa pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados, en las mismas condiciones. Lo mismo podrá llevarse las mejoras voluptuarias si las hubiere.

"La Compañía tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, de conformidad con los incisos 2º y 3º del artículo 965.

"La Compañía demandada no es responsable de los deterioros sino en cuanto se hubiera aprovechado de ellos.

"La Compañía demandada no está obligada a devolver los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda, comprendiendo en ellos los productos de la mina de yeso. En cuanto a los percibidos después, estará obligada a devolver los frutos naturales y civiles tanto de la mina como de la finca si no los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos debe el valor que tenían o hubieren tenido al tiempo de la percepción.

"Quinto. Ofíciese al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados para que tome nota de esta sentencia al margen de la inscripción a que se refiere la escritura 315 de 15 de mayo de 1936 y que figura registrada el 18 de mayo de 1936 en el Libro Primero, tomo 10, páginas 293 a 295, bajo el número 121.

"Regístrese el presente fallo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot, en el Libro Número 1º.

"Sexto. No es el caso de hacer ninguna otra declaración.

"Séptimo. Sin costas".

El apoderado judicial de la Compañía demandada interpuso el correspondiente recurso de casación, que le fue concedido y que hoy se decide previas estas consideraciones:

El Tribunal para fundamentar su fallo, asentó que por el matrimonio de origen eclesiástico celebrado entre Fernando Alfaro y María del Carmen Montaña, en la Parroquia de Purificación, el 26 de noviembre de 1894, se había contraído una sociedad de bienes entre los cónyuges; que la finca "Cundina", adquirida por Fernando Alfaro de Nemesio Pardo, por escritura número 903 de 4 de julio de 1926, había entrado a formar parte del patrimonio de la sociedad conyugal Alfaro-Montaña y que por tanto su dominio correspondía a la citada sociedad conyugal; que la totalidad de la hacienda "Cundina" entró a formar parte del haber social por compra de la mitad de ella, hecha por Fernando Alfaro a Bernardo Tovar por escritura número 514 de 30 de mayo de 1928; que, cuando en 3 de enero de 1936, Fernando Alfaro vendió la mitad de la finca "Cundina" con pacto de retroventa a la sociedad Gamboa, Aldana y Cía., ya no tenía la libre disposición de los bienes sociales de acuerdo con la Ley 28 de 1932; que por igual razón tampoco podía él sólo enajenar a la Compañía de Cementos Portland Diamante el lote de terreno y la mina de yeso que hacían parte de la hacienda "Cundina".

Apoyado en estos conceptos de derecho y de hecho, desató el pleito como se ha visto anteriormente a favor de la parte demandante.

El recurrente acusa el fallo como violatorio de la Ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, porque considera que el Tribunal quebrantó el artículo 1º de la Ley 28 de 1932; también cree que incurrió el sentenciador en la causal 6ª señalada por el artículo 520 del Código Judicial, porque se incurrió en algunas de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 de ese Código, es decir, por ilegitimidad de la personería de la parte demandante.

Para fundamentar la primera causal dice el recurrente, que al interpretar la Ley 28 de 1932, debe averiguarse cuál fue el pensamiento que inspiró a los autores de la ley e investigar también cuál es la interpretación más acorde con la equidad.

Para el recurrente el pensamiento que inspiró a los autores de la Ley, fue el de que cada uno de los cónyuges, con independencia absoluta del otro, podía disponer libremente de los bienes que le pertenecían en el momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera y que esta interpretación es la que está más acorde con la equidad.

La Corte en varios y recientes fallos ha interpretado de manera uniforme la Ley 28 de 1932, que cambió el régimen de la sociedad conyugal, y ha establecido que ese estatuto se aplica a toda clase de sociedades conyugales, no liquidadas, bien sean las contraídas con anterioridad a su vigencia, o las formadas con posterioridad a ella, y que en esta situación el marido ha dejado de ser el único administrador de los bienes sociales, y ya no es dueño, respecto de terceros, de dichos haberes y que en consecuencia no puede disponer de ellos con independencia absoluta de la mujer.

En sentencia de 28 de noviembre de 1941, se dijo:

"..... 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 so-

ciedad 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 éstos pertenecen a las sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente, conforme al artículo 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 3º 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 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 la sociedad conyugal deben volver". Esta misma doctrina se asentó en fallo de fecha dos de febrero del año en curso que aún no está publicada en la *Gaceta Judicial*.

Hoy la Corte reafirma la interpretación que le ha dado al estatuto jurídico contenido en la Ley 28 de 1932, declarando que después de la vigencia de él, el marido no puede con prescindencia de la mujer, enajenar bienes raíces que entraron a formar parte del haber social antes de la vigencia de este estatuto y que en caso de que uno de los cónyuges efectúe tal enajenación, al otro le asiste la personería sustantiva suficiente para reivindicar para la sociedad conyugal ilíquida, el bien ilegalmente enajenado.

Considérase igualmente violado el artículo 1º de la Ley 28 de 1932, porque Fernando Alfaro adquirió la mitad proindiviso de la hacienda de "Cundina" por compra hecha a la sociedad Gamboa, Aldana y Cía., en mayo de 1936, esto es, con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, y en este evento podía disponer sin anuencia de la mujer del bien que él personalmente había comprado.

Párese la atención que Alfaro vendió la finca de "Cundina" con pacto de retroventa a la sociedad Gamboa, Aldana y Cía., habiendo sido adquirida el año de 1926 para la sociedad conyugal Alfaro-Montaña, cosa que no podía hacer legalmente, de acuerdo con la interpretación dada por la Corte a este estatuto legal. Siendo esto así, hay que concluír indefectiblemente que el bien enajenado por Alfaro no era bien propio sino de la sociedad conyugal y que para su enajenación se necesitaba la intervención de su cónyuge señora Montaña, porque la venta se hizo con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, como se ha decidido ya en muchos fallos por esta Superioridad.

Sostiene el recurrente que el Tribunal infringió el artículo 1401 del Código Civil, por no aplicarlo al caso del pleito, siendo así que es

de forzosa aplicación de acuerdo con el artículo 1832 del mismo Código.

El Tribunal en su fallo dijo, hipotéticamente hablando, que si para ejercer la presente acción había que esperarse a que la sociedad conyugal fuese liquidada, como afirma el recurrente, entonces sería el caso de darle aplicación a la mencionada disposición, pero bien se ve al presente, que el marido no enajenó cosa alguna que en la partición de la sociedad convugal se le hubiere adjudicado a la mujer, para que pudiera reputarse violado este precepto y dadas estas constancias procesales bien hizo el sentenciador en no aplicar el artículo en mención.

La acusación por la no aplicación de la teoría jurídica "error communis facit jus", no puede aplicarse al caso en estudio porque no se encuentran en el proceso los elementos jurídicos que la configuran y por tanto la buena fe en este caso no puede producir efectos distintos de los que la ley le reconoce para las prestaciones mutuas.

Se desecha el reparo.

Al cargo relativo a los conceptos del Tribunal referentes a la adquisición de Alfaro de la mitad de la finca "Cundina" de Gamboa, Aldana y Cía. con pacto de retroventa y la apreciación sobre la venta que Alfaro hizo a la Compañía demandada, tiene de observar la Corte, que el Tribunal no declaró nulos esos títulos, sino que asentó, y esto con toda verdad jurídica, que en el juicio reivindicatorio en que se comparan y se aprecian títulos para darles preferencia a los unos sobre los otros, no es necesario declarar la nulidad de los títulos que se le oponen al reivindicador cuando los de éste tienen prelación o son preferentes a los del demandado. Tiene de advertirse que en este reparo del recurrente tampoco se cita la disposición sustantiva que hubiera podido ser quebrantada con esas afirmaciones del sentenciador.

Por último, el recurrente considera que se ha incurrido en la causal 6ª de las enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial, por haber nulidad en el procedimiento, que no ha sido saneada conforme a la ley, respecto de la personería de la parte demandante por cuanto la señora Montaña de Alfaro obró, dice el recurrente, como si ella o la sociedad conyugal tuviera el derecho de dominio sobre la propiedad total de "Cundina" siendo de advertir que la propiedad proindiviso de dicha finca la adquirió el señor Alfaro por medio de la escritura número 309 de 12 de mayo de 1936, y que siendo él directamente el comprador y habiendo adquirido ese dominio con posterioridad al 1º de enero de 1933 fecha en que principió a regir la Ley 28, es de todas luces evidente que podía disponer libremente al menos de la parte así adquirida.

El basamento de esta acusación a las claras se ve que se refiere al derecho sustantivo que pudiera tener el señor Alfaro para disponer libremente de ese bien, lo que daría ocasión a la primera causal de casación por quebrantamiento de ley sustantiva, pero no a la invocada por el recurrente, aspecto éste que quedó estudiado al rechazar el cargo anterior.

La causal 6ª se refiere a las informalidades o vicios que se hayan cometido en el desarrollo del proceso, de acuerdo con la ley procedimental, pero no a la esencia misma del derecho. Esas insuficiencias procedimentales pueden ser ratificadas por las partes en el mismo proceso, lo que no sucedería en tratándose del derecho mismo que habría que constituirlo por un acto o contrato distinto al de la ratificación de las formalidades procesales. Cuando el demandante carece de derecho o dirige la demanda contra persona distinta de la obligada, no existe nulidad, lo que pasa es que ese derecho no puede reconocerse o porque no se ha constituído o porque no se ha acompañado la prueba correspondiente para su comprobación. Esta causal dice relación con la personería adjetiva, que la constituyen los requisitos que la ley de procedimiento exige para que una persona pueda comparecer ante la justicia ordinaria.

En el caso de autos la señora demandante ha comprobado su derecho y por consiguiente tiene la suficiente personería para hacerlo valer ante la justicia.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla:*

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha diez y ocho de junio de mil novecientos cuarenta y tres.

2º Las costas son de cargo del recurrente.

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

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

Acción de nulidad de un contrato.-Síndico Recaudador de Impuestos de Donaciones y Sucesiones.

1. Interpretando el artículo 79 de la Ley 63 de 1936 ha dicho la Corte que la intervención del Síndico Recaudador de Impuestos de Donaciones y Sucesiones no tiene lugar sino cuando se trata de hacer efectivos derechos fiscales derivados de los juicios de sucesión, pero no cuando las partes en un litigio disputan sobre extremos o cuestiones ajenas a esa materia como sería la nulidad de un testamento, la simulación o la nulidad de un contrato celebrado con una persona ya fallecida, etc.

2. Los indicios consistentes en la pobreza del vendedor y en que éste estuvo en posesión de la finca hasta su muerte no son, por sí solos, como lo ha sostenido la Corte en fallos innumerables, la prueba de que el contrato hubiera sido simulado y al no darles la eficacia de plena prueba al respecto no puede sostenerse que el Tribunal hubiera cometido error, por falta de apreciación o apreciación indebida de esas pruebas.

3. En tratándose de avalúos, como de toda cuestión técnica, es preciso la intervención de expertos al respecto, que dictaminen sobre el particular, que no la de testigos, los cuales declaran sobre hechos, pero no conceptúan ni dictaminan.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, febrero doce de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Aparece de la escritura número 619 bis. de la Notaria Primera de Ibagué otorgada el 31 de agosto de 1938 que Telésforo Hernández dio en venta a Eleuterio Angarita Bonilla los lotes de terreno y los semovientes en esa escritura relacionados.

Pedro N. Celedonia y Concepción Hernández en su propio nombre y como herederos de Telésforo Hernández, en su condición de hermanos legítimos de éste, demandaron a Angarita para que se declare que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de venta a que se refiere la mencionada escritura. En subsidio entablaron la acción rescisoria por lesión enorme.

De los hechos de la demanda, se ve claramente que los actores se refieren a la circunstancia de que no hubo precio.

El Juez Primero del Circuito de Ibagué dictó sentencia el 8 de junio de 1942 absolutoria del demandado. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué la confirmó, suprimiendo la condenación en costas, en fallo de 7 de abril postrero, contra el cual recurrieron en casación los demandantes.

Tramitado debidamente el recurso, pasa a fallarse.

La sentencia del Tribunal se funda en esto: No está comprobado ni el extremo de la simulación como tampoco el de que no hubiera habido precio y de que éste no se hubiera pagado. Tampoco está comprobado, por carencia de prueba adecuada, que los bienes vendidos por Hernández a Angarita valieran menos de la mitad el día del contrato. El Tribunal estudió además el punto de si la escritura pública contentiva del contrato era o nó nula y llegó a la negativa.

El recurrente acusa la sentencia en primer término por la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial por cuanto no se citó al Síndico Recaudador de Impuestos de Donaciones y Sucesiones, como lo prescribe el artículo 79 de la Ley 63 de 1936.

Se observa: Este punto ha sido estudiado y decidido varias veces por la Corte, de modo que ya existe doctrina sobre el particular, como puede verse en varios fallos pronunciados por esta Corporación.

De ese estudio se ha concluído que la intervención de ese empleado no tiene lugar sino cuando se trata de hacer efectivos derechos fiscales derivados de los juicios de sucesión; pero no cuando las partes en un litigio disputan sobre extremos o cuestiones ajenas a esa materia, como sería la nulidad de un testamento, la simulación o la nulidad de un contrato celebrado con una persona ya fallecida, etc. En el sentido indicado ha sido interpretado y fijado el alcance de ese artículo 79.

Se rechaza el cargo.

El segundo y tercer motivos basados en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial los funda el recurrente en violación de los artículos 1740, 1746, 1502, 1849, 1766, 1521, 1524, 1525 del Código Civil y en los artículos 604, 605, 609, 630, 632, 637, 661, 662, 665, 697, 704, 705, 722, 645, 668, 593 del Código Judicial y 2º de la Ley 50 de 1936.

La acusación en esos dos capítulos está condicionada sobre la estimación de la cuestión probatoria, de manera que en primer término es procedente estudiar la cuestión de hecho.

Como lo observa el Tribunal, en este juicio se destaca la ausencia de prueba eficaz por parte de los demandantes.

El fallador de Ibagué tuvo en cuenta los dos extremos, el de la simulación y el de la nulidad, y concluyó que de las pruebas presentadas por la parte demandante, ninguno de ellos resultaba comprobado. Es preciso por lo tanto estudiar si dicho fallador incurrió en error manifiesto de hecho o en error de derecho en la estimación de esas pruebas.

La prueba fundamental aducida por la parte actora consiste en las posiciones pedidas al demandado, las cuales van encaminadas a provocarle una confesión sobre simulación o falta de pago. El absolvente demandado negó rotundamente las aseveraciones de los demandantes al respecto y manifestó que el contrato fue serio y que hubo precio y pago del precio.

La parte actora para demostrar su intención respecto de la simulación o de falta de precio, adujo algunos testigos, y dos de ellos, los señores Faría y Bonilla, declararon que Telésforo Hernández si tenía intención de enajenar sus bienes y que así lo expresó a personas distintas de Eleuterio Angarita, con las cuales estuvo tratando del negocio. Esas afirmaciones concuerdan con las hechas por los testigos de la parte demandada, a saber: Santos Riveros, Agustín Rodríguez, Eustaquio Gutiérrez y Adriano Charry Díaz.

De la negativa del demandado cuando absolvió las posiciones y del análisis y estudio de las declaraciones de ambas partes concluyó el Tribunal que no estaba demostrada la simulación, en lo cual no se ve error manifiesto de hecho ni error de derecho, y que en la apreciación de esas declaraciones el Tribunal procedió de acuerdo con la norma consagrada por el artículo 702 del Código Judicial. No se encuentra que el fallador dejara de apreciar ninguna otra prueba.

En vista de lo anterior, y como se ha expresado, el Tribunal negó tanto la acción de simulación como la de nulidad. Para que alguna de éstas proceda, es necesario acreditar o bien los factores que configuran la primera o bien los vicios que son anexos a la segunda, y cuando así no se hace, es obvio que la acción que se invoque al respecto no puede salir triunfante.

No pudo por lo tanto haber violación de las normas de Código Civil que cita el demandante, porque no estando demostrados, se repite, ni los factores de la simulación, ni los vicios que engendran la nulidad, el Tribunal no tuvo oportunidad de considerarlos a la luz de esas normas para darles operancia.

De esto resulta que los dos cargos que se estudian no pueden prosperar.

Los indicios consistentes en la pobreza del vendedor y en que éste estuvo en posesión de la finca hasta su muerte, no son, por sí solos, como lo ha sostenido la Corte en fallos innumerables, la prueba de que el contrato hubiera sido simulado y al no darles la eficacia de plena prueba al respecto, no puede sostenerse que el Tribunal hubiera cometido ningún error, por falta de apreciación o apreciación indebida de esas pruebas.

El Tribunal halló que no estaba demostrada la lesión enorme que alegan los demandantes, por cuanto no se presentó el avalúo pericial y no se demostró cuál era el justo valor de los bienes vendidos el día del contrato.

Aseveró lo anterior el Tribunal porque al respecto sólo se presentaron algunos testimonios, y la prueba testimonial no es la adecuada para ese efecto.

No puede decirse ni sostenerse que el Tribunal haya errado en este concepto, porque en tratándose de avalúos como en tratándose de toda cuestión técnica, es preciso la intervención de expertos al respecto, que dictaminen sobre el particular, pero no la de testigos, los cuales declaran sobre hechos pero no conceptúan ni dictaminan.

Se presentó además un certificado sobre el avalúo catastral y el Tribunal no lo estimó como prueba suficiente para establecer la lesión fundado en que es el valor del inmueble en el día de la venta el que debe tenerse en cuenta y no otro distinto y que refiriéndose ese certificado a una época anterior al contrato, no era tampoco adecuado para demostrar por sí sólo la lesión.

No encuentra en esto la Corte que el Tribunal haya quebrantado la ley ya por no aplicación o por errónea aplicación, y por lo tanto los cargos que se hacen al respecto, y fundados en varias de las disposiciones que ya quedaron transcritas, no pueden prosperar.

El cuarto y último motivo, fundado en la causal segunda, consiste en que el Tribunal, según el recurrente, dejó de resolver sobre algunos de los puntos que fueron materia de la litis y resolvió cuestiones ajenas a la controversia.

Se observa: El fallador estudió los extremos de la nulidad del contrato, de la simulación, de la lesión enorme y de la nulidad de la escritura contentiva de aquél, que son las peticiones de la demanda. Las negó todas, luego no puede decirse ni que haya dejado de fallar punto alguno ni que haya procedido *ultra petita.*

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 de cargo del recurrente.

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

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

Reivindicación.

El error de hecho, para que sea conducente en casación, tiene que aparecer de modo manifiesto en los autos.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla que el 19 de febrero de 1943 confirmó la del Juzgado 2º de ese Circuito de 15 de octubre de 1941 en el juicio ordinario de Midia Elena Amador contra Antonia Santos sobre reivindicación del inmueble de esa ciudad determinado en el libelo, cuyo dominio reconoce la sentencia en favor de la demandante, por lo cual condena a la demandada a la restitución y pago de frutos a la actora.

La demanda de casación formula varios cargos dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del Código Judicial y también el del numeral 3º del mismo. Pasan a estudiarse todos ellos en su orden de presentación.

Los del motivo 1º son estos tres: error de hecho en la apreciación de la inspección ocular que condujo a dar por probada la identidad del inmueble en cuestión, sin estarlo; en dar por probada la posesión del mismo por la demandada, sin estarlo, tampoco; y en la estimación de los títulos de dominio al dar prevalencia a los de la demandante.

La inspección ocular, solicitada, decretada y practicada como prueba en la primera instancia, no sufrió reclamo alguno contra su tramitación; el acta de ella (cuaderno 3º, folio 2) hace ver que se llevó a cabo debidamente con examen de todos los pertinentes detalles, como medidas, linderos, construcciones, etc. El Juez por ante quien se practicó lo tuvo en cuenta como elemento probatorio de la identidad aludida, dando a los hechos observados por él la fuerza establecida por el artículo 730 del Código Judicial.

Las diferencias en algunos de los nombres de los predios colindantes y la anotación sobre construcciones entre lo que reza esa acta, que es de 21 de mayo de 1941, y lo que indican los títulos presentados, que se remontan a 1906, no fueron óbice para esa opinión del sentenciador, y a la verdad no tenían por qué serlo.

No se halla por lo mismo el error de hecho en la apreciación de esa prueba afirmado por el recurrente. Es de recordarse que el error de esta clase para conducir a casación tiene que aparecer de modo manifiesto en los autos.

Más todavía, aun en el supuesto de que el reclamo se justificara y así desapareciera esa prueba, quedarían en pie todas las demás que obran en autos y que el Juzgado analiza para tomar en su sentencia como base la dicha identidad.

Aunque la demanda inicial y su respuesta serían suficientes para acreditar que es una misma la finca pretendida por las dos litigantes y que, por tanto, no puede echarse menos el elemento identidad, conviene agregar que las probanzas aducidas por ellas corroboran sobradamente ese concepto y establecen con toda claridad ese hecho.

Del propio modo tales elementos comprueban que el inmueble materia del litigio está debidamente singularizado.

Cuanto al hecho de ser la demandada su poseedora, no cabe duda ante esos varios elementos probatorios, entre los cuales al respecto se destaca la respuesta de la demandada a la demanda inicial, donde tacha de indebidas las pretensiones de la demandante, afirma su propio derecho y al anunciar que así lo demostrará en el juicio, añade: "pues teniendo la posesión del inmueble y el correspondiente título saneado inscrito, mi derecho sobre el inmueble es protuberante".

En esa respuesta de Antonia Santos a la demanda inicial (cuaderno 1º, folio 40) llama particularmente la atención sobre este tema de su posesión actual, lo tocante al hecho 9º En él dice la actora que el juicio ejecutivo a que allí alude en que la Santos como ejecutada presentó para el pago el inmueble de que aquí se trata, fue una maniobra para arrebatarle a la actora su posesión; y la Santos al negar esto y decir que no ha arrebatado tal posesión material, agrega: "pues desde antes de la fecha a que se refiere este punto ya era poseedora de dicho inmueble" y que al denunciarlo para ese pago no hizo sino ejercitar su derecho.

Es de advertirse que conforme al artículo 214 del Código Judicial, "Cuando alguno es demandado diciéndose de él que tiene la cosa en su poder, si no es así, debe expresarlo en la contestación; .....".

Lejos de esto, la Santos afirma su posesión en los términos enfáticos e inequívocos de que las frases transcritas dan clara muestra.

Del error de que se queja deduce el recurrente la violación de las leyes sustantivas que cita, referentes a la acción reivindicatoria, manifestando que contra lo que ellas prescriben se ha decretado aquí lo pedido por la demandante, y como refrendación de su concepto jurídico aduce varios fallos judiciales que hacen ver cómo esa acción requiere la identidad y singularización del respectivo bien y su posesión actual por el demandado. En la falta de todos estos elementos consisten los cargos de que se ha venido hablando. Al reconocer que esos elementos obran aquí comprobados debidamente, se ve que los cargos carecen de fundamento.

En lo atañedero al cargo de error de hecho en la apreciación de los títulos por dar prevalencia a los de la actora, se tiene: en primer lugar que no se incurrió en error de esa clase, acerca del cual se repite que, en su caso, debe aparecer de manifiesto. El Tribunal, así como el Juzgado en su día, los tuvo en cuenta tal como ellos rezan, ninguno pasó por alto, ni dio por presente alguno que no lo estuviese. Ese cargo, pues, no se justifica.

Interpretando la demanda de casación en forma de entender que contiene también el de error de derecho en esa apreciación, interpretación que se impone, se halla que este cargo tampoco puede prosperar.

Así lo persuade el estudio de tales títulos, que puede resumirse brevemente. En efecto: una misma es la fuente de la titulación de ambas litigantes hasta llegar a la compra que Marcelina Carvallo, a la sazón soltera, hizo en 1908.

Esta señora constituyó hipoteca en 1912 para asegurar una deuda, y el acreedor, ejercitando la acción hipotecaria, persiguió la finca, de la que señaló como poseedor a Julián J. Cuvello. Incoado este juicio en 1917, al año siguiente se remató la finca, la que el rematador Eparquio González transfirió al mismo Cuvello, de quien pasó a Augusto Oquendo, del cual la heredó su padre, quien la vendió a Rosa María Amador. Esta señora la vendió a su turno en 1934 a Midia Elena Amador, y habiéndola ésta vendido con pacto de retroventa en 1936 a Antonia Santos y ejercitado el derecho correspondiente, la Santos en junio de 1937 se la retrovendió. En la escritura de 1936 que se acaba de citar se estipuló sobre la entrega que la vendedora Amador conservaría la finca como inquilina de la Santos por el término del pacto antedicho y por el canon mensual que allí se precisó.

Antes de pasar adelante conviene recordar que la identidad entre Julián J. Cuvello y Julián Jiménez Cuvello, que para el Juez fue una conjetura, para el Tribunal es un hecho comprobado, según el análisis de las pruebas pertinentes de ambas instancias que hace al sentenciar. Entre ellas figura la copia de piezas de la aludida ejecución contra este señor como poseedor, en las que alternativamente es nombrado de uno y de otro modo. De paso se observa que esta identidad de personas no ha sido atacada en casación. Se agrega que dicho Julián Jiménez Cuvello y Marcelina Carvallo contrajeron matrimonio el 20 de abril de 1913, ocasión en la cual legitimaron sus varios hijos que al efecto designaron entonces, como la partida respectiva hace ver.

Por cesiones de sus derechos como herederos de Marcelina Carvallo, hechas por varios Jiménez Carvallo, Antonia Santos como adquirente de aquellos derechos obtuvo en su favor en la causa mortuoria de Marcelina decreto de posesión efectiva de los bienes, entre ellos el de que se trata aquí, en agosto de 1937. Este es el título que, vinculado con la compra que Marcelina hizo en 1908, aduce la demandada Santos en la presente litis.

Arguye que al adquirir en agosto de 1937 formó un título de dominio que no puede entenderse traspasado a la Amador en su escritura de junio del mismo año, es decir, anterior a aquél. Y contra la aplicabilidad del artículo 1875 del Código Civil, se presenta la reflexión de que lo que ella hizo en junio fue devolver a la Amador lo que de ésta había recibido en retroventa; pero no puede entenderse que esa mera devolución incluyera lo correspondiente a los derechos en la sucesión de Marcelina Carvallo que la Santos no había adquirido de la Amador, sino de persona distinta y a título distinto.

Sería el caso de considerar el problema desde este punto de vista, si no se impusiera una reflexión que lo pone de lado por innecesario, a saber: la causa mortuoria de la Carvallo, la inclusión de tales o cuales bienes como suyos en el inventario y consiguientemente en el decreto de posesión efectiva, son *res inter alios acta* para la Amador, contra quien no pueden tener, por ende, alcance alguno.

Esto hace ver inadmisible el cargo relativo a la prevalencia dada a los títulos de la demandante.

Como atrás se dijo, el recurrente invoca el motivo 3º de los del artículo 520 del Código Ju-

dicial, consistente en: "Contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsistan a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella".

La contradicción anotada por el recurrente es la de haber hallado el Tribunal en la parte motiva de su sentencia que la demandada conserva en su favor la presunción de buena fe que le da el artículo 769 del Código Civil, y en que sin embargo de esto confirmó la sentencia del Juzgado que hace arrancar esta prestación, o sea la de frutos, de fecha anterior a la contestación de la demanda, a la que debió limitarse según el artículo 964 de esa obra.

Como la contradicción no se advierte dentro de la parte resolutiva, y como además no se pidió aclaración, salta a la vista la ausencia de estos detalles necesarios para que se produzca el caso de dicho numeral 3º, lo que vale como decir que éste no ocurre y que ese cargo, así formulado, no se puede acoger.

Pero acontece que, involucrado en él, se formula también el de quebranto del citado artículo 964 por la razón ya expresada, y desde este punto de vista la acusación, que es fundada, debe prosperar.

Esto significa que debe casarse la sentencia del Tribunal y al dictarse la que, conforme al artículo 538 del Código Judicial ha de reemplazarla, debe hacerse a la del Juzgado la consiguiente enmienda o limitación, sin lugar a costas en la segunda instancia por ocurrir este cambio que debió el Tribunal hacer.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla con fecha diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y tres para limitar a los frutos posteriores al siete de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, fecha de la contestación de la demanda, la condena decretada sobre ellos por el Juzgado de primera instancia en su sentencia de quince de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, la que queda reformada en esta parte y vigente en todo lo demás.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

CUENTAS

En tratándose de cuentas correspondientes a jornales es casi imposible, y no se acostumbra en el giro ordinario de los negocios, que a cada obrero trabajador y, principalmente, cuando lo hacen a jornal, se les exija el recibo correspondiente a los días de trabajo prestados. Se acostumbra presentar la cuenta totalizada cada ocho días de los jornales pagados y esa cuenta hay que admitirla, si los jornales son los de uso corriente en la región donde se desarrolla el negocio. Ya dijo la Corte que "al aplicar esta disposición (artículo 2181, Código Civil) no debe perderse de vista que la ley no exige que respecto a cada una de las partidas de una cuenta se aduzca una prueba completa, requisito que por otra parte no sería dable llenar en la mayor parte de los casos, dado que las pequeñas operaciones que se ejecutan en el curso ordinario de una administración, tales como pago de jornales, las compras al pormenor, no son susceptibles por su naturaleza misma de una plena comprobación. Esta consideración ha tenido sin duda en cuenta la ley para no exigir ni aun a las personas que administran bienes ajenos, que al rendir cuentas justifiquen plenamente cada partida". (Gaceta Judicial, tomo 34, página 268).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Dando cumplimiento a la sentencia de 19 de junio de 1934, Gabriel Quevedo presentó las cuentas que le había exigido Antonio Beltrán Viana, socio colectivo de la sociedad "Gabriel Quevedo y Compañía, S. en C.".

De ellas se dio traslado al demandante quien las objetó en su mayor parte, aceptando solamente las sumas que no mencionó en su pliego de objeciones, de acuerdo con la expresa manifestación que hizo al respecto.

Corrido el traslado de estas objeciones al señor Quevedo manifestó que no asentía a ellas y por tal motivo el juicio se abrió a prueba. Practicadas las que las partes pidieron, el Juez del conocimiento, en sentencia de marzo de 1940, resolvió:

"1º Declarar infundadas las objeciones hechas por el demandante Beltrán Viana a las cuentas presentadas por el demandado Gabriel Quevedo, como socio administrador de la sociedad "Gabriel Quevedo y Compañía, S. en C.", hasta la suma de setenta y un mil doscientos diez y seis pesos con setenta y cinco centavos ($ 71.216.75).

"2º Declarar fundadas las objeciones hechas a esas cuentas, en la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00).

"3º Como consecuencia, se condena al demandado a reintegrar a la sociedad "Gabriel Quevedo y Compañía, S. en C.", la cantidad expresada en el punto precedente, para que sea repartida entre los socios así:

Para Angel M. Palma.....	$	15.000.00
Para Gabriel Quevedo.....	$	7.500.00
Para Antonio Beltrán Viana.....	$	7.500.00
Suma	$	30.000.00

"4º Se condena en costas al demandado, estimándose en quinientos pesos ($ 500) las agencias en derecho".

Apelado este fallo por el demandado para ante el Tribunal Superior de Santa Marta, esta entidad, en proveído de 30 de septiembre de 1942, reformó la sentencia apelada y condenó a Gabriel Quevedo a reintegrar a la sociedad "Gabriel Quevedo y Compañía, S. en C." la suma de cinco mil seiscientos noventa y cinco pesos con veinte centavos ($ 5.695.20), para que fuera repartida entre los socios así:

Para Angel M. Palma.....	$	2.847.60
Para Gabriel Quevedo.....	$	1.423.80
Para Antonio Beltrán Viana.....	$	1.423.80
Suma	$	5.695.20

Quedan revocados los puntos 1º y primer miembro del 2º de la parte resolutiva del fallo apelado.

Se confirma en lo demás, o sea, en el punto 3º.

Ambos litigantes interpusieron el correspondiente recurso de casación, que les fue concedido, y aceptado y tramitado por la Corte, hoy

se decide, de acuerdo con lo que va a exponerse.

El recurrente demandado acusa el fallo y le hace estos reparos, que se estudiarán en el orden en que fueron presentados.

El primero consiste en la violación directa de los artículos 2124, 2125, 2126 del Código Civil, 532, 535 y otros del Código de Comercio, violaciones que hace consistir en que la sociedad se liquida cuando se haya decretado su disolución y es durante ese término cuando se puede exigir cuentas a las personas encargadas de su administración o giro social. Solicitar rendición de cuentas en término distinto sin antes haberse decretado la liquidación y disolución, es hacer una solicitud antes de tiempo, lo que constituye una excepción perentoria, que debe ser decretada por el juzgador sin necesidad de que ella haya sido invocada expresamente.

Varias consideraciones hace el recurrente demandado para fundamentar esta primera acusación, que la Corte se ve en el caso de rechazar, porque lo que hoy se alega ha debido ser materia del juicio ordinario en que se exigió la rendición de cuentas. Allí ha debido debatirse si el demandado estaba o nó obligado a rendirlas y si la petición se había hecho en tiempo oportuno. Hoy, en el juicio ordinario sobre comprobación de las cuentas rendidas, estos extremos son exóticos, han pasado en autoridad de cosa juzgada y no pueden discutirse en la presente litis.

Bien o mal fallado el juicio en que se le pedía a Quevedo la rendición de cuentas, la sentencia que así lo declaró está ejecutoriada y debe cumplirse, por lo cual a Quevedo no le quedaba otro camino que el de presentar las cuentas exigidas por la justicia, sin que pueda hoy hacerle reparos a ese fallo, que como se ha dicho está ejecutoriado.

Como segundo reparo dice el recurrente que la sentencia es violatoria por apreciación errónea de la ley sustantiva y al mismo tiempo por error evidente de hecho por dejar de calificar una prueba.

Se hacen consistir estas violaciones en que el Tribunal no tuvo en cuenta la partida de $ 2.250 que monta el sueldo del demandado Quevedo, a razón de $ 100 mensuales.

El Tribunal verdaderamente no apreció esta partida que fue objetada por el demandante Beltrán Viana, y debido a esa objeción tocábale al demandado Quevedo, comprobar que tenía derecho a que la sociedad le pagara un sueldo por sus gestiones y que él fuera fijado en la cantidad de cien pesos ($ 100) mensuales.

En la correspondiente escritura de la constitución de la sociedad se estipuló que las ganancias y pérdidas se distribuían entre los socios, a prorrata de su capital o sea, el cincuenta por ciento para el socio comanditario y el otro cincuenta por ciento para los socios gestores. Nada se estipuló sobre pagos de sueldos a favor de Quevedo, estipulación, que ha de ser expresa ya que ella no entra en el giro ordinario de las cláusulas contentivas del contrato de sociedad, y la ley civil como la mercantil no traen disposición ninguna que respalde la pretensión de Quevedo, que sólo podía tener fundamento en una cláusula contractual.

Tampoco se ha demostrado por Quevedo que él como socio gestor o colectivo fuera a la vez mandatario especial de la dicha Compañía para que su mandato fuera remunerado, con independencia de lo que le pudiera corresponder en las utilidades de la cómpañía, a prorrata de su aporte, consignado en la escritura de asociación que le daba derecho a un veinticinco por ciento de las utilidades que produjera el negocio.

En consecuencia no se acepta este cargo.

El tercer reparo consiste en error evidente de hecho y violación directa de la ley sustantiva, al no tomar en cuenta el sentenciador la manifestación expresa y clara del demandante Beltrán Viana al convenir que aceptaba como total de los gastos verificados por Gabriel Quevedo, la suma de sesenta y un mil quinientos cuarenta y ocho pesos con diez y nueve centavos ($ 61.548.19), confesión que aparece en el escrito foliado con el número 22 del cuaderno de cuentas presentadas por Gabriel Quevedo, que así dice:

"Además, yo acepto, como gastos de conservación de la finca durante los años a que se refieren estas cuentas, la suma de sesenta y un mil quinientos cuarenta y ocho pesos con diez y nueve centavos ($ 61.548.19)".

No es exacto que el Tribunal hubiera dejado de tener en cuenta la manifestación expresa y clara, a que se refiere el recurrente, respecto del total de los gastos verificados por Gabriel Quevedo en la conservación de la finca; por el contrario, el sentenciador la estudió y analizó, y de ese estudio y ese análisis llegó a la conclusión de que no se podía aceptar la dicha manifestación. Para el caso dijo el sentenciador:

"El producto de la finca, según la relación hecha por la Magdalena Fruit Company, que suma sesenta y cinco mil novecientos sesenta y seis pesos con sesenta y cinco centavos ($ 65.966.65), no constituye prueba ninguna en este juicio, porque se trata de una simple carta dirigida al Juez, ni siquiera reconocida por quien la firmó, y la cual relación, por otra parte, comprende un lapso mayor, o sea, a partir del año de 1929 (No se sabe desde qué mes), hasta mil novecientos treinta y dos (Tampoco se sabe el mes)".

"Por lo anterior, salta a la vista el error de que fue objeto el demandante al hacer cuentas de entradas en su alegato de primera instancia. De ese error partió para decir que aceptaba, como gastos de conservación en la finca, durante los años a que se refieren estas cuentas, la suma de sesenta y un mil quinientos cuarenta y ocho pesos con diez y nueve centavos ($ 61.548.19). Es claro que si las cuentas de entrada comprenden el lapso a que se refiere la relación de la Magdalena Fruit Company y los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos, junto con las escrituras a que alude el demandante, o sea un periodo mayor al comprendido del 29 de noviembre de 1929 al 7 de septiembre de 1931, los gastos de conservación de la finca tenían que ser estimados por el demandante, también en una suma mayor. Por las razones dichas, la aceptación de la suma de gastos a que se refiere el demandante en el alegato de primera instancia, no puede tomarse en cuenta, como no se toma tampoco las cantidades de entradas que allí expresó".

Visto lo transcrito hay que concluir que el Tribunal sí tomó en cuenta la manifestación hecha por Beltrán Viana respecto del monto de gastos de la conservación de la finca; pero esa apreciación o ese monto no los tuvo en cuenta para la decisión del litigio porque la relación que hace la Magdalena Fruit Cómpany como producido de la finca no tiene comprobación alguna, ya que la carta en que se hace esa manifestación no ha sido reconocida por quien la firmó y porque el total de esa suma abarca más del tiempo de la administración encomendada a Quevedo, porque a éste se le pidieron cuentas desde el 29 de noviembre de 1929 hasta el 7 de septiembre de 1931 y la relación hecha por la Magdalena Fruit Cómpany, si se refiere al año de 1929, no determina en qué mes y abarca el año de 1932, periodo para el cual no se le exigió a Quevedo que rindiera cuentas. Estas manifestaciones son más que suficientes para rechazar el cargo por falta de apreciación por parte del Tribunal de la manifestación hecha por Beltrán Viana, porque esa manifestación se refiere a un lapso distinto del que comprende la rendición de cuentas.

En suma: El Tribunal sí tomó en cuenta la citada manifestación del actor y, además, observó con acierto que, refiriéndose él a un lapso mayor del abarcado por este juicio, no podía entenderse que el total de gastos reconocido allí por él versara sólo sobre el lapso materia del juicio y no sobre el total de tiempo aludido. En esas condiciones, es claro que el Tribunal no incidió en el error que se le imputa.

Por lo dicho no puede aceptarse el cargo.

El demandante le hace también a la sentencia los siguientes reparos que se van a estudiar en el orden en que fueron expuestos:

Doble error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, por cuanto el Tribunal no apreció la prueba con la cual se demostraba que Gabriel Quevedo había pagado al Banco de Colombia la suma de diez y ocho mil trescientos pesos ($ 18.300), por concepto de los pagarés números 366, 287 y 200, sin incluir igual suma como contrapartida en los ingresos aceptados en el fallo del mismo Tribunal.

El demandante en las objeciones presentadas a las cuentas, no tachó esa suma como dinero que no se le debiera al Banco o que hubiera sido invertido por el demandado en negocios particulares distintos del que administraba en su calidad de socio gestor, lo que equivale a que la tacha de hoy sea un medio nuevo en casación que no se hizo valer en las instancias del juicio.

Con los pagarés se comprueban las deudas contraídas por la sociedad a favor del Banco y con la cancelación que aparece en esos documentos hecha por el acreedor se establece el pago de esa suma.

Bien hizo pues el Tribunal en computarla como gastos hechos en el negocio, y si esa suma no figuró como parte de las entradas, ello ha debido notarse cuando se le dio al demandante el traslado de las respectivas cuentas, ya que el demandante al contestarlo no hizo figurar, como objeción a las cuentas presentadas, la no inclusión de esos diez y ocho mil trescientos pesos como entradas. En el término probatorio ha debido establecer que esa suma debía aumentar la partida de entradas a la sociedad, confesada por el demandado, pero como nada de eso se hizo, no se puede hoy en casación discutir una objeción que no fue materia de estudio en las instancias del juicio.

No prosperando el doble error de hecho alegado habrá que rechazar, como consecuencial, la acusación por la violación de los artículos 2142, 2.131, del Código Civil y 331 y 383 del Código de Comercio.

Segundo cargo.

Error de hecho evidente y de derecho en la apreciación de la prueba consistente en el valor que el Tribunal le dio a las 83 planillas que obran en el proceso y en las cuales se detalla el pago de los jornales hechos por el demandado Quevedo.

Al apreciar esta prueba dijo el Tribunal:

"En cuanto a las planillas pueden admitirse para demostrar los gastos a que se refieren, por virtud de haber sido reconocidas por quien las

confeccionó. Debe advertirse, además, que el demandante objeta tan sólo parcialmente la suma que esas planillas totalizan".

Los errores de hecho apuntados por el recurrente consisten en que estas planillas no están totalizadas, esto es, "que no se hizo en ellas la suma de las diversas cantidades pequeñas que expresan los jornales pagados a cada obrero en el período a que la planilla se refiere". Los demás reparos son poco más o menos iguales al apuntado y sería prolijo examinarlos uno a uno, ya que esos reparos se refieren a sumas insignificantes a cuya comprobación no estaba obligado el demandado por medio de los correspondientes documentos.

En tratándose de cuentas correspondientes a jornales, es casi imposible y no se acostumbra en el giro ordinario de los negocios, que a cada obrero trabajador y principalmente cuando lo hacen a jornal, se les exija el recibo correspondiente a los días de trabajo prestados. Acostúmbrase presentar la cuenta totalizada cada ocho días de los jornales pagados y esa cuenta hay que admitirla, si los jornales son los de uso corriente en la región donde se desarrolla el negocio.

Al respecto ha dicho la Corte:

"Mas al aplicar esta disposición (artículo 2181 Código Civil) no debe perderse de vista que la ley no exige que respecto a cada una de las partidas de una cuenta se aduzca una plena prueba, requisito que por otra parte no sería dable llenar en la mayor parte de los casos, dado que las pequeñas operaciones que se ejecutan en el curso ordinario de una administración, tales como pago de jornales, las compras al pormenor, no son susceptibles por su naturaleza misma de una plena comprobación. Esta consideración ha tenido sin duda en cuenta la ley para no exigir ni aun a las personas que administran bienes ajenos, que al rendir cuentas justifiquen plenamente cada partida". (*Gaceta Judicial*, tomo 34, página 268 y tomo 45, página 446).

El último reparo del recurrente por el error de derecho en la apreciación de las planillas por la suma de veintiún mil ciento noventa y nueve pesos con veintiún centavos ($ 21.199.21) por concepto de jornales, queda contestado con lo dicho anteriormente. Esa suma está incluída en la de los gastos generales de la finca y del negocio, tal como lo manifestó el mismo recurrente en su escrito de 27 de marzo de 1939.

En consecuencia el cargo apuntado no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no infirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta de fecha treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Sin costas por ser ambas partes recurrentes.

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

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

Acción petitoria de dominio.

Demandada una persona y señalado el representante legal de ésta, pueden producirse estos dos fenómenos: o el representante tiene ese carácter y entonces el juicio sigue su curso y se falla según lo alegado y probado, o no lo tiene y entonces surge una nulidad, de carácter adjetivo, y el falso apoderado es condenado a los perjuicios causados por el engaño, pero la condenación no puede recaer sobre el fondo del pleito.

Cuando se trata de extremos que se refieren al estado civil de las personas, porque de él se derivan derechos y obligaciones, el asentimiento de la parte no es prueba legal de la constitución del respectivo estado. Esa comprobación se rige por pruebas taxativas y precisas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Víctor Manuel Rodríguez demandó a la sucesión de Eduardo Rodríguez S. representada por la señora Leonor Franco v. de Rodríguez para que se hicieran, en síntesis, las siguientes declaraciones:

Que la sucesión mencionada representada por el cónyuge supérstite Leonor Franco de Rodríguez y ésta misma, están en la obligación de reconocer al demandante la mitad de los bienes inmuebles y muebles, o su equivalente en dinero, en virtud de la comunidad de bienes que existió entre el causante Eduardo Rodríguez y el actor. Que el pago debe hacerse preferencialmente sobre la adjudicación de los bienes que fueron adquiridos durante la vida del causante y que en virtud del fallecimiento de Eduardo Rodríguez S. terminó la sociedad o comunidad de bienes que existía entre el causante y el demandante.

Hechos básicos alegados en la demanda son éstos:

Desde muy temprana edad el actor comenzó a trabajar al lado de Eduardo Rodríguez S., en la confección de instrumentos de cuerda, como bandolas, tiples y guitarras, que eran vendidos por ambos en diferentes lugares de la República. Cuando Rodríguez S. se ausentaba recorriendo los pueblos para vender los instrumentos que construía, el demandante permanecía en el taller haciendo más obras, que eran vendidas por él y recogía en su totalidad el producto de las ventas. El producto de éstas era recogido por Eduardo sin que al demandante le diera participación alguna en el negocio.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor y negó el derecho en que éste se apoya, lo mismo que los hechos esenciales.

El Juez del conocimiento, 7º de este Circuito, puso fin a la primera instancia, con su sentencia de fecha 12 de agosto de 1942, en la que resolvió que no había lugar a hacer las declaraciones y condenaciones solicitadas en el libelo.

Apelada la sentencia por la parte vencida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la confirmó, en fallo de 22 de junio postrero, fallo contra el cual interpuso recurso de casación la parte actora, y que tramitado debidamente pasa a decidirse.

Los fundamentos del fallo recurrido son éstos: 1º No se estableció en el curso del juicio que la señora Leonor Franco v. de Rodríguez represente la sucesión demandada, es decir, que sea heredera del causante. 2º Pero no es sólo esto, sino que no estando acreditada la existencia de la sucesión demandada, faltando la demostración legal de quién es el sujeto pasivo de la obligación, concurre la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado, toda vez que el pleito no aparece trabado entre partes sustantivamente legítimas.

Al dictarse el fallo recurrido no existía prueba ni de la defunción del señor Eduardo Rodríguez S. ni de su matrimonio con la señora Leonor Franco. La parte actora pidió algunas pruebas, pero fuera de tiempo, por lo cual el Tribunal no decretó su práctica.

Después de dictada la sentencia de segundo grado se presentaron copias de la partida de defunción de Rodríguez y de su matrimonio con la señora Leonor Franco, pero como es obvio, tales documentos no pueden tenerse como prueba, ni modificar al respecto los conceptos del Tribunal, porque éste al dictar el fallo no pudo tener en cuenta esas pruebas que entonces no existían.

El recurrente acusa la sentencia por la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial y sostiene que fue violado el artículo 450 de dicha obra, en relación con el numeral 2º del artículo 448 ibídem, pues estima que habiendo sido citada y habiendo comparecido al juicio la señora Franco de Rodríguez, no puede existir nulidad por ilegitimidad de la parte demandada.

Se considera: El cargo anterior no incide en casación porque el Tribunal no dedujo ninguna nulidad de carácter adjetivo, sino que sostuvo, como es evidente, que la personería sustantiva de la parte demandada, la sucesión de Rodríguez S. no estaba acreditada, porque no se había acreditado la personería del sujeto del derecho. No dedujo ninguna nulidad sino la excepción correspondiente a ese postulado.

Se rechaza el cargo.

Alegando la causal primera, señala como violado el artículo 232 del Código Judicial por cuanto no estando el demandante obligado a presentar con la demanda la prueba de que la persona que designa como representante del demandado, lo es en realidad, si el designado se da por tál sin serlo se hace responsable de los perjuicios por el engaño que cause a las partes.

Se observa: Demandada una persona y señalado el representante legal de ésta, pueden producirse estos dos fenómenos: o el representante tiene ese carácter y entonces el juicio sigue su curso y se falla según lo alegado y probado, o no lo tiene y entonces surge una nulidad, de carácter adjetivo, y el falso apoderado es condenado a los perjuicios causados por el engaño pero la condenación no puede recaer sobre el fondo del pleito.

Se hace la anterior distinción por vía ilustrativa, por cuanto la sentencia no se basa en el concepto a que se refiere el recurrente, ni el artículo 232 ha incidido en la forma en que lo estima el demandante en casación. Se funda la sentencia en que no se comprobó la existencia de la sucesión de Eduardo Rodríguez S., y en ese concepto no erró ni de hecho ni de derecho el fallador. Además, cuando se trata de extremos que se refieren al estado civil de las personas, porque de él se derivan derechos y obligaciones, el asentimiento de las partes no es prueba legal de la constitución del respectivo estado, comprobación que se rige por pruebas taxativas y precisas.

Finalmente: Siendo el artículo 232 del Código Judicial una disposición de carácter adjetivo, la sola cita de esa norma sin relacionarla con ninguna sustantiva, no es eficaz en casación.

El cargo no puede por lo tanto prosperar.

En cuanto a los demás, error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, no pueden existir, desde luégo que el Tribunal no entró a analizar el haz probatorio por impedirlo la excepción que dedujo, lo que hacía inoficioso el estudio de fondo del asunto.

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

Sin costas, en el recurso, por aparecer que no se han causado.

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

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

Seguro de incendio.

Ya dijo la Corte que "por lo menos la prueba de la existencia de la cosa asegurada al tiempo del siniestro debe darse en el juicio en que se discute la obligación de pagar el seguro, porque la existencia de la cosa al tiempo del siniestro hace parte de la acción. Tratándose, como en el caso de seguro de almacenes que se renuevan constantemente por las operaciones de venta y reemplazo, no basta que aquéllas existieran al tiempo de contratar el seguro o después, sino que existan al tiempo del siniestro, pues bien ha podido el asegurado disponer de tales cosas en el tiempo intermedio y no sufrir entonces perjuicios que se le deban indemnizar. No sucede lo mismo con la prueba del valor de la cosa asegurada al tiempo del siniestro porque probada la existencia de aquélla en ese tiempo, en el juicio en que se discute la obligación de pagar el siniestro sólo quedarían por determinar el monto o cuantía del perjuicio sufrido en relación al precio de la cosa al tiempo del siniestro, lo que sí puede ser materia de controversia posterior sobre aquéllas, conforme a la ley".

También dijo la Corte que "como excepción al principio general de doctrina en materia de seguros sobre la necesidad de que el asegurador se dé cabal cuenta de las cosas cuyo riesgo toma a su cargo y la obligación correlativa del asegurado de detallar lo que asegura, el artículo 648 del Código de Comercio autoriza para casos en que sea difícil mantener un inventario minucioso de mercancías en permanente renovación y movimiento, el aseguro de establecimientos de comercio como almacenes, bazares, tiendas, fábricas y otros semejantes, sin designación específica de los efectos que contengan, pero, de acuerdo con el principio fundamental consignado en el artículo 641 del mismo Código de que respecto del asegurado el seguro es un contrato de mera indemnización, que jamás puede ser para él ocasión de una ganancia, se impone a éste la obligación de individualizar los objetos asegurados y justificar su existencia y valor al tiempo del siniestro para determinar el monto de la indemnización. El justo valor de los que realmente hayan sufrido las consecuencias del siniestro es principio general que condiciona y limita el derecho del asegurado para exigir el pago del aseguro en los casos en que no haya vicio ninguno que enerve el ejercicio de su acción".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Alejandro Motlak y Benjamín Motlak, vecinos el primero de Armenia, Departamento de Caldas, y el segundo de Sevilla, Departamento del Valle, por medio de apoderado demandaron a las compañías Commercial Union Assurance Cº, Ltd. y Guardian Assurance Cº, Ltd., domiciliadas en Londres, y legalizadas en Colombia y representadas por Tracey & Cía., cuyo personero es el señor Norman T. Reinolds, para que se las condene a pagar, a los demandantes la suma de $ 25.000, valor del seguro que representa la póliza renovada que las compañías demandadas firmaron a favor de los actores para el caso de que ocurriera siniestro por incendio. Como primera subsidiaria suplicaron que de la cantidad de $ 25.000 se rebajara el precio de las mercancías que quedaron como residuos del incendio y como segunda subsidiaria, que fueran condenadas al pago de la cantidad que se demuestre como precio o valor de las pérdidas sufridas por los actores en el incendio acaecido en su almacén de mercancías situado en Armenia.

Impetraron además el pago de los intereses, desde el día del siniestro, en cualesquiera de los casos anteriores y las costas del juicio si las compañías demandadas se oponen a las peticiones de los demandantes.

Hechos básicos de la demanda son éstos: El 11 de marzo de 1939, los demandantes tomaron bajo el nombre comercial "Motlak Hermanos", la póliza 11.910 de seguro contra las pérdidas o daños causados por incendio, de las mercancías de propiedad de los asegurados que tuvieran para la venta en el almacén determinado en la póliza. Este seguro se contrató a favor de los demandantes en las compañías Commercial Union Assurance Cº, Ltd. y Guardian Assurance Cº, Ltd. en la proporción que la póliza expresa. Esas

compañías están representadas por Tracey Brothers, Ltd., sociedad ésta con negocios permanentes en Colombia y debidamente legalizada en el país.

Los demandantes renovaron la póliza de seguro mencionada el primero de marzo de 1940 y elevaron la cuantía del seguro a la suma de $ 30.000 que fue rebajada a la de $ 25.000 en el mes de mayo de 1940.

El 29 de noviembre de 1940, casi a la media noche, se produjo en el almacén de los demandantes un incendio fortuito, a causa de un corto circuito que se formó en las líneas de conducción eléctrica y destruyó en su casi totalidad las mercancías y enseres del almacén, inclusive los libros de comercio, pues no aparecieron por parte alguna, a excepción de un libro especie de borrador o auxiliar, que estaba donde el fuego le afectó menos; igualmente se quemaron las facturas y demás papeles.

Fueron nombrados peritos para avaluar los residuos de las mercancías por parte de las compañías, Rafael Duque H. y por parte de los Motlak, Abdó Hissaim, y como tercero Milciades Gutiérrez. El perito de las compañías y el tercero avaluaron las mercancías perdidas en el siniestro en la suma de $ 50 a $ 300, pero de este dictamen no se corrió traslado.

Afirman los demandantes en el hecho 12 de la demanda que las mercancías que tenían en el almacén cuando se produjo el siniestro, valían más de $ 25.000 y aseveran en el hecho 11 que las compañías sólo han ofrecido abonar como valor del siniestro la suma de $ 3.000.

Las compañías demandadas han manifestado desde el principio que están listas a pagar la suma que se demuestre perdieron los demandantes como valor de las pérdidas sufridas a causa del incendio.

El 9 de febrero de 1942 el Juez *a quo* 6º del Circuito de Bogotá resolvió el litigio en esta forma:

"1º Las compañías 'Commercial Union Assurance Company, Limited' y 'Guardian Assurance Company' domiciliadas en Londres, que ejercen el negocio de seguros en Colombia, agenciadas y representadas por 'Tracey y Cía.', sociedad anónima que a su vez representa el señor Norman T. Reinolds, en la proporción que reza la póliza de seguros número C 11910 de 11 de marzo de 1939, pagarán a Motlak Hermanos, o sea a Alejandro y Benjamín Motlak como indemnización por la pérdida de las mercancías sufridas por éstos en el incendio acaecido el veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta en la ciudad de Armenia, Departamento de Caldas, el valor de dichas mercancías en el momento del siniestro. *Parágrafo.*—Este valor se fijará en la ejecución de la sentencia de acuerdo con lo prescrito en el artículo 553 del Código Judicial y teniendo en cuenta lo dicho al respecto en la parte motiva de este fallo".

De este fallo apeló el apoderado de la parte actora y subidos los autos al Tribunal Superior de Bogotá, éste lo confirmó en sentencia de 3 de marzo del año próximo pasado.

Interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandante y es hoy el caso de decidirlo.

Como consideraciones previas se observa que no se discute y está fuera del debate la personería de las partes y la celebración del contrato de seguro.

El Tribunal de Bogotá, en su sentencia analizó separadamente las cuestiones de hecho y de derecho que se debaten en este litigio. Los fundamentos en el problema de derecho son éstos: a) el contrato de seguro es indemnizatorio, extremo éste en que las partes están de acuerdo; b) de acuerdo con el artículo 648 del Código de Comercio el asegurado para hacer efectivo el valor del seguro debe individualizar los objetos asegurados, justificar la existencia en el lugar del siniestro de dichos objetos y establecer y comprobar el valor de esos objetos en el momento del siniestro. Además el fallador se apoya en el artículo 656 del Código mencionado que estatuye que no es eficaz el seguro sino hasta concurrencia del verdadero valor del objeto asegurado, aun cuando el asegurador se haya constituído responsable de una suma que lo exceda y cita en apoyo de la tesis que al respecto sustenta, las sentencias de esta Corte de fecha 8 de marzo de 1932. (*Gaceta Judicial*, tomo XXXIX, página 539) y 14 de marzo de 1939 (*Gaceta Judicial*, número 1945).

En cuanto a la cuestión de hecho, el Tribunal no fijó como monto del valor del seguro la cantidad de $ 25.000 demandada sino la que se compruebe previa la tramitación a que se refiere el artículo 553 del Código Judicial y esto por lo siguiente: porque los demandantes para demostrar su aserto al respecto presentaron copias de unas facturas reconocidas por los vendedores en el año de 1940, cuyas sumas ascienden a $ 21.889.47. Al respecto observa el Tribunal que tales copias a lo sumo podrían demostrar la existencia de un contrato de compraventa de mercancías entre los demandantes y los que expidieron las facturas que son ajenos a este pleito pero no se demostraría con esa sola prueba que las mercancías a que aluden las copias estuvieran en el almacén de Armenia en el momento del siniestro.

Habiendo los actores presentado otras pruebas, el Tribunal no halló que con ellas se hubie-

ra demostrado la existencia de las mercaderías por valor de $ 25.000 en el momento del siniestro. Esas pruebas fueron varias declaraciones de testigos sobre las cuales repara el Tribunal que éstos no depusieron por propia percepción y que se limitaron a decir que el almacén se hallaba bien surtido en el momento del siniestro; de modo que la existencia de las mercaderías consumidas por el fuego no se halla plenamente acreditada en forma que faltan dos de sus elementos que la ley exige al respecto. No le dio eficacia tampoco el Tribunal a la diligencia de inspección ocular practicada extrajuicio por el asegurador porque el dictamen o avalúo pericial no fue puesto en conocimiento de las partes y lo mismo resolvió respecto del avalúo de los bienes que quedaron después del siniestro, avalúo practicado en un juicio ejecutivo seguido contra los actores y en que no fueron parte las compañías demandadas. Finalmente no le dio tampoco eficacia probatoria a los cuadernos o borradores de cuentas, presentados por los demandantes por no reunir los requisitos a que se refiere el artículo 40 del Código de Comercio.

Del estudio detenido de la demanda de casación, se concluye que están estrechamente relacionados todos los cargos contra la sentencia, y que enfocan sobre unas mismas disposiciones sustantivas que se señalan como violadas, aunque por diversos conceptos en cada cargo. Lo anterior y la naturaleza del problema jurídico que se debate en este pleito, indica la necesidad de estudiar en conjunto toda la acusación, que se funda en violación, por distintos aspectos, de los artículos 634, 641, 656, 689, 640, 680, 648 del Código de Comercio y 1602 del Código Civil.

Cuestión de derecho.

El fallador de Bogotá partió de la base de que el contrato de seguro es bilateral e indemnizatorio y que jamás puede ser para el asegurado ocasión de ganancia. Estos extremos que son indiscutibles los acepta también el recurrente en su demanda y por esto se ve que no pudo haber violación de los artículos 634 y 641 del Código de Comercio.

Consideró además el fallador que de acuerdo con los artículos 641, 648 y 656 ibídem es necesaria la justificación de la existencia de los objetos o bienes perdidos en un siniestro para obtener el pago del seguro de acuerdo con esa pérdida.

Esa consideración, básica en la sentencia, no induce violación directa de los textos que se acaban de citar, sino todo lo contrario, es la aplicación exacta al caso, de tales normas.

Y ese punto así resuelto no es nuevo; ha sido considerado y decidido en el sentido en que lo hizo el Tribunal, varias veces por esta Corte.

En efecto, en sentencia de 8 de marzo de 1932 dijo esta Corporación:

"La Corte estima que, por lo menos, la prueba de la existencia de la cosa asegurada al tiempo del siniestro debe darse en el juicio en que se discute la obligación de pagar el seguro, porque la existencia de la cosa al tiempo del siniestro hace parte de la acción. Tratándose como en el caso de seguro de almacenes que se renuevan constantemente por las operaciones de venta y reemplazo no basta que aquéllas existieran al tiempo de contratar el seguro o después, sino que existan al tiempo del siniestro; pues bien ha podido el asegurado disponer de tales cosas en el tiempo intermedio y no sufrir entonces perjuicios que se le deban indemnizar. No sucede lo mismo con la prueba del valor de la cosa asegurada al tiempo del siniestro porque probada la existencia de aquélla en ese tiempo, en el juicio en que se discute la obligación de pagar el siniestro sólo quedarían por determinar el monto o cuantía del perjuicio sufrido en relación al precio de la cosa al tiempo del siniestro, lo que sí puede ser materia de controversia posterior sobre aquéllas conforme a la ley".

En sentencia de 14 de marzo de 1939, e interpretando los artículos 648, 656, 658, 689, 705 y 711 del Código de Comercio, dijo esta Corte: "Como excepción al principio general de doctrina en materia de seguros sobre la necesidad de que el asegurador se dé cabal cuenta de las cosas cuyo riesgo toma a su cargo y la obligación correlativa del asegurado de detallar lo que asegura, el artículo 648 del Código de Comercio autoriza para casos en que sea difícil mantener un inventario minucioso de mercancías en permanente renovación y movimiento, el aseguro de establecimientos de comercio como almacenes, bazares, tiendas, fábricas y otros semejantes sin designación específica de los efectos que contengan, pero, de acuerdo con el principio fundamental consignado en el artículo 641 del mismo Código de que respecto del asegurado, el seguro es un contrato de mera indemnización, que jamás puede ser para él ocasión de una ganancia, se impone a éste la obligación de individualizar los objetos asegurados y justificar su existencia y valor al tiempo del siniestro para determinar el monto de la indemnización. El justo valor de los que realmente hayan sufrido las consecuencias del siniestro es principio general que condiciona y limita el derecho del asegurado para exigir el pago del seguro en los casos en que no haya vicio ninguno que enerve el ejercicio de su acción".

De modo pues que desde el punto de vista de la violación de las citadas normas por mala interpretación, o aplicación indebida al caso del

pleito, la sentencia recurrida no puede ser susceptible de casación.

Cuestión de hecho.

No puede afirmarse que el Tribunal no tuvo en cuenta o no dio ninguna eficacia a las pruebas que presentó la parte demandante, o sean las facturas, las declaraciones de testigos, el avalúo de unas mercaderías de los demandantes en un juicio ejecutivo después del siniestro, y tan evidente es esto que no existiendo al respecto sino esas pruebas, el Tribunal condenó, en abstracto, al pago de la indemnización correspondiente, cuyo monto habrá de fijarse en la ejecución de la sentencia. Quiere esto decir que el fallador, partió de la base de que parte de las mercancías de los demandantes, por lo menos, se perdió en el incendio, y también significa que este extremo ya no puede discutirse y que en la ejecución de la sentencia debe partirse de ese postulado que tiene fuerza de cosa juzgada.

El esfuerzo y el objeto de la demanda de casación, en definitiva, no es otro sino el de demostrar que con las pruebas aducidas, y ya relacionadas, se establece el monto de la indemnización a que aspiran los demandantes.

Mas respecto de lo anterior caben las siguientes observaciones: No existe prueba directa y plena de la calidad y valor de las mercaderías perdidas, y en casos similares al que se estudia, es bastante difícil e improbable que pueda existir porque en un bazar o un almacén, que están en continuo movimiento y cuyos efectos salen constantemente y se renuevan, la presentación de unas facturas anteriores al siniestro o de unas declaraciones sobre existencia de aquéllas antes del accidente, son indicios más o menos fuertes sobre la existencia de mercaderías en el momento del siniestro, pero no la prueba directa y plena de que las mercaderías perdidas fueron precisamente todas las incluidas en las facturas o designadas en su conjunto por los testigos en virtud de una vista general, de conjunto, de ellas, anterior al siniestro. No es posible, como lo sostiene el recurrente, que en casos como el presente se aduzca obligadamente una prueba directa y plena sobre la existencia de las mercaderías en el momento del siniestro, y la jurisprudencia y la doctrina no pueden colocarse en este extremo, porque de admitirlo, se llegaría en la generalidad de los casos casi a la imposibilidad de hacer efectiva la indemnización por el siniestro.

Entonces lo indicado es la prueba indiciaria y en general la prueba indirecta, libros de comercio, registros de venta diaria, facturas, testimonios; pero ese extremo entra bajo la apreciación y la soberanía limitada del fallador. Si éste estudiando los factores indiciarios, y apreciándolos debidamente, no forma su convicción judicial sobre los hechos que alguna de las partes pretende deducir de esos elementos indicativos, en casación, por las razones que ha expuesto la Corte en distintos fallos, no puede modificarse esa apreciación.

Y esto es lo que pasa en el caso de autos: ni las facturas, ni las declaraciones, ni el experticio, son por sí solas pruebas directas y que demuestren la calidad y el valor de las mercancías perdidas. Esta apreciación del Tribunal no adolece de error de derecho ni de manifiesto error de hecho. Esos elementos, son prueba indirecta, indicios, que sí tuvo en cuenta el Tribunal, desde luégo, que como se expresó, hizo en abstracto la condenación al pago del siniestro, pero no habiendo concluído el fallador que con sólo ellos se demostraba la pretensión de los demandantes en cuanto a la calidad y valor de las mercaderías, esa apreciación, no puede variarse por lo ya dicho. El extremo, se repite, a que llegó el Tribunal, y que no se discute en este recurso, ni puede discutirse posteriormente, es el que sigue: En el siniestro producido por el incendio, se perdieron mercancías de los demandantes y que estaban amparadas por el contrato de seguro que tenían celebrado con las compañías demandadas.

Refiriéndose la Corte al último cargo o reparo del recurrente, observa que no puede concluírse que el Tribunal de Bogotá haya descalificado, de manera absoluta y para el futuro, de modo que no puedan tenerse en cuenta, al tiempo de ejecutarse la sentencia, las pruebas que como las facturas, las declaraciones de testigos y el experticio, entre otras, han aducido los demandantes en este juicio. No; esa descalificación no existe. El Tribunal concluyó que la existencia de las mercaderías consumidas por el fuego no se halla plenamente acreditada con las pruebas presentadas por los actores, y en esto no erró; llegó a la misma conclusión que el juzgador, de primera instancia, cuando éste dijo lo que sigue: "En suma: el Juzgado considera que no forman plena prueba los medios probatorios allegados al expediente sobre los extremos que debe acreditar el asegurado en esta clase de juicios, por lo cual la primera y segunda súplicas de la demanda habrán de negarse. Dichos medios de prueba pueden considerarse como inferencias o indiciarias, pero éstas no son precisas y concordantes, de suerte que no constituyen prueba completa".

Este último extremo, que es base de la condenación o resolución del Juzgado para que por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial se fije el monto de la indemnización, no puede ser modificada en un sentido desfavorable a los actores, porque como lo observa el Tri-

bunal, sólo éstos apelaron del fallo. Resulta de lo anterior que entonces tienen el valor de indicios, que no desvirtuó el Tribunal ni desconoció, las pruebas a que alude el recurrente, las cuales podrán servir, como factores probatorios, cuando vaya a ejecutarse la sentencia y que unidos a otros, que podrán presentarse, podrán hacer posible la determinación de las mercaderías perdidas en el incendio y de su valor para fijar el monto de la indemnización.

Vistas así las cosas, la Corte no encuentra que el Tribunal hubiera incidido en error de derecho o en manifiesto error de hecho, al no concluír que con sólo las pruebas presentadas se hubiera demostrado la existencia de determinadas mercancías y su valor en el momento del siniestro. Consideradas así las cosas no pudo haber violación de las disposiciones que cita el recurrente.

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

Las costas son de cargo del recurrente.

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

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

Acción petitoria de pago de perjuicios materiales y morales. Por denuncio criminal seguido de sobreseimiento definitivo. Teoria del abuso del derecho

1. La teoría del abuso del derecho o, más ceñidamente, la posibilidad de que su uso por excesivo o desviado justifique una demanda de indemnización de perjuicios consiguientes a ese exceso o desvío, está admitida y sostenida uniformemente por la Sala en repetidas sentencias, al punto de constituír doctrina jurisprudencial. La sentencia del 19 de mayo de 1941 cita la que la Corte pronunció en 1899 en que, sin nombrar aún la figura del abuso del derecho, la presintió para nuestra jurisprudencia e indicó su ajustamiento a nuestro sistema legal, declarando desde entonces que "el derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales y teniendo en cuenta que nadie puede tener una facultad emanada de la norma del derecho objetivo cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social". Así se preludiaba lo que han expuesto uniforme y reiteradamente las sentencias de la Sala relacionadas con esa tesis, a partir de 1935. Según ella, el derecho reconocido o conferido por las leyes al individuo mira, ante todo, al bien social y al interés público; de suerte que al ejercitarlo el individuo en forma reñida con ese interés público, con ese bien social, ya por llevarlo en su ejercicio más allá de lo señalado por su propia seguridad y conveniencia, ya al desviarlo de su fin estricto y efectivo, no puede ampararse con la máxima nemo laedit, porque con ese exceso o desvío sí lesiona, sí perjudica, sí daña. De otro lado, como también oficiosamente lo han declarado aquellas de las citadas sentencias en que lo tocante al abuso del derecho se ha motivado por denuncios criminales, la Sala se ha guardado de reputar comprobación de culpa del denunciante el mero hecho de que a favor del denunciado haya habido un sobreseimiento, entre otras razones por la decisiva de que, si se conceptuara que en éste hay esa prueba de culpa y aun de dañada intención, como algunos pretenden, se privaría a la sociedad del concurso de los asociados solicitado por la ley al punto de imponerlo como obligación cuando habla en esta calidad de la noticia que ha de dar cada cual a las autoridades de los delitos de que tenga conocimiento, so pena, en algunos casos, de hacerse sospechoso como cómplice o encubridor en faltando a ese deber. Si el denunciante quedara vinculado a la condena del imputado en forma que sin ella se le tuviese por incurso en culpa y, por ende, señalado como reo en futuro pleito de indemnización, nadie denunciaría delito alguno o muy pocos afrontarían esa contingencia, ya que ante las incertidumbres de un proceso, rara vez será posible vaticinar con seguridad su resultado. No pudiendo el solo sobreseimiento determinar el concepto de si la denuncia ha sido o nó dolosa o culposa, la decisión al respecto ha de buscarse en todos los hechos pertinentes, en las circunstancias y peculiaridades de cada caso, en lo que constituye la situación de las cosas, su estado ambiental por decirlo así, en la época en que la denuncia se formuló, a fin de establecer si para entonces hubo o nó un error de conducta en formularla. Si en todo proceso precisamente el sentenciador ha de analizar las probanzas, tal vez en ninguno como en los de culpa aquiliana es esa obligación más imperiosa. Así ha procedido la Corte en las citadas sentencias.

2. El artículo 2341 del Código Civil obliga a indemnización al que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, por donde se ve que no es necesaria la dañada intención para que aquella obligación se produzca, puesto que la culpa basta, en su caso, del propio modo que, conforme al artículo 2356 ibídem, no es necesaria la malicia, pues basta la negligencia, en su caso, para que se produzca el deber de reparar el daño imputable a quien ha incurrido en ella. Por su lado, el artículo 34 de la Ley 57 de 1887 establece en su inciso final: "Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa".

3. La indemnización por perjuicios morales tiene un carácter ejemplar, no indemnizatorio, pues en el fondo no es sino una pena privada que sanciona un deber moral. Tanto la Sala de Casación como la de Negocios Generales, acogiéndose al artículo 95 del Código Penal como luz que conduzca al sentenciador en estos casos, han entendido que la libertad de éste para señalar el pretium doloris tiene esa limitación, no sólo cuando la actuación se sigue en lo criminal, sino dentro de lo meramente civil, porque las diferencias de tales actuaciones entre sí no determinan en manera alguna diferencia en lo atañedero al perjuicio en sí mismo ni, menos, en lo que mira a su monto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo siete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Enrico Naggiar demandó a Ana R. de Royo sobre indemnización de perjuicios, a que la condenó el Juzgado 2º en lo Civil del Circuito de Barranquilla el 24 de junio de 1942, en cuantía que habría de fijarse ulteriormente. Ambas partes apelaron de ese fallo, y el Tribunal Superior de allí, tramitada la segunda instancia, lo revocó en el de 14 de julio de 1943 que absolvió a la demandada, sin costas. El demandante interpuso casación, recurso que hoy se decide por haberse admitido y tramitado debidamente.

Antecedentes.

La señora de Royo formuló el 12 de agosto de 1941 denuncia criminal contra Naggiar, diciendo que le había estafado mil pesos, valiéndose del nombre del señor Rafael Volpe, comerciante o joyero acreditado en aquella ciudad, a la que fue conducido por la policía que lo capturó en Medellín, donde para entonces había establecido Naggiar sus negocios. La actuación terminó con sobreseimiento definitivo del Juzgado 2º Superior, pronunciado el 10 del subsiguiente octubre.

Quejándose de los perjuicios morales y materiales sufridos por obra de esa denuncia, el 23 del mismo octubre presentó Naggiar la demanda inicial del presente juicio, en la que pide se condene a la señora de Royo a indemnizárselos pagándole $ 8.000 como valor de los de orden moral y $ 2.000 por los materiales, y sometiendo esta fijación de unos y otros a justiprecio pericial.

Sentencias de instancia

La del Juzgado, condenatoria como ya se dijo, se funda en que fue culposa la conducta de la demandada, quien, según sus propias afirmaciones, no sólo fue entregando a Naggiar una importante suma de dinero sin recibo ni ninguna otra constancia escrita y sin que nadie presenciase la entrega, pedida por él en nombre de Volpe, sin aducir carta, tarjeta ni ningún otro comprobante de este señor; y quien, sobre ese pie y al cabo de casi un año de silencio, formuló su denuncia, respaldándose con la declaración de Carlos Tulio Gil, aparecido como testigo presencial, no obstante el secreto antedicho. Determinado en el Juez el concepto de culpa, se imponía para él la aplicación del artículo 2341 del Código Civil.

El Tribunal fijó la atención ante todo en el deber legal de toda persona de denunciar a las autoridades los delitos o culpas que se han perpetrado y darles cuantas noticias tengan y puedan servir para comprobar el hecho y descubrir a los delincuentes. Deduce de ahí que quien cumple esa obligación no abusa de derecho alguno y, aún más, que por lo mismo que se trata de un deber no cabe pensar que un denunciante se coloque en la situación en que es posible se produzca el abuso del derecho, salvo, tan sólo, cuando a pretexto de ese cumplimiento incurre en acto ilícito. "Si el denunciante —dice el Tribunal— pone en conocimiento la comisión de un delito y señala la persona que lo ha ejecutado, no con los fines propiamente instituidos por la ley, sino con la intención de causarle daño al presunto delincuente, no solamente incurre en un acto abusivo, sino que también comete un delito que por sí solo le es suficiente para que indemnice el daño causado con su denuncia, si el acto no ha sido cometido". Y agrega: "Considera el Tribunal que cuando se trata de denuncios criminales que terminan con auto de sobreseimiento definitivo, para que se produzca la indemnización de perjuicios es necesario que se le pruebe al denunciante que obró temerariamente, con la intención de perjudicar al presunto delincuente..... Es necesario que se le demuestre al denunciante que ejercitó la facultad de denunciar con el solo fin de ocasionar un perjuicio, con el conocimiento de que procedía en forma distinta al espíritu del mandato legal que lo faculta para denunciar a los delincuentes".

No hallando prueba de esta intención dolosa en la señora de Royo y advirtiendo que contra Gil no se ha pronunciado sentencia condenatoria como testigo falso, al considerar consecuencialmente que no hubo culpa, pronunció la referida absolución.

El recurso.

Invocando el motivo 1º del artículo 520 del Código Judicial el recurrente acusa por quebranto de los artículos 1757, 2341 y 2356 del Código Civil, directo por errónea interpretación aquél y por falta de aplicación éstos, y también indirectamente por error en la apreciación de las pruebas. Sus razonamientos, en cuanto se concretan a esa acusación, pueden resumirse así: el Tribunal invierte la carga de la prueba al exigir al actor la de la dañada intención de la demandada; bastando la culpa como causa de daño para determinar indemnización, yerra al requerir aquella intención para la condena demandada. De otro lado, si la señora entregó de veras su dinero, en esto hay sólo un contrato, regible por la ley civil; y la falta de prueba de tal entrega, así como la calidad y fuerza de las pruebas traídas a este proceso, obligaban a decretar lo demandado, en apreciándolas debidamente.

Como el cargo expresado ha de acogerse, se prescinde de los demás que el recurrente formula. (*Gaceta Judicial*, artículo 538).

* * *

Se considera:

La teoría del abuso del derecho o, más ceñidamente, la posibilidad de que su uso por excesivo o desviado justifique demanda de indemnización de los perjuicios consiguientes a ese exceso o desvío, está admitida y sostenida por esta Sala uniformemente en repetidas sentencias, al punto de constituir doctrina jurisprudencial. Entre otras, limitando la cita a las ya publicadas en la *Gaceta Judicial* y anotadas en los índices respectivos, son de traerse a cuento las siguientes: la de 19 de agosto de 1935 (*Gaceta Judicial*, tomo XLII, páginas 455 y siguientes), la de 30 de octubre de ese año (tomo XLIII, páginas 310 y siguientes), la de 21 de febrero de 1938 (tomo XLVI, páginas 56 y siguientes), la de 24 de agosto del mismo año (tomo XLVII, páginas 54 y siguientes), la de 24 de marzo de 1939 (tomo XLVII, páginas 703 y siguientes), la de 5 de octubre de ese año (tomo XLVIII, páginas 712 y siguientes), la de 4 de abril de 1940 (tomo XLIX, páginas 209 y siguientes), la de 19 de mayo de 1941 (tomo LI, páginas 286 y siguientes), la de 25 de marzo de 1942 (tomo LIII, páginas 275 y siguientes), la de 23 de octubre de 1942 (tomo LIV bis, páginas 203 y siguientes).

Algunas de estas sentencias han fundamentado detenidamente la teoría del abuso del derecho; todas ellas la han sostenido con la uniformidad antedicha. Innecesario, pues, repetir aquí los razonamientos a que acaba de aludirse. Además, en la presente controversia aquélla no se ha negado, simplemente se ha discutido sobre si se ha producido o nó ese abuso; de modo que, habiendo el Tribunal llegado al concepto de que no se produjo, el recurrente sostiene que sí y a esto encamina lo cardinal de su esfuerzo.

La referida sentencia de 19 de mayo de 1941 cita la que esta Sala pronunció en 1899 en que, sin nombrar aún la figura abuso del derecho, la presintió para nuestra jurisprudencia e indicó su ajustamiento a nuestro sistema legal, declarando desde entonces que "el derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales y teniendo en cuenta que nadie puede tener una facultad emanada de la norma del derecho objetivo cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social".

Así se preludiaba lo que han expuesto uniforme y reiteradamente las sentencias de esta Sala relacionadas con esa tesis, a partir de 1935. Según ella, el derecho reconocido o conferido por las leyes al individuo, mira ante todo al bien social y al interés público; de suerte que al ejercitarlo el individuo en forma reñida con ese interés público, con ese bien social, ya por llevarlo en su ejercicio más allá de lo señalado por su propia seguridad y conveniencia, ya al desviarlo de su finalidad estricta y efectiva, no puede ampararse con la máxima *nemo laedit*, porque con ese exceso o desvío si lesiona, si perjudica, si daña.

De otro lado, como también uniformemente lo han declarado aquéllas de las citadas sentencias en que lo tocante al abuso del derecho se ha motivado por denuncios criminales, a las cuales se mira aquí de preferencia por su analogía con el tema en estudio, la Sala se ha guardado de reputar comprobación de culpa del denunciante el mero hecho de que a favor del denunciado haya habido un sobreseimiento, entre otras razones por la decisiva de que, si se conceptuara que en éste hay esa prueba de culpa y aun de dañada intención, como algunos pretenden, se privaría a la sociedad del concurso de los asociados solicitado por la ley al punto de imponerlo como obligación cuando habla en esta calidad de la noticia que ha de dar cada cual a las autoridades de los delitos de que tenga conocimiento, so pena, en algunos casos, de hacerse sospechoso como cómplice o encubridor en faltando a ese deber. Si el denunciante quedara vinculado a la condena del imputado en forma que sin ella se le tuviese por incurso en culpa y, por ende, señalado como reo en futuro pleito de indemnización, nadie denunciaría delito alguno o muy pocos afrontarían esa contingencia, ya que ante las incertidumbres de un proceso, rara vez será posible vaticinar con seguridad su resultado.

No pudiendo el solo sobreseimiento determinar el concepto de si la denuncia ha sido o nó dolosa o culposa, la decisión al respecto ha de

buscarse en todos los hechos pertinentes, en las circunstancias y peculiaridades de cada caso, en lo que constituye la situación de las cosas, su estado ambiental por decirlo así, en la época en que la denuncia se formuló, a fin de establecer si para entonces hubo o nó un error de conducta en formularla. Si en todo proceso precisamente el sentenciador ha de analizar las probanzas, tal vez en ninguno como en los de culpa aquiliana es esa obligación más imperiosa.

Y efectivamente así ha procedido la Corte al decidir el recurso de casación en los pleitos ya citados.

Así, por ejemplo, en la citada sentencia de 19 de agosto de 1935 en que, infirmando la del Tribunal, confirmó la absolutoria de primera instancia. Allí en demanda y contrademanda actor y reo se exigían recíprocamente indemnización de perjuicios sufridos por denuncios criminales en que para uno y otro se había sobreseído. La Corte denegó ambas pretensiones, y la base de su decisión se halla en que las denuncias habían tenido fundamento en hechos ocurridos realmente y aun en conceptos de funcionarios judiciales. De esos dos litigantes el que inició la contienda había sido denunciado como perjuro y fundó su acción civil principalmente en el sobreseimiento. La Corte para absolver al denunciante, puso de presente ante todo que el denunciante al afirmar que su contrario había incurrido en perjurio, "se basó en idéntica apreciación hecha por el Tribunal Superior de Bogotá en una sentencia definitiva en que, aplicando un antiguo precepto del Código Judicial entonces vigente, condenó al señor (el demandante de indemnización) a la pérdida de un pleito civil por su afirmación contradictoria y ordenó sacar copias de lo conducente para que las autoridades en lo criminal decidieran si había incurrido también en un delito". Advierte que con copia de esas piezas respaldó su denuncio el demandado por indemnización, y agrega la Corte que si aquél fue absuelto del cargo de perjuro, no por eso éste dejó de decir la verdad. "Para el Juez en lo criminal —añade la Corte— los hechos denunciados fueron ciertos; pero no alcanzaron a constituir delito por falta de algún elemento psicológico, lo que hace ver que el denunciante nó faltó a la verdad. Y que nó obró temerariamente, es circunstancia que se aprecia mejor teniendo en cuenta que el Juez de instancia, de acuerdo con el Agente del Ministerio Público, lo condenó como perjuro a la correspondiente pena de presidio".

A su turno, el demandante inicial fue absuelto de la contrademanda, entre otras razones, porque encuentra verdadero el hecho de donde partió la denuncia que contra el contrademandante había dado el contrademandado por alteración en un documento público, seguida del citado sobreseimiento. Se denunciaba esa alteración atribuyéndosela al contrademandante por ser a quien ella convenía o beneficiaba en el pleito en que ocurrió. El Tribunal había dicho: "Al estudiar este Despacho por primera vez este negocio, observó que el memorial del 27 de agosto terminaba con la palabra suspensivo, y, hoy, con profunda extrañeza, nota que se le han agregado tres palabras que son: de ambos autos. Esto implica una irregularidad acerca de la cual llama la atención y que debe averiguarse".

Como se ve, la Corte puso atención especial en el estudio de las circunstancias que rodearon la denuncia y la antecedieron.

Igual empeño se ve en la sentencia citada de 24 de agosto de 1938 en pleito también sobre indemnización de perjuicios por denuncia criminal seguida de sobreseimiento definitivo. La Corte infirmó la sentencia del Tribunal y confirmó la absolutoria del Juzgado, y llegó a esta conclusión mediante el estudio detenido de las referidas circunstancias, esto es, las que condujeron a la denuncia criminal, de las cuales hace un completo relato, a fin de reconstruir la situación de los hechos a la época de la denuncia.

Se trataba de un depositario renuente en presentar o entregar el depósito, por lo cual el ejecutante, tras de más de un año de gestiones infructuosas, formuló su aludida denuncia, y la Corte, previo el referido análisis de los hechos, observa que para decidir si ese denuncio compromete la responsabilidad civil del denunciante, basta considerar que la forma tenaz con que el depositario se negó a devolver el depósito en tiempo tan largo y con expedientes no fácilmente justificables, "lo colocó indudablemente en una posición equívoca e inexcusable que hacía posible, sin incurrir en malicia, el pensamiento de que esa renuencia no podía seguirse considerando con un criterio estrictamente civil". Agrega, aludiendo al sobreseimiento, que ya es cosa juzgada que el depositario no cometió abuso de confianza; "pero para la época en que fue denunciado y dentro de la precisa situación que planteó a su denunciante con su actitud dentro del juicio ejecutivo, no era un imposible jurídico que lo estuviera cometiendo...." Añade el fallo que en el denuncio no hubo inexactitud en la relación de los hechos. Advierte que en la actuación penal el Tribunal al decidir en consulta respecto del sobreseimiento proferido por el Juez lo revocó para efecto de que se llevara a cabo una ampliación probatoria del informativo, lo cual revela evidentemente —dice la Corte— que para el Tribunal se presentó como cosa posible de acreditar y establecer como entidad delictuosa el hecho relatado en el denuncio.

Exactamente de la misma manera procedió esta Sala en su citada sentencia de 23 de octubre de 1942, buscando en el análisis de los hechos la determinación y calificación de la conducta del denunciante como clave de su responsabilidad por los perjuicios causados con su denuncio. Allí dijo: "Siendo indispensable la adopción de un criterio técnico en la calificación de los hechos para saber si pueden o nó considerarse como constitutivos de un error de conducta, corresponde necesariamente al arbitrio judicial indagar, averiguar a través de todas las pruebas la intención y los móviles para poder deducir si el uso de un derecho objetivamente legal es acto lícito por moverse dentro de la órbita judicial normal, o ilícito, capaz de ser fuente de responsabilidad, por desviarse de sus fines honestos y serios en forma inmoral o antisocial".

En fuerza de lo dicho hasta aquí, lo procedente en el recurso que se está decidiendo es indagar los antecedentes del denuncio y las circunstancias que lo rodearon para determinar si la conducta de la señora de Royo fue o nó culposa, es decir, si procedió como habría procedido una persona prudente y diligente. A ello se procede en seguida, no sin advertir que el artículo 2341 del Código Civil obliga a indemnización al que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, por donde se ve que no es necesaria la dañada intención para que aquella obligación se produzca, puesto que la culpa basta, en su caso, del propio modo que, conforme al artículo 2356 *ibidem*, no es necesaria la malicia, pues basta la negligencia, en su caso, para que se produzca el deber de reparar el daño imputable a quien ha incurrido en ella. Por su lado, el artículo 34 de la Ley 57 de 1887, establece en su inciso final: "Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa".

Según las propias palabras de la señora de Royo que constan en este expediente, ya en memoriales correspondientes a la actuación del mismo, ya en piezas traídas en debida forma de la referida actuación en lo penal, se tiene que ella conoció a Naggiar en calidad más o menos de vendedor ambulante cuando éste le solicitó le comprara unos cuadros, lo que obtuvo colocándole uno en cuarenta pesos; al poco tiempo se le presentó él en actitud mendicante en favor de un paisano de él de quien decía estaba moribundo, con lo cual ella accedió a comprarle otros cuadros por valor de doscientos pesos. Sin más antecedentes, más tarde volvió Naggiar a la casa de ella a exigirle, en nombre del señor Rafael Volpe, de quien dijo ser socio, para cancelar un pedido que habían hecho al Exterior, la suma de mil pesos, que ella le fue entregando por conocer a Volpe de tiempo atrás como comerciante honorable. No habiendo vuelto Naggiar, llamó ella a Volpe, quien se manifestó extraño del todo a lo sucedido, agregando que a Naggiar sólo de saludo lo conocía. Tal, en suma, el denuncio firmado por la señora y su ratificación.

En su careo con Naggiar declara ella: "el dinero, o sean los mil pesos no se los entregué delante de nadie, pues estábamos absolutamente solos el señor Naggiar y yo en la sala de mi casa".

A despecho de esto, aparece Carlos Tulio Gil declarando haber presenciado la entrega y detallando los billetes entregados.

El Fiscal del Juzgado 2º Superior dice en su vista: ".... fuera de las afirmaciones de la supuesta víctima, no aparece en el presente informativo un solo indicio que señale a Enrico Naggiar como responsable del ilícito penal que se le imputa, ni cabe en cabeza humana que una persona de la capacidad pecuniaria de la denunciante incurra en la inexplicable ingenuidad de confiar la conducción de la cantidad de mil pesos a una persona que no era de su confianza, para un destinatario cuya dirección declara la propia señora de Royo que desconoce". Analiza el Fiscal la declaración del testigo Gil, cuyas andanzas, dice, son comprometedoras. Pide se le abra investigación, señalándolo como declarante falso y llamando la atención a que aparece en casi todos los procesos penales como testigo a quien "todo le consta, todo lo ve, todo lo oye".

El Juzgado en el auto de sobreseimiento comienza por relatar las afirmaciones de la señora en su denuncio. En seguida dice: "Hay un testigo en los autos y que responde al nombre de Carlos Tulio Gil, que a pesar de que la denunciante dice que cuando ella entregó a Naggiar el dinero no había nadie presente, manifiesta en su declaración que él presenció la entrega de ese dinero. Este mismo testigo que declara en esta forma dolosa, confeccionó el denuncio contra Naggiar. La realidad procesal no arroja contra Enrico Naggiar la comisión de delito alguno. El testigo Gil tiene toda la apariencia del perjuro. Su dicho encierra una falsedad completa... No es posible aceptar en sana lógica que la denunciante no recuerde ni el día ni el mes en que entregó el dinero...."

Después de transcribir la vista fiscal, el Juzgado agrega: "Sin duda alguna que el testimonio de Gil es falso. El Juzgado ordenará abrir la correspondiente investigación en el sentido de que Gil sea sancionado por el Juez competente. Afortunadamente para los testigos profesionales

como Gil no se pueden tomar las medidas aconsejadas por el señor Fiscal, ya que la ley procedimental es muy exigente cuando se trata de la detención de una persona. Debieran existir disposiciones drásticas para castigar a esos delincuentes crónicos, pero desgraciadamente no existen en nuestra legislación penal. Se reafirma, pues, el concepto de que Naggiar no ha cometido delito alguno y que contra él se tejió una infamia cuyo autor intelectual fue el testigo Gil, en combinación con la denunciante Royo, que no dio el fruto esperado".

Esa es, en suma, la parte motiva del auto de sobreseimiento; en la resolutiva pronuncia éste y ordena copia de lo pertinente para abrir la investigación contra el testigo Gil "por los hechos delictuosos a que se refiere esta providencia".

Así las cosas, salta a la vista que en la conducta de la señora de Royo brilla por su ausencia total el elemento prudencia, indispensable en las relaciones de cada cual con los demás, lo que vale como decir que fue culposa su conducta, pues no sólo, según sus propias palabras, entregó su dinero bajo el más completo sigilo a individuo poco menos que desconocido para ella o conocido desventajosamente, a solicitud formulada por él en nombre de tercero con quien ella no tenía relaciones ningunas y de quien aquél no exhibía voz, carta o señal alguna que lo acreditase, sino que sobre estas bases o mejor dicho, con esta carencia de todo elemento probatorio, ya que, a más de no haber testigo, ella no exigió comprobante escrito de ninguna clase, procedió al cabo de casi un año a denunciar al individuo a quien entregó ella así su dinero, con el agravante de haber surgido entretanto un testigo presencial tan sospechoso, como queda visto, para los funcionarios que intervinieron en la actuación criminal.

Lo sucedido en ella, según se vio también, los condujo a no creer en entrega de dinero y, más aún, a ver en la denuncia contra Naggiar una combinación entre la denunciante y el testigo Gil, asesor de ella en esas gestiones y redactor del memorial de denuncia.

Los elementos probatorios de que hasta aquí se ha hablado son todo lo que obra en este proceso respecto del supuesto delito de Naggiar. Si, como se ha dicho, se impone el concepto de culpa en la señora de Royo, consecuencialmente se impone la aplicación del artículo 2341 del Código Civil, quebrantado, por ende, en la sentencia recurrida, en fuerza de esa falta de aplicación. Prospera pues este cargo. Los restantes no es el caso de estudiarlos, al tenor del artículo 538 del Código Judicial. Infirmada esa sentencia, debe reemplazarse por la que corresponda, cuya motivación se halla adelantada con las mismas consideraciones expuestas ya en lo atañedero al recurso.

Se agregan éstas: está demostrado que Naggiar sufrió perjuicios materiales, entre ellos, por ejemplo, los gastos de transporte aéreo de él y del agente de policía que lo custodiaba de Medellín a Barranquilla. Obra también constancia de que tuvo abogado en la investigación criminal. Esto y el temporal abandono inesperado de sus negocios en aquella ciudad son otros tantos elementos de los perjuicios de esa clase.

Cuanto a los de orden moral, a más de suponerse desde luégo que los ha sufrido quien aparece ante la sociedad perseguido como estafador, obran declaraciones de testigos que acreditan la realidad de la funesta influencia de la denuncia sobre la fama de Naggiar, por donde se ve justificada la condena a indemnizarle también los perjuicios de esta clase.

Pero, al paso que los de orden material, en lo que hace a su cuantía, son susceptibles de avalúo por peritos y, en general, de que para la determinación de su monto se remita a las partes a la ejecución de la sentencia y, por lo mismo, a los trámites del artículo 553 del Código Judicial, no sucede lo mismo con los de orden moral no objetivados, cuya fijación corresponde legalmente a la prudencia del Juez, según se ha estudiado y establecido en múltiples fallos, tanto de esta Sala como de la de Negocios Generales. Entre ellos, por vía de ejemplo se cita el de esta Sala de Casación pronunciado el 20 de octubre de 1942 (tomo 54 bis, páginas 189 a 194, de la *Gaceta Judicial*). La indemnización por los perjuicios de esta clase tiene un carácter ejemplar, no indemnizatorio, pues en el fondo no es sino una pena privada que sanciona un deber moral. Ambas Salas, acogiéndose al artículo 95 del Código Penal como luz que conduzca al sentenciador en estos casos, han entendido que la libertad de éste para señalar el *pretium doloris*, tiene esa limitación, no sólo cuando la actuación se sigue en lo criminal, sino dentro de lo meramente civil, porque las diferencias de tales actuaciones entre sí, no determinan en manera alguna diferencia en lo atañedero al perjuicio en sí mismo ni, menos, en lo que mira a su monto.

En el presente caso, no quedó fijado en las instancias el de los perjuicios materiales. Procede pues ordenar lo que ya se dijo en relación con el citado artículo 553, sobre los de ese orden. Cuanto a los morales, teniendo en cuenta las circunstancias pertinentes, entre ellas la de que por fortuna fue corto el lapso transcurrido entre la captura de Naggiar y su sobreseimiento, dentro de los límites del citado artículo 95, la Sala los fija en quinientos pesos.

Como el Juzgado remitió a las partes a actuación ulterior para la fijación de todos los perjuicios demandados, su fallo, si bien recibe confirmación por haber sido condenatorio, requiere la reforma correspondiente a lo que queda dicho aquí sobre los de orden moral.

* * *

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 del Distrito Judicial de Barranquilla el catorce de julio de mil novecientos cuarenta y tres, y reformando la del Juzgado 2º Civil de ese Circuito, de veinticuatro de junio de mil novecientos cuarenta y dos, falla este pleito así:

1º Condénase a la señora Ana R. de Royo a pagar al señor Enrico Naggiar los perjuicios morales y materiales que le causó la denuncia criminal que dio lugar a esta controversia.

2º Se fija en quinientos pesos ($ 500) el valor de los perjuicios morales. El de los materiales se fijará conforme al artículo 553 del Código Judicial, sobre las bases que al respecto da el presente fallo.

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

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Acción de simulación de un contrato y de reivindicación

1. Ya ha dicho la Corte que "la jurisprudencia ha visto en la sucesión cierta universalidad jurídica y, sin llegar hasta llamarla persona, ha adoptado un lenguaje que autoriza para descubrir en ella una entidad capaz de comparecer en juicio activa y pasivamente. En concepto de la Corte, carece la sucesión de personalidad jurídica. Lo que pertenece a la sucesión es de los herederos. Ellos no tienen un derecho personal o crédito, sino un derecho real, el de herencia, sobre la universalidad jurídica, con la esperanza de concentrarse en el dominio sobre uno o más bienes. Antes de la partición hay una comunidad sui generis: **un patrimonio común destinado a liquidarse". De lo dicho concluye la Corte que cuando un heredero acciona con el carácter de tal, es necesario que pida y suplique para la comunidad formada por todos los herederos.**

2. Contraría la técnica de los juicios civiles de esta índole que se accione a favor y a nombre de la misma persona natural o jurídica que se demanda, porque una misma individualidad no puede pedir que se haga una declaración contra sí misma o que se la condene a determinada prestación o al reconocimiento de un derecho incorporado a su patrimonio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, marzo ocho de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

El siete de junio de mil novecientos treinta y ocho, el señor Ignacio Tovar B., diciéndose mayor de edad y vecino de esta ciudad, demandó por la vía ordinaria a la señora María Leyva de Buraglia, también mayor y de la misma vecindad. Se dio el traslado correspondiente, el cual fue contestado por la demandada; luégo, dentro del término legal, el actor corrigió su demanda accionando también contra la sociedad anónima de "Federico Tovar & Cía., S. A." en liquidación, representada por su liquidador señor Aristides Duque Ramírez, y los señores Genaro Iannini y Gabriel Tovar Borda, también mayores y vecinos de Bogotá, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que son simuladas: a) la venta que reza la escritura pública número 56, de 8 de enero de 1935, de la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá; y, b) la venta que contiene el instrumento público número 2112, de 21 de noviembre del mismo año y de la misma Notaría. El bien que fue materia de las dos ventas está descrito en las mencionadas escrituras y en el Hecho Primero de esta demanda".

"Segunda. Que, en consecuencia, el dominio de la hacienda denominada 'Java', materia de las referidas 'ventas' y descrita en el Hecho Primero de la demanda, no ha salido del patrimonio de la sociedad 'Federico Tovar y Cía., S. A.' en liquidación.

"Tercera. Que la señora doña María Leyva de Buraglia, actual poseedora aparente de la hacienda de 'Java', debe restituirla, dentro del plazo que usted se sirva señalar, a quien tiene el dominio de ella, o sea la nombrada sociedad en liquidación".

"Cuarta. En subsidio de la declaración *primera* en lo que respecta a la venta contenida en la escritura pública número 2112, de 21 de noviembre de 1935, de la Notaría 1ª de Bogotá es decir, para el caso de que no se declare la simulación de dicha venta, se harán las siguientes declaraciones, una subsidiaria de la otra, en su orden:

"A) Que la señora doña María Leyva de Buraglia debe restituir a la sociedad de 'Federico Tovar y Cía., S. A.' en liquidación, la hacienda de 'Java', dentro del plazo que usted señale, en razón de tener efecto contra ella la simulación de la venta de que trata la escritura número 56 de 8 de enero de 1935, de la misma Notaría, por hallarse al corriente de la contraestipulación a que se ha hecho referencia y de la simulación del contrato por el cual su vendedor 'adquirió' la hacienda".

"B) En subsidio, que el señor Genaro Iannini debe pagar a la sociedad de 'Federico Tovar y Cía., S. A.' en liquidación, los perjuicios causados a la sociedad, con motivo de la venta que hizo a la señora Leyva de Buraglia, del inmueble ex-

presado, materia de la escritura número 2112, de 21 de noviembre de 1935".

"C) En subsidio, que la venta que reza esta última escritura pública, es relativamente nula, por lesión enorme sufrida por el vendedor".

"Quinta. En subsidio de la declaración de simulación, basada en el artículo 1766 del Código Civil y en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, a que he hecho referencia, pido que, con fundamento en la anterior doctrina sobre nulidad absoluta de los actos simulados, se declare la de los contratos referidos, y se ordene a la señora Buraglia que restituya la hacienda, aun cuando la nulidad sólo se declare respecto de la venta contenida en la escritura número 56; más las condenaciones relativas a los frutos, los percibidos y los que se hubiesen podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, y a deterioros de los cuales se hubiese o nó lucrado el poseedor".

"Sexta. Que se ordene a la Oficina de Registro respectiva la cancelación de las inscripciones de las dos escrituras citadas".

"Séptima. Que los demandados deben pagar solidariamente las costas del presente juicio".

* * *

Los antecedentes pueden sintetizarse así:

El cinco de septiembre de mil novecientos veinticuatro se formó la sociedad denominada "Federico Tovar I. & Cº, S. A." con un capital de $ 120.000.00 dividido en doscientas cuarenta acciones nominativas de quinientos pesos oro ($ 500.00) cada una. Federico Tovar Ibáñez suscribió y pagó 137 acciones. El objeto de esta sociedad era explotar la hacienda de café denominada "Java" y todo negocio relacionado con la producción, compra-venta, expendio y exportación de café en sus distintas formas, así como cualesquiera otros negocios lícitos de comercio y agricultura.

El señor Federico Tovar Ibáñez testó según escritura de fecha cinco de septiembre de mil novecientos veintiocho, otorgada ante la Notaría 4ª de Bogotá, instituyendo como a sus únicos herederos universales a sus hijos legítimos Josefina Tovar viuda de Pardo, Sofía Tovar de Leiva, Ignacio Tovar Borda, Gabriel Tovar Borda, Isabel Tovar Borda, Santiago Tovar Borda, Alfonso Tovar Borda y Alejandro Tovar Borda.

El señor Federico Tovar Ibáñez falleció el diez y ocho de noviembre de mil novecientos veintiocho, según consta del certificado expedido por el Cura Párroco de San Victorino de Bogotá. Al tenor de la certificación expedida por el Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de esta ciudad, de fecha tres de junio de mil novecientos treinta y ocho, la sociedad "Federico Tovar & Cía., S. A." fue declarada en liquidación según el extracto del instrumento público número 2020, otorgado en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, con fecha catorce de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro (1934) y registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá el diez y seis (16) de los mismos mes y año bajo el número 1781, página 266 del libro respectivo. Fue elegido liquidador de la misma sociedad el señor Ernesto Ospina, quien en la fecha citada anteriormente tomó posesión del cargo.

Por renuncia que del cargo de liquidador de dicha sociedad hizo el señor Ernesto Ospina R., la Asamblea eligió por unanimidad al señor Aristides Duque Ramírez, quien aceptó el cargo y tomó posesión de él en la misma fecha, según certificado expedido por la Cámara de Comercio de esta ciudad en esta fecha (folio 48, cuaderno número 10).

Por escritura pública número 56, de 8 de enero de 1935, de la Notaría Primera de Bogotá, el doctor Aristides Duque Ramírez en calidad de liquidador de la sociedad "Federico Tovar I. Cía., S. A." enajenó a título de venta a favor del señor Genaro Iannini B. la finca "Java". El precio de esta venta fue el de cincuenta y dos mil seiscientos sesenta y seis pesos con ochenta y cuatro centavos ($ 52.666.84), que el comprador dijo pagar tomando a su cargo varios créditos que debía la sociedad.

Por escritura pública número 2212, de 21 de noviembre de 1935, Iannini vendió la finca "Java" a la señora María Leyva de Buraglia, por un precio de cincuenta y dos mil doscientos pesos ($ 52.200.00), que la compradora pagó en la forma que se indica en dicho instrumento.

La demandada María Leyva de Buraglia no contestó la demanda reformada, así como tampoco el señor Genaro Iannini. Decidió la primera instancia el Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá, en sentencia fechada el 8 de octubre de 1940, negando las declaraciones solicitadas en la demanda.

La sentencia acusada.

El actor apeló del fallo anterior, y concedido el recurso decidió el segundo grado de este proceso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de 25 de febrero de 1942, por virtud de la cual revocó la absolutoria de primera instancia y en su lugar declaró simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura número 56 de 1935, por el cual la sociedad "Federico Tovar I. & Cº, S. A." aparece enajenando la hacienda "Java". Declara igualmente que a la señora María Leyva de Buraglia perjudica la simulación decretada en el numeral anterior, como tercero adquirente de mala

fe. En consecuencia, ordena cancelar el registro de la escritura número 56 y ordena asimismo la cancelación del registro de la escritura número 2212 de 1935, por la cual Iannini dice vender a la señora Buraglia el mismo inmueble.

Ordena a la señora Buraglia restituir la mencionada finca a la sociedad antes nombrada, niega las otras declaraciones impetradas y declara no probada la excepción propuesta, consistente en la carencia de interés que la ley exige al actor para poder demandar la nulidad de los contratos. Condena a los demandados a las costas del juicio.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal.

Reconoce el fallo de segundo grado que el actor tiene interés jurídico en intentar la acción de simulación, porque aun cuando el General Tovar dispuso en su memoria testamentaria que no se pagara a su hijo Ignacio la legítima rigorosa con acciones de la sociedad antes nombrada, sí tiene éste como heredero el derecho a suceder al difunto en las acciones que éste tenía y, por tanto, le asiste el interés jurídico en la acción que ha intentado, ya que la representación de la herencia es independiente de la cuestión sobre propiedad de los bienes sucesorales.

Dice la sentencia acusada, como fundamento para que prospere la acción de simulación, que como el actor es un tercero al frente de las dos compraventas, se trata de un hecho jurídico que puede evidenciarse con toda clase de pruebas, inclusive la indiciaria. Enuncia el fallo una larga serie de indicios que estima suficientemente comprobados y de éstos deduce la conclusión jurídica de que ambas enajenaciones son simuladas. En estas consideraciones y en la numerosa prueba indiciaria funda su decisión revocatoria de la de primer grado, la declaración de simulación de las dos enajenaciones de la finca "Java", la cancelación de los respectivos registros y la orden de restitución a la sociedad anónima propietaria.

El recurso.

Contra el fallo del Tribunal interpusieron recurso de casación los tres demandados y alegan la causal 1ª de las consagradas en el artículo 520 del Código Judicial. Tanto en la demanda presentada por el apoderado de la señora Leyva de Buraglia como en la elevada conjuntamente por los representantes de Genaro Iannini y de la sociedad "Federico Tovar I. & Cía., S. A." se formulan contra la sentencia acusada varios cargos que se relacionan con la falta de personería sustantiva del actor para ser parte en este proceso y para reconocer su legitimidad en la causa, por carencia de interés jurídico en los resultados del litigio, interés que no aparece demostrado en forma alguna. Estima la Sala que tal acusación debe prosperar en casación y para mejor conocimiento se pasa a extractar los cargos que la contienen, a saber:

En los motivos *quinto* del libelo de la señora Leyva de Buraglia y *primero* y *tercero* del recurso de los otros demandados se dice que el actor, para justificar su interés jurídico-económico en la declaratoria de simulación invocó un doble título: el de acreedor de la sociedad vendedora y el de heredero del General Federico Tovar I. En cuanto al primer título, sostienen los recurrentes que la jurisprudencia de esta Corte ha exigido al acreedor que suplica dicha declaratoria que demuestre, como tercero que es, que el acto simulado lo deja en condiciones de no poder cobrar su crédito; y por dos aspectos se violan los artículos 1766 y 2388 del Código Civil, que establece la prenda común del patrimonio del deudor. Se funda este requisito en los mismos principios de la acción pauliana, cuando en ésta se hace la misma exigencia, porque no es posible que la libertad de negociar esté a merced de cualquier acreedor.

En lo referente al segundo título, el de heredero del General Tovar I., sostienen los recurrentes que el actor no hizo ningún pedimento en representación de dicha sucesión, ni de la comunidad de herederos, invocando exclusivamente su personal interés y suponiendo erradamente que un solo heredero puede ejercitar en su propio nombre las acciones de la sucesión, sin demostrar el perjuicio en su cuota herencial y antes de la partición y adjudicación de los bienes relictos. Al reconocer personería sustantiva a quien carecía de ella, violó los artículos 1602 y 1766 del Código Civil. Este es el extracto de los tres cargos mencionados.

Considera la Sala de Casación:

Es indudable que el actor invoca la doble condición de acreedor de la sociedad vendedora, como cesionario de un crédito pasivo de ésta por valor de $ 439.31 y la de heredero legitimario del General Tovar I. Con ese doble carácter acciona, como se desprende de los hechos de la demanda y de los términos del libelo, pidiendo que se declare la simulación de los dos pactos sucesivos de venta de la hacienda "Java" y, como consecuencia, que se la reintegre al patrimonio de la sociedad vendedora.

Pero resulta que como acreedor no puede ostentar un interés jurídico-económico sino en caso de que evidencie debidamente que con esa venta ha desaparecido o se ha disminuido notablemente el patrimonio de la sociedad deudora y posteriormente vendedora del bien, en términos de haber desaparecido la prenda común que sirve de respaldo a su crédito, hasta el punto de

dejarlo insoluto y a la entidad en la insolvencia. No se ha exhibido esa prueba, que es fundamental para el ejercicio y prosperidad de la acción de simulación de un acreedor, como lo es igualmente para poder incoar en caso similar la acción pauliana.

Además de lo dicho, que pone de resalto la ausencia de tal interés jurídico en la petición de la declaratoria de simulación de un pacto celebrado por un deudor, conviene recalcar en la circunstancia de que el crédito exhibido por el actor para evidenciar tal interés en los resultados del proceso alcanza sólo a la módica cantidad de $ 439.31. Esa modalidad impone con más fuerza la necesidad de que en los autos se hubiera demostrado la insolvencia y desaparición del patrimonio de la sociedad vendedora, dado que es posible que la entidad deudora de tan pequeña suma de dinero estuviera en condiciones de solucionar ese crédito. Y en tal evento, es claro que no podía un acreedor, como tercero perjudicado, atacar ante la justicia un acto del deudor que posiblemente no le acarreaba perjuicios.

Así las cosas, parece inoficioso que la Sala entre a estudiar si la cesión del crédito hecha al autor debe o nó producir efectos legales, por tratarse de un documento negociable que fue cedido muchos años después de su vencimiento y que en realidad de verdad no fue notificada legalmente dicha cesión al deudor ni aceptada por éste.

En lo que atañe a la condición alegada de heredero del General Tovar I., puede utilizarse el mismo argumento anterior para concluír que no ha demostrado tampoco por ese aspecto su interés jurídico en las declaraciones impetradas, por estas razones: a) porque no acciona en nombre de la sucesión del General Tovar I. sino en interés de la sociedad anónima, y ya viene dicho por esta Sala en sentencia de 31 de agosto de 1936 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIII, página 789) que "la jurisprudencia ha visto en la sucesión cierta universalidad jurídica y, sin llegar hasta llamarla persona, ha adoptado un lenguaje que autoriza para descubrir en ella una entidad capaz de comparecer en juicio activa y pasivamente. En concepto de la Corte carece la sucesión de personalidad jurídica. Lo que pertenece a la sucesión es de los herederos. Ellos no tienen un derecho personal o crédito sino un derecho real, el de herencia, sobre la universalidad jurídica, con la esperanza de concentrarse en el dominio sobre uno o más bienes. Antes de la partición hay una comunidad *sui-generis:* un patrimonio común destinado a liquidarse". De lo dicho deduce la Corte que cuando un heredero acciona con el carácter de tál, es necesario que pida y suplique para la comunidad formada por todos los herederos.

b) Tampoco ha evidenciado el actor un interés jurídico actual e inmediato como heredero, porque para ello sería necesario que previamente se hubiera liquidado la sucesión del General Tovar I., mediante la partición y adjudicación de los bienes sucesorales de acuerdo con su testamento. Sólo entonces vendría a saberse a ciencia cierta si la legítima rigorosa del demandante don Ignacio se había mermado o si se carecía de otros bienes para cubrirla por causa de la venta de "Java". Como en los autos no existe esa comprobación, que vendría a ser el único fundamento del ejercicio de la acción de simulación, resalta que ésta carece de base legal y de justificación jurídica, por tratarse de un tercero que ataca un acto que le es extraño y que sólo puede destruír mediante la plena demostración de que le es perjudicial. Y salta más a la vista esta carencia de interés por parte del demandante cuando se pone de presente que el General Tovar I., en su memoria testamentaria, dispuso que al actor don Ignacio se le cubriera y pagara su cuota herencial con bienes de la sucesión distintos de las acciones que el causante mencionado tenía en la empresa "Federico Tovar I. & Cía., S. A.". De manera que esa circunstancia típica del proceso nacida del testamento impone con mayor fuerza procesal la necesidad de que don Ignacio evidenciara plenamente con la liquidación total de la mortuoria de su padre que se había menoscabado su legítima hereditaria, para entonces poder ostentar un interés legítimo en la declaratoria de simulación de un acto de una sociedad comercial en la que su causante era apenas un accionista mayoritario.

Es oportuno fijar la atención en la situación procesal paradójica y contradictoria planteada por el actor cuando suplica que un bien raíz vuelva al patrimonio de la sociedad que lo vendió y a la vez señala a la misma entidad vendedora como demandada, obligándola a comparecer en juicio. Contraría la técnica de los juicios civiles de esta índole que se accione a favor y a nombre de la misma persona natural o jurídica que se demanda, porque una misma individualidad no puede pedir que se haga una declaración contra sí misma o que se la condene a determinada prestación o al reconocimiento de un derecho incorporado a su patrimonio. Por este ángulo de la cuestión debatida en casación resalta igualmente que el actor no podía impetrar una declaración que favoreciera a la sociedad anónima vendedora,

Estas mismas conclusiones sobre interés jurídico ya han sido adoptadas por esta Sala en numerosos fallos de casación, de los cuales conviene anotar las sentencias de 15 de febrero de 1940 (*Gaceta Judicial,* tomo XLIX, página 68) y de 21 de junio de 1941 (*Gaceta Judicial,* tomo LI, página 600).

Se deduce de lo expuesto que el actor no podía accionar ni como acreedor de la sociedad ni como heredero del General Tovar I., por no haber evidenciado suficientemente que con la venta de la finca de "Java" se ocasionaba perjuicio a su patrimonio, como acreedor y como legitimario. Mientras no se trajera a los autos esa demostración hay ausencia de interés jurídico-económico para impetrar declaraciones de simulación de los dos pactos de venta sucesivamente celebrados. Deben prosperar los cargos formulados por este aspecto contra el fallo acusado. Y al infirmarse dicho fallo y entrar a actuar esta Sala como Tribunal de instancia, son suficientes los razonamientos anteriores para absolver a los demandados de todos los cargos formulados, confirmándose en consecuencia la sentencia de primer grado, que por motivos distintos llegó a esta misma conclusión.

Fallo.

En mérito de lo dicho, 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 Bogotá el día 25 de febrero de 1942 y en su lugar confirma la providencia absolutoria de primer grado fechada el 10 de octubre de 1940.

Sin costas en el recurso.

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

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

Acción de simulación de contrato.—Acción de nulidad.—Soberanía del Tribunal sentenciador en la apreciación de los indicios

1.—Estima la Corte que en tratándose de una simulación relativa no es el caso de entrar a averiguar cuál fue la causa, motivo o razón que indujera al contratante a celebrar el contrato aparente u ostensible y el secreto u oculto, porque es de todo punto evidente que, en tratándose de simulación relativa, se necesita la coexistencia de dos contratos: uno ostensible y público y otro secreto y oculto, para que en probándose la existencia del segundo, pueda decretarse la simulación del primero y darle sobre éste prevalencia al oculto, si el último se ajusta a las prescripciones legales.

2.—La Corte ha asentado de manera definitiva que cuando se pretende que un contrato de venta carece de causa; que no ha habido acuerdo de voluntades y que no se ha pagado el precio, se ejercita la acción de nulidad y no la de simulación, aun cuando se usen términos equívocos para calificar la acción.

3.—Cuando los indicios no son necesarios el grado de fuerza y su relación más o menos estrecha con el hecho que se trata de demostrar, son materia de una apreciación inductiva del juzgador que escapa a la casación, desde luégo que en esta operación de la inteligencia, que es una serie de razonamientos, no puede caber el error evidente de hecho, indispensable para poder variar la estimación de la prueba hecha por el sentenciador.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Por escritura número 3, de enero de 1938, la señora Adalia Castilla de Durán, vendió al señor Félix María Reina los bienes raíces allí especificados, consistentes en una finca denominada "La Joya", dos casas situadas en la población del Espinal y los semovientes que se encontraban en la finca enajenada.

La señora Castilla de Durán murió el 10 de julio de 1938.

El señor Fernando Durán, cónyuge sobreviviente y además heredero testamentario de la señora Castilla de Durán, consideró que con esa venta se perjudicaba en su doble carácter de cónyuge y heredero, y para reparar el agravio que creyó se le había inferido, ocurrió al Juez del Circuito del Espinal para que este funcionario hiciera las siguientes declaraciones judiciales:

"Primera.—Que el contrato de compraventa que aparece consignado en la escritura número 3, de 10 de enero de 1938, de la Notaría del Espinal, por medio de la cual Adalia Castilla de Durán dijo vender a Félix María Reina los bienes especificados en el hecho primero de esta demanda, es un contrato simulado, con simulación absoluta e integral.

"Segunda.—Que la contra-estipulación privada, pactada por la misma época de la escritura citada, entre los mismos contratantes, y por medio de la cual ellos convinieron en que el contrato aparente, consignado en la escritura número 3 ya citada, no debía tener valor ninguno, es un contrato o convención que debe respetarse, que tiene hoy plena eficacia, y mediante el cual queda sin valor ninguno el dicho contrato de compraventa consignado en la escritura número 3 mencionada.

"Tercera.—Que en consecuencia, los bienes especificados en el hecho primero de esta demanda no salieron ni han salido del patrimonio de Adalia Castilla de Durán, y hoy, muerta ella, le pertenecen a su sucesión.

"Cuarta.—Que, en consecuencia, es ineficaz y no produjo ni ha producido efecto alguno la tradición del dominio de los mencionados bienes, de Adalia Castilla de Durán al doctor Félix María Reina, emanada de la citada escritura número 3.

"Quinta.—Que en consecuencia, las cosas deben volver al estado que tenían antes del otorgamiento de la citada escritura número 3 y los citados bienes deben ser restituídos por el doctor Félix María Reina a la sucesión de la señora Adalia Castilla de Durán.

"Sexta.—Que por virtud de ser absolutamente simulada y carecer por tanto de causa real y de concurso real de la voluntad de los contratantes, es nulo de nulidad absoluta, el contrato de compraventa consignado en la escritura número 3 ya citada."

Primera petición subsidiaria.

"Que el contrato de compraventa consignado en la escritura número 3, ya citada, es nulo, de nulidad relativa, por haber habido lesión enorme en perjuicio de la vendedora toda vez que el precio convenido fue inferior a la mitad del precio justo de las cosas vendidas; y que, en consecuencia, las cosas deben volver al estado que tenían antes de la citada escritura, volviendo dichos bienes al patrimonio de la sucesión de la señora Adalia Castilla de Durán.

Segunda petición subsidiaria.

"Que el poder que el doctor Félix María Reina otorgó al señor Alcides Guzmán Tavera para aceptar en su nombre la mencionada escritura número 3 y el contrato en ella contenido, es un poder insuficiente por no hallarse en él especificadas ni alinderadas las fincas que se pretendía comprar y, por consiguiente, el doctor Félix María Reina no aceptó válidamente el contrato de compraventa, y por tanto éste no se verificó."

Y como *séptima declaración consecuencial*, ya de las principales, ya de las subsidiarias, solicitó: "Que se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos del Espinal que cancele la diligencia de registro de la escritura número 3 citada."

Conviene transcribir algunos hechos fundamentales de la demanda para precisar dentro de sus justos términos la acción intentada por el demandante.

Ellos son:

"4º Que el contrato de compraventa que se hizo constar en la mencionada escritura fue un contrato simulado con simulación absoluta e integral, pues ni la aparente vendedora tuvo la intención real de transferir el dominio de los bienes que aparecían vendidos, ni el aparente comprador doctor Félix María Reina tuvo intención real de adquirir el dominio de esos mismos bienes, ni hubo precio realmente exigido ni realmente pagado; ni hubo concurso de voluntades de los dos aparentes contratantes, encaminado a darle vida real a la aparente compraventa.

"5º Que la simulación del contrato fue absoluta e integral, pues los dos aparentes contratantes no se propusieron realmente verificar ni ese contrato de compraventa, ni ningún otro contrato; ambos simularon un fin que no se proponían alcanzar, es decir, simularon una compraventa que no se proponían realizar, pues su verdadera intención era no realizar ni esa compraventa ni ningún otro contrato."

El negocio terminó ante el Juez del Circuito con el fallo de 28 de noviembre de 1941, por el cual se absolvió al demandado Félix María Reina de los cargos de la demanda y se condenó en costas al demandante.

Este apeló para ante el Tribunal Superior de Ibagué, y esta corporación, en sentencia de 25 de enero de 1943, confirmó el fallo de primera instancia con la única reforma de absolver al demandante Durán de las costas de la primera instancia. Tampoco condenó en costas de la segunda.

Don Fernando Durán recurrió en casación contra esta decisión. El recurso se concedió, fue admitido y hoy se decide de acuerdo con las siguientes consideraciones:

Para la mejor inteligencia del cargo que va a estudiarse precisa asentar que el Tribunal consideró que el demandante Durán pretendía la declaración de simulación del contrato contenido en la escritura número 3 de 1938, a fin de que prevaleciera el pacto privado u oculto, según el cual aquel contrato quedó sin valor ni efecto, y al mismo tiempo la declaración de nulidad absoluta del mencionado contrato por vicio consistente en la carencia de consentimiento y causa.

Como primer cargo figura el de la violación directa de la ley sustantiva por interpretación errónea, aplicación indebida y falta de aplicación de los artículos 740, 742, 747, 765, 766, 768, 1494, 1602, 1746 a 1840, 1849, 1524, 1871, 1759, 1761, 1766 del Código Civil, y 593, 597, 601, 668, 693 y 704 del Código Judicial.

Fundamenta este cargo el recurrente en que el Tribunal conceptuó que no existe en el proceso prueba de una verdadera causa simulandi, o sea una causa seria, importante, sobre la cual pueda edificarse una prueba testimonial y de indicios para demostrar con evidencia la simulación, y que de todos los testimonios presentados por el actor y de los hechos aducidos como indicios necesarios, sólo quedan unas pocas presunciones que no son suficientes para destruír la verdadera causa contenida en el contrato solemne cuya nulidad o simulación se demanda.

En esta apreciación del Tribunal ve el recurrente un error de hecho evidente al confundir la causa del contrato con los móviles del mismo.

El Tribunal hizo una disquisición acerca de los requisitos que exige la jurisprudencia de acuerdo con los últimos fallos de la Corte, para que pueda prosperar una acción de simulación,

y conceptuó que era indispensable en todo contrato simulado, ante todo, precisar la causa simulandi o sea la razón determinativa de la voluntad de las partes hacia el fingimiento del contrato aparente. Estos son los términos usados por el fallador.

Estima la Corte que en tratándose de una simulación relativa, no es el caso de entrar a averiguar cuál fue la causa, motivo o razón que indujera al contratante a celebrar el contrato aparente u ostensible y el secreto u oculto, porque es de todo punto evidente que en tratándose de simulación relativa se necesita la coexistencia de dos contratos: uno ostensible y público y otro secreto y oculto, para que en probándose la existencia del segundo, pueda decretarse la simulación del primero, y darle sobre éste prevalencia al oculto si el último se ajusta a las prescripciones legales.

El Tribunal se desvió un tanto al tratar de averiguar lo que él llamó causa *simulandi,* pues su labor se reducía, si se trataba de una simulación relativa, a estudiar si el pacto secreto llenaba las condiciones legales y prevalecía sobre el ostensible y público, para así darle valor a éste y declarar simulado el primero, sin necesidad de entrar a desentrañar las intenciones de los contratantes sobre el verdadero motivo de la simulación.

La demanda tanto en sus peticiones principales como en los hechos en que se funda, es poco precisa, pues habla simultáneamente de simulación del contrato y nulidad del mismo, y en este caso tocábale al sentenciador interpretar la demanda y tratar una de las acciones propuestas: o la de simulación o la de nulidad, pero considerando que el Tribunal hubiese incurrido en alguna equivocación al interpretar la demanda, lo cierto es que en su estudio apreció todas las pruebas, ya se trate de una simulación o de una nulidad, y así dijo que no se había demostrado en el proceso que la señora Castilla de Durán no hubiera tenido voluntad de enajenar los bienes a que se refiere ese litigio y que hubiera dejado de recibir el precio de la estipulación, demostración ésta indispensable para declarar la nulidad del contrato.

Aun cuando el Tribunal hubiera incurrido en el error que le apunta el recurrente, la suerte del litigio en casación sería idéntica a la que corrió en la segunda instancia, porque no hay pruebas ni para decretar la simulación ni la nulidad.

El recurrente dice que el demandante en ninguna parte de su demanda pretende hacer valer, o hacer prevalecer sobre el contrato aparente un acto o contrato jurídico encubierto, sino que sostiene simplemente que el contrato contenido en la escritura damandada produjo una transformación aparente de un estado de derecho, lo cual no es del todo exacto, porque en la segunda petición principal del libelo se dice: "Que la constraestipulación privada, pactada por la misma época de la escritura citada, entre los mismos contratantes, y por medio de la cual ellos convinieron en que el contrato aparente, consignado en la escritura número 3 ya citada, no debía tener valor ninguno, es un contrato o convención que debe respetarse, y que tiene hoy plena eficacia, y mediante el cual queda sin valor ninguno el dicho contrato de compraventa consignado en la escritura número 3, mencionada."

Basta lo transcrito para confutar la argumentación del recurrente. El si solicitó que se le diera prevalencia a la contraestipulación privada. Lo que sucede es que él ha sufrido una confusión en su demanda de casación, porque ya se refiere a la simulación, ora a la nulidad.

Esta superioridad ha asentado de manera definitiva que cuando se pretende que un contrato de venta carece de causa; que no ha habido acuerdo de voluntades y que no se ha pagado el precio, se ejercita la acción de nulidad y no la de simulación, aun cuando se usen términos equívocos para calificar la acción.

En consecuencia, se desecha este cargo.

El segundo reparo consiste en la violación directa de la ley sustantiva consagrada en los artículos 1741 a 1746 y 1762 del Código Civil en relación con el 1849 de allí y con las disposiciones de la Ley 50 de 1936.

Para fundamentar el reparo arguye el recurrente que en la demanda se solicitó expresamente la nulidad del contrato contenido en la escritura número 3, por carencia de los elementos necesarios para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, cuales son: que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración; que el consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y que tenga una causa lícita.

El Tribunal, dice el recurrente, no contempló ni analizó estos elementos del contrato y se limitó a estudiar la acción de nulidad relativa, con desconocimiento absoluto de las disposiciones citadas.

El fallador discriminó todas y cada una de las pruebas presentadas para comprobar la acción intentada y de ese estudio dedujo que no se había demostrado la causa de la simulación; ni la falta de pago del precio; ni la ausencia de consentimiento de la causante al vender sus bienes; ni la incapacidad de ésta para su enajenación; ni vicio en su consentimiento; ni causa ilícita. De suerte que no es justa la anotación del recurrente porque en el cuerpo del fallo se pesaron detenidamente las pruebas y los indi-

cios, como se verá al tratarse por separado de unas y otros.

No está por demás advertir que el Tribunal asentó lo siguiente: "Se observa en que el demandante Durán pretende, ya la declaración de simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura número 3, del 10 de enero de 1938, a fin de que prevalezca o prime el pacto privado u oculto según el cual aquel contrato quedó sin ningún valor ni efecto, ya la declaración de nudidad absoluta del contrato referido, por vicio de simulación consistente en la carencia de consentimiento y de causa."

Ahora, si el fallador de Ibagué no consideró en su sentencia la acción de nulidad absoluta, la acusación ha debido hacerse por error en la interpretación de la demanda y por error en la apreciación de las pruebas acompañadas al proceso para demostrar que en el contrato a que se refiere la escritura número 3, no concurrieron los requisitos a que se refiere el artículo 1502 para que una persona se obligue a otra.

Por consiguiente es infundado el cargo que se estudia.

Tercer cargo:

Violación indirecta de la ley por errores de hecho y de derecho evidentes en los autos en la apreciación de las pruebas.

Este cargo lo desarrolla así el recurrente: El Tribunal al estudiar la escritura pública número 204, contentiva de la transacción verificada entre el Municipio del Espinal y los señores Guillermo Castro y Fernando Durán, relacionada con el instrumento público número 3 de 1938, conceptuó: "que no puede hallar una causa seria e importante y a la vez contemporánea del acto o contrato impugnado, con la expuesta por el demandante Durán."

El Tribunal estudió ambos contratos y al respecto se expresa así: "Para el Tribunal, preciso es decirlo de una vez, es muy aventurado para el demandante Durán C. presentar como causa de la simulación que su cónyuge-causante realizara con el demandado Reina el deseo de la vendedora de favorecerlo de una ruina hipotética, esto es, de la miseria que podría sobrevenirle al demandante después de la muerte de aquélla, si el Municipio del Espinal hacia efectivo el crédito a su favor y en contra de aquél, sobre los bienes que heredara. ¿Por qué no pudo ser la causa de la venta que hizo la causante Adalia Castilla de Durán al demandado Reina, el temor de que su marido Fernando Durán C., quien, como se vio, tuvo que entregar al Municipio acreedor no sólo los propios bienes sino parte de los de su esposa, por instrumento público número 204 de 15 de septiembre, ya citado, el temor —se repite— de que su marido Fernando Durán C. la comprometiera a tener que entregar los bienes de su propiedad exclusiva para seguir pagando al Municipio del Espinal la deuda que aquél contrajo por el mismo instrumento público? ¿Por qué no es dable suponer también que la causante-vendedora Adalia Castilla de Durán, ante la realidad de ver a su marido Fernando Durán C. completamente arruinado por la transferencia que de sus bienes hizo al Municipio del Espinal y en la necesidad de atender al decoroso sostenimiento de su hogar con los bienes de su propiedad, se viera constreñida a vender éstos, real y verdaderamente?"

Ahora, no puede sostenerse que el fallador haya incidido en error de hecho al no tomar como causa de la simulación la alegada por el recurrente, es decir, del riesgo que corrían sus bienes al responder por la deuda del Municipio del Espinal, ya que esta intención no está plenamente demostrada en autos, y que bien puede suceder, como lo apreció el Tribunal, que la intención de la vendedora fuera enajenar realmente sus bienes para evitar que sobre ellos recayera una demanda ejecutiva por la deuda que su marido contrajo con el Municipio.

Fue al cabo de ocho años después de constituída la deuda a favor del Municipio cuando la señora hizo la enajenación al doctor Reina, sin que el Municipio, en ese tiempo y después, hubiera establecido juicio ejecutivo contra el señor Durán C.

No aparece de manifiesto ese error del Tribunal en la apreciación de la causa que indujo a la señora Castilla de Durán a celebrar con el doctor Reina el contrato de compraventa que considera simulado el demandante.

También se dice que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar las declaraciones de Alcides Guzmán Tavera, Polidoro Martínez Gallego, Jesús María Suárez, Vicente Ramírez, Antonio Sánchez, Luis E. Santacruz, Luis F. Altuzarra, Euclides Tello, Pablo E. Rodríguez, Marco Aurelio Céspedes y Trinidad Echeverría, con violación de los artículos 601, 632, 697 y 698 del Código Judicial.

El Tribunal estudió una por una las declaraciones de esos testigos y dio la correspondiente razón para no aceptarlas como pruebas del hecho que con ellas se quería demostrar, y al respecto se expresa así: "Pretende el demandante Durán C. que con los dichos de los testigos antes relacionados, quedan establecidos los siguientes hechos o indicios necesarios: Que el comprador Reina no pagó el precio de la compraventa; que es fama pública en el Espinal la simulación de esta compraventa; que tanto Fernando Durán C. como Adalia Castilla de Durán hicieron manifestación a varias personas de ser la compraventa simulada; que Tulia Rueda de Reina, esposa del demandado-comprador Reina, fue considerada como hija adoptiva de la ven-

dedora Adalia de Durán, es decir, como de la familia; que el demandado Reina, quien fue ahijado de matrimonio de doña Adalia, también era considerado como persona de confianza del matrimonio Durán-Castilla."

Acerca de la prueba testimonial expresada observa el Tribunal: "El hecho o circunstancia de que no sólo el Notario Público que intervino en el otorgamiento de la escritura número 3, sino los testigos de ésta y demás personas que estuvieron presentes en el acto, no vieran entregar dinero alguno a la vendedora Castilla de Durán por el comprador o representante de éste, no es ni puede llegar a ser un indicio de importancia en presencia del contenido de aquella escritura, esto es, de la manifestación solemne de la vendedora de haber recibido el precio de la compraventa.

"Las manifestaciones que el demandante Durán C. hiciera a varios de los declarantes sobre ser simulada la compraventa y hecha con determinados propósitos, tampoco son indicios de recibo desde luégo que lo afirmado por tales declarantes es lo mismo afirmado por la persona del demandante.

"Las manifestaciones que la causante-vendedora Castilla de Durán hiciera a varios de los declarantes si serían de recibo como indicios necesarios, si de otro lado no existieran las siguientes circunstancias que los demeritan, a saber:

"El testigo Altuzarra, únicamente se limita a referir que doña Adalia vivía diciéndole que cómo hacia ella para que el Municipio del Espinal no dejara a Fernando Durán en la miseria, después de su muerte, pero no dice categóricamente que aquélla le hubiera expresado o manifestado que la compraventa hecha al demandado Reina fuera simulada o de confianza. Es, pues, una declaración sobre un hecho vago e indeterminado.

"El testigo Céspedes, quien aparece oyendo un cúmulo de manifestaciones hechas por doña Adalia Castilla de Durán el dia 8 de enero de 1938, esto es, dos días antes de firmarse la escritura materia de este pleito, sobre la simulación y los propósitos que se proponía alcanzar con ella, para el Tribunal es un testigo sospechoso, al tenor del artículo 670 del Código Judicial, pues el mismo declarante empieza afirmando ser pariente del demandante Durán C. en tercer (3º) grado de consanguinidad. El indicio, pues, que pudiera surgir de lo afirmado por Céspedes, se debilita fundamentalmente con la sospecha que infunde su parentesco de consaguinidad con el demandante.

"La testigo Trinidad Echeverría se atreve a afirmar que doña Adalia Castilla de Durán hizo en presencia de ella, del Notario Luis Santacruz y de los señores Martínez Gallego, Vicente Ramírez y Jesús María Suárez, es decir, de las personas que estuvieron presentes e intervinieron en el acto de la firma de la escritura número 3, la manifestación de ser simulada esta escritura y hecha con los fines tántas veces expresados. Es curiosa para el Tribunal en extremo la declaración de la testigo Echeverría, la que por pretender saber demasiado hay que presumir que nada sabe. En efecto, ya se vio que ni el Notario Santacruz, ni los testigos Martínez Gallego y Suárez, ni el firmante a ruego de doña Adalia, Vicente Ramírez, declaran cosa alguna acerca de manifestaciones que sobre la simulación y los fines de ésta hiciera la vendedora el día que se firmó la escritura. Y es que si se toman en cuenta las declaraciones de los testigos Calixto Guzmán, Luis F. Altuzarra, Erizinda Quimbayo y Trinidad Vega B., presentadas en el término probatorio de la segunda instancia por la parte demandada, sobre que la declarante Echeverría vivió en casa de los esposos Durán Castilla, al servicio de éstos (así lo dicen todos, menos Altuzarra), se comprende desde luégo el interés de la testigo en declarar de acuerdo en todo con las pretensiones del demandante y mucho más. El testimonio de la Echeverría no tiene, pues, para el Tribunal, ninguna fuerza probatoria, ni siquiera como simple indicio.

"Y el testigo Rodríguez M., aun cuando hace mención de lo que doña Adalia le dijera en alguna ocasión, dándole a entender que haría operaciones tendientes a burlar la deuda a cargo de su esposo Durán y a favor del Municipio del Espinal, para el Tribunal es un indicio vago e indeterminado, como lo es el que surge de lo declarado por el testigo Altuzarra.

"Varios de los declarantes declaran sobre la fama pública en el Espinal de ser simulada o de confianza la compraventa demandada. No obstante, para el Tribunal, este medio de prueba se desprende tan sólo del dicho de unas pocas personas que aseveran derivarse la fama del hecho de haber existido entre los esposos Durán-Castilla y los esposos Reina-Rueda íntimas relaciones de amistad y de confianza que hacen presumir que la causante Castilla de Durán viera en el demandado Reina como la persona más apropiada para entregarle sus bienes en aparente compraventa, y salvar así de la ruina a su marido Fernando Durán C. Pero si se considera que ya quedó extensamente analizado cómo la causa de la simulación presentada como base inconmovible de este juicio, no es ni seria ni importante, por ser posibles otras causas de igual o mejor categoría, el indicio que pudiera resultar de probarse la fama, que en el caso de autos es más bien un simple rumor que ha ido transmitiéndose, según aparece, desde cuando después de firmarse la escritura núme-

ro 3, el testigo Suárez expresara al testigo Martínez Gallego su opinión de que lo que se acababa de firmar era la sentencia de muerte de don Fernando Durán, el indicio que pudiera resultar de la fama, se repite, es desde todo punto de vista inconsistente, pues que las propias bases de donde podría derivarse la fama o el rumor son inconsistentes."

Tampoco se incurrió en error de hecho y de derecho al haber desestimado las declaraciones de Marco Aurelio Céspedes, Trinidad Echeverría y doctor José Manuel Vásquez, ya que en vista de los testimonios acordes de Calixto Guzmán, Lucio F. Altuzarra, Erizinda Quimbayo y Trinidad Vega B., las consideró como sospechosas y al hacerlo así obró dentro de la facultad que le concede la ley procedimental por encontrarse Céspedes y la Echeverría en los casos de impedimento que consagra el artículo 669 del Código Judicial.

Respecto del testimonio del doctor Vásquez, consideró el Tribunal que él era sospechoso por parcial, por ser fiador de Durán en la obligación de éste para con el Municipio, ya que tiene interés en que este litigio sea resuelto a favor del fiado.

Tampoco incurrió el Tribunal en error de hecho al analizar la carta dirigida por el demandado doctor Reina a Durán.

Al respecto dice el sentenciador:

"A lo anterior debe contestar el Tribunal que la carta en referencia no puede en sana lógica relacionarse con la declaración del testigo doctor Vásquez en la forma como lo pretende el demandante Durán C. En efecto, el 12 de enero de 1938 no podía el comprador Reina hablar ya de una operación proyectada si se refería a la compraventa habida entre Adalia Castilla de Durán y él, pues que ésta se había celebrado dos días antes, el 10 de enero. Tampoco es posible presumir que el demandado Reina estuviera interesado en hacerle saber al testigo doctor Vásquez, como fiador de Fernando Durán C., que la compraventa expresada no era real y verdadera, sino de mera confianza o simulada, y para que Vásquez no se alarmara, porque éste no era fiador de la causante-vendedora Adalia Castilla de Durán, sino de los deudores Guillermo Castro y Fernando Durán, es decir, que ninguno mejor que el demandado Reina, abogado de nota, podía saber que el fiador Vásquez no tenía acción para atacar dicha compraventa. La carta de 12 de enero, por otra parte, ninguna referencia hace a esta compraventa ni al hecho de ser la misma simulada o de confianza.

"En el mismo orden de ideas expresado, el Tribunal sólo puede tomar aisladamente, esto es, sin relación alguna con la carta de 12 de enero, lo declarado por el doctor Vásquez, para atribuirle la fuerza de una simple presunción, poco atendible, si se considera que no es de mucho recibo que sea el propio fiador de Fernando Durán quien exprese que los contratantes de la compraventa contenida en instrumento número 3 de 10 de enero de 1938, le manifestaran ser tal compraventa simulada o de confianza. Y es que si el demandante Durán esperaba heredar los bienes de la contratante-vendedora Castilla de Durán, en esa expectativa encontraban los acreedores de aquél halagüeñas perspectivas para cubrir sus acreencias."

La carta está redactada en estos términos:

"No está por demás advertirle que al efectuarse la operación proyectada de la compraventa urge que a la mayor brevedad posible y de todos modos antes de abrirse los Tribunales haga saber al doctor Vásquez del referido contrato, con el fin de que éste con toda la oportunidad del caso asuma la actitud que corresponde a las circunstancias. Usted al tratar el asunto personalmente con él le hablará en forma más clara."

Sostiénese que el sentenciador incurrió en error de hecho evidente al apreciar las declaraciones de Hernando Céspedes, Bruno López, Carlos J. Infante, Abel Herrera Mogollón, Evaristo Aldana, Carlos Alvarez, Manuel de la Pava y Marco J. Ramírez y algunas otras, del conjunto de las cuales se deduce que el demandado Reina era poseedor en la época del contrato de varios inmuebles en la ciudad de Ibagué, y de que era persona solvente. El error lo hace consistir en admitir la prueba testimonial para demostrar el derecho de dominio.

Para rechazar este cargo basta observar que no se trata en el presente caso de demostrar el dominio de Reina sobre los inmuebles a que se hace referencia, sino de comprobar la solvencia de éste y para ello es suficiente la declaración de testigos que conocieron esos inmuebles que se reputaban como de propiedad del doctor Reina. Por otra parte, el sentenciador afirmó que a quien le tocaba comprobar la insolvencia de Reina como indicio para demostrar que no estaba en capacidad económica de celebrar el contrato de compraventa de que se trata, era al demandante Durán y no al demandado Reina.

Así dijo el Tribunal para admitir la solvencia de Reina: "Del conjunto testimonial antes expresado se llega en conocimiento de que el demandado Reina era poseedor o dueño en la época en que fue Gobernador del Tolima, de varios inmuebles urbanos en la ciudad de Ibagué, y de ochenta (80) cabezas de ganado en engorde que pastaban en la finca de "San Isidro" de la jurisdicción municipal de Cajamarca; que los testigos de La Pava y Marco J. Ramírez le com-

praron cada uno una casa de las que tenía el demandado Reina en Ibagué cuando fue Gobernador del Tolima, sólo que el testigo Ramírez no recuerda con precisión si fue a dicho demandado o a su señora esposa; que Reina, en el lapso de tiempo comprendido entre los años de 1931 hasta principios de 1937, al par que ejercía su profesión de abogado en la ciudad de Bogotá, se dedicaba también al negocio de compraventa de lotes y construcciones de casas, especialmente en el barrio de Chapinero, con un capital que en ningún caso era menor de quince mil pesos ($ 15.000); que cuando Reina se ausentó de Bogotá era su esposa quien seguía atendiendo dicho negocio, y que Reina era, además, hombre de vida sobria y económica y vivía dedicado a sus negocios."

Tampoco prospera el error de hecho al calificar la prueba testimonial de Antonio Sánchez, Luis Santacruz, Lucio Altuzarra, Euclides Tello y Pablo E. Rodríguez, quienes declaran sobre las relaciones de Tulia Rueda de Reina a quien doña Adalia Castilla consideraba como hija adoptiva. Por el cariño y confianza que le profesaba, los vecinos del Espinal tienen la creencia de que la venta de doña Adalia al doctor Reina fue simulada y de confianza.

Este indicio no es necesario ni sirve para comprobar que el cariño que doña Adalia le tenía a la esposa del doctor Reina, fuera causa suficiente para que se hubiera efectuado el contrato simulado de que se habla en estos autos, y al considerarlo así el sentenciador no pudo incurrir en error evidente de hecho, que no está demostrado por el demandante.

Respecto del error de hecho evidente en que incurrió el Tribunal al apreciar la prueba referente al valor de la hacienda, la Corte observa: que como la acción que se ha instaurado en este juicio es la de nulidad absoluta, por falta del pago del precio y otras circunstancias necesarias para la validez de los contratos, es exótico venir en casación a sostener que el precio de la finca montá a determinada cantidad de dinero, puesto que el recurrente ha sostenido que no hubo precio y que éste no se pagó. De suerte que si no hubo precio y él no fue pagado, sobra todo cuanto se diga respecto de la estimación de ese precio, pero como subsidiariamente se interpuso la acción por lesión enorme y el fallador la decidió, es el caso de averiguar si el Tribunal incidió en el error de hecho apuntado al apreciar la exposición pericial. Al respecto se expresa así:

"1º Que fueron nombrados por el señor Juez comisionado como peritos los señores Heliodoro Gutiérrez, Marcos Cardoso R. y Luis Alberto Leiva, respectivamente por las partes demandante, demandada y tercero en discordia.

"2º Que fueron debidamente posesionados dichos peritos.

"3º Que en el curso de la diligencia se recibieron las declaraciones de los testigos Lucio F. Altuzarra, Pablo E. Rodríguez, Euclides Tello y Antonio Sánchez U., quienes declararon acerca de lo que en concepto de ellos valían los bienes materia de inspección ocular.

"4º Que dentro de la misma diligencia solamente los peritos principales *Heliodoro Gutiérrez* y *Marcos Cardoso R.* dictaminaron de común acuerdo sobre el avalúo de los bienes, dando de éstos un avalúo total de $ 50.230 moneda legal, según la siguiente especificación: la finca de 'La Joyá', de 589 hectáreas de extensión, según aparece de la escritura número 3 de 10 de enero de 1938, a razón de $ 70 cada hectárea, en $ 41.230; y las dos casas urbanas en el Espinal, la una en cuatro mil pesos ($ 4.000) y la otra en cinco mil ($ 5.000).

"5º Que el perito tercero Luis Alberto Leiva no dictaminó.

"Sucede que el dictamen pericial de los expertos Gutiérrez y Cardoso R. se ordenó poner en conocimiento de las partes por el término legal; pero de éste hizo uso el demandado para introducir incidente de tacha o recusación del perito Heliodoro Gutiérrez, incidente que, admitido y tramitado en forma legal, se decidió por el Tribunal por auto o providencia de 13 de junio del año en curso, ejecutoriada, en el sentido de declarar probada la tacha y de ordenar que, en consecuencia, se reemplazara el perito Heliodoro Gutiérrez en la misma forma en que se le había hecho el nombramiento.

"En virtud, pues, de lo anterior, el Tribunal nombró oportunamente en reemplazo del perito Gutiérrez al perito doctor Lisandro Orjuela, quien, posesionado debidamente y sin aguardar a que el Tribunal dispusiera en qué forma debía cumplir el nuevo perito su encargo una vez posesionado, como así se previó por el Tribunal en auto de 22 de junio del corriente año, visible al folio 5 del cuaderno número 7, introdujo en el Tribunal un escrito que dijo contener su dictamen pericial sobre avalúo de los bienes, escrito del cual se desprende lo siguiente:

"a) Que el perito Orjuela se declaró incapaz de totalizar el valor de la finca 'La Joya', porque del contenido de la escritura número 3, de enero de 1938, materia de este juicio, no halló, como los otros peritos, determinada la cabida de esa finca en 589 hectáreas, por lo que se limitó a dar el avalúo de una hectárea únicamente, en la suma de $ 70, moneda legal.

"b) Que avaluó las casas urbanas del Espinal en $ 4.000 y $ 5.000, como el perito Cardoso R."

Ya ordenado poner en conocimiento de las partes el dictamen del perito doctor Orjuela, éste, introdujo un nuevo escrito en el Tribunal, para aclarar que él había considerado el valor de los bienes en la época actual (en julio de 1942, fecha del avalúo), pero que servían para el mes de enero de 1938, fecha en que se había otorgado la escritura número 3 materia del presente juicio ordinario.

"En presencia de lo anterior sólo debe anotar el Tribunal que en puridad de verdad no existe en el proceso sino el dictamen del perito Marcos Cardoso R. en relación con el avalúo de los bienes, pues, de un lado aparece que el perito tercero en discordia Luis Alberto Leiva no dictaminó, y de otro, que el perito doctor Orjuela no dio el avalúo de la finca 'La Joya' en su totalidad sino solamente el de una hectárea de terreno de esa finca. En tal virtud, se debe concluir que no existe la prueba pericial sobre el avalúo de los bienes materia de la compraventa contenida en la escritura número 3 de 10 de enero de 1938, y, por tanto, que no está demostrado que el precio de $ 20.000 moneda legal que aparece en ella, sea mezquino como lo afirma el demandante."

Se dice también que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar la cláusula 2ª de la escritura número 3 de 1938, respecto del pago del precio de la finca vendida por haber aceptado la declaración de Adalia Castilla de Durán que reconoce que recibió de manos del comprador el precio estipulado así: la mitad el día en que se celebró u otorgó el instrumento y la otra mitad en contados anteriores, en contra de las declaraciones de los testigos Marco A. Céspedes, Jesús María Suárez, Vicente Ramírez, Luis Santacruz y Alcides Guzmán.

Este cargo habrá de rechazarse porque los testigos citados por el recurrente no son prueba suficiente contra la declaración hecha por la vendedora sobre el pago del precio. Y atrás ya se vio por las transcripciones que se hicieron que esos testimonios no son suficientes para desvirtuar la declaración de la vendedora de haber recibido el precio.

En cuanto al indicio que alega el recurrente de que Durán haya seguido poseyendo y usando de los bienes que fueron motivo de la compraventa, como dueño y señor sin que el demandado Reina hubiera tratado de establecer una acción de lanzamiento; que éste no le exigió cuentas a Durán; que éste siempre contrató tanto el arrendamiento de la finca de "La Joya" como de las casas, y que Durán no fue administrador de los bienes de propiedad de Reina, dice el Tribunal que con la cláusula final de la escritura Guzmán Tavera, como representante del doctor Reina, celebró un contrato de administración con Durán; que en las posiciones absueltas por éste confiesa que Reina le suministró dinero para la reparación del andén de una de las casas situadas en el Espinal; que le suministraba a Reina los datos que creía necesarios para que éste hiciera la declaración sobre el patrimonio e impuesto sobre la renta; que entre Reina y Durán se cruzaron varias cartas de las cuales aparece que Durán obraba como administrador de los bienes que Reina le compró a la señora Adalia de Durán.

Todas estas apreciaciones del Tribunal le sirvieron para formar la convicción de que Durán fue un administrador de los bienes de Reina, lo que destruye la aseveración del demandante de que éste hubiera seguido poseyendo, como dueño y señor, y usufructuando los bienes que Reina le compró a la señora Adalia Castilla de Durán.

En resumen, los indicios presentados por el demandante cuales son: que Reina no pagó el precio de la compraventa; que es fama pública en el Espinal que el contrato celebrado entre la señora Adalia de Durán y el doctor Reina es simulado; que Tulia Rueda de Reina, esposa del demandado, fue considerada como hija adoptiva de la vendedora; que el demandado Reina fue considerado también como persona de la familia, pues fue ahijado de matrimonio de doña Adalia Castilla de Durán, y que Durán siguió poseyendo y usufructuando los bienes a que se refiere este litigio.

Ya se ha visto que algunos de estos indicios están comprobados en autos, pero ninguno de ellos es necesario para que constituya plena prueba porque no existe correspondencia entre el hecho indicio y el que se investiga para que pueda decirse que existiendo el uno no puede menos de existir o haber existido el otro.

Y aunque estos indicios no son necesarios, tampoco forman plena prueba porque en el expediente existen comprobantes del demandado que los desvirtúa o les aminora su fuerza demostrativa y de convicción.

Para que haya error de hecho por parte de un sentenciador en la apreciación de los indicios, es necesario que éstos estén suficientemente probados y que a pesar de ello el fallador no los hubiera considerado, o que el indicio siendo necesario, no hubiera sido apreciado por el fallador o no le hubiera dado el valor legal que él tiene de acuerdo con el artículo 663 del Código Judicial, lo que constituye un error de derecho.

Cuando los indicios no son necesarios (como en el presente caso), el grado de fuerza y su relación más o menos estrecha con el hecho que se trata de demostrar, son materia de una apreciación inductiva del juzgador, que escapa a la casación, desde luego que en esa operación

de la inteligencia, que es una serie de razonamientos, no puede caber el error evidente de hecho, indispensable para poder variar la estimación de la prueba hecha por el sentenciador. Esta doctrina de la Corte puede verse en la *Gaceta Judicial,* tomos 28 y 39, páginas 267, 244 y 245.

La Corte también ha dicho en varios fallos lo siguiente: "El Juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios porque la ley ha dejado a su juicio calificar sus caracteres de gravedad y precisión, según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y lo que se trata de averiguar. A la inferencia lógica deducida judicialmente de un hecho, al cálculo de probabilidades fundado en él, no se puede oponer en ataque de pruebas, otra inferencia distinta, otra interpretación del hecho. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que se genera el indicio, o su descalificación, por ejemplo por falta de conexión lógica con el hecho que se quiere demostrar." (T. 47, número 1943).

"El recurrente, tanto ante el Tribunal como ante la Corte combate estos indicios uno a uno, cosa inadmisible, porque con este método ninguna prueba de indicios resistiría el análisis. En atención a esto ha dicho la Corte que no es lógico combatir éstos de uno a uno, sin buscar el engranaje existente entre ellos y la fuerza recíproca que se presten unos a otros." (Casación, T. 39, número 1880, *Gaceta Judicial,* T. 49, número 1890, *Gaceta Judicial).*

En el presente recurso de casación el recurrente ha seguido el método y sistema que la Corte rechaza en los fallos atrás mencionados y en otros muchos que concuerdan con los anteriores y que es innecesario anotarlos.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *falla:*

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en veinticinco de enero de mil novecientos cuarenta y tres.

2º Las costas son de cargo del recurrente.

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

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

Acción petitoria de pago de una suma de pesos

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, marzo catorce de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, la sociedad anónima Banco Alemán Antioqueño seguía juicio ejecutivo contra Empresa de Vapores H. Lindemeyer, S. A., para el cobro de la suma de 250.000 dólares por diversos préstamos constantes en los correspondiente documentos. En curso la ejecución, ejecutante y ejecutado celebraron un arreglo amigable para la terminación del juicio con el pago de las obligaciones pendientes, que hicieron constar en la escritura pública número 83 otorgada el 30 de enero de 1934 ante el Notario 2º del Circuito de Barranquilla. La Empresa deudora, en virtud de esta transacción y a título de dación en pago, avaluados por la suma de $ 160.682, transfirió al Banco el derecho de dominio de varios bienes muebles, raíces y naves de su propiedad. Entre estos bienes figuran: "La cantidad de nueve mil setecientos cinco (9.705) acciones de la Compañía Slip de Barranquilla, S. A., propiedad exclusiva de la Empresa, por valor nominal de $ 10 oro cada acción, y representadas por los siguientes títulos..... todas las cuales entrega la Empresa en este acto al Banco, a título de propiedad y debidamente endosadas a favor de éste y acompañadas de la respectiva carta, avisando dicho traslado a la Compañía Slip de Barranquilla, S. A."

La aludida carta de aviso es del tenor siguiente: "Barranquilla, enero 29 de 1934. Señor Gerente de la Cía. Slip de Barranquilla. Ciudad. Estimado señor y amigo: Avisamos a usted que hemos traspasado al Banco Alemán Antioqueño todos los derechos y obligaciones que teníamos sobre las nueve mil setecientas cinco acciones, distinguidas así..... por cuya razón le rogamos a usted hacer el cambio de propietarios en el libro de accionistas. Se trata de una operación llevada a cabo con dicho Banco, en la cual le hemos entregado parte de nuestros bienes en dación en pago conforme a escritura notarial que firmaremos dentro de pocos momentos. De usted atentos, seguros servidores y amigos, Empresa de Vapores H. Lindemeyer, S. A. (Firmado) *M. Vásquez P.*, Gerente".

Estas acciones tenían dividendos devengados y no cobrados a la fecha de la cesión que de ellas se hizo al Banco en dación en pago. Por esta circunstancia y afirmando que en el traspaso de las acciones no fueron incluidos en forma expresa los dividendos pendientes como habría sido necesario hacerlo para entenderlos comprendidos en la dación en pago, Martín Vásquez P., como Gerente de la Sociedad Empresa de Vapores Lindemeyer, S. A. (hoy cesionario del derecho litigioso), en libelo de fecha 9 de agosto de 1935 y ante el Juzgado 1º del Circuito de Barranquilla, demandó a la sociedad Compañía Slip de Barranquilla, S. A., en liquidación, representada por su liquidador, para que se la condene a pagar la suma de cuatro mil ochocientos noventa y dos pesos con diez y seis centavos moneda corriente que le adeuda a la Empresa demandante como saldo de dividendos de acciones.

Surtido el traslado legal de la demanda, la contestó la sociedad demandada, negando sus fundamentos y oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas. Afirma que nada debe en concepto de dividendos de las acciones que la Compañía actora cedió al Banco Alemán Antioqueño porque ellos pasaron a éste con el dominio de las acciones como en derecho corresponde y porque, además, expresamente se incluyeron en la dación en pago, como se deduce de los términos de la carta en que se le dio aviso del traspaso.

Trabada sobre estas bases la controversia judicial, fue decidida en su primera instancia en sentencia de fecha 26 de marzo de 1942, en la cual se absolvió totalmente a la compañía demandada. Sin costas.

Sentencia acusada.

Elevado el conocimiento del negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla por recurso de apelación oportunamente interpuesto contra la sentencia del Juzgado por el apoderado de la parte demandada, se surtió ante esa Superioridad la segunda instancia que finalizó con la sentencia de fecha 29 de marzo de 1943, en la cual se revocó la apelada y en

su lugar se condenó a la sociedad demandada, Compañía Slip de Barranquilla, S. A., en liquidación, a pagar a Martín Vásquez P., cesionario del derecho de la actora, la cantidad de $ 4.887.16, como valor de los dividendos demandados.

La conclusión condenatoria del segundo grado se funda, en resumen, en que las acciones y los dividendos son cosas diferentes, de naturaleza jurídica distinta y que el dominio de éstos, considerados como frutos civiles, se determina por la fecha, no de su percepción sino de la en que la sociedad los ha decretado. En el siguiente aparte de la sentencia están expresados integralmente sus motivos: "No aparece, realmente, en la escritura número 83 del 30 de enero de 1934, otorgada ante la Notaría segunda de esta ciudad, que el señor Martín Vásquez P., hubiese transferido al Banco Alemán Antioqueño, representado por su Gerente, don Paúl Reissner, los dividendos de las acciones que cedía a la entidad representada por el último, en dación en pago. Para que los dividendos producidos, devengados o percibidos por las acciones, de propiedad de la entidad cedente hubiesen quedado comprendidos en las mismas acciones, era necesario que se hubiera expresado así, porque el derecho a estos dividendos forma un todo aparte al derecho que sobre las acciones y los dividendos ocupaban sitios distintos y para desalojarlos era necesario que el consentimiento de la Empresa se dirigiera hacia los dos derechos, sobre las acciones y sobre los dividendos, ya que tanto las acciones, como los dividendos percibidos, devengados o producidos eran objeto de derechos reales independientes que tenían por sujeto activo a la entidad demandante. De manera, pues, que no apareciendo en la escritura que prueba el acuerdo de voluntades acerca de la dación en pago la transferencia de los frutos o dividendos producidos por las acciones de manera expresa, jurídico es concluir que el consentimiento de las partes contratantes no tuvo por objeto el derecho real de los dividendos, sino únicamente el de las acciones".

Esta es la fundamentación central de la sentencia. Lo demás es estudio de pruebas sobre el monto de los dividendos, cuya puntualización no es necesaria para la decisión que ha de proferir la Corte.

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso oportunamente el apoderado de la parte demandada el recurso de casación que hoy se decide por estar agotada su tramitación legal. Se apoya en el primero y en el segundo de los motivos que señala el artículo 520 del Código Judicial. El cargo por quebranto de ley sustantiva, al cual circunscribe la Sala su estudio por hallarlo, después de la consideración integral de los aspectos de la demanda, suficiente para producir la infirmación del fallo recurrido, se hace consistir en que el Tribunal violó, entre otros, el artículo 718 del Código Civil como consecuencia del error de hecho en la estimación de la escritura pública número 83 del 30 de enero de 1934, de la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla, y de la carta de aviso en que Empresa de Vapores Lindemeyer, S. A., pone en conocimiento de la Compañía Slip de Barranquilla que ha transferido al Banco Alemán Antioqueño todos los derechos que tenían sobre acciones en esa sociedad anónima, error que se pone de manifiesto al concluir, contra la expresa evidencia de esos documentos, que los dividendos devengados pero no pagados no pertenecen al dueño de las acciones al afirmar que no pasaron a propiedad del Banco cesionario sin reservas de los títulos de accionista de la sociedad cedente.

"El significado y alcance de los documentos en que se hizo constar el traspaso —dice la demanda— es absolutamente claro y preciso: la Empresa cedió al adquirente de las acciones todos los derechos que tenía sobre las acciones traspasadas; luego mal puede pensarse que una cesión como esa, total y ajena a condiciones o reservas, pudiera implicar la conservación por parte del cedente de una parte de dividendos o de cualquiera otra ventaja o prerrogativa proveniente de las acciones cedidas. Para que la Empresa Lindemeyer hubiera conservado algún derecho proveniente de esas acciones, debía haberlo hecho constar expresamente en la cesión. No habiendo sucedido así, y habiendo declarado, por el contrario, que había traspasado al Banco todos los derechos que tenía en relación con esas acciones, resulta de todo punto arbitrario y opuesto a la realidad reconocer a la Empresa el derecho que pretende".

Se considera el cargo.

Sin estudiar y decidir especialmente, por no ser necesario para el sentenciamiento del recurso, la cuestión de doctrina en que singularmente se apoya la decisión del Tribunal, sobre la propiedad de dividendos pendientes de acciones en sociedades anónimas, cedidas sin reserva, la Sala encuentra que el caso en estudio ofrece elementos de convicción que establece en forma inequívoca el alcance y contenido del acto jurídico de transferencia de que se trata, sin necesidad de recurrir a interpretaciones jurídicas, con el solo aprovechamiento de las pruebas de la cesión. Este punto, que ofrece la decisión más justa en cuanto se funda en la real intención que inspiró el acto de transferencia, no mereció es-

pecial análisis al sentenciador que apenas hizo referencia a él para decir, sin expresar las razones de su interpretación, que ni la escritura de transacción, ni la carta de aviso del traspaso de las acciones contenían en forma expresa el ánimo de transferir los dividendos pendientes al cesionario de las acciones. En esta ligera alusión del Tribunal a esta prueba documental, escrita en palabras precisas y claras que ponen de manifiesto la intención que el sentenciador no halló en ella, reside el error de hecho que el recurrente le imputa a la sentencia, consistente en no ver en los términos de los citados documentos una voluntad expresa de cesión total y absoluta de todos los derechos vinculados a las acciones.

En efecto: en la escritura pública número 83 del 30 de enero de 1934, que es la prueba del contrato de transacción entre la Sociedad demandante y el Banco Alemán Antioqueño, en que se hizo figurar como uno de sus elementos o factores el traspaso de las 9.705 acciones que la primera tenía en la sociedad anónima Slip de Barranquilla, se advierte que se transfieren en propiedad al Banco y a título de pago, para lo cual han sido debidamente endosadas y acompañadas de la correspondiente carta de aviso para la inscripción del nuevo propietario en el registro de accionistas. El endoso y su inscripción sobre la carta de aviso en el libro correspondiente de la Compañía Slip de Barranquilla, constituyen el modo legal de transferencia y su prueba (artículo 576, Código de Comercio) y es el acto que vincula a la Sociedad Slip de Barranquilla a todos los efectos legales determinados por la cesión de sus acciones. Esta carta de aviso del traspaso, que determina los límites y contenido de la cesión, transcrita al principio de esta decisión y traída al juicio por la parte demandada (visible al folio 1 del cuaderno número 1; de pruebas de primera instancia), es claramente expresiva, por las palabras en que fue redactada, de la intención de hacer la transferencia del dominio de las acciones no sólo sin reserva ninguna, sino por el contrario, con la expresa declaración de voluntad de que en ella quedaban comprendidos *todos los derechos* y obligaciones que tenía la sociedad cedente sobre las acciones que cedía.

Esta interpretación, fundada en la obvia lectura de la prueba documental, cobra mayor fuerza al relacionarla con el objetivo y la significación del negociado mismo de que hizo parte la trasferencia de las acciones al lado de la dación en pago de bienes de mucha importancia y valor. No se justificaría ni explicaría fácilmente, además de estos términos tan fielmente reveladores de un ánimo de desapoderamiento total de todo derecho de accionista, una interpretación de reserva del valor de unos dividendos pendientes al tiempo del traspaso de las acciones, dentro de una transacción de tánto valor celebrada para finalizar un litigio y en la cual el demandante, como deudor, dio bienes al Banco Alemán Antioqueño por valor de $ 160.682 para pagar obligaciones por diversos préstamos que valían la suma de 250.000 dólares americanos.

Por otro aspecto, aunque no propuesto en el recurso, no debe olvidarse que la demandada Compañía Slip de Barranquilla, S. A., procedió luégo de que se le notificó legalmente el traspaso de sus acciones al Banco Alemán Antioqueño y de él tomó nota en el correspondiente libro de accionistas, al pago que a éste hizo considerándolo como dueño de las acciones de los dividendos cobrables y no percibidos a la fecha del traspaso. Este fue un pago válido que la liberó de su obligación al tenor del artículo 1634 del Código Civil, que reza: "Para que el pago sea válido debe hacerse o al acreedor (bajo cuyo nombre se entienden todos los que lo hayan sucedido en el crédito aun a título singular), o a la persona que la ley o el Juez autoricen para recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro. El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía".

Las razones que se llevan expuestas, a la vez que ponen de manifiesto la ilegalidad de la sentencia acusada en casación por virtud del error de hecho en la apreciación de la prueba del traspaso de las acciones, constituyen asimismo los motivos de la decisión que la Corte profiere en su reemplazo, y que necesariamente ha de ser absolutoria por no pertenecer al demandante, según se ha visto, el derecho que demanda.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 29 de marzo de 1943, y en su lugar, por los motivos expuestos en esta providencia, confirma la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla el 26 de marzo de 1941.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

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

COMPLEMENTO DE VOTO

DEL MAGISTRADO DOCTOR HERNAN SALAMANCA

En la exposición de motivos de este fallo que como ponente tuve el honor de someter a la consideración de la Sala de Casación Civil, además de las razones que sustentan la sentencia, consignaba otras relacionadas con el punto de doctrina jurídica sobre propiedad de dividendos pendientes en acciones cedidas sin reserva, a que daba oportunidad de estudio preferente el cargo formulado en la demanda de casación por violación directa del artículo 718 del Código Civil. Estimo que aunque está suficientemente motivada la sentencia ha podido no ser inhibitoria de doctrina sobre la cuestión que la Sala consideró de innecesario análisis para la acertada resolución del recurso.

Creo que los efectos de la cesión que se ha estudiado, no determinados especialmente en el código comercial deben considerarse dentro de las normas civiles, aplicables al caso según los artículos 1º y 182 del Código de Comercio, sin que haya por qué ni para qué pensar en la costumbre mercantil que no puede operar jurídicamente sino en silencio de la ley, para cuya existencia es necesario la ausencia de disposiciones comerciales que resuelvan con claridad el caso, expresamente o por aplicación analógica, y de las supletorias del Código Civil.

Deseo, no a título de salvamento de voto, como es obvio, sino más bien de complemento de sus motivos, sintetizar a continuación mis puntos de vista.

La acción en las compañías anónimas tiene como característica más importante, fuera de la limitación de la responsabilidad de los socios la de la negociabilidad de los derechos que confiere en la sociedad, uno de los cuales es tomar parte en la repartición de los beneficios sociales. Los dueños de acciones no son propiamente acreedores de la sociedad sino socios que corren todos los riesgos del negocio. Cuando éste es provechoso la participación de los socios en las utilidades se realiza a través y a prorrata de las acciones con el ordenamiento y pago de dividendos, que así tienen la condición jurídica de cosa accesoria de la acción.

Los títulos de acción en estas compañías son esencialmente transferibles en la forma legal, y su cesión, a cualquier título que se haga, es el medio de transferencia del capital social que representan. El cesionario de acción es socio de la compañía anónima y como tál dueño, en las mismas condiciones que su causante al tiempo de la cesión, del acervo social y sus derechos accesorios, lo mismo que responsable de sus obligaciones sociales pendientes.

Entendiéndose por dividendo la ganancia o producto de una acción en cada repartimiento de utilidades que hacen las compañías anónimas, no hay duda que su naturaleza jurídica coloca y cataloga este bién dentro de los llamados frutos civiles, definidos por el artículo 717 del Código Civil como "los precios, pensiones, o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido". "Frutos civiles —dice Escriche— son las rentas anuales que no provienen de la cosa misma, sino con ocasión de ella, en virtud de una convención, como el precio de los alquileres o arrendamientos de casas, molinos, tahonas, ingenios, aceñas y artefactos, fincas y propiedades territoriales, los fletes, y los réditos de juros, censos y cualesquiera otros efectos, acciones y derechos semejantes".

Por el modo de la accesión de frutos está organizado en nuestro Código Civil (Capítulo 1, Título 5º, Libro 2º), aunque no con perfecta justeza doctrinaria porque más que un modo de adquirir es una consecuencia o extensión del derecho de dominio, la propiedad de lo que las cosas producen. La utilidad de los frutos como entidad patrimonial autónoma comienza y se obtiene separándolos de la cosa que los produce, porque mientras están pendientes, esto es, adheridos si son naturales y debidos si son civiles, hacen parte de la cosa misma, con ella se confunden. La adquisición de los frutos como bienes diferenciables de la cosa productora se realiza por la percepción, sin que a este respecto quepa diferencia ninguna entre frutos civiles y naturales: éstos se perciben cuando se separan

de la cosa productiva, aquéllos cuando se cobran, no en el sentido vulgar sino en el de pagar. Los frutos pendientes, por su naturaleza jurídica especial, están sometidos a la norma esencial de derecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En el artículo 2096 del Código Civil, contentivo de un principio general del contrato de sociedad, puede verse una corroboración de la idea de que la apropiación de los dividendos se opera por su percepción o recibo.

"Los frutos civiles —dice el artículo 718 del Código Civil— pertenecen también al dueño de la cosa de que provienen, de la misma manera y con la misma limitación que los naturales".

La disposición a que se alude en este texto está consignada en el artículo 716 ibídem, en la forma siguiente: "Los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella; sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, al poseedor de buena fe, al usufructuario, al arrendatario. Así, los vegetales que la tierra produce espontáneamente o por el cultivo, y las frutas, semillas y demás productos de los vegetales, pertenecen al dueño de la tierra. Así también las pieles, lana, astas, leche, cría y demás productos de los animales, pertenecen al dueño de éstos".

Aplicando estas reglas legales al caso de cesión de acciones en sociedades anónimas con dividendos decretados pero no percibidos, cuya naturaleza, como ya se dijo, encuadra perfectamente dentro de la definición de frutos civiles pendientes, es claro que si en la cesión no se ha constituído derecho especial de reserva en favor del cedente o de un tercero, no habiendo disposición de ley especial, debe entenderse que los dividendos pendientes y no cobrados pasan a la propiedad del cesionario de las acciones. El mismo fenómeno que se opera en la cesión de créditos, comprensiva de todos los accesorios del derecho cedido.

Bogotá, marzo catorce de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Acción de nulidad de un testamento. - Principio general sobre validez de los actos jurídicos. - Presunción legal de sanidad mental de las personas. - Prueba en contrario. - Revaluación de la doctrina sobre apreciación de indicios

1. La habilidad legal para ejecutar o producir un acto jurídico es la regla general, y la inhabilidad la excepción. El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, las solemnidades se hayan llenado como lo determina la ley. La presunción de la validez y eficacia del acto jurídico ampara y favorece a quienes en él han intervenido como partes, cuando se trata de un acto bilateral, o a quien lo ha realizado cuando es unilateral. Quiere esto decir que para anular o desvirtuar un acto de esa naturaleza, es preciso que quien lo impugna destruya esa presunción, lo cual no puede verificarse sino aduciendo la prueba plena del caso, que demuestre o los vicios internos del acto o la falta de las solemnidades o formalidades requeridas.

2. La presunción de sanidad del espíritu en cuanto al estado mental de las personas no puede destruirse sino mediante la demostración adecuada al caso.

3. La jurisprudencia y la doctrina han concluído que la locución adverbial ENTONCES, a que alude el artículo 553 del Código Civil, no puede aplicarse estrictamente al momento mismo en que se celebró el acto o contrato sino que el estado anterior y posterior al acto de quien lo ejecutó son factores decisivos para deducir su estado mental en el momento de celebrar el acto. Interesantes estudios de psiquiatría concluyen que en ciertas enfermedades, como en la demencia senil, no existen intervalos lúcidos, por su calidad de progresiva, y que demostrado que un individuo padece esa enfermedad en un tiempo dado, posteriormente a ese tiempo la sigue sufriendo, si no más agravada, por lo menos en el mismo estado que antes. Esos estudios han refluído sobre la jurisprudencia, de modo que el juzgador no puede desatender la comprobación de ciertos factores procesales derivados del examen de una persona o de sus antecedentes y actos posteriores, a un acto ejecutado por ella e impugnado de nulo por falta de capacidad. Pero la conclusión sobre el estado mental de una persona es un asunto técnico que el juzgador no puede resolver ni decidir por sí, y por eso el dictamen de los expertos es esencial en esos casos. Ese dictamen puede tener el carácter de plena prueba, en el caso del artículo 722 del Código Judicial. Las declaraciones de testigos y demás pruebas que dan base para un experticio sobre sanidad mental pueden ser avaluadas y estimadas por el juzgador, pero el experticio en sí mismo considerado puede ser aceptado o rechazado, mas no modificado ni variado por el Juez, porque entonces asumiría el carácter de experto en una ciencia o arte que desconoce.

4. La tesis de la soberanía absoluta de los Tribunales en la estimación de los indicios, fundada en que la Corte, en casación, no es Juez ad quem, ha sido revaluada, por cuanto este principio rígido podía impedir muchas veces la rectificación de errores en que hubieran incidido los Tribunales y que se vieran manifiestos en los autos. En virtud de esa revaluación se conserva el principio de la soberanía del Juez en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios; pero siempre que en la deducción judicial no se haya incurrido en ciertos errores, como falta de apreciación de una prueba determinante o eficiente, de una apreciación ostensiblemente equivocada, o de una inferencia claramente ilógica. Es el respeto a la fuerza ponderativa del criterio del fallador en la apreciación de los indicios, como lo dijo la Corte, lo que da base a la soberanía de éste, en las condiciones ya expresadas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, marzo quince de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Manuela Barrientos Velásquez, mujer soltera, otorgó testamento cerrado el 11 de julio de 1938, ante el Notario 3º del Circuito de Medellín. La testadora falleció el 17 de octubre de ese año. Llenadas las formalidades legales del caso, fue abierto dicho testamento, en el cual apareció que la testadora firmó el pliego que lo contiene el 7 de julio de dicho año y que instituyó como su heredera universal y además albacea a la entonces señorita Ana Almanzán Alvarez.

Protocolizado el acto testamentario, lo que tuvo lugar el 15 de noviembre de 1938, Joaquín Barrientos, hermano de la testadora, presentó demanda ordinaria el 14 de febrero de 1939, de la cual tocó conocer al Juez 4º del Circuito de Medellín, contra Ana Almanzán para que se hicieran las siguientes declaraciones: Primera. Que es nulo el acto testamentario otorgado por la señorita Manuela Barrientos V. el 11 de julio de 1938, por falta de voluntad o inhibición de las facultades psíquicas de la testadora, debido a fuerza, sugestión, dominio en la testadora o incapacidad mental para realizar libremente ese acto. Segunda. Que en subsidio se declare que Ana Almanzán A. no tiene derecho a heredar a Manuela Barrientos V. por haber ejercido aquélla sobre ésta fuerza, o cometido injuria grave, engaño o dolo contra la persona y bienes de la testadora. Tercera. Que como consecuencia de alguna de las dos declaraciones anteriores se declare que Estanislao, Rafael, Concepción y Joaquín Barrientos, en su calidad de hermanos legítimos de la testadora, son los llamados a heredarla, por no haber herederos forzosos ni otros legales más cercanos. Cuarta. Que se declaren asimismo nulos por simulación y por falta de causa y vicio en el consentimiento de la otorgante Manuela Barrientos V. los actos que constan en las escrituras 1941 de 23 de agosto de 1937 y 1238 de 15 de julio de 1938 de las Notarías 4ª y 1ª de Medellín, lo mismo que el traspaso de acciones que la señorita Barrientos V. hizo a Ana Almanzán el 1º de agosto de 1938.

La larga serie de antecedentes y de hechos en los que el demandante apoya su demanda, pueden sintetizarse así: a) que Manuela Barrientos al otorgar testamento cerrado obró arrastrada o aprisionada por una fuerza moral que anonadó sus facultades psíquicas, su voluntad, juicio y razón; b) que dicha testadora obró en ese acto y en algunos anteriores, inducida por pasiones que habían enervado o anulado sus facultades mentales; c) que no estaba en capacidad mental para discernir libremente sobre los actos jurídicos que ejecutaba y que la heredera Ana Almanzán ejecutó con la testadora, actos que la hacen indigna para sucederla en sus bienes.

Entre los antecedentes aludidos se refiere el demandante a éstos: la señorita Barrientos fue mujer virtuosa y recatada hasta que la amistad de la señora Almanzán la indujo a cometer actos indignos, como estafar a las gentes, visitar casas de mujeres de mala vida, abandonar el hogar, suscribir cartas injuriosas y amenazantes contra sus familiares.

Corrido el traslado de la demanda, la demandada se opuso a las declaraciones impetradas en el libelo y negó los hechos de donde hace desprender el actor la fuerza, la violencia, la indignidad o la falta de capacidad mental de la testadora.

Surtida la primera instancia, el Juez del conocimiento en sentencia de 10 de octubre de 1939 falló el pleito, así. "No se hacen las declaraciones pedidas en la demanda. Se condena en costas al actor".

Apelada la sentencia para ante el Tribunal Superior de Medellín, éste la confirmó, en fallo de 14 de diciembre de 1942.

Recurrido en casación por la parte vencida, y concedido el recurso, pasa hoy a decidirse.

Fundamentos del fallo recurrido.

El Tribunal descompone y examina por separado los extremos contenidos en la primera petición, y de ahí que estudie el problema de la fuerza moral y de la sugestión sobre la testadora para obligarla a testar y su capacidad mental para hacer el testamento.

Respecto de la fuerza dice el fallador: "Pero en el caso de autos hay que descartar desde un principio toda violencia física. El demandante sólo ha afirmado violencia moral. No ha habido siquiera amenazas; no se ha evidenciado, no medió inminencia de un daño positivo ni negativo respecto de la persona o bienes de la testadora.

Sentada esta base, el fallador teniendo en cuenta ciertos antecedentes de aquella señorita, entre otros, su desvío respecto a sus allegados y ciertas actuaciones de ella, concluye que el problema se reduce a averiguar si la señora Almanzán se prevalió de esas circunstancias y si la señorita Barrientos estaba privada o nó de su razón, estaba sana de mente, cuando otorgó el testamento o por el contrario era víctima de perturbaciones psíquicas que la inhibieran para tal acto y que pudiera considerarse por ello en estado de demencia o locura.

"No hay prueba directa, dice el Tribunal, sobre la demencia de la señorita Barrientos. La prueba suministrada es indirecta, porque no hay

una exposición pericial uniforme que así lo establezca; porque la señorita Barrientos ya desapareció y no sería posible una probanza de tal naturaleza".

Sentado el postulado anterior, el fallador sostiene que es la prueba indiciaria la que al respecto existe y que debe por lo tanto analizarse. Analiza todos los indicios de los cuales pudiera concluirse la locura, los contrapone a las pruebas de la parte demandada y concluye por la sanidad mental de la testadora en vista de ese análisis y de esa apreciación.

El Tribunal expresa los siguientes conceptos, básicos de su fallo: "También se olvidó el demandante en su razonamiento de los contraindicios, de las contrasospechas. Al lado de los múltiples indicios, graves algunos, ninguno vehemente, leves los más, que servirían para demostrar el estado de perturbación mental de la señorita Barrientos, álzanse contraindicios, pruebas indirectas, igualmente graves, si no de cordura, de corrección social, de virtud, sí de que no se trata de una enajenada. En primer término tenemos la certificación de los doctores Eduardo Vasco y Luis Martínez Echeverri, de que la señorita Barrientos estaba en uso de sus facultades intelectuales y de que su inteligencia y razón le permitían darse cuenta de sus deberes y responsabilidades sociales, y la consideraron capacitada para administrar sus bienes. Esta certificación, refrendada en el término probatorio, ciertamente no tiene el valor convincente de peritos, porque la prueba de peritos requiere particulares solemnidades que no se han guardado. .... Pero este aspecto meramente testifical de la prueba acusada por los doctores Vasco y Martínez no lo priva de un modo tal de mérito persuasivo, porque se estime que es inadecuada para demostrar hechos que requieren ante todo una prueba de peritos. ..... Otro contraindicio igualmente muy persuasivo, es el dictamen de los peritos aducidos en esta instancia. Los doctores Juan Saldarriaga y Juan de J. Peláez concluyen sentando como más racional, más acorde con las circunstancias, la sanidad mental de la señorita Barrientos. El otro perito, doctor Lázaro Uribe Calad, llega a una conclusión opuesta, pero su razonamiento es bastante frágil".

En la sentencia recurrida se examinan y pesan las pruebas indiciales que la parte actora adujo, como demostrativas del estado anormal de la testadora. Tales son que ésta estuvo con la señorita Almanzán donde una adivina, que conversó o trató con unas mujeres de vida pública, que se le enseñó a disparar armas de fuego, que no hacía las comidas necesarias, que dirigió cartas insultantes en actitudes de rebeldía a sus familiares. El sentenciador no encontró que con estos elementos, contrapuestos a los aducidos por la parte demandada, se hubiera demostrado la demencia, locura o estado anormal de la señorita Barrientos que la incapacitara para testar ni tampoco la violencia o el dolo de que hubiera sido víctima por parte de la beneficiaria del testamento.

Tampoco encontró que se hubiera establecido alguna de las causales de indignidad respecto de la señorita Almanzán y finalmente desechó la acción de simulación porque aunque los actos acusados como simulados lo fueran en realidad, la parte actora carece de interés jurídico, de personería, para demandar por ese concepto, por cuanto, negada la nulidad del testamento, siendo heredera universal la demandada y no teniendo el actor el carácter de heredero forzoso, carece del interés de que se ha hecho mérito.

El recurso.

De la lectura atenta de la demanda de casación se concluye que el recurrente concreta su acusación sobre los conceptos, apreciaciones y conclusiones del Tribunal, en lo atinente a la primera acción ejercitada en la demanda, o sea, sobre la nulidad del testamento por incapacidad de la testadora. De esto resulta que la demanda no se refiere a las acciones de indignidad y de simulación.

Contempla el recurrente dos extremos: la no apreciación de ciertas pruebas, que cita el recurrente, y con las cuales estima que, unidas a las demás del proceso, demuestran la perturbación mental de la testadora, que la hacía inhábil para testar; y la apreciación errónea de las pruebas de las cuales dedujo el Tribunal el estado de sanidad mental de la testadora.

Antes de entrar en el estudio de la demanda, la Corte asienta las siguientes bases: la habilidad legal para ejecutar o producir un acto jurídico es la regla general, y la inhabilidad la excepción. El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existan los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, las solemnidades se hayan llenado como lo determina la ley.

La presunción de la validez y eficacia del acto jurídico ampara y favorece a quienes en él han intervenido como partes, cuando se trata de un acto bilateral, o a quien lo ha realizado cuando es unilateral. Quiere esto decir que para anular o desvirtuar un acto de esa naturaleza, es preciso que quien lo impugna destruya esa presunción, lo cual no puede verificarse sino aduciendo la prueba plena del caso, que demuestre o los vicios internos del acto o la falta de las solemnidades o formalidades requeridas.

En tratándose del estado mental de las personas, primer requisito de la capacidad, se sigue como es obvio, la regla general que acaba de citarse, de donde resulta, que esa presunción de sanidad de espíritu no puede destruírse sino mediante la demostración adecuada al caso.

Son absolutamente incapaces, entre otros, los dementes (artículo 1504 del Código Civil). Esta norma la reproduce el artículo 1061 ibídem, en su numeral 2º, y para asegurar aún más la libertad y voluntad del testador, en el numeral 3º de la citada norma se restringe la inhabilidad para testar, no ya al demente sino al que por ebriedad u otra causa no estuviere en su sano juicio en el momento de otorgar su testamento. Esta regla no es otra cosa, sino la aplicación, a un caso especial, al testamento, del principio que contiene el artículo 553, cuando establece que los actos y contratos ejecutados sin previa interdicción son válidos, a menos que se probare que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente.

La jurisprudencia y la doctrina han concluído que la locución adverbial *entonces,* no puede aplicarse estrictamente al momento mismo en que se celebró el acto o contrato sino que el estado anterior y posterior, a la celebración del acto, de quien lo ejecutó, son factores decisivos para deducir su estado mental en el momento de celebrar el acto. Interesantes estudios de psiquiatría concluyen que en ciertas enfermedades, como en la demencia senil, no existen intervalos lúcidos, por su calidad de progresiva, y que demostrado que un individuo padece esa enfermedad en un tiempo dado, posteriormente a ese tiempo la sigue sufriendo, si no más agravada, por lo menos en el mismo estado de antes.

Esos estudios han refluído sobre la jurisprudencia, de modo que el juzgador no puede desatender la comprobación de ciertos factores procesales derivados del examen de una persona o de sus antecedentes y actos posteriores, a un acto ejecutado por ella, e impugnado de nulo por falta de capacidad.

Pero la conclusión sobre el estado mental de una persona, es un asunto técnico que el juzgador no puede resolver ni decidir por sí, y por eso el dictamen de los expertos es esencial en esos casos. Ese dictamen puede tener el carácter de plena prueba, en el caso del artículo 722 del Código Judicial.

Las declaraciones de testigos y las demás pruebas que dan base para un experticio sobre sanidad mental pueden ser avaluadas y estimadas por el juzgador, pero el experticio en sí mismo considerado, puede ser aceptado o rechazado, mas no modificado ni variado por el Juez, porque entonces asumiría el carácter de experto, en una ciencia o arte que desconoce.

En varios fallos ha sido fijado el alcance e interpretación del artículo 553 del Código Civil en lo relativo al vocablo *entonces* que emplea esa norma. Por haberse hecho un estudio detenido y sólido no sólo sobre ese punto sino sobre otro muy similar al que se contempla en este pleito, la Corte estima conveniente reproducir algunos de los apartes de su sentencia de fecha 1º de diciembre de 1938 (*Gaceta Judicial,* tomo XLVII, número 1943, páginas 456 y siguientes): "El momento en que jurídicamente interesa y es necesario establecer la existencia de la enfermedad mental, cobijada por la denominación sin técnica psiquiátrica de demencia que emplea el Código, es el de la celebración del contrato, porque es ahí donde se presta el consentimiento en la forma plena y eficaz que requiere la ley, con conciencia de la naturaleza del acto y de la extensión de sus efectos y obligaciones, sin ninguna confusión de espíritu que merme la potencialidad mental y volitiva en la medida que garantiza el adecuado ejercicio de las actividades civiles. Pero esta necesidad de concomitancia de la perturbación psíquica con la celebración del contrato es cosa distinta de su posibilidad probatoria que no debe entenderse reducida por ella al extremo de considerar indispensable la demostración del estado mental de incapacidad en el preciso instante de contratar, mediante la producción de una prueba directa —testigos o peritos— que hayan presenciado el contrato y afirmen el estado de incapacidad en ese momento..... En el artículo 553 citado se usa la palabra *entonces* para expresar la época o tiempo a que debe referirse la prueba de la alteración mental patológica que determina la incapacidad. *Entonces,* gramaticalmente, significa en aquel tiempo u ocasión; no se limita la comprensión temporal de este adverbio a un tiempo preciso".

Como base para apreciar el dictamen pericial en casos semejantes al que hoy se falla, es decir, cuando se ataca la nulidad del acto por incapacidad mental de quien lo ejecutó, dijo la Corte en la sentencia que acaba de citarse: "Nada interesa el experticio en cuanto a la denominación técnicamente acertada de la anormalidad mental; el perito en estas cuestiones de la psiquiatría forense, al dar al Juez el testimonio de sus convicciones razonadas de hombre de ciencia no ofrece la prueba de una verdad científica sino de un hecho científico, esto es, con sus luces no busca la justicia establecer una verdad ideal sino una verdad de hecho, al frente de una realidad concreta que jurídicamente no importa sino para deducir la existencia del consentimiento legalmente sano, que procede de una mente lúcida y de una voluntad normal, capaces de obrar con razón y libertad".

Como corolario de lo anterior y aplicado al campo probatorio concluyó así la Corte: "Al Juez sólo le es legalmente permitido una crítica jurídica del dictamen pericial sobre la prueba de los hechos básicos, pero en ningún caso le es dado discutir las consecuencias científicas que saquen los peritos de esos hechos..... No son generalmente las luces propias de la jurisprudencia bastantes para guiar el criterio del Juez por los dilatados dominios de la psiquiatría, en los que a pesar de su densa población de sabios domina casi completamente el misterio. El tema que se plantea, pues, en estas condiciones, no puede ser sobre problemas de psicopatología sino sobre un punto preciso de derecho probatorio. Resultan por lo tanto improcedentes como ataques en casación a la estimación probatoria las extensas y sagaces exposiciones hechas por los recurrentes con el propósito de destruír la prueba pericial con fundamento en la falta de exactitud científica de la psiquiatría". Si estas alegaciones, en instancia, son expuestas a crear un ambiente de confusión que dificulta la demostración de la verdad judicial, "con mayor relieve en casación," como lo dijo la Corte en la sentencia citada, adonde no llega sino la mera teoría, porque en las instancias sí es posible hacer la crítica del experticio con el control que ofrece la vinculación directa y el examen médico del sujeto".

Asentada, pues, la doctrina y la jurisprudencia sobre el extremo de la incapacidad mental y la prueba de ésta, en relación con los artículos 553 y 1061, numeral 3º del Código Civil, entra la Corte a estudiar los cargos en casación.

Estudio de los cargos.

Como ya se expresó, son dos los cargos, basados ambos en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

Es el primero, por haber dejado el Tribunal de apreciar ciertos elementos que el recurrente juzga como indicativos de la falta de capacidad mental de la testadora; es el segundo, por haber el Tribunal estimado ciertos factores, como prueba indiciaria de la salud mental de la señorita Barrientos.

Se trata, pues, en el primer caso, de infracción de la ley por no haberla aplicado, y en el segundo, de mala aplicación, por haberla hecho incidir indebidamente.

Los artículos acusados como infringidos por no haber sido aplicados o por haberlos aplicado indebidamente al caso del pleito, son los mismos, que el recurrente señala así: 1061, numeral 3º, 1504, 1769 y 553 del Código Civil; 604, 702, 723, 721 y 722 del Código Judicial y 21 de la Ley 45 de 1936.

Primer cargo—"Incurrió, dice el recurrente, el sentenciador en error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas decisivas de la controversia".

Las razones en que funda este cargo son las de que dejó de apreciar ciertas pruebas que el recurrente señala con las letras A) a J).

La Corte considera:

El Tribunal estudió todos los factores probatorios que adujo en su favor la parte actora, a algunos de los cuales, seguramente los que juzgó importantes, como indicios, se refirió de una manera especial. Con otros no hizo lo mismo, aunque de una manera global los estimó, probablemente porque encontró que por sí no tienen eficacia probatoria, ni aún coordinados con aquellos a que se refirió expresamente. El recurrente ve en esto una mala apreciación de la prueba indicial, por la no estimación de todos los indicios, y aunque no puede llegarse a esta conclusión, la Corte pasa a referirse a ellos:

Dice el recurrente que el fallador dejó de apreciar la escritura 1135 bis, de 12 de julio de 1937, otorgada ante el Notario de Medellín, en la cual aparece que la testadora vendió a la señorita Ana Almanzán, por la suma de $ 1.000, fincas raíces y acciones de valor superior a $ 25.000. Y que en tal escritura consta "que con evidente enajenación mental da en arrendamiento al señor Edmundo Gartner su magnífica casa de la calle de 'Ayacucho', de la ciudad de Medellín, por el término de cincuenta años a razón de $ 40 mensuales".

El contrato a que se refiere la escritura anterior fue resuelto de común acuerdo entre las partes, y 13 días después de suscrito, o sea el 25 de junio de 1937 (fojas 52 a 54 del cuaderno número 2) se celebró un nuevo pacto entre la señorita Barrientos y el señor Gartner en el sentido de reducir el arrendamiento a cinco años.

Si se considera que el contrato contenido en la escritura 1135 bis, fue un mal negocio para la señorita Barrientos o que procedió sin la debida meditación y discernimiento, los dos actos posteriores a ella, demuestran reflexión e indican que la vendedora rectificó el error que había cometido. Por otra parte, el llevar a cabo un mal negocio, no indica enajenación mental.

Se deduce de lo anterior que aun concedido que la escritura precitada no hubiera sido tenida en cuenta por el fallador, esto en nada habría influido sobre la solución del asunto.

La señorita Barrientos solicitó se tomaran las medidas preventivas para poner en seguridad los papeles y documentos de su madre doña Isabel Velásquez de Barrientos.

El recurrente estima que esta actuación de la señorita es un acto de locura. No comparte la

Sala esta apreciación. Dicha señorita ejercitó la acción pertinente para el fin que se proponía, y el móvil determinante palpita en los autos: las diferencias, discusiones y hasta enemistad de la señorita Barrientos con su familia no tienen otra causa sino la de los meros intereses patrimoniales, intereses que cuando surgen en la familia, distancian a los miembros de ella y los vuelven hasta irreconciliables enemigos. Eso explica la acritud de las cartas dirigidas por la testadora a sus familiares; en ese pie de desafecto, por decir lo menos, y de desconfianza, era lógico y se justifica la actuación de la señorita Barrientos al pedir las medidas de seguridad impetradas.

El recurrente sostiene que el Tribunal no tuvo en cuenta varias cartas que figuran en el expediente, escritas de puño y letra de doña Manuela; ni tampoco los respetabilísimos testimonios y la confesión de la propia demandada que prueban las alucinaciones demenciales de la testadora.

Para replicar este cargo se transcribe lo siguiente de la sentencia acusada: "Cartas insultantes, actitudes de rebeldía contra personas de su familia, acciones judiciales desmedidas, pasiones, volubilidad, egoismo, podrían significar mala formación moral, malos consejos, torpeza, etc."

Como se ve, el Tribunal sí se refirió a los factores a que alude el recurrente, los apreció, pero no dedujo de ellos que la testadora estuviera demente.

La señorita Barrientos murió ahogada al tomar un baño. No hay en autos prueba que induzca a creer que ese lamentable fin fue un suicidio. El recurrente sostiene que hay circunstancias anormales y profundamente sospechosas que rodean el fin de dicha señorita. Pero de la declaración de la señora Valencia, que presenció el accidente, no puede sacarse esa conclusión. Además, el Tribunal consideró ese extremo y no lo encontró comprobado, de manera que al respecto no existe la omisión, en la estimación probatoria que condiciona todo el primer cargo que se está estudiando. Lo mismo puede decirse de la influencia y dominio que sobre la señorita Barrientos ejercía la señora Almanzán, según se afirma en la demanda y en todo el proceso. Esa cuestión fue estudiada por el Tribunal, de modo que no hubo omisión al respecto, como no la hubo tampoco en cuanto a ciertas actuaciones, cierta conducta de la testadora.

El recurrente sostiene que el propio documento testamentario es indicativo de la desviación de los más caros sentimientos que embargan el alma del cristiano, por cuanto la testadora prescindió de invocar el nombre de Dios y de ratificar la fe en que ha vivido.

Esta omisión no puede considerarse como indicio de ninguna anormalidad en la testadora, y tiene su explicación si se considera que ella dio instrucciones sobre la disposición de sus bienes, a un conocido abogado de Medellín, quien elaboró el testamento y ella lo suscribió al hallarlo redactado de acuerdo con su voluntad. Más bien pudo ser del abogado esa omisión u olvido, que no tiene operancia jurídica.

Suponiendo comprobado plenamente, que no lo está, que la señorita Almanzán hubiera determinado a la señorita Barrientos a abandonar la casa de su familia, con eso no se demuestra, ni en principio, ni demencia en la testadora, ni tampoco la influencia decisiva de la primera sobre la segunda. Muy explicable fue ese abandono si se tiene en cuenta la tirantez de relaciones entre la testadora y su familia.

En cuanto que el Tribunal hubiera dado prevalencia al dictamen de cuatro médicos y no al del doctor Lázaro Uribe Calad, eso significa que el fallador sí tuvo en cuenta la prueba emanada de los dictámenes de los expertos médicos y que no hubo falta de apreciación, por no haberse estudiado, la prueba que puede emanar del dictamen del expresado doctor Uribe Calad. Más bien este cargo debe estudiarse por el segundo aspecto de la cuestión que plantea el recurrente, el de mala apreciación de la prueba, lo cual se hará al estudiar el segundo capítulo de la acusación.

Del prolijo estudio que acaba de hacer la Corte, se concluye: que todas las pruebas fueron, aunque globalmente, tenidas en cuenta por el fallador; que a algunas de ellas, a la mayoría, se refirió concretamente y que otras, no constituyen ni siquiera débil indicio sobre la demencia de la testadora o sobre la violencia o la influencia decisiva, de que se valió, según se afirma, la beneficiaria para obtener un testamento a su favor.

Ni los hechos que califica de indicios el recurrente, y que acaban de examinarse, coordinados entre sí y relacionados con los demás, constituyen la convicción o forman la plena prueba sobre la demencia de la señorita Barrientos, o la influencia determinante de la señorita Almanzán para obligarla a otorgar testamento a su favor.

El cargo contenido, pues, en el primer capítulo no puede prosperar.

Segundo cargo—El segundo cargo, fundado en la misma causal alegada en el primero y sustentado en los artículos que ya se citaron, es el siguiente: "Incidió igualmente el sentenciador en error de hecho y de derecho manifiesto en la apreciación de los llamados contraindicios en que se apoya, porque ellos están no sólo des-

truidos por la fuerza de las pruebas de la demanda, sino que ellos mismos carecen de valor intrínseco".

La Corte considera: Como ya se expresó al principio, la presunción de capacidad ampara el acto jurídico exteriorizado en el testamento de la señorita Barrientos. El Tribunal, en virtud del estudio completo del problema, estimó que la prueba indicial sobre la capacidad mental y libertad de la testadora, es plena, de donde negó las peticiones de la demanda relacionadas con ese extremo.

La señorita Barrientos expresa en su testamento el móvil determinante de su disposición testamentaria y dice así: "*Tercero*. Aunque sobra decirlo, me mueven a estas disposiciones testamentarias el afecto que tengo para con la asignataria, por causa de las bondades que ha tenido para conmigo". Lo anterior es muy explicable a la luz de los autos, porque como ya se ha expresado, las relaciones entre la señorita Barrientos y sus parientes, estaban no sólo quebradas sino que habían entrado en un período de máxima acritud por asuntos de intereses patrimoniales. Siendo esto así, no se ve la razón por qué debía escoger como sus herederos testamentarios precisamente a sus parientes, con los cuales mediaban las circunstancias anotadas.

La señorita Barrientos firmó el pliego donde estaba escrito su testamento, que fue redactado por un conocido abogado de Medellín, el 7 de julio de 1938. Ese mismo día el médico doctor Eduardo Vasco expidió el siguiente certificado al cual adhirió el facultativo doctor Luis Martínez E.: "El suscrito médico, después de haber examinado detenida y cuidadosamente a la señorita Manuela Barrientos Velásquez, en tres días distintos y por diversos métodos, certifica: que la señorita Manuela Barrientos Velásquez está en perfecto uso de sus facultades intelectuales, y que su inteligencia y razón le permiten darse cuenta completa de sus deberes y responsabilidades sociales; por lo tanto, la considera suficientemente capacitada para regular su conducta y administrar sus bienes".

Esta certificación, refrendada en el término probatorio, no la estimó el fallador como una verdadera prueba pericial, pero no por eso la dejó de estimar como factor de grande importancia en pro de la sanidad mental de la señorita Barrientos. Tomó esa prueba como indicio y agregó: "Otro contraindicio muy persuasivo, es el dictamen de peritos aducidos en esta instancia. Los doctores Juan Saldarriaga y Juan de J. Peláez concluyen sentando como más racional, más acorde con las circunstancias, la sanidad mental de la señorita Barrientos".

Tuvo en cuenta también la pugnacidad de las relaciones familiares entre la señorita Barrientos y sus presuntos herederos, para concluir que ella era causa determinante para no favorecerlos después de su muerte y dijo así: "Si, pues, los odios familiares pueden tener explicaciones en fenómenos psicológicos de frecuente ocurrencia, en simples detalles de organización y vivencia espiritual y psicológica, cómo no explicar los odios de la señorita Barrientos cuando había de por medio intereses en pugna".

No estando demostrado que la señorita Barrientos padeciera de demencia senil ni tampoco que en el acto del testamento no estuviera en su sano juicio, y teniendo en cuenta los artículos 553 y 1061 del Código Civil, concluyó negando la petición fundamental de nulidad del testamento.

Negada la fuerza probatoria de los indicios aducidos como pruebas de la demencia, o incapacidad mental de la testadora y de la falta de consentimiento de ésta en su acto testamentario, tanto por las circunstancias dichas como por la fuerza que se imputa a la beneficiaria por la parte actora, el Tribunal encontró que la prueba inicial, ya mencionada, aducida por la parte demandada demostraba la capacidad y libertad de consentimiento de la señorita Barrientos. Además observa la Corte, que llegando a la ineficacia probatoria en virtud de los indicios señalados por la parte actora, a quien correspondía la carga de la prueba, quedaba en pie legal y jurídicamente la capacidad de dicha señorita, en virtud de la presunción de que se ha hecho mérito. De modo que consideradas así las cosas, estrictamente no había necesidad de considerar los indicios que adujo la parte demandada.

Se ataca la sentencia, como se ha dicho, por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba indicial que favorece a la demandada.

Para estudiar este cargo son necesarias las siguientes previas consideraciones de carácter doctrinario:

La tesis de la soberanía absoluta de los Tribunales en la estimación de los indicios, fundada en que la Corte, en casación, no es *Juez ad quem*, ha sido revaluada, por cuanto este principio rígido podía muchas veces impedir la rectificación de errores en que hubieran incidido los Tribunales y que se vieran manifiestos en los autos.

En virtud de esa revaluación se conserva el principio de la soberanía del Juez en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios; pero siempre que en la deducción judicial no se haya incurrido en ciertos errores, como falta de apreciación de una

prueba determinante o eficiente, o de una apreciación ostensiblemente equivocada, o de una inferencia claramente ilógica. Es el respeto a la fuerza ponderativa del criterio del fallador en la apreciación de los indicios, como lo dijo la Corte, lo que da base a la soberanía de éste, en las condiciones ya expresadas.

En sentencia de 26 de octubre de 1939 (*Gaceta Judicial*, número 1950, páginas 741/42), dijo la Corte: "Cuando se trata de avaluar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 662 del Código Judicial, que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar..... La apreciación de los indicios, de su mayor o menor gravedad y de sus relaciones entre sí, es una operación de la inteligencia y de la conciencia del Juez, que no está ni puede estar sujeta a reglas determinadas; y un error de apreciación no puede elevarse a la categoría de voluntaria y maliciosa violación de las leyes sobre pruebas. Se deduce de lo expuesto que no es procedente el recurso de casación por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria, sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso".

Existen numerosos fallos que asientan la anterior doctrina, entre otros los de 18 de julio de 1941 (*Gaceta Judicial*, tomo LI, número 1975, página 807) y el de 6 de noviembre pasado, aún no publicado, que por su pertinencia se transcribe en lo siguiente: "Además, y así se llega la oportunidad de exponer, como atrás se anunció, lo tocante a la apreciación de la prueba de indicios en el recurso de casación, se tiene que a la Corte no es dado variar la que los Tribunales Superiores hayan hecho en el fallo de segunda instancia, porque la ley defiere a la convicción del sentenciador, dejando por lo mismo a su inteligencia y conciencia un campo que la Corte no puede invadir, salvo en los casos de excepción, como son el que se afirme estar probado un hecho, sin estarlo, y de ahí se deduzca cierta conjetura, o el de que, estando probado un hecho se deja de deducir cierta obligada consecuencia, cual si no lo estuviese, o el de que de tal o cual indicio o conjunto de indicios se deducen consecuencias que lógicamente no cabe deducir entre éstas y aquéllas el obligado vínculo de causalidad".

Esta doctrina acaba de ser confirmada en sentencia de 14 de los corrientes en el juicio de Fernando Durán contra Félix María Reina.

Cree la Corte oportuno observar que la acusación por error de derecho en la apreciación o falta de apreciación de un indicio, cuando no es necesario, no es operante en el recurso, por lo mismo que no formando cada indicio por sí sólo plena prueba, su estimación y valoración, cae exclusivamente dentro de la órbita del error de hecho, cuando esa estimación y valoración, son acusadas en casación.

En la testadora señorita Barrientos se practicó por dos expertos la *inspectio corporis et mentis* el día en que firmó el pliego en que escribió su testamento, y de esa inspección y examen concluyeron tales expertos la sanidad mental de la testadora. En el curso del juicio otros dos expertos llegaron a la misma conclusión, ya no por la *inspectio*, porque habiendo muerto aquélla, era imposible, sino en virtud de ciertos datos y factores, acreditados en autos y que tuvieron en cuenta.

Al considerar el Tribunal los anteriores factores como indicios de la sanidad mental de la testadora, si por una parte no contradijo ninguna evidencia de los autos, por la otra tenía como fallador facultad para valorarlos según su criterio. Ni interpretó mal esos factores indicativos, ni menos sacó una conclusión contra ellos. Es cierto que no se inclinó hacia el dictamen del facultativo Uribe Calad, pero en esto no se halla un error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba que pudiera deducirse de ese dictamen, por cuanto en virtud de la libertad de apreciación y valoración probatoria que tiene el Tribunal, bien podía, dando las razones, como las dio, inclinarse a los dictámenes de la mayoría de los expertos.

El Tribunal vio en fuerza de la acritud de las relaciones familiares entre la testadora y los suyos, un móvil determinante de aquélla, para no beneficiarlos con sus bienes y sí beneficiar a quien mucho estimaba. El estado de esas relaciones surge de los autos, el hecho indicador, es palmario; luego muy bien pudo inferir el Tribunal, que una voluntad sana, la de la testadora, fue la determinante de su testamento en favor de la demandada, y deducir también de ello que la violencia, o fuerza o sugestión que se imputa a la beneficiaria no determinaron el acto testamentario.

No puede decirse que los artículos 721 y 722 del Código Judicial hubieran sido infringidos porque el Tribunal no consideró los dictámenes,

como tales, sino como indicios; de modo que siendo así las cosas, no podía estimarlos a la luz de los artículos que acaban de citarse y en cuanto al dictamen del perito Uribe Calad, ya se vió que lo desestimó por no hallarlo fundado y en esa conclusión no existe manifiesto error de hecho. Además, siendo un dictamen unitario, no puede tener la eficacia a que se refiere el artículo 722 mencionado. No ve tampoco infracción la Corte de los artículos 662, 664 y 665 ibidem, por las razones que ya se expresaron al señalar cuál es la esfera de acción en que se mueve el Juez al apreciar la prueba de indicios y se expresó también, en qué casos y con qué condiciones, esa apreciación cae dentro de la órbita de la casación. En el caso de autos tal apreciación no adolece de error manifiesto de hecho, por todo lo ya dicho, y no puede sostenerse que haya habido al respecto error de derecho, porque el Tribunal o no apreció o apreció indebidamente un indicio necesario.

Finalmente, no pudo haber infracción del artículo 21 de la Ley 45 de 1936, porque desde luégo que el fallador concluyó por la validez del testamento, la sucesión de la señorita Barrientos se rige por ese acto, de donde resulta que las normas de la sucesión intestada no son aplicables a este caso, valiendo la pena observar que el grupo que formá la parte demandante, no es de legitimarios.

En resumen, la decisión del Tribunal de Medellín no infringe los artículos 553 y 1061, numeral 3º del Código Civil, como tampoco es violadora de las demás disposiciones legales que cita el recurrente.

El segundo y último cargo debe por lo tanto seguir la suerte del primero.

La Sala se ha extendido en el estudio de este asunto, tanto por su importancia doctrinaria, como por requerirlo así la demanda de casación y la oposición a ésta, que son piezas que se ajustan a la difícil técnica de la casación.

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

Las costas del recurso son del recurrente.

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

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

Abuso del derecho

(Como la Corte transcribe, por fundamentos de su fallo en cuanto a la cuestión jurídica, los razonamientos y doctrina del fallo anterior a que alude, a esa doctrina, ampliamente extractada al principio de él, nos referimos).—LA DIRECCION.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, marzo quince de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes:

El doctor Diógenes Baca Gómez aduce como hechos de su demanda los siguientes, que el Tribunal enumera por considerarlos principales:

"6º El cuatro de agosto de mil novecientos treinta y siete entré a ejercer el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, cargo que desempeñé hasta el mes de enero de mil novecientos treinta y ocho".

"7º Entre los muchos negocios que me tocó resolver en ese empleo, figuró un juicio especial hipotecario que el señor Elías Muvdi tenía intentado, en contra del señor Juan Martínez Martelo".

"8º La Resolución definitiva que yo dicté en ese negocio fue proferida después de que la Sala Dual del Tribunal, competente para ello, decidió en auto de fondo que no era fundada la recusación que el referido señor Juan Martínez Martelo propuso contra mí, como tal Magistrado del Tribunal, para que conociera del negocio judicial a que se contrae el punto anterior".

"9º El fallo en que la Sala Dual del honorable Tribunal Superior decidió que la referida recusación no era fundada, expresa que esa Superioridad llegaba a tal conclusión por haberse demostrado con amplitud en el incidente de recusación que yo nunca fuí ni patrono, ni abogado del señor Muvdi, en el mentado negocio que me tocó fallar en el fondo en auto interlocutorio, y en el cual se debatió un asunto, de paridad intrínseca de la moneda colombiana, en relación con la moneda americana".

"10. Igualmente quedó establecido en ese incidente de recusación que el fallo proferido por mí en ese juicio especial hipotecario intentado por el señor Elías Muvdi en contra del señor Juan Martínez Martelo, lo fue mucho después de que yo le cancelara a Muvdi una deuda hipotecaria que tenía pendiente con él, siendo así que esa cancelación se hizo el día diez y ocho de agosto de mil novecientos treinta y siete, y el indicado, auto de donde fue dictado por mí el veintinueve de noviembre del mismo año".

"11. No obstante haberse resuelto la justicia, en decisión ejecutoriada, que yo, como Magistrado del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, no tenía ningún impedimento para actuar y decidir, como actué y decidí en el susodicho juicio especial hipotecario del señor Elías Muvdi contra Juan Martínez Martelo, este señor, pasando por sobre lo dispuesto solemnemente por la justicia, intentó juicio criminal contra mí el día veintidós de noviembre de mil novecientos treinta y siete, mucho después de que la Sala Dual del Tribunal decidiera en su contra el incidente de recusación, que, como dejo dicho, formuló contra mí, pues el fallo en que tal incidente se decidió lleva fecha quince de octubre de mil novecientos treinta y siete".

"18. Una vez que el delito de prevaricato por parte de un funcionario judicial, requiere dolo determinado de dañar los intereses de una parte, con evidente perjuicio de la otra, al denunciarme el señor Martínez Martelo en este caso por el hecho que comprende el punto anterior, obró con imprudencia y negligencia evidente, pues la simple razón natural indica que quien propende porque se acabe un litigio, sea o nó funcionario judicial, no sólo no daña derechos de persona alguna sino que promueve la armonía y calma de la sociedad que está interesada en que haya el menor número posible de litigios en su seno".

"19. Y por lo mismo que el señor Martínez Martelo me denunció criminalmente, a pesar de lo expuesto en el punto anterior, al dar ese paso abusó él de su derecho y me ocasionó perjuicios que debe indemnizarme debidamente".

"20. Después que el señor Juan Martínez Martelo dio contra mí el denuncio criminal de que trata el punto anterior, obró en el asunto con

manifiesta temeridad, pues precisamente, como lo expresó la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal, en el auto de sobreseimiento definitivo que posteriormente indicaré, se constituyó el demandante en parte acusadora en ese asunto, siendo así que con insistencia solicitó del Tribunal que se acogiera la investigación; que se remitiera el negocio a la Corte para que allí se adelantara; que se solicitara de la Notaría Segunda de este Circuito escrituras públicas que hacían notorio el delito por el cual me denunció; que se sacaran copias de poderes que el señor Muvdi me confirió en varios juicios; que se llevaran a los autos Acuerdos del Tribunal que demostraban igualmente mi dañada intención en el asunto de que se trata, y se quejó ante el Procurador General de la Nación en el sentido que los Magistrados de la Corte no querían fallar el negocio".

"21. La honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal, en fallo que lleva fecha veintiocho de octubre de este año, sobreseyó definitivamente en mi favor, en relación con los dos delitos de prevaricato que me imputó el señor Juan Martínez Martelo en su denuncio".

"22. Habida cuenta de la sólida reputación que he tenido siempre en esta sociedad como empleado oficial, como profesional en la abogacía, según quedó puntualizado en los hechos 2, 3, 4, 5 y 6 de esta demanda; consideradas mi posición social, mi calidad de ciudadano titulado por la República; mi capacidad pecuniaria, que es holgada y que, por lo mismo, me pone permanentemente en relación con los bancos e industriales de la ciudad; por mi posición en la política del país; por la gravedad de la imputación hecha a mí por el señor Martínez Martelo; y por los infundados motivos que éste tuvo, según lo declaró la justicia, para formular contra mí el denuncio de que he hablado, el hecho de ese denuncio del señor Martínez Martelo, que él reiteró insistentemente en la investigación, proporcionó en mi espíritu un intenso daño moral, un intenso sufrimiento que hube de experimentar en presencia de la conducta del señor Martínez Martelo: sufrimiento que me causó una enorme depresión anímica y una gran intranquilidad en la conciencia".

El proceso.

El doctor Diógenes Baca Gómez, estimándose lesionado por el denuncio criminal presentado contra él por Juan Martínez Martelo formuló demanda ordinaria por perjuicios, para que con audiencia de dicho demandado se hicieran estas declaraciones:

"Que el señor Juan Martínez Martelo al denunciar al demandante por dos gravísimos delitos de prevaricato le infirió intensos daños morales y materiales que está en la obligación de indemnizarle;

"Que Martínez Martelo, tres días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin al juicio, debe pagarle la cantidad de treinta mil pesos moneda legal, suma en la que estima los perjuicios morales y materiales que el demandado le ocasionó con su denuncio;

"Que el demandado sea condenado a pagarle las costas del juicio".

Para justificar su actitud en la presentación del denuncio apóyase Martínez Martelo en el artículo 1614 del abolido Código de Procedimiento Penal.

Desató la litis en el primer grado del juicio el Juez Primero Civil del Circuito de Barranquilla, quien en sentencia de 12 de septiembre de 1941 absolvió al demandado de los cargos formulados, fundándose en la circunstancia de que éste se había limitado a cumplir el deber cívico de denunciar a las autoridades la posible comisión de hechos delictuosos de que tenía noticias, sin obligarse a probar la veracidad de su relato.

La sentencia acusada.

En sentencia fechada el 16 de septiembre de 1942 decidió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla la segunda instancia de este proceso, por virtud de apelación que interpuso oportunamente el actor. En dicha providencia se confirmó la decisión absolutoria de primer grado, con el voto disidente de un Magistrado. Sirven de fundamento al Tribunal para dicha absolución los mismos argumentos aducidos por el Juez de instancia y concluye que en estos autos no puede tratarse de abuso del derecho por parte de Martínez Martelo, porque de acuerdo con el artículo 1614 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente dicho señor, al presentar denuncio criminal contra el doctor Baca Gómez, no realizaba el ejercicio de un derecho sino el cumplimiento de un deber. De tal manera que, si lo que el demandado hacía al formular su denuncio criminal era cumplir la ordenación de la ley, mal puede hablarse de ejercicio abusivo del derecho de denunciar.

Para fundamentar su tesis transcribe el Tribunal, a espacio, las sentencias de casación de 30 de noviembre de 1935 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIII, página 332), y de 24 de agosto de 1938 (*Gaceta Judicial*, tomo XLII, página 56), que tratan del ejercicio de la acción civil para la reparación del daño que una persona cause a otra por razón de un denuncio en que se le sindica como responsable de un delito, cuando ésta es absuelta por el Juez de lo criminal u obtiene en su favor un sobreseimiento definitivo. Con-

cluye el Tribunal que el denunciante no está obligado sino a decir la verdad, y la absolución que recaiga sobre el sindicado puede producirse sin que el denunciante haya faltado a la verdad.

El recurso.

Se alza en casación el doctor Baca Gómez, e invocando el motivo 1º del artículo 520 del Código Judicial, acusa la sentencia del Tribunal por quebranto directo de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil e interpretación errónea del 1614 del abolido Código de Procedimiento Penal, vigente en la época en que se presentó el denuncio criminal.

Sostiene el recurrente que el Tribunal se negó a aplicar dichas normas legales, por estimar que de parte de Martínez Martelo no había mediado delito, culpa, malicia o negligencia en el denuncio por prevaricato contra Baca Gómez, considerando que había obrado no sólo en ejercicio de un perfecto derecho, sino en cumplimiento de un deber ineludible. Agrega que basta leer los términos del denuncio criminal presentado por Martínez Martelo y los fundamentos del auto de sobreseimiento dictado por la Corte en el sumario adelantado contra el demandante para que quedara evidenciado que el denunciante procedió temerariamente, sin ningún provecho en su favor, y sobre todo, cuando ya conocía que no existía en el doctor Baca Gómez el impedimento para fallar en el negocio entre Muvdi y Martínez Martelo, a que se refiere uno de los cargos imputados; y debió además conocer que el doctor Baca no estaba ejerciendo funciones de abogado con la intervención momentánea y verbal a que se refiere el otro cargo que queda estudiado.

Como la acusación anterior debe prosperar y producir la infirmación del fallo que se revisa, se prescinde de los demás que el recurrente formula, al tenor de lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial.

Considera la Sala de Casación:

A) *Cuestión de derecho.*

Es indudable que para el ejercicio de la acción civil de reparación del daño causado por razón de un denuncio criminal, cuando el sindicado es absuelto o se sobresee definitivamente a su favor, ha expuesto ya esta Sala una doctrina teórica y de carácter general en las sentencias mencionadas, jurisprudencia que lejos de pretenderse rectificar obtendrá su plena confirmación en esta providencia.

Pero como para un caso similar al que ahora se dilucida acaba de dictar la Corte su fallo de casación de 7 del mes en curso, que por esa circunstancia no aparece todavía publicada en la *Gaceta Judicial*, para fundamentar la decisión que va a adoptarse es suficiente en la cuestión de derecho transcribir los apartes de dicho fallo, que a la letra dice:

"La teoría del abuso del derecho o, más ceñidamente, la posibilidad de que su uso por excesivo o desviado justifique demanda de indemnización de los perjuicios consiguientes a ese exceso o desvío, está admitida y sostenida por esta Sala uniformemente en repetidas sentencias, al punto de constituir doctrina jurisprudencial. Entre otras, limitando la cita a las ya publicadas en la *Gaceta Judicial* y anotadas en los índices respectivos, son de traerse a cuento las siguientes: la de 19 de agosto de 1935 (*Gaceta Judicial*, tomo XLII, páginas 455 y siguientes), la de 30 de octubre de ese año (tomo XLIII, páginas 310 y siguientes), la de 21 de febrero de 1938 (tomo XLVI, páginas 56 y siguientes), la de 24 de agosto del mismo año (tomo XLVII, páginas 54 y siguientes), la de 24 de marzo de 1939 (tomo XLVII, páginas 703 y siguientes), la de 5 de octubre de ese año (tomo XLVIII, páginas 712 y siguientes), la de 4 de abril de 1940 (tomo XLIX, páginas 209 y siguientes), la de 19 de mayo de 1941 (tomo LI, páginas 286 y siguientes), la de 25 de marzo de 1942 (tomo LIII, páginas 275 y siguientes), la de 23 de octubre de 1942 (tomo LIV bis, páginas 203 y siguientes)".

"Algunas de estas sentencias han fundamentado detenidamente la teoría del abuso del derecho; todas ellas la han sostenido con la uniformidad antedicha. Innecesario, pues, repetir aquí los razonamientos a que acaba de aludirse. Además, en la presente controversia aquélla no se ha negado, simplemente se ha discutido sobre si se ha producido o nó ese abuso; de modo que, habiendo el Tribunal llegado al concepto de que no se produjo, el recurrente sostiene que sí y a esto encamina lo cardinal de su esfuerzo".

"La referida sentencia de 19 de mayo de 1941 cita la que esta Sala pronunció en 1899, en que, sin nombrar aún la figura abuso del derecho, la presintió para nuestra jurisprudencia e indicó su ajustamiento a nuestro sistema legal, declarando desde entonces que 'el derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales y teniendo en cuenta que nadie puede tener una facultad emanada de la norma del derecho objetivo cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social'."

"Así se preludiaba lo que han expuesto uniforme y reiteradamente las sentencias de esta Sala relacionadas con esa tesis, a partir de 1935. Según ella, el derecho reconocido o conferido por las leyes al individuo, mira ante todo al bien so-

cial y al interés público; de suerte que al ejercitarlo el individuo en forma reñida con ese interés público, con ese bien social, ya por llevarlo en su ejercicio más allá de lo señalado por su propia seguridad y conveniencia, ya al desviarlo de su finalidad estricta y efectiva, no puede ampararse con la máxima *nemo laedit*, porque con ese exceso o desvío sí lesiona, sí perjudica, sí daña".

"De otro lado, como también uniformemente lo han declarado aquellas de las citadas sentencias en que lo tocante al abuso del derecho se ha motivado por denuncios criminales, a las cuales se mira aquí de preferencia por su analogía con el tema en estudio, la Sala se ha guardado de reputar comprobación de culpa del denunciante el mero hecho de que a favor del denunciado haya habido un sobreseimiento, entre otras razones por la decisiva de que, si se conceptuara que en éste hay esa prueba de culpa y aun de dañada intención, como algunos pretenden, se privaría a la sociedad del concurso de los asociados solicitado por la ley al punto de imponerlo como obligación cuando habla en esta calidad de la noticia que ha de dar cada cual a las autoridades de los delitos de que tenga conocimiento, so pena, en algunos casos, de hacerse sospechoso como cómplice o encubridor en faltando a ese deber. Si el denunciante quedara vinculado a la condena del imputado en forma que sin ella se le tuviese por incurso en culpa y, por ende, señalado como reo en futuro pleito de indemnización, nadie denunciaría delito alguno o muy pocos afrontarían esa contingencia, ya que ante las incertidumbres de un proceso, rara vez será posible vaticinar con seguridad su resultado".

"No pudiendo el solo sobreseimiento determinar el concepto de si la denuncia ha sido o nó dolosa o culposa, la decisión al respecto ha de buscarse en todos los hechos pertinentes, en las circunstancias y peculiaridades de cada caso, en lo que constituye la situación de las cosas, su estado ambiental por decirlo así, en la época en que la denuncia se formuló, a fin de establecer si para entonces hubo o nó un error de conducta en formularla. Si en todo proceso precisamente el sentenciador ha de analizar las probanzas, tal vez en ninguno como en los de culpa aquiliana es esa obligación más imperiosa".

"En fuerza de lo dicho hasta aquí, lo procedente en el recurso que se está decidiendo es indagar los antecedentes del denuncio y las circunstancias que lo rodearon para determinar si la conducta de la señora de Royo fue o nó culposa, es decir, si procedió como habría procedido una persona prudente y diligente. A ello se procede en seguida, no sin advertir que el artículo 2341 del Código Civil obliga a indemnización al que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, por donde se ve que no es necesaria la dañada intención para que aquella obligación se produzca, puesto que la culpa basta, en su caso, del propio modo que, conforme al artículo 2356 ibídem, no es necesaria la malicia, pues basta la negligencia, en su caso, para que se produzca el deber de reparar el daño imputable a quien ha incurrido en ella. Por su lado, el artículo 34 de la Ley 57 de 1887, establece en su inciso final: 'Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa'." (Hasta aquí el fallo transcrito).

* * *

B) *Cuestión de hecho.*

1. Consecuente esta Sala con su criterio ya expuesto de poner especial atención en el estudio de las circunstancias que rodearon la denuncia y la antecedieron, se pasa a transcribir la que presentó el demandado contra el doctor Baca Gómez, que a la letra dice:

"Señores Magistrados del Tribunal Superior. Juan Martínez Martelo, mayor y de este vecindario, por medio de este escrito, por conducto de ustedes formula denuncio criminal contra el doctor Diógenes Baca Gómez, para que se investigue si ha cometido algún delito, consistente en haber ejercido la abogacía estando desempeñando la Magistratura del Tribunal y según el Código Penal vigente a los Magistrados les está prohibido emplear sus influencias en los asuntos judiciales que se tramitan ante el Poder Judicial. La prueba de lo que dejo expuesto aparece establecida en las declaraciones adjuntas y el certificado o copia del Juzgado Primero en lo Civil de la ciudad; de esos papeles se desprende que Baca actuó como abogado de Elías M. Muvdi en el mencionado juzgado el día cinco de agosto pasado y el día cuatro de ese mes ya había tomado posesión del cargo de Magistrado y se valió de ese puesto para emplear sus influencias en servicio de un cliente suyo cuando ejercía la profesión libremente y eso es doloso y la ley penal lo sanciona, pues el legislador no quiere que haya litigantes privilegiados y que ninguno se encuentre en la situación de Juez y parte que es el caso de Baca Gómez, que pretende desempeñar la Magistratura y a la vez ser abogado del litigante que mayor cantidad de negocios tiene ante los Jueces de Barranquilla, y el Tribunal del cual hace parte y esa situación que tiene hoy ese Magistrado no debe continuar y debe aplicarse la sanción a quien se ha hecho acreedor y así lo espero de la justicia..... Barranquilla, noviembre 22 de 1937. (Fdo. Juan Martínez Martelo)".

2. El auto de sobreseimiento pronunciado por la Sala de Casación Criminal de esta Corte el 28 de octubre de 1938 hace la declaración de que "el denunciante prácticamente se convirtió en parte de dicho proceso aunque no hubiera invocado la calidad de acusador" y esta conclusión en realidad aparece fundada no sólo por la lectura de la denuncia presentada sino por las circunstancias de que continúa actuando prácticamente con el carácter de tál solicitando que se agregaran al proceso varias escrituras públicas, que se sacaran copias de poderes que Muvdi confirió a Baca Gómez, que se llevaran a los autos diversos acuerdos del Tribunal de Barranquilla y, por último, elevó queja ante el Procurador General de la Nación invocando demora en los Magistrados de la Corte para fallar el negocio. Por lo demás, era de rigor exigir al denunciante Martínez Martelo que se erigiera en acusador particular al tenor de lo estatuído en el artículo 63 de la Ley 100 de 1892.

3. No pretende la Sala sostener que un sobreseimiento criminal originado de un denuncio, por sí solo, se considere como presunción de culpa a cargo del denunciante y fuente, por tanto, de responsabilidad civil y de culpa aquiliana. Pero es indudable que el sobreseimiento pronunciado a favor del acusado y que aparece en copia en este proceso revela en sus términos que el denunciante procedió temerariamente, porque cuando presentó su denuncia ya conocía el proveído del Tribunal de Barranquilla donde se decidió que no existía en el doctor Baca Gómez impedimento para fallar en el negocio civil sobre venta del bien hipotecado entre Muvdi y Martínez Martelo, a que se refiere uno de los cargos imputados; y también pudo darse cuenta e informarse que el doctor Baca Gómez no estaba ejerciendo funciones de abogado cuando intervino momentánea y verbalmente en el negocio a que se refiere el otro cargo contenido en el denuncio.

Salta a la vista que hubo error de conducta, imprudencia en la actitud del demandado, que otra persona diligente, prudente y comedida no hubiera cometido en idénticas circunstancias, prudencia que es indispensable en las relaciones de los asociados para no incurrir en responsabilidad civil. De ahí que el auto de sobreseimiento contenga este concepto: "El señor Martínez Martelo, según parece, hizo la demanda contra el doctor Baca porque éste como Magistrado decidió en contra del denunciante en el pleito a que se contrae el segundo cargo, que posiblemente fue el motivo para que el doctor Martínez acudiera al Magisterio Penal".

Los elementos probatorios antes enunciados revelan que el denunciante procedió temerariamente y sin fundamento al imputarle a Baca Gómez los dos cargos criminosos contenidos en su denuncia. Siendo, pues, evidente el error de conducta del denunciante existe la culpa. Como consecuencia, debe reparar el daño causado. Se impone la aplicación del artículo 2341 del Código Civil, que por este motivo aparece directamente infringido, y al infirmar la sentencia acusada, por los motivos expuestos, se hacen en instancia las siguientes consideraciones:

No se ha probado que el denuncio dado contra el doctor Baca Gómez le haya ocasionado daños patrimoniales y por esta circunstancia no es el caso de decretarlos, ni siquiera en abstracto. Tampoco se ha evidenciado que el daño moral padecido por el actor y que se reconoce en esta providencia haya producido repercusiones de índole económica, vale decir, que tampoco existen daños morales objetivados que sean susceptibles de avaluarse siquiera en la forma que determina el artículo 553 del Código Judicial, ya que tan sólo se produjo un avalúo pericial sin resultado.

Pero si aparece claro y manifiesto el daño moral de índole subjetiva que se le causó al demandante, ya que habida consideración a la sana reputación de que ha gozado el actor como profesional; consideradas su posición social y política en el país, lo mismo que los altos honores que se le han dispensado como ciudadano, se justifica la condena a indemnizarle los perjuicios de esta índole.

Sobre este extremo de los perjuicios morales subjetivos, como bien dice la sentencia de 7 de marzo en curso, "al paso que los de orden material, en lo que hace a su cuantía, son susceptibles de avalúo por peritos y, en general, de que para la determinación de su monto se remita a las partes a la ejecución de la sentencia y, por lo mismo, a los trámites del artículo 553 del Código Judicial, no sucede lo mismo con los de orden moral no objetivados, cuya fijación corresponde legalmente a la prudencia del Juez, según se ha estudiado y establecido en múltiples fallos, tanto de esta Sala como de la de Negocios Generales. Entre ellos, por vía de ejemplo se cita el de esta Sala de Casación pronunciado el 20 de octubre de 1942 (tomo 54 bis, páginas 189 a 194, de la *Gaceta Judicial)*. La indemnización por los perjuicios de esta clase tiene un carácter

ejemplar, no indemnizatorio, pues en el fondo no es sino una pena privada que sanciona un deber moral. Ambas Salas, acogiéndose al artículo 95 del Código Penal como luz que conduzca al sentenciador en estos casos, han entendido que la libertad de éste para señalar el *pretium-doloris*, tiene esa limitación, no sólo cuando la actuación se sigue en lo criminal, sino dentro de lo meramente civil, porque las diferencias de tales actuaciones entre sí, no determinan en manera alguna diferencia en lo atañedero al perjuicio en sí mismo ni, menos, en lo que mira a su monto".

En el caso de autos, teniendo en cuenta las circunstancias especiales que rodearon el acto dañoso, lo mismo que la influencia que éste pudo tener en la reputación, estimación social y buen crédito del actor, esta Sala dentro de los límites del citado artículo 95 del Código Penal los fija en la cantidad de mil quinientos pesos ($ 1.500).

Fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, *casa* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 16 de septiembre de 1942 y previa revocatoria de la sentencia de primera instancia fechada el 12 de septiembre de 1941, falla este pleito, así:

1º Condénase al señor Juan Martínez Martelo a pagar al doctor Diógenes Baca Gómez los perjuicios morales subjetivos que le causó la denuncia criminal que dio lugar a esta controversia;

2º Señálase en la cantidad de mil quinientos pesos ($ 1.500.00), moneda colombiana el valor de dichos perjuicios morales, los que deberá pagar seis días después de ejecutoriada la providencia sobre cumplimiento de este fallo.

Sin costas en las instancias.

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

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

Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición. - Inventarios

En materia de inventarios, avalúos y partición de bienes sucesorales existen en nuestra legislación determinados principios básicos, de carácter general, que deben tenerse en cuenta, por ser de observaneia obligatoria, como son, entre otros: que verificados los inventarios y avalúos y aprobados debidamente, debe procederse a la partición de los bienes, si los coasignatarios no acuerdan, legítima y unánimemente, otra cosa; que si se han ocultado u omitido bienes puede pedirse la práctica de un inventario adicional; que si se han incluído o inventariado bienes ajenos debe pedirse la exclusión de ellos en juicio ordinario separado, pues la petición formulada dentro del mismo juicio de sucesión no es procedente; que no es motivo para demorar o suspender la partición el hecho de que se haya solictado la exclusión de bienes, a menos que el Juez, a petición de los asignatarios a quienes corresponda más de la mitad de la masa partible, lo ordenare así; que en la partición deben entrar todos los bienes inventariados y avaluados, y que el valor de tasación dado por los peritos es el que debe tener en cuenta el partidor para hacer las correspondientes adjudicaciones.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintidós de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por sentencia del veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, confirmó la que había dictado el Juez 1º Civil del Circuito del mismo nombre, con fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, sobre aprobación de la partición de los bienes relacionados como de propiedad de la sucesión de la señora Silveria Quintero de Oliveros.

Contra el citado fallo del Tribunal interpuso recurso de casación la señora Ester Oliveros de Garay, el cual se pasa a decidir hoy por hallarse legalmente preparado.

El apoderado de la recurrente acusa la sentencia por violación de los artículos 1256 y 1388 del Código Civil, que en su concepto aplicó indebidamente, y porque no aplicó, siendo el caso de aplicarlos, los artículos 1393, 1394, 1395 y 1821 del Código Civil y 947 del Código Judicial.

La acusa también por considerar que no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la litigante que representa, o sea por la segunda de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, para lo cual se funda en que "la partición se hizo sin haber inventariado todo el haber partible"; en que no se excluyó un bien cuya exclusión se había solicitado, y en que a su representada no se le adjudicaron bienes suficientes para cubrirle el valor de su legítima.

Estudio de los cargos.

Se considera:

Puede decirse que los motivos y razones en que se funda la demanda de casación son los mismos en que se apoyó ante el Tribunal la apelación de la sentencia de primer grado.

En efecto, en el memorial en que se sostuvo ese recurso se dijo:

"No estamos conformes con la sentencia apelada, por estas razones que estudiaremos una a una: inoportunidad de dicha sentencia, por estar pendiente la decisión de cuestiones que deben solucionarse antes de la partición; ilegalidad en el procedimiento seguido, por haberse negado la práctica de inventarios adicionales pedidos oportunamente; ilegalidad de la partición aprobada, por no haberse hecho en ella liquidación de la sociedad conyugal antes de distribuir los bienes herenciales; ilegalidad de la misma partición, por adjudicarse en ella bienes ajenos a la sucesión, habiéndose declarado oportunamente esa calidad de ajenos; irregularidad de la misma partición, por no adjudicarse debidamente los bienes que hayan de destinarse al pago de deudas y de gastos, ya que no se hicieron por separado las respectivas hijuelas, ni se adjudicaron ellas a quienes corresponden legítimamente".

La sentencia acusada analizó y estudió a espacio las cuestiones allí planteadas, y llegó a la

conclusión de que no tenían fundamento jurídico, por lo cual confirmó el fallo de primer grado. Para decidir este recurso basta, pues, examinar los razonamientos del Tribunal, para saber si se ajustan o nó a los preceptos legales que el recurrente considera violados.

En materia de inventarios, avalúos y partición de bienes sucesorales, existen en nuestra legislación determinados principios básicos, de carácter general, que deben tenerse en cuenta, por ser de observancia obligatoria, como son, entre otros: que verificados los inventarios y avalúos y aprobados debidamente, debe procederse a la partición de los bienes, si los coasignatarios no acuerdan, legítima y unánimemente, otra cosa; que si se han ocultado u omitido bienes, puede pedirse la práctica de un inventario adicional; que si se han incluído o inventariado bienes ajenos, debe pedirse la exclusión de ellos en juicio ordinario separado, pues la petición formulada dentro del mismo juicio de sucesión no es procedente; que no es motivo para demorar o suspender la partición el hecho de que se haya solicitado la exclusión de bienes, a menos que el Juez, a petición de los asignatarios a quienes corresponda más de la mitad de la masa partible, lo ordenare así; que en la partición deben entrar todos los bienes inventariados y avaluados, y que el valor de tasación dado por los peritos es el que debe tener en cuenta el partidor para hacer las correspondientes adjudicaciones.

Es verdad que en el presente juicio se pidió un inventario adicional de bienes. Algunos de ellos fueron inventariados y avaluados, pero respecto de otros, el Juez negó la solicitud, por razones que expuso en providencia que quedó en firme. Ello no obsta para que, si se demuestra que los bienes que se dejaron de inventariar pertenecen a la sucesión, pueda hacerse nueva solicitud de inventarios y avalúos adicionales, después de aprobada la partición, con arreglo al artículo 949 del Código Judicial. No sería esto motivo, por lo tanto, para retardar la partición, ni para dejar de aprobarla.

En concepto de la Sala no viola la sentencia el artículo 1256 del Código Civil, porque, aunque se alega que uno de los bienes inventariados le había sido donado por su padre a la recurrente, como se incluyó entre los bienes denunciados como de propiedad de la sucesión, el partidor no podía dejar de adjudicarlo, ya que, como se ha dicho, la partición debe comprender todos los bienes inventariados y avaluados.

Tampoco viola el artículo 1388, porque no se está en el caso contemplado en el inciso final de dicho artículo, es decir, que se haya ordenado por el Juez la suspensión de la partición, por haberlo solicitado así los asignatarios a quienes corresponda más de la mitad de la masa partible, pues no hay constancia de que tal solicitud se haya presentado en este juicio. Es verdad que dentro del juicio se pidió que se excluyera de los bienes inventariados aquel de que se trata, pero sobre esa petición nada resolvieron el Juez ni el Tribunal, sin duda porque no era procedente en la forma en que se hizo, porque la acción sobre inclusión indebida de bienes debe hacerse en juicio ordinario separado, como claramente lo disponen los artículos 1388 del Código Civil y 947 del Código Judicial, artículo este último que tampoco resulta violado, sino, por el contrario, debidamente aplicado.

Si la recurrente, por habérsele adjudicado en la partición un bien que le había sido donado, viene a quedar privada del valor de su legítima, no sólo le queda a su favor la acción sobre inclusión indebida de bienes, sino los otros recursos legales que para ser indemnizada le corresponden (artículos 1405 y siguientes del Código Civil).

De igual manera es infundado el cargo de violación de los artículos 1393 a 1395, 1398 y 1821 del Código Civil, porque la partición sí reúne los requisitos que tales artículos exigen.

Sobre el particular, es suficiente reproducir aquí lo que dice la sentencia acusada:

"Con lo que se ha dicho anteriormente quedan contestados todos los argumentos de los apelantes enderezados a obtener la revocatoria de la sentencia en cuestión, pues tenemos que la liquidación de la sociedad conyugal se hizo, desde luégo que se dedujeron del caudal total, en primer término, las deudas y los créditos por gastos, y después el saldo se repartió por iguales partes entre el cónyuge sobreviviente y los herederos de la causante. Así era forzoso hacerlo, porque no se comprobó que la causante hubiese introducido bienes propios al contraer matrimonio, ni que los hubiese adquirido después con tal carácter, pues aun cuando no afirmó que el señor Valerio Oliveros había dispuesto de algunos bienes raíces de propiedad exclusiva de su esposa Silveria Quintero, el Juzgado no admitió esa situación y la providencia que así lo resolvió quedó en firme. Todos los bienes inventariados en el activo sucesoral aparecen como gananciales. Por consiguiente, deducidas las deudas conocidas, el remanente debía distribuirse por iguales partes entre el cónyuge sobreviviente y los herederos, como lo ordena el artículo 1830 del Código Civil y como se hizo en la partición de que se trata. Si fue, pues, liquidada la sociedad conyugal, en primer término".

"Otro argumento de los apelantes es el de que se refundieron en una misma hijuela los créditos por deudas con los causados por gastos del juicio, y *que no se hizo hijuela* a cada uno de los acreedores para cubrir el monto de su crédito. En cuanto a lo primero, no hay disposición legal que ordene hacer una hijuela para las deudas conocidas, y otra, por separado, para el pago de los gastos. Esto es natural, porque los créditos por gastos sucesorales son deudas a cargo de la sucesión. En lo que se relaciona con el hecho de que no se hizo hijuela a cada uno de los acreedores, el error habría sido precisamente al proceder a adjudicar bienes a los acreedores, como si fuesen herederos. La ley ordena que el partidor señale (artículo 1343 del Código Civil) bienes suficientes para el pago de las deudas conocidas, es decir, que se haga hijuela de deudas, para atemperarnos a los términos usados comúnmente, pero los acreedores no están obligados a recibir como dación en pago lo que el partidor les quiera adjudicar. Para ello sería preciso que por anticipado se verificase algún arreglo entre los interesados en la sucesión como herederos o partícipes y los acreedores, pues requiriéndose para la dación en pago el concurso recíproco de las voluntades de acreedor y deudor, mal podría imponerse a aquél la voluntad de éste".

Como se ve, no resultan fundados los cargos de violación de ley sustantiva de que se ha venido hablando, ni pueden considerarse violados los artículos del Código Civil antes citados. No son admisibles, por tanto, tales cargos, ni el recurso prospera, por el aspecto estudiado.

Menos puede prosperar por los ataques formulados contra la sentencia con apoyo en el segundo de los motivos que señala el artículo 520 del Código Judicial.

En efecto, no se halla demostrado el cargo de incongruencia, porque, como se vio al estudiar los de violación de ley, si dejaron de inventariarse algunos bienes pertenecientes a la sucesión, ello se hizo en virtud de razones expuestas por el Juez en providencia que quedó en firme, lo cual no impide que posteriormente puedan inventariarse, avaluarse y partirse, con arreglo al artículo 949 del Código Judicial; si no se excluyó del inventario uno de los bienes relacionados allí, obedeció a que la exclusión no se pidió en la forma ordenada en los artículos 1388 del Código Civil y 947 del Código Judicial, y no habiéndose excluido dicho bien, podía adjudicarse a la recurrente en pago de su legítima, adjudicación que no impide que si ella se considera lesionada, haga valer los recursos que al respecto le concede la ley (artículos 1405 y siguientes del Código Civil).

No es posible, pues, admitir tampoco estos cargos, ni es el caso de infirmar la sentencia acusada.

En atención a 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 Neiva, con fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, sobre que versa el recurso.

Sin costas en el recurso, por no aparecer que se hayan causado.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Compra de derechos hereditarios. - Nulidad de los juicios ejecutivos

1. La compra de derechos y acciones en una sucesión, como la de los derechos sobre los gananciales, no da al adquirente ni le transfiere el dominio de los bienes que especificados se hayan vinculado a dicha compra, sino la aptitud, la personería, como cesionario del vendedor, para hacer efectivos los derechos que a éste le puedan corresponder. Es en la partición donde quedan concretados esos derechos y por eso puede correr el comprador la contingencia de comprar cosa ajena si las especies a que se refirió en la venta no le son adjudicadas en la partición. El vendedor de esos derechos responde de su calidad de heredero o de cónyuge sobreviviente, pero no más, pues de otra manera una venta de derechos referente a determinados bienes, vincularía forzosamente al partidor, en la partición, en perjuicio muchas veces no sólo de los demás herederos, sino de los acreedores. Por eso es por lo que con un título de esa naturaleza no puede reivindicarse un inmueble determinado, por más que esté señalado en la venta de derechos y acciones y por eso es también por lo que el comprador de los mencionados derechos no es dueño en concreto de una cosa determinada, sino en virtud de la partición. Antes de ella sólo tiene en la comunidad herencial o en la sociedad disuelta un derecho, pero no vinculado a ningún cuerpo cierto determinado; y se repite que si en la partición no se le adjudica la cosa la venta es válida, y se produce el efecto previsto en el artículo 1871 del Código Civil; cuando la cosa señalada en la escritura de compra de derechos y acciones se le adjudica al comprador, opera entonces el artículo 779 ibídem.

2. La acción para demandar la nulidad de un juicio ejecutivo está constituída por dos elementos: el primero de carácter especial, por cuanto las causales de nulidad son taxativas, y el segundo de carácter general, que comprende a toda acción judicial, o sea el interés jurídico o personería del demandante. Quien puede pedir la nulidad de un juicio ejecutivo es el que ha sido parte en el juicio y así se desprende de los artículos 456 y 457 del Código Judicial. Esos textos de la ley se fundan en el principo de que la oponibilidad de los fallos judiciales sólo opera contra los que han sido partes en el pleito o sus sucesores, por lo mismo que, por regla general, las sentencias no producen efectos erga omnes, sino relativamente a las partes. (Artículos 473 y 474 del Código Judicial).

3. En tratándose de un remate de bien ajeno, que equivale a una venta de cosa ajena, el remate es válido, pero sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, mientras no hayan sido extinguidos por la prescripción. (Artículo 1871, Código Civil). Quiere decir lo anterior que un remate en esas condiciones no es oponible ni menos vincula u obliga al verdadero dueño de la cosa rematada y entonces su defensa no está en la anulación del juicio ejecutivo, sino en el ejercicio de las acciones pertinentes, como sería la oposición a la entrega o al juicio reivindicatorio. Y éste es el camino que señala la ley hoy desde luégo que las tercerías excluyentes, que eran verdaderas acciones de dominio, fueron suprimidas por el Código Judicial vigente, valiendo la pena observar que para defensa del verdadero dueño se dictó la disposición del artículo 1008 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, marzo veintidós de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Los antecedentes de este pleito son los que siguen:

Agapito Campos contrajo matrimonio con Ceferina Núñez; durante la existencia de esa sociedad conyugal, y antes del primero de enero de 1933, Campos adquirió entre otros bienes el globo de terreno denominado "Chocho y Apaté", en la jurisdicción del Municipio de Coello.

Agapito Campos contrajo una deuda a favor de Segundo Rojas y muerto éste se le adjudicó ese crédito a su mujer Heliodora Berrío, quien promovió juicio ejecutivo contra Campos, el cual falleció durante el curso del juicio, por lo cual la ejecutante lo enderezó contra los herederos

de Campos. Terminó dicho juicio con el remate del predio denominado "Chocho y Apaté", del cual fueron rematadores Alejandro y Jorge González.

Por escritura número 164 de 27 de mayo de 1939 de la Notaría de Melgar, la viuda de Campos, Ceferina Núñez, vendió a Ricardo Campos sus gananciales en la sociedad conyugal de que formó parte y los vinculó, entre otros bienes, en la mitad del lote "El Chocho y Apaté". Esta venta fue hecha antes del remate en el juicio ejecutivo de que se ha hecho mérito.

Fundado en los anteriores hechos Alcides Castellanos como apoderado de Ricardo Campos L., demandó a Alejandro y Jorge González (rematadores de la finca), a Heliodora v. de Rojas (adjudicataria del crédito de Rojas en contra de Campos); a Ceferina Núñez v. de Campos (viuda de Agapito Campos) y a los hijos del expresado Agapito, para que previa la tramitación de un juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones que sintetiza así la Corte: a) Que se declare que Ceferina Núñez de Campos transfirió a título de venta real a favor de Ricardo Campos los bienes relacionados en la escritura 164, y que es válida esa venta; b) que la deuda contraída por Agapito Campos a favor de Segundo Rojas por instrumento privado de 8 de agosto de 1936, suscrito en Coello por la suma $ 930 y que motivó el juicio ejecutivo de Heliodora Berrío de Rojas contra Agapito Campos primero y después contra sus herederos, no afecta los derechos de Ceferina Núñez de Campos ni la venta que ésta le hizo a Ricardo Campos, por ser deuda contraída después de la vigencia de la Ley 28 de 1932 y afectar únicamente, por esa razón, los bienes de Agapito Campos; c) que se declare nulo el juicio ejecutivo promovido por Heliodora v. de Rojas contra Agapito Campos desde el auto ejecutivo hasta la aprobación del remate y registro de éste.

En primera instancia el Juez del conocimiento, el de Circuito del Espinal, decretó, en sentencia de 17 de julio de 1942, las peticiones de que se ha hecho mérito.

Esa sentencia fue apelada por demandante y demandado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué la revocó en fallo de 27 de abril de 1943, contra el cual interpuso recurso de casación el demandante.

El fallador de Ibagué encontró que el actor carece de personería sustantiva para ejercitar las acciones que instauró en su demanda, dedujo por lo tanto la excepción perentoria correspondiente y absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

Antes de ocuparse la Corte en el estudio del recurso, estima necesario sentar los siguientes postulados, que además de ser de orden doctrinario y legal, son indispensables para decidir sobre la suerte del recurso.

La compra de derechos y acciones en una sucesión, como la compra de los derechos sobre los gananciales, no da al adquirente ni le transfiere el dominio de los bienes que especificados se hayan vinculado a dicha compra, sino la aptitud, la personería, como cesionario del vendedor, para hacer efectivos los derechos que a éste le puedan corresponder. Es en la partición donde quedan concretados esos derechos y por eso el comprador puede correr la contingencia de comprar cosa ajena si las especies a que se refirió en la venta, no le son adjudicadas en la partición. El vendedor de esos derechos responde en su calidad de heredero o de cónyuge sobreviviente, pero no más, pues de otra manera una venta de derechos referente a determinados bienes, vincularía forzosamente al partidor, en la partición, en perjuicio muchas veces no sólo de los demás herederos sino de los acreedores. Por eso es por lo que con un título de esa naturaleza, no puede reivindicarse un inmueble determinado, por más que esté señalado en la venta de derechos y acciones y por eso es también que el comprador de los derechos mencionados, no es dueño en concreto de un bien determinado, sino en virtud de la partición. Antes de ella sólo tiene en la comunidad herencial o en la sociedad conyugal disuelta, un derecho pero no vinculado a ningún cuerpo cierto determinado y se repite, si en la partición no se le adjudica ese bien, la venta es válida, y se produce el efecto previsto en el artículo 1871 del Código Civil; cuando el bien señalado en la escritura de compra de derechos y acciones se le adjudica al comprador, opera entonces el artículo 779 ibídem.

La acción para demandar la nulidad de un juicio ejecutivo está constituída por dos elementos: el primero de carácter especial, por cuanto las causales de nulidad son taxativas, y el segundo de carácter general que comprende a toda acción judicial, o sea el interés jurídico o personería del demandante.

Quien puede pedir la nulidad de un juicio ejecutivo es el que ha sido parte en el juicio y así se desprende de los artículos 456 y 457 del Código Judicial. Esos textos de la ley se fundan

en el principio de que la oponibilidad de los fallos judiciales sólo opera contra los que han sido partes en el pleito o sus sucesores, por lo mismo, que por regla general, las sentencias no producen efectos *erga omnes*, sino relativamente a las partes (artículos 473 y 474 del Código Judicial).

En tratándose de un remate de bien ajeno, que equivale a una venta de cosa ajena, el remate es válido, pero sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, mientras no hayan sido extinguidos por la prescripción (artículo 1871, Código Civil). Quiere decir lo anterior que un remate en esas condiciones, no es oponible ni menos vincula u obliga al verdadero dueño de la cosa rematada y entonces su defensa no está en la anulación del juicio ejecutivo, sino en el ejercicio de las acciones pertinentes, como sería la oposición a la entrega o el juicio reivindicatorio. Y este es el camino que señala la ley hoy desde luégo que las tercerías excluyentes, que eran verdaderas acciones de dominio, fueron suprimidas por el Código Judicial vigente, valiendo la pena observar que para defensa del verdadero dueño se dictó la disposición del artículo 1008 del Código Judicial.

El recurrente acusa la sentencia invocando las causalse 1ª y 2ª del artículo 520 del Código Judicial.

Refiriéndose a la primera señala como violados los artículos 1781, 1805, 1806 del Código Civil y 2º de la Ley 28 de 1936.

La Corte considera: Los artículos 1805 y 1806 mencionados están derogados por la Ley 28 de 1936. El fallador de Ibagué estimó que la demandante carecía de personería sustantiva para impetrar la nulidad del juicio ejecutivo seguido por Heliodora v. de Rojas contra Agapito Campos primero y luégo contra la sucesión de éste. Esa conclusión no es violadora de ninguna de las normas que cita el recurrente, pues ella está basada en el principio de la legitimación en la causa, que no compete sino a quien tenga el interés jurídico del caso y por lo tanto la acción. No habiendo sido el demandante parte en ese juicio ejecutivo, no puede por lo expuesto anteriormente demandar la nulidad mencionada. Como se ve, este principio en pada incide en el caso de autos respecto de las normas citadas como infringidas en la demanda de casación. El Tribunal, por otra parte, no se pronuncia sobre la validez de la venta que de sus derechos y acciones le hizo Ceferina Núñez de Campos a Ricardo Campos sino que niega la acción de nulidad del juicio ejecutivo impetrada por éste.

El demandante pretende que se le entregue como cuerpo cierto lo que compró a Ceferina Núñez de Campos o sea la mitad del terreno "El Chocho y Apaté", al que vinculó, entre otros bienes, sus gananciales que le vendió el actor. Pero esto no es posible porque no estando liquidada la sociedad conyugal, Campos-Núñez, el demandante, tiene un derecho en esa sociedad conyugal indivisa, que no está aún concretado sobre un cuerpo cierto, fenómeno que no puede verificarse sino en virtud de la partición, de su aprobación y de su registro. La posición de Campos es clara: tiene los mismos derechos que tendría Ceferina si no hubiera enajenado esos derechos y acciones, o sea, la personería, la aptitud legal para pedir la liquidación de esa sociedad conyugal. Ahora, si se verifica ésta y no se le adjudica el terreno a que vinculó la compra, surgirá una relación legal entre la vendedora y el comprador, lo cual no se ventila en este pleito. Y es en ese momento de la liquidación y partición, cuando habrá oportunidad de considerar e imputar, como fuere el caso, la deuda que contrajo Agapito Campos y que quedó insoluta. Entonces será oportuno el estudio y decisión del extremo que al respecto propone el actor en este juicio.

Por lo anteriormente dicho, se ve que tampoco pudo haber infracción de las normas citadas, en cuanto el Tribunal niega la personería al demandante para hacer la petición que se estudia y que es el móvil determinante de su demanda.

En lo que sí erró el Tribunal fue en haber negado esa personería, respecto de la petición del demandante sobre la eficacia de la venta que de sus derechos y como cónyuge sobreviviente hizo Ceferina a Rafael. Este presentó la correspondiente escritura en que consta la compra, aquélla compareció al presente juicio y de ese pacto aparece claramente la venta. Mas, no discutiéndose la validez del contrato, éste tiene toda su eficacia legal y siendo así las cosas, el poder del Estado, representado en este caso por el Organo Judicial, no puede moverse, para hacer una declaración inoficiosa. No es, pues, que se niegue la petición sobre validez o ineficacia de ese contrato, por falta de personería de la parte actora, ni menos porque no sea válido tal pacto, sino por la razón ya expresada. Aclarada o rectificada en esa forma la doctrina, no es el caso de infirmar el fallo en ese particular, por cuanto la absolución de la parte demandada, a

que también llega el fallador, se apoya en la razón que acaba de exponerse, llegándose al mismo resultado. El artículo 494 del Código Judicial no fue violado, porque ambas partes apelaron del fallo de primera instancia, lo cual daba jurisdicción al Tribunal para conocer de todas las peticiones de la demanda y de todos los problemas planteados en ésta. Como se corrige la doctrina en el sentido que acaba de exponerse, no es el caso de hacer condenación en costas en el recurso.

La segunda causal no incide, porque habiéndose estudiado por el Tribunal todas las pretensiones deducidas por el actor, habiendo sido absueltos los demandados respecto de todas las peticiones, el Tribunal ni falló *ultra petita* ni omitió ninguna de las súplicas de la demanda.

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

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

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

Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición

Es norma sostenida en reiterada jurisprudencia la de que en el recurso de casación contra sentencias proferidas en juicios divisorios son inadmisibles alegaciones que tiendan a plantear discusión sobre aspectos de la partición no propuestos oportunamente en el incidente sobre objeciones.

Las normas que el Código Civil consigna para la división de las cosas comunes y los derechos y las obligaciones que de ella resultan son de aplicación preferencial sobre las reglas legales para la partición de la herencia, a las cuales no se puede ocurrir sino en cuanto las especiales del cuasicontrato de comunidad no provean. (Artículo 2335, Código Civil). El concepto de semejanza a que alude el numeral 8º del artículo 1494 del Código Civil, como uno de los factores que hay que atender para realizar la equidad distributiva en las particiones herenciales, no opera con el mismo sentido en tratándose de la división de un terreno común en que no hay lugar a considerar la diversidad y heterogeneidad de especies que generalmente afecta el acervo de la masa herencial por versar la división sobre un bien de naturaleza uniforme que simplemente ha de ser parcelado proporcionalmente al derecho de cada copropietario, calculando el valor de cada suerte de terreno más por su utilidad que por su extensión. Todas estas reglas legales, tanto las referentes a las particiones de herencia como las que gobiernan especialmente la división de las cosas comunes, "no tienen el carácter de disposiciones rigurosamente imperativas, sino que son más bien expresivas del criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor, y cuya aplicación y alcance se condiciona naturalmente por las circunstancias especiales que ofrezca cada caso particular, y no solamente relativas a los predios sino también a las personales de los asignatarios. De esta manera, la acertada interpretación y aplicación de estas normas legales es cuestión que necesariamente se vincula a la apreciación circunstancial de cada ocurrencia a través de las pruebas que aduzcan los interesados, al resolver el incidente de objeciones propuesto contra la forma de distribución de los bienes adoptada por el partidor. La flexibilidad que por naturaleza tienen estos preceptos legales y la amplitud consecuencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre su pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición". Así lo tiene establecido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte, como puede verse en sentencia de casación publicada en el tomo LV, página 23, de la Gaceta Judicial.

El valor de tasación por peritos es cosa que carece de importancia tratándose de una división material y no ad valórem, porque en este caso sólo sirve de base para la proporcionalidad de los derechos en participación representados en tierra y con criterio de utilidad, y no para distribuir porciones del justo precio de su venta.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Por virtud de la adjudicación de los bienes herenciales de Manuel Antonio Villoria hecha en partición aprobada en sentencia de 20 de septiembre de 1890, del Juzgado del Circuito del Guamo, se formaron entre sus herederos —la cónyuge supérstite Francisca Polanía de Villoria y los cuatro hijos, Lastenia, Eustacio, Manuel Antonio y Carlota Villoria— seis comunidades de quintas partes de dominio indiviso en las fincas *La Granja, San Juan de Agua Blanca, San Cayetano, La Esmeralda, La Isla* y *El Castillo*, ubicadas todas en jurisdicción del Municipio tolimense del Guamo.

A los dos años de constituidas estas comunidades, por demanda del comunero Eustacio Villoria, presentada ante el Juzgado del Circuito del Guamo en octubre de 1892, se dio comienzo al juicio de división material de los terrenos comunes. En curso el juicio, para evitar los inconvenientes y dificultades a que pudiera dar lugar la circunstancia de que la demanda de

división no se refirió, como debió hacerlo, a cada uno de los predios separadamente como se hizo en la partición sino que se refirió al terreno de *La Granja*, formado por su conjunto, y además por motivos de utilidad general, los adjudicatarios copartícipes, de común acuerdo, otorgaron la escritura pública número 709 el 3 de octubre de 1898 ante el Notario Principal del Guamo, en la cual, en síntesis, declaran que han convenido en que los seis predios ya nombrados formen juntos una sola comunidad bajo la denominación de *La Granja*, en la cual cada uno de los otorgantes tiene un derecho a la quinta parte, y que en la división de ella, el lote que a cada uno se adjudique en pago de sus derechos, debe contener terrenos de todas clases en debida proporción y debe ser continuo, con base en el río Magdalena y terminación en la parte alta de la cordillera, teniendo el cuidado de respetar las servidumbres existentes y estableciendo las que sean necesarias para el mejor goce y administración de los lotes que se adjudiquen.

Debido en parte a negligencia de los interesados que entraron en el goce y posesión de parcelas sobre una partición de hecho, y a consecuencia de incidentes y peripecias procesales y cambios de jurisdicción que aparecen relatados por el partidor, el juicio de división iniciado en 1892 sólo vino a culminar el 20 de mayo de 1942, medio siglo después, fecha en que el partidor nombrado por el Juez presentó para su aprobación la partición del terreno común en un detallado y laborioso trabajo de 32 hojas ilustrado con su plano correspondiente.

Dada en traslado legal la partición, de los cinco grupos de adjudicatarios que representan ahora a los primitivos copartícipes, solamente dos de los cinco herederos de Eustacio Villoria, se manifestaron inconformes con la partición y formularon objeciones. Tramitado el incidente legal de objeciones formuladas por Mercedes Parra de Villoria y Evelia Villoria de Lagos, coherederas con otras personas no objetantes del comunero Eustacio Villoria, el Juzgado del conocimiento —Civil del Circuito de El Espinal— en sentencia que lleva fecha 10 de diciembre de 1942, declaró infundadas las objeciones y aprobó en consecuencia la partición ordenando su registro y protocolización, como lo dispone la ley.

Recurrida en apelación esta sentencia del Juzgado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, previa la sustanciación correspondiente y en providencia del 4 de abril de 1943, confirmó en todas sus partes la sentencia aprobatoria de la partición. Es esta decisión la que está sometida al estudio de la Corte por virtud del recurso de casación que oportunamente interpusieron contra ella los dos copartícipes objetantes perdidosos en las instancias, y que hoy se decide por estar agotada su tramitación.

Se apoya el recurso en la 1ª, en la 2ª y en la 6ª de las causales legales de casación que enumera el artículo 520 del Código Judicial. En el orden y con la separación con que aparecen propuestas en la demanda se pasan a considerar las acusaciones contra la sentencia recurrida.

Primera causal: Acusa el recurrente la sentencia de violación por interpretación errónea, aplicación indebida, infracción directa y como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria de los artículos 1374, 1378, 1382, 1386, 1388, 1391, 1392, 1393, 1394, 1395, 1396, 1398, 1401, 1405, 1406, 2322, 2323, 2326, 2327. 2328, 2330, 2335 y 2338 del Código Civil; 593, 597, 600, 601, 603, 604, 605, 606, 609, 630, 632, 637, 645, 661, 697, 705, 716, 717, 721, 722, 723, 724, 953 y 1134 del Código Judicial.

La larga exposición de motivos que contiene la demanda a continuación del amontonamiento de textos legales que se consideran infringidos no tiene, contrariamente a lo que exigen las disposiciones que norman la técnica del recurso (artículo 531 del Código Judicial) una ordenación lógica de razonamientos con indicación clara y precisa de los fundamentos del cargo, relacionado con cada una de las disposiciones que se estiman quebrantadas y el concepto jurídico de cada infracción, expresando, además, si lo ha sido por violación directa, indebida aplicación o interpretación errónea o consecuencial de equivocada estimación de pruebas, que son casos diferentes e inconfundibles en que puede operar la causal del numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial. Difícil encaminar el estudio y análisis de las acusaciones contra el fallo entre el desorden de consideraciones, la mayor parte desconectadas de los temas obligatorios del recurso por no ceñirse al fundamento de las objeciones propuestas, y al frente de tan abundante cifra de artículos legales, cuya cita, quizá con la excepción de tres o cuatro a que se puede aludir sin impertinencia, está fuera de lugar y oportunidad. Sólo dejando de lado las exigencias técnicas de la casación y omitiendo el deber legal de razonar en torno de cada una de las violaciones de ley sustantiva que se imputa a una sentencia, se pueden acumular inopinadamente en una demanda de casación cuarenta y siete artículos legales, sin discriminar entre sustantivos y adjetivos, cuyo desconocimiento y quebranto en una sola sentencia requeriría una cuidadosa y paciente obra de ilegalidad.

Dentro de la norma, sostenida en reiterada jurisprudencia, de que en el recurso de casación contra sentencias en juicios divisorios son inadmisibles alegaciones que tiendan a plantear discusión sobre aspectos de la partición no propuestos oportunamente en el incidente sobre objeciones, la Sala, para ajustarse al recurso relacionando los cargos con la partición, ordena su estudio con base en las objeciones mismas, tal como fueron propuestas en la oportunidad procesal y analizadas en la sentencia acusada.

Primera objeción.—Se hizo consistir en que el partidor no dio cumplimiento a la regla 8ª del artículo 1394 del Código Civil en concordancia con el 2335 ibidem, por cuanto al formar el lote *Enderley,* adjudicado a los herederos de Eustacio Villoria, no se procuró equivalencia y semejanza con los otros, porque en vez de trazar una línea recta del río Magdalena a la cordillera para su deslinde, se hizo en forma sinuosa que afecta la proporcionalidad y valor del lote. La casación, respecto de esta primera objeción, versa sobre la violación de los artículos precitados.

Del terreno de *La Granja,* compuesto, como se ha visto, de los distintos predios adjudicados proindiviso a los sucesores de Manuel Antonio Villoria y que ellos redujeron a esa unidad comunal para su partición, formó y adjudicó el partidor los siguientes lotes: el de *La Riviera* y *El Matacho,* para Manuel Antonio Villoria; el de *Altamira,* para Carlota Villoria; el de *La Granja,* para los herederos de Francisca Polanía de Villoria; el de *Reflejos,* para Lastenia Villoria, y el de *Enderley,* para los cinco sucesores de Eustacio Villoria, dos de los cuales son los únicos objetantes del trabajo de partición judicial aprobado por la sentencia recurrida.

El objeto materia de la división en este caso es un terreno común, para cuya división ordena la ley su avalúo pericial a fin de distribuír su valor total entre los interesados en proporción a sus derechos, adjudicándoles a cada cual una porción de terreno por el valor que le hubiere correspondido, para lo cual consigna el artículo 2338 del Código Civil las reglas que deben tenerse en cuenta. Estas normas que el Código consigna para la división de las cosas comunes y los derechos y las obligaciones que de ella resulten son de aplicación preferencial sobre las reglas legales para la partición de la herencia, a las cuales no se puede ocurrir sino en cuanto las especiales del cuasicontrato de comunidad no provean (2335, Código Civil). El concepto de semejanza a que alude el numeral 8º del artículo 1394 del Código Civil como uno de los factores que hay que atender para realizar la equidad distributiva en las particiones herenciales no opera con el mismo sentido en tratándose de la división de un terreno común, en que no hay lugar a considerar la diversidad y heterogeneidad de especies que generalmente afecta el acervo de la masa herencial por versar la división sobre un bien de naturaleza uniforme que simplemente ha de ser parcelado proporcionalmente al derecho de cada copropietario, calculando el valor de cada suerte de terreno más por su utilidad que por su extensión. Todas estas reglas legales, tanto las referentes a las particiones de herencia como las que gobiernan especialmente la división de las cosas comunes, señaladas por el recurrente como infringidas por el Tribunal, como se desprende de su propio tenor literal y de la naturaleza misma del fenómeno que regulan, "no tienen el carácter de disposiciones rigurosamente imperativas sino que son más bien expresivas del criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor, y cuya aplicación y alcance se condiciona naturalmente por las circunstancias especiales que ofrezca cada caso particular y no solamente relativas a los predios sino también las personales de los asignatarios. De esta manera, la acertada interpretación y aplicación de estas normas legales es cuestión que necesariamente se vincula a la apreciación circunstancial de cada ocurrencia a través de las pruebas que aduzcan los interesados, al resolver el incidente de objeciones propuesto contra la forma de distribución de los bienes adoptada por el partidor. La flexibilidad que por naturaleza tienen estos preceptos legales y la amplitud consecuencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre su pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición *(Gaceta Judicial,* tomo LV, página 23), como lo tiene reiteradamente establecido la jurisprudencia de la Corte.

En ningún caso como en éste resalta más la necesidad de usar un criterio objetivo de realidad y de análisis circunstancial de los hechos que fue el que tuvo en cuenta el partidor y que consignó como razones en el encabezamiento de su trabajo de partición con que puso fin a una comunidad para cuya división se inició este juicio que ha tenido una longevidad inusitada de más de medio siglo en cuyo decurso se ha mudado no sólo la mayor parte del personal de coparticipes sino los terrenos mismos, que riberanos de una corriente fluvial han sufrido modificaciones muy apreciables por fenómenos aluvionales, desaparición y formación de islas, y destrucción de cultivos permanentes y de edificaciones. Por lo demás, la amplitud de criterio consagrada por la doctrina y la jurisprudencia en la aplicación de las normas o principios, no absolutos sino relativos, que rigen la división de comunidades, se justifica por la especial faci-

lidad que ofrece la ley para la terminación de las situaciones de copropiedad indivisa, fundada en la inconveniencia económica de que perdure tal modalidad del dominio.

Por lo que respecta al reparo por falta de equivalencia del lote *Enderley* en relación con los otros cuatro en que fue parcelado el terreno de *La Granja*, el recurrente la hace provenir de la circunstancia de que la línea que lo separa del de *Reflejos*, adjudicado a Lastenia Villoria, no es recta sino sinuosa, lo que afecta su proporcionalidad y valor.

Desde luégo, como es obvio, del mero hecho de que la parcela adjudicada no se haya conformado de modo geométricamente regular, encerrada por líneas rectas, no puede deducirse ninguna conclusión en el sentido en que se inspira la objeción, y más bien, como aparece demostrado en los autos, tal modalidad del deslinde obedeció precisamente a la necesidad de realizar la distribución del inmueble con el criterio utilitario que señala la ley, salvando su proporcionalidad y valor. Tal es lo que se deduce, además de las explicaciones del partidor, del concepto de peritos ingenieros rendido dentro de la diligencia de inspección ocular que se llevó a cabo en el término de prueba del incidente de objeciones. El perito Félix Restrepo Isaza (folio 9 del cuaderno número 7), refiriéndose a este concreto punto, dice:

"En efecto: en el caso precisamente citado de la línea, en parte curva y quebrada, con que delimita los predios de *Enderley* y *Reflejos*, el partidor hace arrancar la línea, del mojón D en la orilla del río Magdalena, mojón que servía antiguamente de lindero a los citados lotes poseídos desde el pacto de 1898 por los respectivos adjudicatarios. De este mojón D en adelante hasta el mojón 62, la línea se ciñó a la división anterior respetada por los comuneros, adaptándose a las cercas antiguas que actualmente existen. En esta forma, el partidor respetó las mejoras establecidas por ambos comuneros, en la parte más importante por la calidad del terreno. Del mojón 62 en adelante, hasta llegar al mojón A situado en la cima de la cuchilla de *Las Mesitas*, y extremo de la línea divisoria, la línea trazada por el partidor, se apartó de la localización antigua y asume una forma en parte quebrada y en parte curva, para cumplir, en mi concepto, varios objetivos cuales son: a), el de dar a *Enderley* una mayor área en tierras de tercera y cuarta clase, para compensar, en parte, las tierras bajas que el río le arrebató; b), el de procurar a los comuneros la economía de cercas, pues el partidor adoptó en su mayor parte linderos arcifinios tales como barrancones y cuchillas, que sirven de cercas naturales; c), el de dotar al predio de *Enderley* de aguas propias dándole el pleno dominio de la hoya hidrográfica de la quebrada La Honda incluyendo sus cabeceras y vertientes, y d), el de amparar suficientemente las mejoras establecidas por los herederos de Eustacio Villoria en el lote *Enderley*, sin por esto perjudicar al lote vecino de *Los Reflejos*, en esta zona, donde sus poseedores no tenían mejoras establecidas."

El otro perito principal, ingeniero Francisco Andrade, coincide en las mismas razones y motivos que acaban de verse, y concluye:

"Es natural que a una línea divisoria se le puedan dar infinidad de soluciones, más o menos buenas, y a la línea del doctor Aparicio se le pueden hacer observaciones, pero no hay base suficiente para poder afirmar que claramente pretendió perjudicar al predio de *Enderley*."

Segunda objeción.—Se hizo consistir en que el partidor violó el contrato de transacción contenido en la escritura pública número 709 del 3 de octubre de 1898, de la Notaría del Guamo, en cuanto en la formación del lote *Enderley* no se dio cumplimiento a lo estipulado en tal convención sobre que los lotes que se adjudicaran a cada uno de los otorgantes debía ser continuo, comprensivo de terreno de todas clases en la debida proporción, en forma que tuviera su base en el río Magdalena y su terminación en la parte alta de la cordillera. Afirma la demanda de casación, en referencia con esta objeción según lo que puede entresacarse de sus desordenados razonamientos, que en la partición no correspondió al lote de que son adjudicatarios los objetantes, tierra de primera según la clasificación y avalúo hecho en 1893, que obligaban al partidor. "Como se ve —dice el recurrente— el Tribunal al estudiar el trabajo del partidor, y verificar las objeciones respectivas, luégo de estudiarlas por separado, sin buscar en ellas unidad, conexidad, y su propósito determinante, violó directamente por interpretación errónea, falta de aplicación y aplicación indebida los preceptos normativos de la partición y también las reglas de la voluntad de los interesados. (Artículos 1391, 1392, 1394 y 1502 del Código Civil)."

Lo que primero se ocurre al considerar este cargo es que se clasifica y denomina con impropiedad el pacto contenido en la escritura número 709 al llamarlo transacción, porque ninguna de sus estipulaciones autoriza para considerarlo jurídicamente como tal. En ese instrumento, como se vio en el compendio que se hizo al principio de esta decisión, se buscó como objetivo primordial reducir a una unidad comunal los diversos predios proindivisamente adjudicados a los otorgantes en la sucesión de Manuel Antonio Villoria, con participación de quin-

ta parte en el predio común y se establecieron asimismo bases generales para su división, al acordar que los lotes debían ser continuos, contener terrenos de toda clase en la debida proporción estableciéndose las servidumbres necesarias y respetando las existentes y dándole a cada parcela una forma que tuviera por base el río Magdalena y fuera a terminar en la cumbre de la cordillera.

La forma en que fue llevada a cabo la división material del terreno de *La Granja*, según se ve de las "bases de la partición", consignadas en ella en forma de capítulo preliminar y de los hechos procesales plenamente establecidos en el incidente de las objeciones y que el plano topográfico de la división ilustra, no se contrariaron ni desatendieron las bases acordadas por los comuneros en el instrumento precitado, y claramente se ve que el partidor las tuvo en cuenta dentro de las posibilidades y nuevas condiciones creadas por el largo transcurso de tiempo. El cargo, desde luégo, carece de todo fundamento en lo que respecta a la continuidad y morfología de los lotes, porque el texto de la partición y el gráfico del plano muestran las cinco parcelas conformadas dentro de estas dos condiciones, que el partidor pudo cumplir fácilmente porque para ello le bastó —y este es un dato de significativa importancia para la respetabilidad de la división— tener en cuenta los lotes de que los partícipes venían gozando desde larga data y en los cuales tenían establecidas mejoras, situación ésta de amigable aunque no legalizada división, establecida en los autos, que a no dudarlo fue la que permitió el largo estancamiento del juicio divisorio con el tácito consenso de todos los interesados.

Por lo que hace al reparo con que el recurrente ataca la forma de composición del lote adjudicado a los cinco herederos de Eustacio Villoria por no haberse ceñido rigurosamente el partidor a la clasificación y tasación pericial del terreno partible verificadas en 1893, porque *Enderley* no contiene tierra de la entonces calificada de primera, el cargo carece de fundamento legal necesario para determinar a través de la prosperidad del recurso una refacción del trabajo divisorio. El valor de la tasación por peritos, sobre el cual no ha sobrevenido variación alguna, es cosa que carece de importancia tratándose de una división material y no *ad valorem*, porque en este caso sólo sirve de base para deducir la proporcionalidad de los derechos en participación representados en tierra y con criterio de utilidad, y no para distribuir porciones del justo precio de su venta. El artículo 1392 del Código Civil que se cita aquí como violado es disposición especial para la partición de herencia.

La clasificación pericial de trece de marzo de 1893, que el recurrente considera como ineludiblemente imperativa para la formación de los lotes, se hizo en los remotos comienzos del juicio divisorio teniendo en cuenta, para la integración de la primera clase, "las islas y vegas inmediatas al río Magdalena formadas por el limo y sustancias vegetales que dejan las aguas en sus fuertes avenidas y por abandono de sus cauces", y para la clasificación de la tierra de segunda, los potreros de pasto artificial que entonces existían determinándolos por sus cercas, algunas de madera. Las otras dos clases tercera y cuarta, están formadas por "la parte sabanosa del terreno" y "los terrenos de cerro". Respecto de la primera clase, los expertos clasificadores advirtieron desde entonces que su formación era inestable por la variación y ramificación continua del cauce fluvial y la formación de nuevas islas que se anexaban al terreno común, y por lo que hace a la segunda clasificación, las plantaciones de pastos artificiales y cercas que sirvieron para determinarla, desaparecieron naturalmente a lo largo de medio siglo en que los terrenos estuvieron en abandono por consecuencia especialmente de las dos guerras civiles que en ese lapso se sucedieron. Estas circunstancias plantearon al partidor de 1942, como él lo advierte en su trabajo, dificultades serias para el reconocimiento de las clasificaciones a que se ha hecho referencia, y las cuales, por otra parte, no lo vinculaban en forma que pudiera estorbar la división que le estaba encomendada y que debía realizar dentro de los límites de sus facultades legales, pero a la cual, sin embargo, procuró acomodarse en la medida de lo posible. En el instrumento público 709 de 1898, en que se hizo constar el pacto mal llamado de transacción, no está dicho que la partición debía hacerse obligatoriamente sobre las clasificaciones periciales de 1893, como lo pretende el recurrente; lo que allí se convino fue que los cinco lotes en que debía dividirse el predio común contendrían terrenos de todas clases en la debida proporción, y en esto el convenio se limitó a reflejar el criterio de la ley que manda al partidor tener en cuenta la equivalencia y semejanza en la formación de las parcelas.

Esto de la clasificación de tierras, vinculado al experticio de 1893, se ha vuelto en el recurso un simple juego de palabras para hacer argumentos sobre la literalidad de aquella diligencia en que quiso dejarse reflejada una situación que el paso de los años ha modificado sustancialmente y que por tanto no armoniza con la realidad que tuvo entre manos el partidor. Lo verdaderamente importante para la calificación legal de la partición es su real ajuste a las normas legales que la regulan con objetivos de equi-

dad en la distribución de la cosa común, y desde este punto de vista no contiene la demanda ninguna acusación demostrativa de que el partidor desoyera los mandamientos de la ley. Fuera de que la forma de los lotes, como se ve en el plano, con base en el río Magdalena y cima en la cordillera, determina topográficamente la comprensión de tierras de vega, sabana y loma para todos, la prueba pericial practicada en el incidente de objeciones a la partición y en que intervinieron verdaderos expertos, demuestra fehacientemente que el lote *Enderley* no está colocado en estado de inferioridad por lo que hace a la distribución de las diferentes clases de tierra, y que en él existen de primera clase. Basta anotar a este respecto que el lote adjudicado a los sucesores de Eustacio Villoria es el que tiene mayor extensión de ribera sobre el río Magdalena, esto es, mayor extensión de vega y mayor posibilidad de aprovechamiento aluvional como lo advierten los peritos ingenieros, y que comprende el lote de *La Esmeralda*, clasificado, como las tierras riberanas, de primera en la diligencia de 1893. La constatación de todas estas circunstancias en la inspección ocular que se llevó a cabo con intervención de peritos es el fundamento que éstos tuvieron para afirmar rotundamente en su dictamen que "sí hay o existen tierras de primera clase o calidad en el lote denominado *Enderley*" (folios 15 y 29 del cuaderno número 7).

Tercera objeción.—Se hace consistir en que el partidor incurrió en otra violación del contrato contenido en la escritura 709 citada, "en cuanto en él se acordó que al verificar la partición material se establecerían las servidumbres necesarias para la cómoda administración y goce de los terrenos, cosa que al señor partidor se le olvidó".

Sobre esta objeción, que en la forma de completa vaguedad e indeterminación en que fue propuesta, sin referencia concreta a nada de donde pudiera inferirse iniquidad en la partición no daba en realidad base a estudio ninguno, dijo la sentencia acusada:

"Basta un atento examen del plano de la partición, para convencerse de que el lote de *Enderley* está favorecido con las principales vías de comunicación que benefician a la comunidad: el río Magdalena que lo limita por todo su costado occidental y el camino público Purificación-Suárez, que lo atraviesa de Sur a Norte. Además, se advierte cómo la mayor parte de las sendas o caminos secundarios que cruzan el lote de Oriente a Occidente, bajando de la cordillera al plan, confluyen, directa o indirectamente, hacia el camino público ya citado. Y por lo que respecta a fuentes o aguas vivas no aparece muy desmejorado el lote *Enderley*. Por su costado occidental lo baña el río Magdalena; de Oriente a Occidente lo atraviesan por casi toda la mitad de su costado sur, poco más o menos, y por su parte interior, las quebradas de Calambobo, La Honda, Madroñal y La Arenosa, junto con la mayor parte de sus respectivos afluentes."

La demanda de casación no saca el punto materia de esta objeción del campo de ineficacia en que la colocó la manera indecisa y teórica en que se propuso originalmente, y que resulta visiblemente improcedente presentada como violación del referido contrato de 1898, porque en él, como se vio, tampoco se estatuyó nada especial y concreto en materia de servidumbres. La acusación que en este particular formula el recurrente a la sentencia que es lo que exclusivamente interesa hoy, la funda en que el partidor tenía el deber de demostrar que los lotes quedaban cada uno, con las servidumbres necesarias, y no lo hizo. De aquí concluye el recurrente que "dejar a la parte objetante la prueba de que le hacen falta vías es ilógico, porque es él quien tiene que darla, quien debe dar la prueba del hecho afirmativo y no quien no resulta favorecido, porque trataría de probar un hecho negativo. Se violan en éste como en otros casos por interpretación errónea y aplicación indebida los artículos 1757 del Código Civil y 595 del Código Judicial".

El solo planteamiento de este cargo no enderezado contra la sentencia por razones relacionadas con las fórmulas legales de equidad en las divisiones materiales sino vinculado a problema de derecho probatorio extraño a la cuestión debatida, pone de manifiesto su falta de razón y de apoyo en la ley. El recurrente afirma que el lote *Enderley* quedó sin vías de comunicación; la sentencia analiza la partición y concluye que la referida parcela tiene varias vías en distintas direcciones; en casación no se ha atacado en forma ninguna estas conclusiones del fallo aprobatorio de la partición, de modo que la cuestión que suscita la demanda en torno de este particular es aspecto que no incide en la decisión del recurso.

Cuarta objeción.—Consiste en que el partidor adjudicó, para completar el precio de la hijuela de los sucesores de Eustacio Villoria y con prescindencia de los demás coparticipes, $ 400 en el valor de un cacaotal, desaparecido hace más de treinta y cinco años, cercenando de esta manera su hijuela y pecando contra la equidad, especialmente contra la regla 8ª del artículo 1394 y 1ª del artículo 2338 del Código Civil.

Consideró el Tribunal, al estudiar esta objeción fundada en la inexistencia de la especie

adjudicada, que en el proceso obra la demostración fehaciente de que entre los bienes adjudicados a los herederos de Manuel Antonio Villoria, según las hijuelas respectivas, figura una labranza de cacao adjudicada sin el terreno donde está plantada, situada en los lugares conocidos con los nombres de *San Cayetano, Bijagual* y *Providencia,* y que este bien, que hacia parte de la comunidad al iniciarse el juicio divisorio, fue usufructuado exclusivamente por Eustacio Villoria y en parte vendido por éste en la enajenación que hizo de *San Cayetano.* En estas condiciones, no está mal en concepto del sentenciador que en la partición se haya adjudicado a los sucesores de Eustacio Villoria parte del crédito correspondiente a bienes de que su acusante dispuso o de que disfrutó en provecho exclusivo, y sobre los cuales todos los coasignatarios tenían un derecho de cuota.

El reparo que a esta conclusión del fallo acusado opone el recurrente en casación lo hace consistir en que la referida labranza de cacao no hacía parte de la masa partible porque a ella no se hizo especial alusión al determinar en el arreglo de 1898 lo que constituía la comunidad sometida a división, y que fue exclusiva obra del partidor hacerla figurar "para poder hacer la adjudicación a los comuneros que la han usufructuado y compensar el resto con la adjudicación de tierras proporcionalmente". "De manera, pues —dice la demanda—, que el partidor principió por hacer formar parte de la partición bienes que no podían ser objeto de ella de acuerdo con el contrato escriturario número 709 de 3 de octubre de 1898 de la Notaría del Guamo, desde luégo que contra lo estipulado expresamente, que era lo obligatorio para él, resolvió incluír otros bienes, la casa de habitación y una labranza de cacao inexistente."

Para deducir la sinrazón de este cargo basta recordar que en el pacto recogido en la precitada escritura pública no se hizo propiamente el inventario detallado de los bienes integrantes de la comunidad cuya partición se había demandado, sino que, con el propósito de facilitarla, se enumeraron los predios adjudicados en común en la sucesión de Manuel Antonio Villoria que se sumaban para constituír uno solo como unidad partible entre los cinco coparticipes de cuotas iguales. Si no hay duda, como no la hay, de que en la partición de la citada mortuoria fue objeto de adjudicación especial la labranza de cacao a que se ha hecho referencia, y si ella, como lo advirtió el partidor, tenía la calidad de inmueble por adhesión, no hay razón para decir que no hacía parte de la masa partible. Y si, por otra parte, es incuestionable también que ese bien fue usufructuado exclusivamente por uno de los coparticipes y de él dispuso en su solo provecho, resultan consultadas por el partidor las exigencias de equidad y justicia que consagra la ley para la división de las comunidades. Habría quizá un desequilibrio inequitativo en el hecho de haberse adjudicado la mayor parte del valor de la labranza (600 sobre el avalúo de 1.000) a los adjudicatarios del lote *Reflejos,* que en nada se beneficiaron con el cacaotal, y sin embargo, tales coasignatarios no han formulado ningún reparo ni objeción al trabajo de división. Sería una evidente aberración de legalismo si legal fuera la objeción que se estudia dar oportunidad a nueva demora y a cuantiosos gastos en un juicio que ya cumplió más de cincuenta años con fundamento en un reparo que resulta insignificante si se considera que los sucesores de Eustacio Villoria, a quienes se adjudicó el lote *Enderley,* son cinco, y que de éstos solamente dos pretenden que la partición se reforme y rehaga con un interés que apenas monta la suma de $ 80, quinta parte de los $ 400 que en el valor del cacaotal desaparecido se les adjudicó a todos en común.

Las otras cuatro objeciones se limitan a proponer con distintas palabras las mismas cuestiones a que se refieren los reparos que se han estudiado, y la demanda de casación, en relación con ellas no ofrece aspectos distintos que impongan la ampliación de los razonamientos que preceden y son bastantes para rechazar las imputaciones de ilegalidad que se hacen contra la sentencia aprobatoria de la partición.

Por lo que toca a la causal segunda, se hace consistir la pretendida incongruencia entre la demanda y lo decidido en la sentencia recurrida, en "que el fallador, que estudió sin orden, sin método, las objeciones que en síntesis tenían un solo fin, relevar la desigualdad en la adjudicación, concluyó aprobando el trabajo porque no tuvo en cuenta lo pedido al resolver, una a una, las objeciones respectivas".

Ni en la realidad procesal ni en el significado y alcance de este motivo de casación halla el menor fundamento esta nueva acusación. Ninguna de las ocho objeciones propuestas, que en realidad pueden reducirse a la mitad, dejó de ser considerada y analizada con detención por el Tribunal. El hecho de que la sentencia sea contraria a las pretensiones de los objetantes no da base a una acusación por este motivo. "La disonancia erigida en motivo de casación no es la negativa de una o más, que puede ser de todas, de las pretensiones del actor o de las excepciones del reo, sino algo muy distinto, que consiste en que la sentencia decida sobre algo que no

ha sido materia de la controversia, como ocurre en los fallos *extra o plus petita*, o que deje de decidir sobre algo de lo que las partes han puesto *sub judice* y que ha debido decidirse." *(Gaceta Judicial*, tomo XLV, página 430).

Más infundada resulta todavía la alegación de la causal 6ª, que el recurrente dice fundar "en que la sentencia que aprobó la partición se hizo, mediante el quebrantamiento previo de las formas esenciales de ella. En efecto, ¿cómo puede hacerse una partición sin que lo que es materia de ella conste de una manera clara y determinada? ¿En virtud de qué el partidor resuelve aumentar la masa partible con la casa y un cacaotal, contra lo estipulado en la escritura de transacción tántas veces mencionada?"

El solo planteamiento de este cargo y la razón en que aspira a fundarse hacen resaltar la improcedencia con que se propone la causal 6ª, destinada a subsanar, sobre la ocurrencia de nulidades procedimentales taxativamente enumeradas en la ley, las irregularidades que implican el quebranto de las formas esenciales del enjuiciamiento, que de otra suerte podrían comprometer la estabilidad de la cosa juzgada. En este caso no se alude a ningún vicio de nulidad que pudiera dar lugar a la consideración del cargo.

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, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 14 de abril de 1943, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Fulgencio Lequerica Vélez, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

Prescripciones de corto tiempo

El artículo 2543 del Código Civil consagra un término especial y corto de prescripción extintiva para las acciones de esa naturaleza, lo que se justifica debido a la índole propia de esa clase de comercio y a la cuantía reducida de las operaciones celebradas en esa forma, que imponen a los acreedores la obligación de realizar en corto plazo el cobro de sus créditos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

1º Los señores Luque & Rodríguez, comerciantes al detal, de Barranquilla, en el ramo de abarrotes, provisiones, etc., etc., despachaban víveres y comestibles por orden del señor Eduardo Uribe Ospina, también comerciante de aquella localidad, encargado en aquella época del despacho y administración en dicho puerto fluvial de unos barcos que navegaban bajo la denominación conjunta de "Flotilla Postal".

2º El precio de los víveres, comestibles, etc., detallados por Luque & Rodríguez mediante órdenes de Uribe Ospina, iba siendo cancelado parcialmente y más tarde pedía nuevas cantidades de los mismos; de suerte que la cuenta fluctuaba, ascendiendo o descendiendo, hasta llegar a la suma mayor de dos mil pesos ($ 2.000) a favor de Luque & Rodríguez.

3º Tales artículos se despachaban mediante órdenes de pedidos remitidas por Uribe Ospina, donde se detallaban las mercaderías solicitadas y se indicaba el barco a quien se suministraba. Esas notas de pedidos, que figuran en el expediente, están fechadas en orden sucesivo desde el 6 de enero hasta el 1º de junio de 1931.

El proceso.

El señor Francisco Luque Huerta, en representación de la sociedad "Luque & Rodríguez S. en C.", demanda al señor Eduardo Uribe Ospina para que, previos los trámites de un juicio ordinario, sea condenado a pagar a la sociedad actora la suma de dos mil trescientos ochenta y tres pesos con sesenta y ocho centavos moneda legal ($ 2.383.68), más los intereses corrientes, y en subsidio los legales, más las costas del juicio.

El demandado se opuso a las peticiones del actor, alegando que tales pedidos no los hacía a nombre propio sino en su condición de factor o administrador de la empresa de navegación fluvial denominada "Flotilla Postal", que era la entidad que debía en todo caso responder en juicio por cualquiera acción que pretendieran deducir los actores. Pidió además que se condenara al demandante a pagar los perjuicios provenientes de la acción preventiva de embargo que precedió a la acción principal; además, al pago de las costas del juicio.

Finalizó la primera instancia el Juzgado Tercero en lo Civil del Circuito de Barranquilla, quien en su sentencia de 10 de diciembre de 1940 absolvió al demandado Uribe Ospina de todos los cargos contenidos en el libelo de demanda. Como consecuencia, decretó el desembargo de todos los bienes secuestrados en la acción preventiva que precedió a la acción principal y condenó a los demandantes "Luque & Rodríguez S. en C." a pagar a Uribe Ospina los perjuicios causados en razón del embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 294, en relación con el 293, ordinal 7º del Código Judicial. Condenó en costas a la parte vencida. Funda su fallo absolutorio el Juez de instancia en la sola consideración de que las pruebas aportadas al proceso demostraban que la naturaleza de los contratos sucesivos y el giro ordinario del tráfico de la "Flotilla Postal" hacían presumir la no responsabilidad personal de Uribe Ospina, pues que actuaba como representante de los contratistas de dicha empresa; fuera de que no está demostrado que Uribe Ospina se dedicara, durante el tiempo de su administración, a negocios similares por su cuenta.

La sentencia acusada.

En virtud de apelación interpuesta por la sociedad comercial actora conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, la que finalizó en sentencia fechada el 1º de octubre de 1942. En esa pro-

videncia se revoca la de primer grado y en su lugar se condena a Eduardo Uribe Ospina a pagar a la entidad actora lo que éstos comprueben que aquél les adeuda por razón del presente juicio, mediante el trámite señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

Después de un largo análisis del haz probatorio llega el Tribunal a la conclusión de que las notas de pedido que figuran en autos no han sido canceladas; que Uribe Ospina al solicitar tales pedidos a la sociedad actora no obraba como factor o administrador de la "Flotilla Postal", sino que hacía tales pedidos en nombre propio y bajo su directa y exclusiva responsabilidad personal. Acepta igualmente el Tribunal que la entidad acreedora entendía que era Uribe Ospina quien solicitaba las mercaderías y que las despachaba bajo la solvencia y el crédito personal de este último. Fundado en esas consideraciones el sentenciador de segundo grado condena personalmente a Uribe Ospina a pagar lá cantidad debida, en la forma antes indicada.

El recurso.

Se alza en casación el apoderado del demandado Uribe Ospina e invocando el motivo primero del artículo 520 del Código Judicial acusa la sentencia del Tribunal por infracción directa de los artículos 343 del Código Judicial y 2543 del Código Civil, preceptos legales que siendo de rigurosa aplicación pasó por alto el Tribunal.

Sostiene el recurrente que en la segunda instancia el demandado propuso y fundó de manera expresa en el alegato de conclusión la excepción perentoria de prescripción de la acción, con base en los artículos 341 y 343 del Código Judicial; pero el Tribunal en su fallo no tomó en consideración y ni siquiera aludió a este medio defensivo del demandado.

Agrega el recurrente que el artículo 2543 del Código Civil expresa que prescriben en dos años las acciones de los mercaderes y proveedores por el precio de los artículos que despachen al menudeo, y este es precisamente el caso de autos, pues el último pedido se hizo el 3 de junio de 1931 y como la demanda fue presentada y notificada en 1939, han transcurrido más de ocho años sin el cobro regular de esos artículos.

Como la acusación anterior debe prosperar y producir la infirmación del fallo que se revisa, se prescinde de las demás que el recurrente formula, al tenor de lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial.

Estudio de los cargos.

Considera la Sala de Casación:

a) Aparece plenamente comprobado en autos que la última factura de cobro que pasó la firma "Luque & Rodríguez S. en C." a Eduardo Uribe Ospina, por razón de las mercaderías despachadas a este último y con ocasión de las notas de pedido que fundamentan esta acción, está fechada el tres de junio de mil novecientos treinta y uno (3 de junio de 1931);

b) El libelo de demanda que ha dado origen a este pleito fue presentado por la entidad actora el 31 de agosto de 1939 y notificada al apoderado del demandado el 14 de diciembre de ese mismo año;

c) El artículo 28 del Código de Comercio dice que "se considera comerciante por menor el que vende directamente a los consumidores los objetos en que negocia". Los señores Luque & Rodríguez vendieron sus mercaderías a Uribe Ospina despachándolas desde su establecimiento denominado "La Económica", almacén de rancho, abarrotes y artículos de primera necesidad, donde se vende al público tales mercaderías al menudeo;

d) Todas las notas de pedido enviadas por Uribe Ospina a Luque & Rodríguez, de enero a junio de 1931, evidencian que tales ventas fueron hechas directamente a un consumidor y al detal, puesto que el demandado las solicitaba para el consumo directo de los barcos de la flotilla y en ellas detallaba minuciosamente la cantidad precisa de cada una de las mercaderías o artículos pedidos, cantidades que fluctuaban en cada nota dentro de guarismos que oscilaban entre mínimo y máximo.

De manera que con vista de las pruebas anotadas, no cabe la menor duda de que los propietarios del establecimiento "La Económica" son comerciantes por menor que venden directamente y al menudeo a los consumidores los objetos que negocian.

Dispone el artículo 2543 del Código Civil que prescribe en dos años la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachen al menudeo. Tal precepto consagra un término especial y corto de prescripción extintiva para las acciones de esta naturaleza, lo que se justifica debido a la índole propia de esta clase de comercio y a la cuantía reducida de las operaciones celebradas en esta forma, que imponen a los acreedores la obligación de realizar en corto plazo el cobro de sus créditos.

En su alegato de conclusión de la segunda instancia (folio 40, cuaderno principal), propuso el apoderado de Uribe Ospina de manera expresa la excepción de prescripción, fundándola precisamente en los preceptos legales antes citados y que hoy estima como infringidos directamente en la demanda de casación. Resulta extraño que el Tribunal hubiera guardado silen-

cio respecto de este medio defensivo, debida y oportunamente interpuesto según los artículos 341 y 343 del Código Judicial, cuando lo procedente era tomar en consideración la excepción propuesta y decidir sobre su procedencia y demostración.

Considera la Sala que estando debidamente demostrado que la sociedad actora ejercita un comercio de venta al menudeo; que las mercaderías vendidas a Uribe Ospina lo fueron al detal; que la excepción de prescripción fue propuesta de manera expresa y con la debida oportunidad por el demandado, aparecen claramente infringidos, por no haberles dado el Tribunal debida aplicación, los artículos 341 y 343 del Código Judicial, y el 2543 del Código Civil, que consagra la prescripción de corto tiempo para operaciones comerciales de la índole de las que figuran en este proceso.

Debe prosperar, por lo tanto, la acusación presentada contra el fallo de Barranquilla y al entrar a actuar esta Sala como Tribunal de instancia debe infirmarse la sentencia acusada en casación y en su lugar confirmar la decisión absolutoria de primer grado, aunque por razones distintas y por los motivos que acaban de exponerse en esta providencia. Se observa que cuando falló el Juez de primer grado no se había propuesto dicha excepción.

También es fundada la condena que hizo el Juez de primer grado a los actores, consistente en pagar a Uribe Ospina los perjuicios causados en razón del embargo preventivo, porque así lo ordena de manera perentoria el artículo 294 del Código Judicial, en relación con el 293, ordinal 7º, de la misma obra, una vez que hubiere sido absuelto el demandado.

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, *casa* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 1º de octubre de 1942 y en su lugar confirma la dictada en primer grado por el Juez Tercero de aquel mismo Circuito el 10 de diciembre de 1940.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

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

Acción de nulidad de un juicio ejecutivo.

Ya ha dicho la Corte, en jurisprudencia constante, que el principio general consignado en el artículo 2º de la Ley 28 de 1932, sobre responsabilidad personal y exclusiva de cada cónyuge por las deudas que contraiga, nada tiene que ver, como es obvio, con obligaciones contraídas bajo el imperio de la anterior legislación matrimonial, de las cuales sigue siendo deudor el marido, y para cuyo pago siguen afectados los bienes del patrimonio social existente entonces, fuera de los bienes especialmente afectados por hipoteca. Ninguna disposición legal ni norma de derecho puede aducirse para concluír que el nuevo régimen legal puede afectar, perturbándolos o lesionándolos, derechos adquiridos por terceros acreedores de obligaciones nacidas perfectamente bajo el sistema legislativo anterior. Por el contrario, de acuerdo con los artículos 20 y 23 de la Ley 153 de 1887, en cuyos principios se informa el artículo 7º de la Ley 28, contentivo de reglas sobre tránsito de regímenes sociales, todo cambio en materia de derechos y obligaciones anexos a un estado civil deben regirse por la nueva ley que los establece, pero sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo veintinueve de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes.

1º Luis Felipe Marroquín y doña Elisa Sánchez contrajeron matrimonio en la parroquia de Facatativá el 30 de julio del año de 1909, quedando constituída desde esa fecha la sociedad conyugal Marroquín-Sánchez, al tenor de las disposiciones civiles vigentes.

2º Por escritura número 2, de 2 de enero de 1920, de la Notaría de Guaduas, Marroquín, administrador y jefe de la sociedad conyugal, adquirió a título oneroso la finca denominada *Guayabal*, ubicada dentro de los términos del Municipio de Guaduas, inmueble que el mismo señor gravó más tarde con la hipoteca de que da cuenta el instrumento número 197, de 1º de agosto del año de 1929, a favor de Manuel Hincapié y como garantía de un mutuo que pactaron por la suma de dos mil pesos moneda corriente ($ 2.000).

3º La señora Sánchez de Marroquín falleció en el expresado Municipio de Guaduas el 9 de diciembre de 1932, sin que se hubiese cancelado la hipoteca constituída sobre el inmueble citado, y que era de la expresada sociedad conyugal, por obra de lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 1781 del Código Civil, ya que, habiendo sido adquirido a título oneroso por uno de los cónyuges, entró forzosamente al haber de ese matrimonio.

4º Días después, en mayo de 1933, el acreedor hipotecario reclamó en acción real y personal el pago de su crédito e inició la demanda pertinente, enderezándola únicamente contra el cónyuge sobreviviente, señor Luis Felipe Marroquín, en litis cuyo resultado fue el remate del bien hipotecado que hiciera Hincapié por cuenta de su crédito.

5º El remate se inscribió en los libros correspondientes del Registrador de Guaduas y se entregó al rematante el bien de la subasta, pero en el juicio no fueron demandados ni por tanto citados ni emplazados los herederos o representantes legales de la esposa fallecida.

6º Se dictó sentencia, sin haber hecho parte en el mentado juicio ejecutivo a los herederos Elisabeth, Ezequiel, Ana Lucía y Jaime Marroquín Sánchez, representantes legales del cónyuge premuerto.

El proceso.

Luis Felipe Marroquín, en su propio nombre y como representante legal de sus menores hijos Ezequiel y Elisabeth Marroquín Sánchez, Ana Lucía Marroquín Sánchez de Ortega y Jaime Marroquín Sánchez, presentó demanda civil ordinaria ante el Juzgado Civil del Circuito de Guaduas contra el ejecutante y rematador Manuel A. Hincapié, impetrando las declaraciones que pasan a extractarse:

Primera. Que se decrete la nulidad del juicio ejecutivo seguido por Manuel A. Hincapié contra Luis Felipe Marroquín, con acción real y personal, persiguiendo el pago del crédito hipotecario contenido en la escritura número 197 de 1929, sobre la finca *Guayabal*,

Segunda. Que se ordene cancelar la inscripción del remate de la finca del *Guayabal* en la oficina del Registrador de Guaduas.

Tercera. Que como consecuencia de la nulidad demandada se le ordene pagar los perjuicios que con el referido juicio se les causó a los actores; a restituir los frutos naturales y civiles que hubiere podido percibir desde que se depositó la finca hasta cuando se haga la restitución; a pagar también el lucro cesante y los gastos y costas que ocasionó con el juicio ejecutivo; y se le condene a perder los gastos y costas liquidados a su favor en el referido juicio.

Cuarta. Que se le condene igualmente a las costas de este proceso, si se opusiere.

Finalizó la primera instancia el Juez *a quo* por medio de sentencia fechada el 30 de abril de 1942, en la cual accedió a decretar las peticiones suplicadas y, en consecuencia, declaró nulo todo lo actuado en el juicio ejecutivo seguido por Hincapié contra Marroquín para el cobro del crédito hipotecario que reza la escritura número 197 de 1929. Se ordenó la cancelación de la inscripción de remate de la finca *Guayabal;* declaró que el mencionado inmueble no ha salido del patrimonio de la sociedad conyugal disuelta formada por Luis Felipe Marroquín y Elisa Sánchez; ordenó que el demandado restituya la expresada finca a la mencionada sociedad conyugal disuelta; ordenó que, previo el procedimiento que señala el artículo 553 del Código Judicial, se fije el importe de las prestaciones mutuas a que haya lugar y, declaró, sin perjuicios de terceros, sin valor la cancelación del registro de la hipoteca contenida en la citada escritura 197. Sin costas.

Funda sus conclusiones el Juez del conocimiento en la consideración de que siendo el bien materia de la hipoteca y del remate de propiedad de una sociedad conyugal disuelta e ilíquida, la acción hipotecaria tenía forzosamente que haberse dirigido contra los representantes legítimos de aquella sociedad, que al mismo tiempo eran los poseedores del bien hipotecado; y como sucediera que la acción se siguió con prescindencia de los representantes y herederos legítimos del cónyuge ya muerto, sin demandarlos y sin citarlos, oírlos o emplazarlos, fue necesariamente írrito el proceso, en razón de lo dispuesto por el artículo 449 del Código Judicial.

La sentencia acusada.

Apeló de tal decisión el apoderado de la parte actora y en fallo fechado el 23 de febrero de 1943 decidió el segundo grado de este proceso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. En dicha providencia se revoca en todas sus partes la sentencia apelada y en su lugar se resuelve que no es el caso de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda. Sin costas.

La sentencia del Tribunal se basa en la tesis central de que las nulidades en los procedimientos están taxativamente enumeradas en el artículo 448 del Código Judicial, pero que tales nulidades deben ser pedidas y declaradas en el mismo proceso, salvo las excepciones que expresamente establece el artículo 457 del mismo Código. Entra la sentencia a interpretar dicho artículo 457, para precisar su alcance, y concluye que la acción ordinaria de nulidad que confiere ese texto de nuestra ley procesal, se otorga únicamente a la *parte* que no fue legalmente citada y emplazada, pero que estuvo actuando en el juicio como parte del proceso.

De esto deduce el Tribunal que las personas que no han sido parte en un juicio carecen de la acción de nulidad prevista en el artículo 457 del Código Civil. Y comoquiera que los herederos y representantes legítimos de Elisa Sánchez, que en este juicio accionan como representantes de la sociedad conyugal disuelta Marroquín-Sánchez, no fueron partes en el juicio especial de venta de la finca *Guayabal*, con tal interpretación del artículo 457 del Código Judicial no están investidos de la acción de nulidad que consagra tal precepto procesal y es el caso de considerar demostrada la excepción perentoria de carencia de acción de la parte demandante.

El recurso.

El recurso de casación ha sido interpuesto por el apoderado de la parte actora, con base en la causal primera de las establecidas por el artículo 520 del Código Judicial. Los cargos que se formulan al fallo del Tribunal pueden sintetizarse así:

1º Falta de aplicación del ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial.

Dice el recurrente que al analizar el problema jurídico se limitó el Tribunal a darle aplicación al artículo 457 del Código Judicial, sin vincularlo al ordinal 3º del 448 de la misma obra. De haberse aplicado este último texto legal se habría concluído por el fallador que estaba en el caso de reconocer la causal de nulidad del juicio especial de venta, que debe tener precisamente cabida en otro juicio distinto.

2º Interpretación errónea del artículo 457 del Código Judicial.

La sentencia del Tribunal se basa en que las nulidades en los procedimientos están taxativamente enumeradas en el artículo 448 del Código Judicial y deben ser declaradas en el mismo proceso, salvo las excepciones que consagra el artículo 457. Entre esas excepciones no está el or-

dinal 3º del artículo 448, y de ahí concluye que la acción de nulidad se otorga únicamente a la parte que no fue legalmente notificada, pero que estuvo actuando en el juicio, es decir, que era parte en el proceso.

3º Falta de aplicación de los artículos 451 del Código Judicial y 1434 del Código Civil.

En el juicio ejecutivo, como en el especial de venta, son también causas de nulidad el promover la acción después de muerto el deudor, sin que se haya llenado la formalidad de que trata el artículo 1434 del Código Civil, que exige el requisito de la notificación personal a los herederos para poderse seguir la acción contra éstos. Si esta formalidad no se cumple, el juicio puede concluir en el remate sin que los herederos lleguen a conocer la existencia de ese proceso. Como los herederos no fueron notificados, es nulo lo actuado.

—

Considera la Sala de Casación:

Cuando Marroquín se declaró deudor de Hincapié por medio de la escritura número 197 de 1929, era el jefe de la sociedad conyugal constituída con su mujer y el único que entonces tenía facultades administrativas y dispositivas respecto de los bienes sociales.

Ya viene dicho por la Corte en numerosos fallos que el marido, dentro del régimen jurídico de la sociedad conyugal imperante en la época en que se celebró el contrato de mutuo con garantía hipotecaria, era el único responsable respecto de terceros, durante la sociedad, de todas las deudas, sin distinción de las sociales, de las personales suyas, personales de la mujer o contraídas por ella con mandato o autorización expresa o tácita del marido o nacidas de contrato celebrado de consuno por los dos cónyuges. (Artículos 1796, 1806, 1807, 1834 del Código Civil). El marido era el único deudor respecto de los terceros, como consecuencia natural y lógica de un régimen administrativo en que él disponía como señor y dueño de todos los bienes que integraban el patrimonio social. (Léase sentencia de casación de 10 de julio de 1941. *Gaceta Judicial,* tomo LI, página 799).

Ahora bien: de la obligación mutuaria adquirida por la sociedad conyugal Marroquín-Sánchez a favor de Hincapié, era Marroquín indudablemente exclusivo deudor, la única persona de quien podía legalmente demandarse el pago de la deuda. Y esto es así porque entre las relaciones jurídicas que en virtud de ese contrato de mutuo con hipoteca se generaron, no existe ninguna que vinculara personalmente a la cónyuge Elisa Sánchez como deudora de Hincapié, por razón del dinero recibido en préstamo por su marido.

"Esta situación jurídica —sigue el fallo antes citado— esta relación de acreedor y deudor determinada por la celebración del contrato, no tenía por qué alterarse ni se alteró por efecto de la Ley 28 de 1932 que estatuyó, a partir del 1º de enero del año siguiente, un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, en el que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera y en que marido y mujer serán responsables de las deudas que personalmente contraigan, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. Este principio general consignado en el artículo 2º de la citada Ley 28, sobre responsabilidad personal y exclusiva de cada cónyuge por las deudas que contraiga, nada tiene que ver, como es obvio, con obligaciones contraídas bajo el imperio de la anterior legislación matrimonial, de las cuales sigue siendo deudor el marido y para cuyo pago siguen afectados los bienes del patrimonio social existente entonces, fuera de los bienes especialmente afectados por hipoteca. Ninguna disposición legal ni norma de derecho puede aducirse para concluir que el nuevo régimen legal puede afectar, perturbándolos o lesionándolos, derechos adquiridos por terceros acreedores de obligaciones nacidas perfectamente bajo el sistema legislativo anterior. Por el contrario, de acuerdo con los artículos 20 y 23 de la Ley 153 de 1887, en cuyos principios se informa el artículo 7º de la Ley 28 contentivo de reglas sobre tránsito de regímenes sociales, todo cambio en materia de derechos y obligaciones anexos a un estado civil deben regirse por la nueva ley que los establece, pero sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto." (*Gaceta Judicial,* tomo LI, página 803).

A la doctrina antes expuesta puede agregarse que la acción incoada en el proceso cuya nulidad se suplica ahora es la real hipotecaria, que faculta para perseguir el bien gravado sin relación a determinada persona, y el artículo 2452 del Código Civil establece que la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido. Y el numeral 1º del artículo 1583 del mismo Código dispone que la acción hipotecaria o prendaria se dirige contra aquél de los codeudores que posea, en todo o en parte, la cosa hipotecada o empeñada.

De manera que al tenor de los preceptos legales antes citados y de la doctrina consagrada

por vía jurisprudencial, no estaba el acreedor Hincapié obligado a citar a los herederos de doña Elisa Sánchez, para que comparecieran en el juicio especial de venta del bien hipotecado. Era el natural deudor Marroquín quien debía comparecer y con su citación se adelantó ese negocio hasta su terminción. Son impertinentes las citas que hace el recurrente de los artículos 448 y 457 del Código Judicial, porque no se está en presencia de una causal de nulidad para toda clase de juicios, que consagra el numeral 3º del primero de los preceptos indicados, ni de las excepciones contenidas en el segundo.

No pueden prosperar las acusaciones señaladas en la demanda de casación y se impone, por tanto, el mantenimiento del fallo del Tribunal, aunque por las razones expuestas en esta providencia y que son distintas de las que sirvieron de fundamento a la sentencia que es materia de este recurso. Por lo cual no hay condenación en costas.

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 en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de febrero de 1943.

Sin costas en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase a la oficina de origen.

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

Acción petitoria de uso de las aguas de un río.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Los señores María Teresa García de García y J. Honorato García D: demandaron en juicio ordinario, ante el Juez 1º Civil del Circuito de Zipaquirá, a Tomás de Jesús Díaz, Francisco Forero R. y Raimundo Forero R., y pidieron que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que como dueños y poseedores los suscritos demandantes de la finca llamada *San Clemente* antes alinderada, y por pasar dichas aguas, o sean las a que se refieren los hechos anteriores, por dicha finca, tenemos derecho a usar de dichas aguas para los menesteres de la misma finca.

"Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, tenemos derecho y acción para reclamar por la desviación de dichas aguas.

"Tercera. Que el convenio celebrado entre los señores Tomás de Jesús Díaz y Francisco Forero R. y Raimundo Forero, el día cuatro de octubre de mil novecientos treinta, ante el Alcalde de Tocancipá, no tiene efecto sino entre los citados demandados, y, por tanto, dicho convenio no nos obliga.

"Cuarta. Que los demandados señores Francisco Forero R. y Raimundo Forero R. no pueden extraviar, o mejor dicho, no tienen derecho para extraviar en el terreno antes alinderado, de propiedad de los demandados, ninguna parte de las aguas de que se viene tratando.

"Quinta. Que como consecuencia de la declaración anterior sean condenados los citados demandados señores Francisco Forero Ramírez y Raimundo Forero R., a no extraviar dichas aguas, a quitar el tubo por donde son extraviadas, a tapar el orificio del tubo, a dejar libre el curso de dichas aguas hacia mi predio, y a abstenerse en lo sucesivo de extraviar dichas aguas; todo lo cual deben ejecutar dentro del término que usted designe de acuerdo con la ley."

Admitida la demanda y corrido el traslado legal, el demandado Tomás de Jesús Díaz aceptó los hechos y el derecho que alegan los demandantes y manifestó que no se opone a que se hagan las declaraciones solicitadas.

Los demandados Foreros R. se opusieron a la acción intentada, aceptaron algunos hechos y negaron los otros, y Francisco Forero R. propuso, además, varias excepciones perentorias.

Trabada en esta forma la litis y agotada la tramitación correspondiente, el Juez del conocimiento pronunció la sentencia del cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, que en lo pertinente dice:

"1º Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"2º No se hacen las declaraciones solicitadas en el libelo de demanda, y, en consecuencia, se absuelve a los demandados de los cargos contra ellos formulados por los demandantes.

"3º No se hace condenación en costas."

En virtud de apelación interpuesta contra este fallo por ambas partes, subió el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial, donde, después de darle la tramitación adecuada, se pronunció la sentencia del diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, cuya parte resolutiva dice:

"Primero. Los demandantes María Teresa de García y J. Honorato García, en su condición de propietarios del predio de *San Clemente*, ubicado y deslindado como se deja dicho en la parte motiva de esta providencia, tienen derecho al uso de las aguas que nacen en la finca de *El Japón*, pasando luégo por aquélla, y, por consiguiente, las acciones para obtener el goce de ese derecho, de acuerdo con la ley.

"Segundo: Declárase que el acuerdo formalizado entre los señores Tomás de Jesús Díaz y Francisco Forero R. y Raimundo Forero R. el día cuatro (4) de octubre de mil novecientos treinta (1930), sobre el uso de las aguas a que alude la declaración anterior, no produce efectos contra los demandantes.

"Tercero. No es el caso de hacer, y no se hacen, las declaraciones a que se refieren los puntos cuarto y quinto petitorios de la demanda, por lo cual se absuelve a los demandados de los cargos en que se fundaron.

"Cuarto. No es el caso de considerar las excepciones propuestas.

"Quinto. No hay costas en el juicio.

"En los términos que preceden queda *reformado* el fallo que fue materia de la apelación."

El recurso.

Contra esta sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandante, el que se pasa a decidir hoy por haber llegado la oportunidad de hacerlo.

Con apoyo en las dos primeras causales de las que señala el artículo 520 del Código Judicial, el recurrente ataca la sentencia por violación de ley sustantiva y por no hallarse en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

La acusación por violación de la ley la desarrolla en dos cargos, así:

I. "El sentenciador, al dictar el fallo que negó las peticiones cuarta y quinta de la demanda, violó los artículos 683, 892 y 893 del Código Civil, y 8º de la Ley 113 de 1928, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea".

II. "Violación de los artículos 892 y 893 del Código Civil y 722 y 730 del Código Judicial, proveniente de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba."

En relación con el cargo de incongruencia dice el recurrente:

"Fundo esta causal en el hecho de que habiendo demostrado en el juicio el derecho que tenemos los usufructuarios de los predios inferiores al predio que poseen los demandados Forero Ramírez, al uso de las aguas que corren por éste, en la sentencia acusada se nos haya limitado y aun impedido, por lo que he expuesto en el curso de esta exposición, el ejercicio de ese derecho, por el hecho de reconocer a los demandados un derecho que legalmente carecen de él en la forma como lo ejercen, y en la forma como ha sido reconocido en la sentencia acusada."

Estudio de los cargos.

Como cuestión previa conviene aclarar que lo único acusado en casación de la sentencia del Tribunal es el ordinal tercero de la parte resolutiva, por medio del cual se absolvió a los demandados de los cargos que se les habían formulado en los puntos cuarto y quinto petitorios de la demanda, que atrás quedaron transcritos.

La demanda de casación no es precisamente un modelo de técnica, pues en el primer cargo habla el recurrente de violación de ley sustantiva "por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea", sin determinar el concepto en que considere infringidos los artículos que cita, como si pudieran coexistir las tres especies de violación, y en el segundo habla de violación por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, como si fuera lo mismo apreciarla equivocadamente que dejar de apreciarla, y sin hacer la acusación por error de derecho, o por error de hecho que aparezca de manifiesto, como lo ordena expresamente el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial. Desde un punto de vista rigurosamente técnico habría que rechazar, por este solo aspecto, el recurso. No obstante, se entra a considerarlo en el fondo.

Sostiene el recurrente que en el caso de autos se ha demostrado que de unas aguas de uso público los interesados han sacado un canal por donde desvían, a su capricho, "toda o la mayor parte de las aguas", sin que hagan volver el sobrante a su acostumbrado cauce, a la salida del fundo, ni en ninguna otra parte, porque la topografía del terreno no lo permite, con lo cual los dueños de los predios inferiores sufren graves perjuicios, pues debe tenerse en cuenta que éstos han adquirido el derecho a servirse de dichas aguas desde tiempo inmemorial. Agrega que los demandados no han obtenido el permiso de que hablan los artículos 683 del Código Civil y 8º de la Ley 113 de 1928.

Como lo hace notar el Tribunal, en la diligencia de inspección ocular que se practicó en la primera instancia del juicio, se comprobaron, entre otros, los siguientes hechos: que tanto la finca de *San Luis,* que usufructúan o poseen los demandados, como la de *San Clemente,* de propiedad de los demandantes, son riberanas de la corriente de agua sobre que versa el pleito; que la cantidad de aguas que los demandados desvían de la citada corriente, por un tubo de una pulgada de diámetro en su salida, equivale aproximadamente a la sexta parte del caudal; que las cinco sextas partes restantes de dicho caudal de aguas siguen corriendo por su acostumbrado cauce y van al predio de *San Clemente,* que puede beneficiarse con ellas; que el destino principal que los demandados dan a las aguas que desvían es el de servir de abrevadero de los ganados; y que por la conformidad del terreno y por las infiltraciones que sufre en su curso, resulta imposible devolver el sobrante al cauce principal.

En estas condiciones es claro, en concepto de la Sala, que los demandados están haciendo uso conveniente del agua que desvían, sin perjudicar a los demandantes, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 892 y 894 del Código Civil, que son aplicables al caso en estudio.

El Tribunal analiza acertadamente el problema, en los siguientes párrafos que trae la sentencia acusada:

"Desde luégo el uso debido de las aguas, a que tiene derecho el beneficiario del predio superior, está subordinado a la necesidad que ese uso esté destinado a satisfacer, de modo que el dueño del predio inferior no sufra perjuicios a consecuencia de captaciones indebidas que impidan su aprovechamiento; o como dice el doctor Botero Isaza en la obra ya citada: 'si el agua alcanza para todos los riberanos y aun sobra, puede usarse de ella con la mayor amplitud, pero si no alcanza, todo lo que haga que el agua se malogre por los unos en perjuicio de los otros, deja de ser uso conveniente y queda, por lo tanto, fuera del derecho que al propietario riberano corresponde'.

"Dentro de este criterio, el propietario del fundo superior no puede desviar la *totalidad* de la corriente, sino a condición de volver el sobrante a su acostumbrado cauce de salida, porque —como lo ha dicho la Corte— 'si se aceptara que por la conformación física del terreno no puede volverse el sobrante, ello querría decir que el uso de las aguas no se efectúa dentro de las prescripciones legales, y que más bien se trataría de la apropiación de aguas de uso público, que no son susceptibles de adquirirse por prescripción'. No sucede lo propio, sin embargo, cuando la desviación de las aguas se hace de manera *simplemente parcial*, ya en la medida indispensable a la satisfacción de las necesidades del predio en cuyo beneficio existe el derecho de uso de tales aguas; porque en ese caso el sobrante o corriente que debería volver al cauce de salida, único a que tienen derecho los propietarios inferiores, no ha sido desviado sino que antes ha seguido por el cauce natural, permitiéndoles a dichos propietarios el uso de las aguas, limitado, es verdad, pero no ya por una apropiación indebida del dueño del predio superior, sino por el uso normal y conveniente a que le da derecho su posición natural en el terreno."

"Ahora bien: en el caso de que aquí se trata se ha visto que los demandados sólo captan una cantidad aproximada a la sexta parte de la totalidad del agua que alimenta el cauce principal, por el que siguen las cinco sextas restantes; y como no se ha establecido que dicha cantidad exceda de la indispensable a la satisfacción de las necesidades de su finca, no puede aceptarse la obligación en que se hallen de devolver sobrante alguno al cauce principal y a la salida del fundo."

Como obviamente puede verse, el Tribunal fundó su decisión, principalmente, en la prueba plena que resulta de la inspección ocular practicada en la primera instancia del juicio, y en lo que disponen los artículos 892, 893 y 894 del Código Civil, que reglamentan, de manera especial, el uso que los propietarios riberanos pueden hacer de las aguas de uso público que corren naturalmente por los predios respectivos, y como este soporte de la sentencia, suficiente por sí solo para sostenerla, no ha sido atacado victoriosamente, no puede prosperar la acusación.

En concepto de la Sala no se violó el artículo 683 del Código Civil, ni, consecuencialmente, el 8º de la Ley 113 de 1928, porque tales artículos no son aplicables al caso, pues tratándose, como se trata, de predios riberanos, existe la reglamentación especial dada en los citados artículos 892, 893 y 894 del Código Civil, que son los que deben aplicarse, en las condiciones de que se ha hablado.

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error, sin decir si de hecho o de derecho, al apreciar el dictamen pericial que figura en autos, dictamen que no especifica claramente, pero que no puede ser otro que el que, para contestar algunas preguntas, rindieron en escrito separado los peritos que concurrieron a la diligencia de inspección ocular de que atrás se hizo mérito.

A esto observa la Sala, de un lado, que, como ya se dijo, el Tribunal apoya su fallo en los hechos y circunstancias comprobados por el Juez en la diligencia de inspección ocular, diligencia que en ese punto hace plena prueba según el artículo 730 del Código Judicial, y, de otro, que el concepto pericial a que alude el recurrente en muy poco varía la situación jurídica del problema, ya que los peritos dijeron, como conclusión de su informe, según se ve al folio 37 del cuaderno de pruebas número 4:

"Vemos, por tanto, que sin cambios en el caño actual y diámetro del tubo, es decir, conservando el actual estado de cosas, por el tubo mencionado sólo pasa una cantidad ligeramente superior a la quinta parte del total de agua que entra

a la acequia, y sólo puede aumentarse a base de represa o cambio de tubería a un mayor diámetro."

Se concluye que no son fundados los cargos de violación de ley que se han venido estudiando.

Tampoco puede admitirse el cargo de incongruencia, no sólo porque en la forma en que se hizo es completamente impertinente, sino porque la sentencia no falla más o menos de lo pedido y comprobado, ni fuera de eso, sino, por el contrario, ajustándose a las peticiones impetradas y a los preceptos legales que rigen la materia, como se vio al estudiar las tachas de violación de ley, preceptos en fuerza de los cuales absolvió a los demandados de las solicitudes hechas en los puntos *cuarto* y *quinto* de la demanda.

De todo lo expuesto se deduce que no prospera el recurso de casación de que se ha venido haciendo mérito, por lo cual no debe infirmarse la sentencia acusada.

En atención a lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Acción petitoria de dominio.

El artículo 608 del Código Judicial defiere al juicio del Juez para el señalamiento de la mayor o menor fuerza de la confesión extrajudicial, y así las cosas no cabe acusación por error de derecho basada en que el sentenciador haya dado tal o cual fuerza y valor a una confesión de esta clase. Esa disposición, que comienza diciendo que tal prueba es deficiente o incompleta, termina estableciendo que puede hasta tener mérito de plena prueba si a juicio del Juez no queda duda acerca de la confesión misma.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, primero de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

En repartimiento de 20 de septiembre de 1940 correspondió al Juzgado 8º Civil de este Circuito el juicio ordinario de Abelardo González contra Moisés Angel, cuya demanda formula las varias súplicas que aquí se estudiarán, entre ellas cardinalmente la declaración de que el actor es dueño absoluto de los lotes de terreno números 1, 2, 4, 490 y 491 del Pantano Grande o Pantano del Común del Municipio de Bosa por los linderos que a cada cual señala, en virtud de haberlos poseído él continua y tranquilamente desde enero de 1905.

Tramitada la primera instancia, el Juzgado negó todo lo pedido en fallo de 26 de septiembre de 1942, del que apeló González y que el Tribunal Superior confirmó en el de 15 de julio de 1943 contra el cual este señor interpuso casación, recurso que por estar debidamente preparado, hoy se decide.

La escritura de compra en que aparece Angel adquiriendo esos lotes obra en autos; pero el Juzgado, creyendo necesario el certificado de que habla el artículo 635 del Código Judicial, no traído al proceso en la primera instancia, se abstuvo de entrar en el fondo y por la falta de este elemento pronunció la antedicha negativa.

El Tribunal corrigió ese concepto haciendo ver que para la personería del demandado en relación con su título de dominio bastaba la aludida escritura y no es necesario aquel certificado, el que vino a los autos en la segunda instancia, y entrando en el fondo de los problemas planteados con la demanda, negó sus peticiones y por lo mismo, aunque por senda distinta, vino a confirmar la sentencia apelada.

La usucapión consumada en su favor la deriva González de la posesión que afirma haber ejercido por los treinta años de ley y aún más en que con ánimo de señor ha ejecutado los actos que dice comprobados plenamente con las declaraciones de testigos y demás medios probatorios que han de analizarse en el presente fallo, actos y comprobantes que el Tribunal no estudió porque razonó en forma que hacia innecesario e inconducente ese estudio, en cuanto, aun dándolos por acreditados en sí, no significan posesión, en razón de haber confesado González su calidad de administrador, incompatible con el ánimo de dueño.

Como en ese concepto está la clave de la sentencia recurrida, conviene transcribir los pasajes de ella que precisan y condensan el pensamiento decisivo de que se está hablando. Dicen:

"Dando absoluta credibilidad a estos testimonios, admite el Tribunal que evidentemente el demandante González laboró en los lotes por el tiempo indicado por los deponentes, que hizo allí siembras diferentes, que recolectó luégo sus productos, que impuso cercas y desagües, etc., etc., y que en esos oficios nadie vino a interrumpirle; y también quiere admitir el Tribunal que tal vez los deponentes dieron razón de su credibilidad, no de su dicho, cuando afirmaron que por haber vivido en el Municipio de Bosa les constaba toda la actividad del demandante en relación con los lotes memorados. Pero no admite el Tribunal que porque los testigos conceptúen que tales actos los ejecutó González como dueño de los lotes y sin reconocer dominio ajeno, esté probada esta situación. Y no lo admite porque otra es la situación que ofrece el expediente.

"Efectivamente, en el año de 1918, cuando Eulogio vendió los lotes antes indicados e hizo reserva del usufructo, ya para entonces tenía la administración de los bienes de aquel señor el presunto prescribiente de hoy; por tanto, si los deponentes vieron a éste ejercitando determinados actos sobre los lotes, lo vieron ejecutándolos pero en su condición de administrador, porque en esa condición estaba allí, su presencia en esos

predios obedecía a un vinculo de administración concertada con su dueño. Por tanto, los deponentes se equivocaron al presumir que González ejecutaba los actos que le veían desarrollar, en su condición de dueño; ya se vio también que el mismo Abelardo años después al iniciar la demanda de simulación contra Eulogio, el tradente de Moisés Angel y Ana Paz, reconoció expresamente que el titular del derecho de dominio sobre aquellos bienes eran personas extrañas a él mismo. El demandante González lo reconoció así cuando judicialmente cobró el valor de sus salarios por razón de su administración; de más está decir que todas estas situaciones favorecen el interés del demandado en este juicio en su condición de cesionario en el dominio de los expresados lotes."

González manifiesta que efectivamente fue administrador de bienes de Eulogio y le siguió y ganó pleito sobre pago de sus salarios u honorarios, y después bregó por impedir que su deudor se insolventara; pero que los lotes de terreno materia del presente juicio no lo fueron de esa administración, y agregando que no existe en el expediente prueba alguna de este hecho, esto es, de que en esa administración figuraran estos lotes, acusa al Tribunal de error por afirmarlo, dando fuerza de prueba de él a una copia que en manera alguna lo acredita, y lo acusa por el consiguiente quebranto de los artículos 762, 2512, 2518 y 2531 del Código Civil que dejó de aplicar al negarle lo que demanda, no obstante haber demostrado su tenencia material de los cuerpos ciertos determinados en su libelo, con ánimo de señor, por un lapso de tiempo más que suficiente para adquirir el dominio por prescripción extraordinaria.

Se considera:

La copia aludida (cuaderno 6º, folios 13 a 17) contiene, con sus notificaciones, la demanda formulada el 6 de junio de 1938 por Abelardo González contra Eulogio González y Ana Paz Peña González de Rojas, encaminada a invalidar el traspaso que a ésta hizo Eulogio de los varios bienes determinados en la escritura que al efecto cita, entre los cuales figura el usufructo vitalicio que Eulogio se había reservado al vender ciertos bienes en 1918, de ellos los lotes de terreno materia del presente juicio. En esa copia se lee que Abelardo se presenta como acreedor de Eulogio afectado por aquella enajenación que pone a su deudor en insolvencia; y se lee que esa calidad de acreedor invocada por Abelardo para justificar su interés en ese juicio que así entabla, le viene de haber ganado el pleito que allí cita, decidido definitivamente en sentencia del Tribunal, de 30 de julio de 1936, con estas palabras: ".... se condenó al señor Eulogio González a pagarme mi trabajo como administrador de sus fincas o encargado de ellas durante varios años...."

De aquí derivó el Tribunal su concepto antedicho, o sea que Abelardo González confiesa haber reconocido el dominio de Eulogio, por lo cual, por completa que sea la comprobación de los actos aludidos, faltándole el elemento *animus domini*, ellos se reducen a mera tenencia y, por ende, no dan asidero a usucapión.

Partiendo el Tribunal de aquella base, su conclusión negativa es estrictamente lógica. Apenas habrá para qué traer a cuento los artículos 762 y 775 del Código Civil que la imponen. Aquél exige la tenencia de una cosa determinada y el ánimo de señor o dueño para que se configure o produzca lo que define como *posesión*, y éste califica de *mera tenencia*, la que se ejerce sobre una cosa en lugar o a nombre del dueño, y termina con este inciso: "Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno". Y de su lado los dichos artículos 2512, 2518 y 2531 requieren *sine qua non* la posesión, como es obvio y sabido.

El recurrente al acusar el fallo del Tribunal en la forma ya expresada, no sostiene en verdad nada distinto en principio, sino que, como ya se dijo, párte de concepto opuesto sobre los hechos y comienza por atacar la estimación que el Tribunal hace de aquel elemento probatorio. El cargo lo formula el recurrente como diciendo: es verdad que si sólo hubiera tenencia, no habría base legal para la usucapión; pero no hay motivo, por no haber comprobante, para reputar mera tenencia lo que como posesión está invocado y acreditado, es decir, que carece de fundamento la infirmación pronunciada por el Tribunal respecto de las pruebas que acreditan la posesión y que, por lo mismo, justifican la declaración solicitada en la demanda.

El cargo consiste en error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba en que el Tribunal halla la confesión del demandante de haber sido administrador de los bienes de que ahora pretende se le declare dueño, y en que por obra de ese error se quebrantaron las disposiciones sustantivas que cita, entre ellas en primer lugar las ya dichas sobre posesión y usucapión.

El error de hecho que da entrada a este cargo en casación debe, para llegar a tánto, aparecer en los autos de modo manifiesto. Y a la verdad no se halla en el proceso nada contra lo cual vaya aquella apreciación ni ella en sí se encuentra errónea. Se dice esto, porque la copia de donde se tomó la frase transcrita vino al proceso en debida forma y oportunidad, y porque esa frase abarca en la administración afirmada en ella por Abelardo González los bienes de Eulogio, sin salvedad alguna; y entre los bienes de Eulogio figuran los que son materia del presente li-

tigio, como se ve en la escritura de venta de la nuda propiedad otorgada por Eulogio a Moisés Angel en 1918 y también en la de venta del usufructo otorgada por Eulogio a Ana Paz de Rojas en 1934.

Al vender en instrumento número 114, en la Notaría 4ª de Bogotá, el 6 de febrero de 1918, a Angel los diversos bienes relacionados allí, formula Eulogio una larga lista de sus títulos de adquisición de lo que transfiere, entre lo cual, repítese, están los lotes números 1, 2, 4, 490 y 491 del Pantano Grande o Pantano del Común, del Municipio de Bosa. Esa escritura se halla en su copia notarial registrada, formando los folios 9 a 13 del cuaderno 1º.

La copia de la demanda del juicio ordinario de Abelardo contra Eulogio y Ana Paz de Rojas se halla en los folios 13 a 17 del cuaderno 6º, como ya se dijo. Abelardo justifica en ella su personería para incoar ese pleito, aduciendo su calidad de acreedor de Eulogio por haberlo vencido en el juicio que le siguió sobre pago de sus emolumentos como administrador de sus bienes.

Abelardo solicitó y obtuvo en la primera instancia del presente pleito declaración de los testigos Jacinto Cantor, Gregorio Acosta, Zoilo Parra, Secundino Ontibón, Luis Duque y Jorge y Agustín González (cuaderno 3º, folios 8 a 12, 15 a 20 y 22 y 23), rendidas las primeras el 25 de febrero de 1941 y la última el 21 del subsiguiente marzo. Todos ellos afirman haber presenciado que por más de treinta años continuos Abelardo González sembró y cultivó papa, maíz, cebada y pastos en los lotes aquí discutidos, dispuso de aquellas cosechas, mantuvo animales suyos, construyó cercas y abrió desagües, sin que nadie lo molestara o se lo impidiera. Los más de ellos precisan el comienzo de esos actos en enero de 1905. Y en la segunda instancia, el 25 y 26 de febrero de 1943 (cuaderno 5º, folios 10 a 13) declararon Leonidas Peña, Rafael Neuta, Januario Córdoba y Ceferino González Garibello, en el mismo sentido y además sobre construcción por Abelardo, más de veinte años antes, de una casa que ha estado siempre habitada por él y su familia o por sus sirvientes o inquilinos.

También en debida forma y oportunidad hizo venir Abelardo al proceso copia de piezas de un juicio ejecutivo en que esos mismos lotes se denunciaron como de Moisés Angel, de las cuales aparece que al ir a practicarse el 22 de agosto de 1939 el depósito, se hallaron poseídos por él, por lo cual se dejaron en esta calidad en sus manos, y que después, por los trámites de rigor, obtuvo como poseedor el levantamiento del secuestro, en providencia de 25 de enero de 1941 (cuaderno 3º, folios 32 a 36).

En la inspección ocular de 3 de abril de 1941 practicada como prueba en este juicio, fue Abelardo quien recibió al personal de la diligencia, quien abrió las puertas para la entrada del mismo a los lotes y quien se halló ocupándolos sin que nadie le disputara su ocupación (cuaderno 3º, folio 28).

De paso se advierte que Eulogio González murió el 7 de febrero de 1939 (cuaderno 5º, folio 5º vuelto).

El Tribunal se abstuvo de analizar estas pruebas, que son las en que funda su derecho el demandante; pero no procedió así por capricho y con la consiguiente violación de preceptos legales, entre ellos los de los artículos 741 y 593 del Código Judicial, sino por estimarlo inoficioso, en razón de que, aun dando desde luégo por plenamente probados los hechos respectivos, no podían prosperar las pretensiones del actor, ya que esos hechos son otros tantos actos de tenencia que para constituír posesión requieren el ánimo de dueño en quien los ejecuta, y este ánimo está negado en el presente caso por el demandante al declararse administrador.

Contra el concepto del Tribunal de que Abelardo así lo confesara, acusa éste por error de derecho en cuanto se da el valor de confesión a lo que no tiene esta calidad, y también por error de hecho, en cuanto las fincas alinderadas en las dichas escrituras de Eulogio de 1918 para transferir la nuda propiedad a Moisés Angel y de 1934 para transferir el usufructo a Ana Paz de Rojas, en lo pertinente, o sea en lo del Pantano del Común, es distinta de la que Abelardo señala discriminadamente en su libelo inicial de este juicio para cada uno de los lotes en disputa.

A este último respecto se observa que la circunstancia de tomarse en conjunto las propiedades de Eulogio en el Pantano Grande en sus citadas escrituras, no puede tenerse por infirmación del hecho decisivo de enumerarse en esos instrumentos los mismos lotes 1, 2, 4, 490 y 491 de ese Pantano, los que, por lo mismo, quedaron incluídos en esas transferencias y en el relato de títulos de adquisición por Eulogio que se hizo en esos instrumentos, sin que pueda valer en contrario el hecho de que Abelardo en su actual demanda, los particularice y separe indicando los linderos de cada uno.

Y en cuanto al reparo sobre confesión, para hallarlo infundado, basta recordar que el artículo 608 del Código Judicial defiere al juicio del Juez para el señalamiento de la mayor o menor fuerza de la confesión extrajudicial, y que, así las cosas, no cabe acusación por error de derecho basada en que el sentenciador haya dado tal o cual fuerza y valor a una confesión de esta clase. Esa disposición, que comienza diciendo que tal prueba es deficiente o incompleta, termina estableciendo que puede hasta tener mérito de plena prueba si a juicio del Juez no queda duda

acerca de la confesión misma. Aquí no le quedó al Tribunal, en lo que no se halla ningún desacierto, puesto que la declaración de Abelardo sobre haber sido administrador de los bienes de Eulogio consta en su referida demanda, venida en copia del respectivo Juzgado en oportunidad legal.

Lo dicho hasta aquí hace ver que es inadmisible el cargo o conjunto de cargos formulados dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del Código Judicial, que se cifran en el quebranto de las disposiciones legales ya expresadas, junto con las cuales el recurrente cita los artículos 1768, 1769 del Código Civil y 593, 594, 608, 660, 661, 666 y 667 del Código Judicial.

Aduce también el motivo 2º, o sea el no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y se funda en que ni el Juzgado ni el Tribunal estudiaron sus pruebas, y además, en que el Juzgado expresamente se abstuvo de abocar los problemas planteados en la demanda a pretexto de no figurar el certificado del Registrador, de que habla el artículo 635 del Código Judicial, y sin embargo de esa abstención, el Tribunal confirma la sentencia de primera instancia.

Como ya se vio, el Tribunal no entró a exponer un detallado estudio de las pruebas del demandante, porque, aun dando por establecidos con ellas todos los actos de él que se encaminaban a comprobar, de ahí no podía derivarse la usucapión que pretende, porque ésta requiere posesión y ésta, a su turno, requiere ánimo de señor, y un administrador que ejecuta todos los actos correspondientes a esta calidad, ejecutándolos en ella y reconociendo por lo mismo el dominio ajeno, al demostrar que los ha ejecutado no ha justificado con esto usucapión alguna, por largo que haya sido el tiempo de su administración.

Y si este razonamiento, clara y sencillamente legal, conducía a negar lo demandado, el Tribunal tenía que confirmar la conclusión negativa a que había llegado el Juez, por más que éste hubiera llegado a ella por senda distinta.

De otro lado, es innecesario repetir aquí lo que uniformemente ha dicho siempre esta Sala sobre que una sentencia absolutoria no da campo, en tesis general, al referido motivo 2º de casación.

El recurrente aduce también como fundamento de su cargo sobre incongruencia, el hecho de que el Tribunal califique de acción de pertenencia la ejercitada en este juicio.

Dados los fines de la demanda y su petición cardinal, ese concepto se imponía, lo que basta para rechazar este otro fundamento o hallarlo inadmisible. Se agrega que, aunque hubiera sido errónea esa calificación, no es de ahí sino de todas las razones antedichas de donde se deriva la absolución pronunciada, por lo cual el cargo, aunque en sí mismo tuviese fundamento, que no lo tiene, no incidiría en casación.

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 pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el quince de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Acción de responsabilidad por culpa.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, trece de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Isáias Cepeda).

El 3 de julio de 1939 Pastor Guerrero, obrero por cuenta del Municipio de Bogotá, en el ramo de aseo, desempeñaba su labor de recogedor de basuras, en uno de los camiones destinados para ese objeto, que hacía su recorrido por la calle 26, en dirección a la parte baja de la ciudad. Al llegar por la mencionada calle, un poco abajo de la carrera 23, una cuerda del alumbrado público que estaba rota o desprendida pero con corriente eléctrica, golpeó a Guerrero, quien iba encima de la capota del carruaje, y lo derribó violentamente al pavimento, a consecuencia de lo cual se le fracturó el cráneo y murió instantáneamente.

Teniendo en cuenta este hecho, los padres legítimos de Pastor Guerrero, Tomás Guerrero y Celestina Numpaqué de Guerrero, presentaron, el 22 de noviembre de 1939, demanda ordinaria contra el Municipio de Bogotá, que fue repartida al Juez 1º Civil de este Circuito, en la cual pidieron que se le condene a pagarles la cantidad de $ 30.000, como indemnización por los perjuicios materiales y morales que estiman sufrieron por la muerte de su indicado hijo.

El representante del Municipio se opuso a la acción intentada, "por no ser el Municipio responsable en manera alguna del accidente que causó la muerte del obrero Pastor Guerrero", pues tal accidente "se debió a circunstancias meramente ocasionales o fortuitas y a descuido e imprudencia del mismo obrero".

El Juez del conocimiento, considerando que se trataba de un accidente de trabajo, que conforme a las leyes especiales sobre la materia tiene tramitación propia, estimó que la demanda adolece de ineptitud sustantiva y resolvió, por sentencia del treinta de abril de mil novecientos cuarenta y dos, que "no es el caso de hacer las declaraciones y condenaciones solicitadas en la demanda", sin condenar en costas.

En virtud de apelación interpuesta oportunamente por los demandantes, subió el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial, donde, una vez agotada la tramitación correspondiente al segundo grado, se pronunció la sentencia de fecha primero de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, por medio de la cual se confirmó la del Juez, sin hacer condenación especial en costas, confirmación que se hizo por razones distintas de las expresadas por éste.

Estimó el Tribunal que la base de la demanda intentada es una acción de responsabilidad por culpa y no la consecuencial de una prestación social por un simple accidente de trabajo, pero consideró que el obrero se expuso imprudentemente al daño, por lo cual desapareció el fenómeno de la responsabilidad imputable al Municipio, y consiguientemente su obligación de indemnizar perjuicios.

El recurso.

Contra esta sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de los demandantes, el que se decide hoy por haber llegado la oportunidad de hacerlo.

El recurrente, sin indicar las causales de casación en que apoya su demanda, acusa la sentencia del Tribunal por violación de ley sustantiva y por haber incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas.

Como disposiciones violadas cita los artículos 2341 y 2347 del Código Civil y 632, 664, 669 (sic), 697 y 730 del Código Judicial.

Como la demanda de casación es bastante desordenada y confusa, resulta muy difícil desentrañar el verdadero pensamiento del recurrente. No obstante, puede afirmarse que el ataque principal que le hace a la sentencia consiste en sostener que el Tribunal incurrió en error de hecho por no haber tenido en cuenta, en su totalidad, sino en una parte, la declaración de Tenorio Galindo, y que incurrió también en error de derecho por no dar a dicha declaración el valor de una presunción grave y fuerte, suficiente por sí sola para fundar una condenación a cargo del Municipio demandado.

Alega asimismo el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta, ni apreció en su valor legal, las declaraciones de Aquilino Cortés, Juan C. Castañeda, Sérvulo Bahamón y Eliécer Vaquen, quienes dicen, más o menos, que el día y cerca del lugar del accidente había un grupo de más de

veinte personas que le gritaban y hacían señas al chofer de la volqueta para que no bajara, porque había peligro, con motivo de una cuerda que conducía electricidad, pero que el chofer bajaba a bastante velocidad y no atendió los gritos del público, sino que siguió y tomó a la izquierda, por lo cual se ocasionó el accidente.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, como opositor a la demanda de casación, en representación del Municipio, dice que la Sala no debe siquiera entrar a estudiar el recurso, porque el recurrente no indica cuáles son las causales de casación en que se funda, y porque "cree que la errónea apreciación de pruebas es por sí misma causal de casación, olvidando que tal fenómeno es apenas un medio por el cual se llega al verdadero motivo de casación, que es la violación de una ley sustantiva."

Estudio de los cargos.

Se considera:

Como cuestión previa cabe observar que no ha sido materia del juicio el hecho de que en el sitio del accidente se hallara caída o descolgada una cuerda que conducía corriente eléctrica, ni por qué se hallaba en ese estado, en una vía pública, ni a quién podía atribuirse la culpa correspondiente. Tales extremos no fueron base de la acción intentada, ni puntos de investigación y comprobación especial, y solamente se ha hablado de ellos en forma colateral y no sujeta a decisión alguna.

La responsabilidad del Municipio, por culpa imputable a él, se ha hecho consistir, principalmente, no sólo en haber permitido sus funcionarios o agentes representativos, sino obligado al obrero desaparecido a viajar encima del carro del aseo, y secundariamente, en no haber el chofer que lo conducía atendido los gritos y señas de varias personas para que no bajara hacia el sitio en donde se hallaba la cuerda descolgada o caída, de que se ha hablado.

En lo tocante al primer punto, la acusación se funda en que la sentencia no tuvo en cuenta, en su totalidad, la declaración de Tenorio Galindo, pues no apreció la parte que dice:

"Me consta que el Subdirector del Ramo de Aseo fue responsable *indirectamente* de la muerte de Pastor Guerrero, que había dispuesto desde antes que, lloviera o tronara, fuéramos cuatro obreros para efectos del cargue y descargue de las volquetas de acarrear la basura...., y prosigue diciendo que entre la cabina no caben sino el chofer y el ayudante, y los cuatro obreros más fueron obligados a viajar, unos en el estribo y otros sobre el montón de la basura, y continúa su declaración afirmando que sí eran obligados los obreros a transitar encima de la volqueta."

Sobre el particular, dice la sentencia:

"Aparece plenamente establecido, mediante la prueba suministrada por la misma parte actora, que el choque con la cuerda se produjo porque Guerrero, en lugar de ocupar su puesto en el camión o carro para basuras, en el lugar destinado a tal empleado por las órdenes o reglamentos del Municipio, expresamente y contrariando tales reglamentos, órdenes o disposiciones municipales, optó por treparse sobre la parte superior del carro, exponiéndose así, imprudentemente y por su propia voluntad, a ser cogido por alguna de las distintas líneas de cuerdas que tiene instaladas el Municipio sobre las vías públicas, para el desarrollo de su propio servicio."

"En efecto, la Dirección de Tránsito del Municipio tenía, para la época de autos, repetidamente establecido que a los recogedores de basura les estaba absolutamente prohibido viajar sobre las carrocerías de los camiones. Sin embargo, Guerrero violó estas órdenes, y esa desobediencia fue lo que dio origen al accidente que le causó la muerte."

Las disposiciones emanadas de la Dirección de Aseo del Municipio, traídas en copia auténtica por el Personero Municipal, en tiempo y forma hábiles, son del siguiente tenor:

El artículo 2º de la Resolución número 75, dictada por el Director del Ramo de Aseo Municipal el 19 de diciembre de 1938, folio 1º del Cuaderno de pruebas número 2, dice:

"2º Los ayudantes de las volquetas del Ramo de Aseo no podrán ir jamás parados o sentados en la parte alta de éstas, sino junto al chofer (en donde hay sitio suficiente para dos obreros), o en los estribos o parte baja trasera de las máquinas en que trabajan.

"Cualquier infracción de esta disposición será sancionada severamente."

En comunicación número 12, fechada el 9 de enero de 1939, del Director de Aseo al señor Jorge Luque, Inspector de Acarreo Mecánico, le dijo, entre otras cosas:

"Igualmente repito a usted, como ya se lo he ordenado en varias ocasiones, que los peones ayudantes de las volquetas del Ramo de Aseo no deben colocarse en la máquina en su parte superior, pues aparte de que resulta completamente antiestético y absurdo, puede ser un peligro para tales obreros en caso de una caída. Dichos peones, como se resolvió oportunamente, deben ir sentados junto al chofer, en los estribos de las volquetas o en el intermedio que queda entre la casilla del chofer y el volquete." (Folio 2 del cuaderno citado).

Ahora bien: como lo expresa el Tribunal, con las declaraciones de Tenorio Galindo, Eliécer Vaquen, Aquilino Cortés y Juan C. Castañeda, se

demostró plenamente que Guerrero, contrariando las órdenes que han quedado transcritas, viajaba encima de la volqueta, lo que hizo que se enredara en la cuerda descolgada o desprendida que había en el sitio del accidente, y cayera violentamente en el pavimento, lo que le produjo la muerte.

El recurrente alega que el Tribunal ha debido darle a la declaración de Tenorio Galindo, en la parte que asegura que el Subdirector de Aseo había ordenado a los obreros viajar encima de las volquetas, el valor de grave presunción, suficiente para condenar al Municipio; pero fuera de que esa declaración, que es la única que obra en autos, no puede ser eficaz para desvirtuar la prueba plena que constituyen las órdenes emanadas de la Dirección del Aseo Municipal, resulta que si conforme al artículo 696 del Código Judicial, que el recurrente no cita, una sola declaración puede constituir presunción más o menos atendible, según las circunstancias, ello depende de la apreciación que el fallador le dé, de acuerdo con su conciencia, apreciación que no le es dado a la Corte variar, porque para hacerlo tiene aquél plena libertad.

En lo tocante a que el chofer que conducía la volqueta en que iba Guerrero no atendió los gritos y señales de algunas personas para que no bajara hacia la zona de peligro, no aparece comprobado que el chofer hubiera oído tales gritos, ni visto las señales, ya que los mismos testigos dicen que iba a bastante velocidad, y de otro lado, demostrado, como ha quedado, que el accidente en que perdió la vida Guerrero se debió a que él, contrariando las órdenes de la Dirección de Aseo, viajaba encima de la volqueta, es evidente, como lo sostiene la sentencia acusada, que Guerrero se expuso imprudentemente al daño, con lo cual desapareció el fenómeno de la responsabilidad del Municipio, porque no se comprobó en el juicio, por los demandantes, la culpa que se le imputa a aquél. Además, si se aceptara que el chofer no ha debido permitir que Guerrero viajara encima de la volqueta, y que oyó los gritos que le dieron y vio las señas que le hicieron para que no bajara con la volqueta a la zona de peligro, se plantearía un problema de responsabilidad personal y directa del chofer, por desobedecer también las órdenes perentorias y reiteradas dadas por el Municipio para que los obreros no viajaran en aquella forma, pero ese problema no ha sido el objeto del juicio y nada puede, por lo mismo, decidirse sobre él.

Se concluye de lo dicho que no son fundados los cargos formulados por el recurrente, por lo cual no prospera el recurso ni es el caso de infirmar la sentencia acusada.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha primero de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

CONSEJO DE ESTADO
Biblioteca

Responsabilidad por delitos y culpas.—Ejercicio de actividades peligrosas.—Culpa in vigilando y culpa in eligendo.

Fuera de la responsabilidad directa por los delitos y las culpas, ha dicho la Corte, existe otra de carácter indirecto a que se refieren los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 del Código Civil, que no por tener ese carácter vincula menos que la responsabilidad directa. En tratándose de la indirecta, que es de carácter excepcional, existe la presunción de responsabilidad que la ley establece contra el que tiene a su cuidado hijos, dependientes, empleados, etc., presunción que se desvirtúa en la forma establecida por esos mismos artículos. En que tratándose de actividades peligrosas, como la conducción de un ferrocarril, de un tranvía, de un automóvil, la presunción milita en contra de la empresa o de los patrones respectivos, y se desvirtúa sólo de la manera expresada por la ley o cuando se acredita que el conductor de un automóvil no estaba en el momento de producirse el accidente bajo la dependencia del respectivo patrón. No basta, ha dicho la Corte, que el dueño de una empresa de esa naturaleza acredite que con toda diligencia y cuidado tomó todos los informes del caso para establecer la buena conducta y experiencia del que maneja la máquina o que ha dictado estrictos reglamentos para regular la conducta de sus empleados, porque entonces la responsabilidad indirecta desaparece automáticamente y por completo y las víctimas de los accidentes de tránsito se encontrarían desamparadas, ante la insolvencia, casi general, de quienes manejan esa clase de máquinas. Por eso los conceptos de la culpa in vigilando o in eligendo, no pueden tomarse en un sentido tan estricto y limitado, que en todo caso exoneren de la responsabilidad al patrón. Esto se funda, además de lo que acaba de expresarse, en que tales empresas llevan anexas a sus actividades ciertas contingencias, como las de los accidentes de tránsito, así como las ganancias entran siempre a su patrimonio. Sería por lo demás aberrante que empresas de esa naturaleza, indiscutiblemente tuvieran, como tienen, pleno derecho a los beneficios del negocio y generalmente quedaran exoneradas de toda responsabilidad por accidentes causados en desarrollo de sus actividades, con la disculpa de que habían puesto el debido cuidado en la elección de sus subalternos y en la regulación de su conducta. La responsabilidad indirecta desaparecería por completo. Lo anterior no quiere decir que en todo caso y siempre haya de ser condenada la empresa cuyo empleado o dependiente causó un accidente, porque la responsabilidad de aquélla, como lo ha dicho y repetido la Corte, puede quedar desvirtuada por la demostración de ciertos factores, como el de fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño que puede ser la misma culpa de la víctima. Y estas limitaciones y el modo como la Corte ha configurado esa responsabilidad, evitan que pueda caerse en la aplicación de la teoría del riesgo, de la guarda jurídica con el carácter de ilimitada o irrestricta, teoría que la Corte no acepta, como lo ha dicho en varios fallos.

Ante los términos claros y expresos del artículo 2344 del Código Civil, ante el concepto de solidaridad que en él se establece, es imposible dividir la responsabilidad para efectos de la condenación de los perjuicios.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

El 27 de noviembre de 1940, en las primeras horas de la mañana, chocaron violentamente el camión número 7127, placa de Bogotá, y el Taxi Rojo distinguido con la placa 4721, en el cruce de la carrera 8ª con la calle 16 de esta ciudad. En virtud de ese choque fue arrollado por el taxi el menor Efraim Vargas, quien en tal momento se encontraba en la esquina, contra el poste que existía sobre la acera, recostado en él y a consecuencia del golpe que le causó, murió instantáneamente.

Iba manejado el taxi por el chofer Luis Guillermo Torres y el camión por Rafael Ortiz Mosquera.

Sobre los hechos anteriores, plenamente comprobados, Ester Vargas Villamil, madre natural de Efraím, demandó a la Empresa de Taxis Rojos, sociedad anónima, domiciliada en esta ciudad y representada por su Gerente Gabriel Borrero Falla, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se declare que dicha Empresa debe responder de la culpa civil por la muerte violenta de Efraím Vargas y que debe ser condenada a indemnizar a la demandante los perjuicios morales y materiales causados por la muerte de su hijo, que estimó en $ 15.000 o lo que fijen peritos durante el curso del juicio.

En sentencia del Juzgado 2º Civil de este Circuito, de 20 de junio de 1942 fueron hechas las declaraciones impetradas en la demanda y se condenó a la Empresa de Taxis Rojos al pago de la suma de $ 4.600 valor de los perjuicios morales y materiales causados a la demandante por la muerte violenta de su hijo.

Apelada la sentencia por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 4 de agosto de 1943, la reformó en el sentido de variar el monto de los perjuicios en la siguiente forma: $ 1.000 por concepto de perjuicios morales y $ 2.064.59, por concepto de perjuicios materiales.

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación, que pasa a decidirse.

El Tribunal funda su fallo en lo siguiente: Establecido plenamente el accidente, y establecido que a consecuencia de él fue arrollado y muerto por el taxi el menor Efraím Vargas, encontró la relación de causalidad, indispensable en estos casos, y por aplicación de los artículos 2347 del Código Civil y de las demás normas que reglan la responsabilidad indirecta, condenó a la Empresa de Taxis Rojos, por cuanto se comprobó que el carro causante del atropello era de la Empresa y que el chofer que lo conducía en el momento del accidente era dependiente de dicha sociedad y estaba en ejercicio de su cargo.

Teniendo en cuenta ciertos elementos probatorios, a saber: lo que ganaba el menor Vargas en el negocio de venta de periódicos y billetes de lotería, lo que de esa ganancia pasaba a su madre, la vida probable de ésta y del menor, hizo la condenación a los perjuicios materiales, oído el dictamen pericial, en la cantidad ya mencionada, y en los morales según su criterio de apreciación al respecto.

Fundado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial el recurrente hace varios cargos a la sentencia, que pasan a estudiarse.

El primero se enfoca sobre el artículo 2347 del Código Civil, el cual considera el recurrente indebidamente aplicado, por cuanto estima, entre otras razones que aduce, que la responsabilidad en el caso presente no puede recaer sobre la Empresa demandada, toda vez que no se puede imputar culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

La Corte considera: Sobre este extremo existe una doctrina clara, definida y reiterada por ella en numerosos fallos, en el último de los cuales, el de 2 de diciembre del año próximo pasado, se citaron varias e importantes sentencias sobre el particular.

Fuera de la responsabilidad directa, por los delitos y las culpas, ha dicho la Corte, existe otra de carácter indirecto a que se refieren los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 del Código Civil, que no por tener ese carácter vincula menos que la responsabilidad directa. En tratándose de la indirecta, que es de carácter excepcional, existe la presunción de responsabilidad que la ley establece contra el que tiene a su cuidado hijos, dependientes, empleados, etc., presunción que se desvirtúa en la forma establecida por esos mismos artículos. En que tratándose de actividades peligrosas, como la conducción de un ferrocarril, de un tranvía, de un automóvil, la presunción milita en contra de la empresa o de los patrones respectivos, y se desvirtúa sólo de la manera expresada por la ley o cuando se acredita que el conductor de un automóvil no estaba en el momento de producirse el accidente bajo la dependencia del respectivo patrón. No basta, ha dicho la Corte, que el dueño de una empresa de esa naturaleza acredite que con toda diligencia y cuidado tomó todos los informes del caso para establecer la buena conducta y experiencia del que maneja la máquina o que ha dictado estrictos reglamentos para regular la conducta de sus empleados, porque entonces la responsabilidad indirecta desaparecería automáticamente y por completo, y las víctimas de los accidentes de tránsito se encontrarían desamparadas, ante la insolvencia, casi general, de quienes manejan esa clase de máquinas. Por eso los conceptos de la culpa *in vigilando* o *in eligendo* no pueden tomarse en un sentido tan estricto y limitado, que en todo caso exoneren de la responsabilidad al patrón. Esto se funda, además de lo que acaba de expresarse, en que tales empresas llevan anexas a sus actividades, ciertas contingencias, como las de los accidentes de tránsito, así como las ganancias entran siempre a su patrimonio. Sería por lo demás aberrante que empresas de esa naturaleza, indiscutiblemente tuvieran, como tienen, pleno derecho a los beneficios del negocio y generalmente quedaran exoneradas de toda responsabilidad por accidentes causados en desarrollo de sus actividades, con la disculpa de que habían puesto el debido cuidado en la elección de sus subalternos y en la regulación de su conducta. La responsabilidad indirecta desaparecería por completo.

Y lo anterior no quiere decir que en todo caso y siempre haya de ser condenada la empresa

cuyo empleado o dependiente causó un accidente, porque la responsabilidad de aquélla, como lo ha dicho y repetido la Corte, puede quedar desvirtuada por la demostración de ciertos factores, como el de fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño que puede ser la misma culpa de la víctima. Y estas limitaciones y el modo como la Corte ha configurado esa responsabilidad, evitan que pueda caerse en la aplicación de la teoría del riesgo, de la guarda jurídica con el carácter de ilimitada o irrestricta, teoría que la Corte no acepta, como lo ha dicho en varios fallos.

Basta lo anterior para concluír que el cargo que se estudia no puede prosperar.

Los cargos contenidos en los capítulos 2º, 3º y 5º de la demanda, deben estudiarse en conjunto por cuanto están enfocados sobre unas mismas disposiciones sustantivas y por un mismo concepto. Estima el recurrente que fueron violados los artículos 1º de la Ley 95 de 1890, 2347, inciso primero, y 2349 ibidem del Código Civil, por no haber dado aplicación el fallador a los artículos 601 y 697 del Código Judicial al apreciar las pruebas. El recurrente estima, y éste es el sentido de su acusación, entresacado de los capítulos mencionados, que el Tribunal no apreció ciertas pruebas, que indica el recurrente, con las cuales a su juicio la Empresa demandada queda exonerada de responsabilidad.

La Corte considera: El Tribunal concentró toda la culpa del accidente sobre el chofer del taxi rojo y partió de la base de que éste atravesó la boca-calle estando el semáforo marcando en rojo. Esto es exacto; en esto no ha habido indebida valoración de la prueba. Pero si lo anterior es así, también lo es que el fallador de Bogotá no contempló ni el problema jurídico ni el problema probatorio en toda su integridad.

Una vez acaecido el accidente desgraciado en que perdió la vida el menor Vargas, se inició el correspondiente sumario contra Luis G. Torres y Rafael Ortiz, conductores respectivamente del taxi y del camión mencionados, se reconstruyó el accidente y se examinaron los dos vehículos.

De esa reconstrucción, y del croquis tomado del sumario respectivo, que figura al folio 40 del cuaderno número 3, se ve claramente que al atravesar el taxi la boca-calle, llevando la dirección Occidente Oriente de la calle 16, fue empujado violentamente en su parte trasera por el camión que venía por la carrera 8ª en dirección Norte Sur y que en esa boca-calle la varió tomando la dirección hacia el Oriente. Desplazado el taxi con el golpe, vino a estrellarse contra el poste de la esquina, contra el cual estaba recostado el menor Vargas. Si es exacto que el conductor del taxi atravesó la boca-calle cuando el semáforo estaba en rojo, también lo es que está acreditado que el camión venía a velocidad desmedida, lo cual está principalmente prohibido cerca de las boca-calles, y que sus órganos de control eran defectuosos. En la inspección ocular practicada el mismo día del accidente, se estableció que el freno de pie se encontró desgraduado, obrando en forma deficiente; el freno de mano, descompensado, frenando la rueda trasera izquierda más que la derecha (folio 38 vuelto del cuaderno número 3). En esas condiciones es obvio que el camión no podía ser detenido rápidamente, lo que hubiera evitado el accidente. Por estas pruebas y otras que obran en el sumario que al respecto se levantó y que legalmente vinieron a este proceso, el Inspector 3º de Circulación encontró que ambos choferes eran igualmente responsables del accidente y decretó la detención de los dos. Dicho funcionario observó lo siguiente en su mencionado auto: "Como García (un testigo) estaba atento a la marcha de ambos vehículos, tuvo el cuidado de observar el semáforo y darse cuenta de que no detuvieron su marcha, en el momento de estar el semáforo en amarillo, sino que, por el contrario, el rojo la continuó y el camión no la detuvo. La luz amarilla indica atención para ambos conductores, y mientras no esté completamente en verde, no se puede continuar. De manera que el conductor del taxi ha debido detener su marcha y el otro esperar a que de amarillo se pasara a verde. No cabe duda de la imprudencia de ambos conductores."

Al folio 22 del cuaderno número 6 se encuentra el informe rendido al Director General de Circulación por la Sección Técnica Mecánica de la misma, del cual se transcribe lo siguiente: "Que según el examen practicado por los peritos oficiales, al camión 7127 el día de autos (folio 9 del expediente respectivo) los frenos se encontraban desgraduados, siendo ésta una de las causas por la cual sucedió el accidente. Que dadas las huellas de arrastre de las ruedas traseras del automóvil 4721, arrastre producido por el choque, el camión desembocó a velocidad imprudente y que por la posición en que quedó el automóvil según el plano que obra en el expediente y sus daños localizados en la parte posterior (según folio 7º del expediente), éste ya había pasado el centro o eje de la vía".

Al folio 59 del cuaderno número 3 corre la declaración del Guardia de Cundinamarca Isidro Castillo, testigo presencial del accidente, quien declara que en el momento de producirse éste, "el camión mencionado pasó a gran velocidad por el flanco izquierdo mío y que el camión transitaba de Norte a Sur por el costado oriental de la carrera 8ª y que segundos después sucedió el choque". Agrega además: "Por las mismas razones antes anotadas, me consta igualmente que el taxi rojo número 47-21 ya había pasado con su parte trasera el cruce formado por la carrera octava con la calle diez y seis, cuando

fue alcanzado y proyectado contra el poste que allí existe, por la parte delantera izquierda del camión mencionado".

Las pruebas anteriores no fueron examinadas ni menos tenidas en cuenta por el Tribunal; pero en el caso presente esa omisión, ese error de hecho, no tiene operancia para infirmar el fallo recurrido por lo que sigue:

El conductor del taxi estaba en situación de culpa cuando se produjo el accidente, porque había atravesado la boca-calle cuando el semáforo estaba en rojo; el camión venía conducido a extrema velocidad y sus órganos de control eran deficientes. El solo paso del taxi, contra las reglas del tránsito, por sí no hubiera producido el accidente, puesto que fue el golpe del camión el que lo desplazó sobre el poste, y aunque el camión tenía los defectos anotados e iba conducido a velocidad desmedida, tampoco por estas circunstancias constitutivas de culpa, por sí solo hubiera producido el accidente.

Este se produjo por la concurrencia de dos culpas: la del chofer del taxi y la del conductor del camión; y siendo esto así, surge la solidaridad a que se refiere el artículo 2344 del Código Civil, solidaridad que no admite sino las excepciones de los artículos 2350 y 2355 ibídem, que son ajenos a este debate. De lo anterior se concluye que la Empresa demandada es responsable de todos los perjuicios causados por el accidente. Si hubiera sido demandado también el conductor del camión, y se le hubiera condenado, nada adelantaría con esto la Empresa demandada, en lo tocante a su condena, porque esa solidaridad la haría responsable por el total, ante el demandante.

Ante los términos claros y expresos del artículo 2344 citado, ante el concepto de solidaridad que en él se establece, es imposible dividir la responsabilidad para efectos de la condenación de los perjuicios. En esto no vacilan ni la jurisprudencia ni los doctrinantes. Don Fernando Vélez se expresa así: "La doctrina del artículo 2344 puede resumirse diciendo que fuera de los casos previstos en los artículos 2350 y 2355, cuando dos o más individuos causan daño a las personas o a las propiedades ejecutando un delito o culpa, son responsables solidariamente de la indemnización civil del daño, de modo que el perjudicado con éste o sus herederos pueden exigir de cada una de esas personas el pago total de la indemnización, y el que la satisfaga, tiene contra los demás individuos el derecho que otorga el artículo 1579". (Fernando Vélez, *Estudio sobre Derecho Civil Colombiano*, tomo IX, página 30, Nº 45). Los doctrinantes franceses como los hermanos Mazeaud y Lalou, sostienen al respecto la misma tesis.

El cargo, como se dijo, no tiene operancia para casar la sentencia; pero como sí es exacto que el Tribunal dejó de apreciar las pruebas mencionadas, y esto ha dado lugar para un estudio sobre la integridad del problema planteado, no habrá por esto condenación en costas en el recurso.

No existe violación del artículo 1º de la Ley 95 de 1890 en concordancia con el último inciso del artículo 2347 y segunda parte del 2349 del Código Civil como lo sostiene el recurrente, porque como ya se vio, fue la concurrencia de las dos culpas, la del chofer del taxi y la del conductor del camión, las que produjeron el accidente. En esta situación, el golpe que dio el camión al taxi no puede considerarse como la intervención de un elemento extraño, por cuanto el chofer del taxi estaba en situación de culpa cuando se produjo el accidente. Es necesario para que la intervención del elemento extraño exonere de culpa, que la persona natural o jurídica a quien se imputa aquélla, no esté en situación de culpa y ésta es la jurisprudencia de la Corte como puede verse, entre otras en la sentencia de 25 de noviembre de 1943, que dijo: "Jurídicamente no es cualquier hecho e intervención de tercero lo que constituye la causa de exoneración de responsabilidad; es necesario, entre otras condiciones, que el hecho del tercero aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado, caso en el cual la responsabilidad, anexa a la noción de culpa, se desplaza del autor del daño hacia el tercero en seguimiento de la causalidad que es uno de los elementos jurídicos esenciales integrantes de la responsabilidad civil. Los tratadistas ilustran la teoría de esa causal eximente de responsabilidad con estos ejemplos que facilitan su aplicación práctica: Una persona empuja a otra y ésta rompe una vitrina; un sujeto empuja a una persona al paso de un automóvil y la hace atropellar; un auto choca contra otro y éste, a consecuencia del impulso que recibe, lesiona a una persona".

Por último, no encuentra la Corte que se hayan violado los artículos 1613 y 1614 del Código Civil por no haberse interpretado en armonía con los artículos 2347 y 2349 ibídem, porque el Tribunal acogió el dictamen de la mayoría de los peritos y al hacerlo así no se ve que incurriera en error de derecho o de hecho manifiesto. Los peritos partieron de las siguientes bases: De lo que ganaba el menor Vargas con la venta de periódicos y billetes de lotería, de lo que pasaba a su madre, de esa ganancia, la suma de cincuenta centavos diarios. Hicieron el cómputo anual de lo que recibía la madre del menor por ese concepto, ciento ochenta pesos anuales y sobre todos esos factores fijaron el monto de la

indemnización. No avaluaron ni computaron perjuicios futuros o inciertos, puesto que no variaron para lo porvenir lo que hubiera podido ganar el menor y lo más que le hubiera podido dar a su madre.

Así las cosas, no encuentra la Corte violación de las normas citadas en ese capítulo de la acusación, y vale la pena observar que si es cierto que en varios casos cuando las víctimas han sido menores, no se ha condenado a perjuicios materiales, por cuanto se ha comprobado que aquéllos nada ganaban ni producían sino que eran sostenidos por sus padres; en el caso de autos está la prueba de lo que ganaba el menor y de lo que pasaba a su madre de esa ganancia, por eso es obvio, que hay lugar a la indemnización por perjuicios materiales. En cuanto a los perjuicios morales, no casándose el fallo, no puede modificarse su cuantía, porque como lo ha dicho la Corte repetidas veces, esa apreciación cae bajo el radio de acción privativa del juzgador, y por eso, ese extremo no puede entrar en la órbita de la casación.

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

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

Fulgencio Lequerica Vélez, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

Acción petitoria de declaración de una usucapión extraordinaria. Posesión entre comuneros.

Como doctrina invariable ha sentado la Corte en varios fallos la de que nadie puede prescribir contra su propio título, esto es, cambiar la causa y principio de su posesión por sí y ante sí; que hay una especie de solidaridad entre comuneros respecto de la posesión y sus efectos; que es exacto en principio, introvertible en derecho, que el comunero posee la cosa común en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente por sí, sino también por sus condueños; que asímismo la posesión es común y se ejerce por cada uno de los comuneros en nombre de la comunidad, tanto que no se puede prescribir contra un comunero mientras se le reconozca su derecho proindiviso (Gaceta Judicial, tomo LIII, números 1909 y 1910). Es, pues, doctrina conforme con la naturaleza de la comunidad y con los textos legales, que la posesión de cada copartícipe es común y que posee en nombre de todos los condueños, pero que puede haber un raro caso de excepción de que un comunero pueda ganar por prescripción el dominio de toda la finca común, porque la haya poseído durante el tiempo necesario, con ánimo de señor y dueño absoluto, con desconocimiento de los derechos de los demás comuneros de origen, cuestión ésta que está sujeta, como excepción que es, a pruebas inequívocas que deben ser apreciadas por el juzgador, y a una estricta interpretación.

Es requisito esencial para que se integre la posesión el animus domini, o sea, el ánimo de señor y dueño; pero como éste es un estado mental, psíquico, una función volitiva que escapa a la percepción por los sentidos, en tanto que él no se exteriorice por la ejecución de actos de señor y dueño, no de mera tolerancia o facultad, efectuados por el presunto poseedor, es indispensable que ellos se establezcan de manera fehaciente, sin lugar a duda, para que pueda decirse que la posesión reúne ese esencial requisito.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Invocando como título de dominio la prescripción adquisitiva extraordinaria, María Antonia Hernández v. de Alvarez, Ana Felicia Gaviria v. de Gaviria, Cecilia Alvarez de Mejía y Jaime Gil Sánchez, demandaron al doctor Antonio J. Ospina para que fueran resueltas judicialmente las siguientes peticiones:

"1º Que se declare a nuestro favor el derecho de dominio, por cuartas partes proindiviso, sobre una casa de tapias y tejas, con el suelo que ocupa, sita en Medellín, en la carrera El Palo, o carrera 45, marcada con el número 47-49, alinderada como allí se expresa.

"2º Que se ordene al demandado doctor Antonio J. Ospina actual poseedor del inmueble referido, la entrega a nosotros de él y del valor de los frutos civiles a que hubiere lugar.

"3º Que se condene en costas al demandado, si se opusiere."

La evolución de la propiedad que hoy se reclama de Ospina, y con relación a éste, es la siguiente: Ospina adquirió el inmueble en cuestión de Antonio Ospina R., según título de 24 de mayo de 1936; Ospina R. lo compró a José María Ramírez, según el título de 31 de agosto de 1931; Ramírez lo hubo de Emilio Franco, según título de 20 de octubre de 1927; Franco lo adquirió de Antonio Valencia Z. por venta de 6 de abril de 1925; éste del presbítero Agustín Gómez en 19 de marzo de aquel año; el presbítero se lo compró a Jesús A. Gómez en 3 de marzo de aquel mismo año; Jesús A. Gómez lo incorporó a su patrimonio, por adjudicación en el remate de 28 de abril de 1923, en el juicio ejecutivo de "Uribe, González y Cía.", contra Nicomedes Hernández.

La evolución en lo que dice referencia a las demandantes es como sigue:

A Nicomedes Hernández, hermano legítimo de la demandante María Antonia v. de Alvarez y tío de la demandante Ana Felicia Gaviria v. de

Gaviria, se adjudicó el inmueble referido en el juicio de sucesión de María Jesús Morales de Hernández, casada con Ambrosio Hernández y fallecida en 17 de julio de 1879, madre legítima de Nicomedes, Prudencio, Delfina y María Antonia Hernández.

El juicio de sucesión de María Jesús Morales fue iniciado en 1919, cuarenta años después de su muerte por Nicomedes Hernández, a espaldas, dice el demandante, de Delfina y María Antonia Hernández. Prudencio Hernández murió seis años después de su madre. A aquél se le adjudicó como único heredero de la causante, la casa y solar a que se refieren estos autos.

El Juez de la instancia desató la litis así:

"1º Declárase probada la excepción ordinaria adquisitiva de dominio del inmueble materia de la controversia, por parte del doctor Antonio J. Ospina opositor en el juicio;

"2º Como consecuencia de lo anterior, se absuelve al demandado de los cargos que se le formularon en el libelo de fecha indicada, y

"3º Sin costas."

Los demandantes apelaron de este fallo para ante el Tribunal Superior de Medellín, y esta entidad, en 24 de julio de 1942, confirmó la sentencia apelada con la reforma de que la parte resolutiva quedará simplemente así:

"No hay lugar a declarar la acción de prescripción adquisitiva extraordinaria que alegan los demandantes, ni demás peticiones de nulidad."

Consideró el fallador de Medellín que no habiéndose demostrado por parte de los demandantes el derecho de dominio que invocan sobre el inmueble en litis, era innecesario entrar a decidir sobre la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva invocada por el demandado.

Los fundamentos cardinales del Tribunal que sustentan su proveído, son en síntesis, los siguientes:

Que María Antonia y Delfina Hernández empezaron a poseer, según su propia manifestación, a nombre de la sucesión de María Jesús Morales; que si a ese título principiaron a poseer, no podía cumplirse la prescripción extraordinaria adquisitiva, porque el poseedor no puede cambiar el título con que principió a poseer por sí y ante sí; que no le es permitido al juzgador, fijar, sin probanza alguna, la época en que empezaron a poseer en nombre propio, con exclusión de los otros comuneros; que la fecha cierta de esa posesión a nombre propio no ha sido fijada de manera precisa en los autos, ni respecto a esa época hay pruebas que den asidero para considerar en qué momento principió la posesión en nombre propio de las demandantes.

Consideran éstas que el fallador de Medellín no acertó en la decisión jurídica de su litigio, y por esto lo sometieron al control de la Corte, por medio del recurso de casación, que les fue concedido y que finalizada su tramitación, hoy se decide.

Antes de entrar a estudiar los reparos del recurrente a la sentencia del Tribunal de Medellín, nota la Sala que el demandante no podía, con razón, intentar la acción planteada en este litigio, porque las demandantes no estaban en posesión de la casa en el momento de instaurar su acción.

Así dicen los comentaristas:

"La posesión requerida para toda prescripción debe mantenerse hasta el momento mismo en que se hace valer. De nada valdría haber poseído una cosa durante treinta años no interrumpidos, si se pierde la posesión de la cosa antes de que se alegue y declare la prescripción."

Pero admitiendo que las demandantes tuvieran la acción que han ejercitado, la Corte entra, sin embargo, a considerar los reparos que se le hacen al fallo en casación.

El principal y fundamental reparo que el recurrente le hace al fallo, consiste en la infracción de los artículos 1757 y siguientes del Código Civil y 593, 693 y siguientes del Código Judicial, provenientes de la apreciación errónea y falta de apreciación de algunas de las pruebas traídas al juicio.

Consideró el sentenciador que las señoras María Antonia Hernández de Alvarez y Delfina Hernández v. de Gaviria, empezaron a poseer el inmueble en litigio a nombre de la sucesión de su madre María Jesús Morales. En esta apreciación el Tribunal quebrantó, a juicio del recurrente las siguientes pruebas:

"a) Que no existiendo prueba legal en los autos de que doña María Jesús Morales de Hernández tuviera el dominio, total o parcial, del inmueble en cuestión, sus causahabientes no han podido entrar a poseerlo como herederos de su madre, sino en nombre propio;

"b) En que en el expediente consta que María Antonia Hernández de Alvarez y Delfina Hernández v. de Gaviria, vendieron sus derechos hereditarios en la sucesión de su madre a su hermano Nicomedes Hernández en el año de 1883, fecha desde la cual dejaron de poseer a nombre de la sucesión. Que esas escrituras no figuran en autos, pero que aparece la prueba de la subrogación de Nicomedes en esos derechos, y que de allí en adelante no fundaron su posesión material del inmueble en litigio en su título de comuneras."

Otra acusación consiste en el error de hecho y de derecho en la apreciación de los testimonios de Francisco Morales, Leonor Ortiz, Rosa Zapata O. y Esteban Montoya, quienes asegurán, dice el recurrente, que María Antonia y Delfina Hernández poseyeron con ánimo de señoras y dueñas la casa en disputa y, no como sucesoras de su madre.

También se dice que el Tribunal sufrió error de hecho y de derecho al apreciar la prueba de la personería de la demandante Ana Felicia Gaviria.

Antes de responder los cargos del recurrente, conviene no apartar de la memoria, el hecho de que la Corte ha señalado sendas a seguir para dilucidar las cuestiones que puedan presentarse sobre la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, entre comuneros.

Como doctrina invariable ha asentado esta Sala, en varios fallos, que nadie puede prescribir contra su propio título, esto es, cambiar la causa y principio de su posesión por sí y ante sí; que hay una especie de solidaridad entre comuneros respecto de la posesión y sus efectos; que es exacto en principio, incontrovertible en derecho, que el comunero posee la cosa común en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente por sí, sino también por sus condueños; que asimismo la posesión es común y se ejerce por cada uno de los comuneros en nombre de la comunidad, tanto que no se puede prescribir contra un comunero mientras se le reconozca su derecho proindiviso. *(Gaceta Judicial,* tomo LIII, números 1909 y 1910).

Es, pues, doctrina, de acuerdo con la naturaleza de la comunidad y con los textos legales, que la posesión de cada copartícipe es común y que posee en nombre de todos los condueños, pero que puede haber un raro caso de excepción de que un comunero pueda ganar por prescripción el dominio de toda la finca común, porque la haya poseído durante el tiempo necesario, con ánimo de señor y dueño absoluto, con desconocimiento de los derechos de los demás comuneros de origen, cuestión ésta sujeta, como excepción que es, a pruebas inequívocas que deben ser apreciadas por el juzgador y a una estricta interpretación.

Tomando nota de estos postulados jurisprudenciales, la Sala, en el presente caso, considera, a la par del Tribunal, que no está demostrado nítidamente en los autos y de manera inequívoca, que las señoras demandantes hayan poseído en nombre propio la casa en disputa.

En efecto, si ellas vendieron en el año de 1883 sus derechos hereditarios en la sucesión de su madre a su hermano Nicomedes Hernández, vinculados en esa casa era porque se consideraban sus herederas, y en este carácter ocuparon la casa en que estaban vinculados sus derechos hereditarios. Comenzaron pues a poseer en nombre de la sucesión, y esa posesión no puede ser variada hoy a voluntad de ellas.

Estas han reconocido que su posesión no era en propio nombre y así dijeron en el hecho 3º de su demanda:

"Tal dominio procedía de la ocupación como dueños del inmueble por más de 30 años hacia atrás, si acaso no hubieran sido suficientes sus derechos hereditarios como hijas de Ambrosio Hernández y de María Jesús Morales de Hernández, primeros propietarios de él, ya desaparecidos."

Cosa idéntica expresaron en el hecho 5º cuando dijeron:

"Es cierto que ya en el citado auto de 26 de septiembre el señor Juez había negado personería en dicho juicio de sucesión a Alvarez, o sea a María Antonia Hernández, y a Delfina Hernández v. de Gaviria, a pesar de que los varios motivos expuestos en el memorial tántas veces referido eran suficientes para acreditarla, entre ellos el carácter de los oponentes de herederas legítimas de Prudencio Hernández, fallecido después de su madre María Jesús Morales y por lo tanto su heredero legítimo, correspondiendo a aquéllas y a Nicomedes representar su derecho si la sucesión citada no fuera ya inocua por otras causales expuestas."

En el 9º reafirmaron su carácter de herederas poseedoras así:

"Antes de haber adquirido la totalidad del inmueble por la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, María Antonia Hernández v. de Alvarez y Delfina Hernández v. de Gaviria tenían derechos en más de la mitad de dicho inmueble como legítimas herederas de Ambrosio Hernández, cónyuge éste de María Jesús Morales y padre de aquéllas, según consta en declaraciones rendidas en 1919 por los testigos Emiliano Rave e Isidro M. Morales, en el juicio de sucesión de María Jesús Morales de Hernández; e igualmente como legítimas herederas de su hermano Prudencio Hernández, también hijo legítimo de Ambrosio y de María Jesús Morales, omitido maliciosamente en la sucesión de ésta por Nicomedes, habiendo muerto Prudencio seis años más tarde que su madre, o sea en 1885, sin dejar herederos en línea directa."

Estos reconocimientos acaecieron en el año de 1919.

Requisito esencial es, para que se integre la posesión, el *animus domini*, o sea el ánimo de señor y dueño, pero como éste es un estado

mental, psíquico, una función volitiva que escapa a la percepción por los sentidos, en tanto que él no se exteriorice por la ejecución de actos de señor y dueño, no de mera tolerancia o facultad, efectuados por el presunto poseedor, es indispensable que ellos se establezcan de manera fehaciente, sin lugar a duda, para que pueda decirse que la posesión reúne ese esencial requisito.

Esos hechos y sus comprobaciones ausentes están de este proceso. No se han puntualizado ni se sabe en qué consistieron, ni hay pruebas respecto de la ejecución de ellos que acredite, por parte de las demandantes, ese *animus domini*, ni se ha fijado la fecha en que principió la posesión, pero sí se ha precisado que hasta 1918 inclusive, venían reconociendo el dominio de la sucesión.

Sentado lo anterior se procede a confutar los cargos del recurrente.

Del hecho de que no haya prueba en los autos de propiedad del inmueble por parte de la madre de las demandantes, no se infiere necesariamente que las actoras hayan poseído la casa en que nacieron y vivieron, en su propio nombre y no como herederas de su madre. Esto último es lo natural y corriente. Para desvirtuar esta especie de presunción es indispensable, como se ha visto, demostrar el hecho concreto que atestigüe que ellas lo ejecutaron como señoras y dueñas y con ánimo de poseedoras exclusivas.

Si la ley presumiera que los herederos del causante que ocupan un bien que no pertenece a la sucesión, lo poseen en nombre propio y no en el de aquélla, el argumento sería irrefutable, pero a falta de esa presunción, la cuestión es de hecho y debe demostrarse superabundantemente.

Es evidente que en autos aparece la subrogación judicial de Nicomedes Hernández de los derechos de las demandantes en la sucesión de su madre María Jesús Morales de Hernández, lo que comprueba que las demandantes renunciaron a sus derechos hereditarios desde 1883, pero, también se ha visto que en el año de 1919 hablaron de su carácter de herederas de María Jesús Morales y así se expresaron en su alegato de casación:

"Es error de hecho y de derecho en cuanto las probanzas del juicio, pretender que los derechos de María Antonia y Delfina Hernández sobre el bien litigioso hayan querido derivarse por los actores de la mentada sucesión de doña María Jesús Morales de Hernández. Si ellas intentaron intervenir en ésta, en el año de 1919, fue para excluir un bien que les pertenecía exclusivamente, por prescripción adquisitiva extraordinaria, tan pronto como supieron que había sido inventariado en dicha sucesión. Si en ese mismo año, las señoras Hernández hicieron mención de su carácter de herederos de María de Jesús Morales o mejor, interesadas en la sucesión de ésta, no lo hacían como herederas de los derechos de su hermano Prudencio Hernández y representantes del mismo en la sucesión de aquélla."

El Tribunal en ninguna parte de su fallo se refirió especialmente a las declaraciones de Francisco Morales, Leonor Ortiz, Rosa Zapata O. y Esteban Montoya. Ha de presumirse que apreció todas las pruebas para fundamentar su decisión, pero considerando, en gracia de disputa, que no las hubiera apreciado y que esa omisión constituyera un error de hecho, lo cierto es que esas declaraciones no puntualizan hecho alguno ejecutado por las demandantes que indique que ellas poseían en nombre propio la casa que habitó su madre y en la cual ellas nacieron y vivieron. Así se expresan esos declarantes en lo pertinente:

"Es cierto y les consta personalmente que desde que murió la señora Morales, hace 40 años, sus herederas Delfina y Antonia Hernández han estado ocupando y poseyendo la única casa de la sucesión."

En esta afirmación los testigos no señalan hecho alguno que indique claramente que ocuparon la casa con ánimo de señor y dueño, al contrario, consideran la casa como de la sucesión lo que está indicando que sus ocupantes lo hacen a título de sucesores.

Es, pues, infundado el cargo.

El sentenciador echó de menos en su fallo la comprobación del estado civil de la demandante Ana Felicia Gaviria, que se dice hija de Delfina Hernández de Gaviria, porque no se acompañó la correspondiente partida de matrimonio de sus padres.

El recurrente nota este pasaje del fallo diciendo que la no presentación de la partida de matrimonio de Delfina Hernández de Gaviria, madre de Ana Felicia, apenas produciría el efecto legal de no dejar establecida la filiación legítima de ésta, pero que no le quita su derecho para pedir en nombre de su madre.

Esta argumentación del recurrente apenas merece tenerse en cuenta. Si no se ha comprobado el matrimonio de los padres de Ana Felicia, aun cuando aparezca su partida de bautismo, es de todo punto imposible, legalmente hablando, reconocer a Ana Felicia como hija legítima de Delfina Hernández, sin aparecer el comprobante de que su madre fue legítimamente casada y por ende el derecho de representarla.

Las demás acusaciones del recurrente son una consecuencia de los errores de hecho y de de-

recho en que, a juicio del demandante en casación, incurrió el sentenciador al no dar por comprobado, por hechos positivos, la posesión que en nombre propio, con exclusión de cualquiera otra persona, ejercieron las demandantes sobre la casa en litigio.

En resumen: no hay en el expediente indicado hecho alguno ejecutado por las demandantes que exteriorice su ánimo de poseedoras exclusivas y a nombre propio, de la casa de su madre María Jesús Morales. Tampoco hay comprobación alguna respecto de esos hechos. Las afirmaciones consignadas tanto en la demanda como en el alegato de casación, indican, sin dejar duda en el espíritu, que estas señoras no ocuparon la casa de la sucesión con ánimo de poseedoras exclusivas y las apreciaciones del sentenciador al respecto, no han sido desvanecidas o desvirtuadas por los ataques del recurrente.

Como deducción de todo lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley *falla:*

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín de fecha veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y dos.

2º Las costas son de cargo del recurrente.

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

Fulgencio Lequerica Vélez, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Emilio Prieto Hernández, Oficial Mayor en propiedad.

ACCION DE DOMINIO

Por regla general, en todo pleito es cuestión de preferente y previa consideración al decidirlo la averiguación de si el actor tiene o le asiste la acción que ha ejercitado. Cuando se llega a la conclusión negativa, la consecuencia lógica y legal que se impone al juzgador es la absolución del demandado. Sólo en el caso de que esta acción proceda, esto es, que legalmente exista y corresponda al acto, puede entrarse en el estudio y análisis de las excepciones propuestas para enervar o destruír la acción incoada. La excepción perentoria es una defensa de fondo y tiene que consistir en la contraposición de hechos distintos a la mera negación de los fundamentos de la demanda, que sean impeditivos o extintivos, que den al demandado el poder jurídico de anular la acción del actor en forma definitiva. La carencia de acción no es excepción, como reiteradamente lo ha dicho la Corte. La de petición de un modo indebido, no corresponde a la falta de acción del demandante, sino al modo, tiempo y circunstancias como el derecho ha sido ejercitado. Enfrentadas las partes en un litigio el Juez debe reconocer el derecho hasta donde haya sido probado y absolver al demandado si esa demostración no ha sido legal y suficientemente realizada en el proceso.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá, en libelo fechado el 21 de abril de 1941, Leopoldo Martínez, diciéndose representante de la sucesión ilíquida de Juan Miguel Cañón y Mariana Murcia y en interés de ésta, demandó a Juan María del Castillo y a Lucrecia Isaza de del Castillo (a ésta en reforma de la demanda), para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"A. Que la sucesión ilíquida de Juan Miguel Cañón y Mariana Murcia, es dueña y por consiguiente tiene mejor derecho que el señor Juan María del Castillo al dominio y posesión de un globo de tierra, ubicado en el Municipio de Paunа, vereda de Monte y Pinal, comprendido dentro de los siguientes linderos:.....

"B. Que como consecuencia de la declaración anterior, es nula y sin valor ni efecto la adjudicación que se le hizo al señor Juan María del Castillo del globo de tierra determinado en el punto anterior, en la sucesión del señor Marcelo Cañón y Carmen Matallana.

"C. Que se decrete y ordene la cancelación en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, de la inscripción que se hizo de la partición y adjudicación de los bienes de la sucesión de Marcelo Cañón y Carmen Matallana, o de la sentencia que la aprobó, en lo que se refiere al globo de tierra determinado, así como la inscripción de la escritura de protocolización de este juicio sucesorio, en los libros correspondientes de la Oficina de Registro.....

"D. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene al señor Juan María del Castillo, a restituir a la sucesión ilíquida de Juan Miguel Cañón y Mariana Murcia, el globo de tierra que se determinó en el punto o petición marcada con la letra A.

"E. Que se condene al señor Juan María del Castillo a restituir a la sucesión ilíquida de Juan Miguel Cañón y Mariana Murcia, los frutos naturales y civiles o el valor de tales frutos, producidos en el globo de tierra materia de esta acción reivindicatoria, frutos que debe restituir o pagar desde el día que entró en posesión del globo mencionado hasta el día de la entrega de éste y cuyo valor se determinará por medio de peritos y por los demás medios probatorios que la ley establece.

"F. Que se condene al señor Juan María del Castillo a pagar a la sucesión ilíquida de Juan Miguel Cañón y Mariana Murcia el valor de los deterioros y desmejoras que hubiere sufrido la finca materia de esta acción reivindicatoria, estimados por peritos o por cualesquiera otros medios probatorios durante el juicio.

"Que se condene al señor Juan María del Castillo en las costas procesales si se opone a esta acción."

Los hechos fundamentales de esta acción son, en síntesis, que Juan Miguel Cañón compró el terreno alinderado en la demanda a Jerónimo de las Casas Novas por escritura pública del 10 de octubre de 1780, otorgada ante el Alcalde ordinario de la ciudad de Muzo, título éste cuya inscripción no ha sido cancelada por ningún medio legal. Que el referido terreno fue inventariado en el sucesorio de Marcelo Cañón y Carmen Matallana, juicio protocolizado en la Notaría 2ª de Chiquinquirá, y que en su partición le fue adjudicado al demandado Castillo el lote determinado en la demanda. Que muerto Juan Miguel Cañón, sus bienes deben pasar a sus herederos, y que su mortuoria cursa en el Juzgado 2º del Circuito de Chiquinquirá, en la cual el demandante fue declarado subrogatario de algunas herederos a quienes compró sus derechos, y, finalmente, que el demandado es el actual poseedor del lote que se reivindica.

Surtido el traslado legal de la demanda, los demandados se opusieron a las pretensiones del actor, y con excepción del hecho referente a que el sucesorio de marcelo Cañón fue protocolizado legalmente, negaron todos los demás hechos fundamentales, y opusieron las excepciones perentorias de carencia de acción, falta de personería del actor y prescripción adquisitiva del dominio.

Agotados los trámites del primer grado, el Juzgado del conocimiento profirió sentencia definitiva el 25 de mayo de 1942, cuya parte resolutiva dice:

"No hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en el libelo de demanda; en consecuencia, absuélvese a la parte demandada de todos los cargos formulados por el actor Leopoldo Martínez."

Se condenó a éste en las costas de la instancia.

Sentencia acusada.

Apelada por el demandante la sentencia del Juzgado, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el cual, después de sustanciado el recurso, la confirmó en todas sus partes en fallo del 13 de marzo de 1943. Sin costas en la segunda instancia.

Consideró el sentenciador del primer grado que la acción principalmente intentada en la demanda era la de nulidad de la partición verificada en el sucesorio de Marcelo Cañón y Carmen Matallana, y que la reivindicatoria se propuso como consecuencia de ésta, en forma de acumulación sucesiva y dentro de este planteamiento de la cuestión litigiosa llegó a la fórmula absolutoria porque estimó que el demandante, subrogatario de derechos en la sucesión de Juan Miguel Cañón y Mariana Murcia, no tiene acción para pedir la nulidad de aquella partición en que no es copartícipe; porque enderezó su demanda contra uno solo de los coasignatarios, y porque ninguno de los hechos fundamentales de la demanda sirve para dar base a ninguna especie de nulidad.

"Si por falta de legitimación en causa —dijo el Juzgado—, la acción de nulidad no puede prosperar en el presente caso, la acción de dominio debe correr la misma suerte dado su carácter de sucesiva o condicionada."

El Tribunal, a diferencia del Juzgado, vio de manera distinta la acumulación de las acciones propuestas en la demanda, y atendiéndose no sólo a los hechos sino al derecho invocado, que en nada se relacionan con la nulidad, lo mismo que a las propias expresiones del libelo, consideró que la acción principalmente incoada es la de dominio con todas sus consecuencias, y que a ella se acumuló injurídicamente la de nulidad de una partición, para la cual estima el Tribunal en acuerdo con el Juzgado, que el actor carece de personería sustantiva. Pero a pesar de este diferente planteamiento del problema del pleito llegó a la misma conclusión de la sentencia apelada porque al estudiar la acción reivindicatoria halló que le faltaban tres de sus elementos constitutivos, cuales son la propiedad del actor, la singularidad del bien reivindicado y su posesión actual por el demandado, pues no se trajo a los autos el título de dominio que Juan Miguel Cañón, a nombre de cuya sucesión se pide tuviera sobre el lote que detalla la demanda, ni se intentó siquiera demostrar la identidad de éste con el que se pretende poseído por el demandado y que el actor afirma que es parte de otro más extenso, ni se estableció tampoco que Juan María del Castillo poseyera el terreno, como era necesario por haber éste negado desde un principio tal posesión.

Improcedente la acción reivindicatoria por estar desintegrada en sus elementos esenciales, e improcedente asimismo la de nulidad, ya se le considere como principal o simplemente consecuencial de la primera, la fórmula decisoria era la absolución del demandado.

El recurso.

Frustradas las pretensiones del actor en los dos grados del juicio, ha traído el negocio a la Corte por virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto contra la sentencia del Tribunal, que hoy se decide una vez agotada su tramitación. Lo funda en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y acusa la sentencia recurrida por violación de los artículos 343 y 472 del Código Judicial, por no haberlos aplicado, como consecuencia del error de hecho en

que incurrió en la interpretación de la demanda al tomar como acción principal "no la nulidad de la partición impetrada sino la acción reivindicatoria y necesariamente en este caso estudió los elementos que constituyen dicha acción, para concluír que no se había probado, como en efecto no lo están, porque mal podría sostenerse que sí lo están siendo así que los autos demuestran otra cosa". "Si el honorable Tribunal interpreta la demanda en el sentido en que debió hacerlo, necesariamente llega a las mismas conclusiones a que llegó el señor Juez *a quo*, y habría corregido en la forma, que no en el fondo, la parte resolutiva del fallo, porque en vez de absolver a los demandados de los cargos contra ellos formulados, habría declarado probada la excepción de petición de un modo indebido, con lo cual quedaban a salvo las normas legales."

Se considera el cargo.

Reconociendo el apoderado del actor recurrente, como lo dice en la declaración expresa con que encabeza su demanda de casación, que "es evidente que el demandante no probó la acción en legal forma, porque si bien es cierto que existen algunos elementos allegados a los autos, faltan otros que son esenciales para la comprobación del derecho que alega mi mandante", aspira sin embargo a que la sentencia del Tribunal sea reformada en el sentido de cambiar la absolución del demandado por la declaración de que está probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido. La acusación en esta forma, con la cita de disposiciones del Código de Procedimiento, se funda en una razón sin consistencia legal y plantea una cuestión en que no es fácilmente discernible el interés jurídico que legitime y explique la interposición del recurso dentro de las limitaciones y bases indicadas.

Sin alterar los factores esenciales del libelo no se puede aceptar una interpretación de la demanda en forma distinta a la que le dio el Tribunal en cuanto a la naturaleza y subordinación de las acciones en ella intentadas. No cabe duda, en efecto, de que en este caso se está en presencia de una acción de dominio porque a ella corresponden exactamente los elementos estructurales que contiene la demanda, en sus pedimentos, en sus razones de derecho y en sus hechos fundamentales. Se impetra en primer término la declaración de que el dominio del lote reivindicado pertenece a la sucesión ilíquida de Juan Miguel Cañón y Mariana Murcia, y a continuación, como consecuencia de esta declaración de pertenencia, se pide que se declare sin valor ni efecto la adjudicación que de parte de ese inmueble se hizo al demandado en el sucesorio de Marcelo Cañón y Carmen Matalliana. Las demás peticiones, sobre restitución del lote y sus frutos y de cancelación de inscripciones en el registro público, se proponen como consecuenciales de las anteriores. Nada hay en la demanda que autorice para afirmar que está pedida la nulidad de la partición verificada en el juicio mortuorio de Marcelo Cañón y Carmen Matalliana, y ninguno de sus fundamentos legales ni de hecho se relacionan ni indirectamente con el fenómeno de la nulidad. La solicitud marcada con la letra B) no se refiere a la nulidad de ninguna partición, fenómeno éste que como es bien sabido se rige por las disposiciones que gobiernan la nulidad de los contratos; allí lo que se pide es que se declare nula y sin ningún valor ni efecto la *adjudicación* que del lote se hizo al demandado en la liquidación de otra herencia, en el sentido de ineficacia, por ser de cosa ajena. Esta es la interpretación obvia de la parte del libelo reivindicatorio en que se ha querido ver inconsideradamente una acción de nulidad de una partición sucesoral.

Pero es que en realidad carece de importancia y de interés para la decisión del recurso la discriminación de este punto, porque aceptando, sin calificar sus razones de legalidad, cualquiera de las dos soluciones de instancia: la del Juzgado sobre la participalia de la acción de nulidad de la partición, o la del Tribunal que vio esta nulidad como accesoria o subordinada a la acción principal de dominio, la pretensión del recurrente no puede prosperar en ningún caso, reconociendo, como reconoce, que es fundada la negativa judicial en ambos casos.

Aun considerando como sustantivas las dos disposiciones legales que se citan como infringidas, el artículo 343 del Código Judicial, referente a las excepciones perentorias, y el 472 ibídem, contentivo de una norma de equidad no susceptible de quebranto directo porque su aplicación está subordinada a la observancia de la ley sustantiva según las demostraciones probatorias del juicio, es evidente que este litigio ha sido legalmente decidido con la absolución del demandado. Por regla general, en todo pleito es cuestión de preferente y previa consideración al decidirlo la averiguación de si el actor tiene o le asiste la acción que ha ejercitado. Cuando se llega a la conclusión negativa, la consecuencia lógica y legal que se impone al juzgador es la absolución del demandado. Sólo en el caso de que esta acción proceda, esto es, que legalmente exista y corresponda al actor puede entrarse en el estudio y análisis de las excepciones propuestas para enervar o destruír la acción incoada. La excepción perentoria es una defensa de fondo y tiene que consistir en la contraposición de

hechos distintos a la mera negación de los fundamentos de la demanda, que sean impeditivos o extintivos, que den al demandado el poder jurídico de anular la acción del actor en forma definitiva. La carencia de acción no es excepción, como reiteradamente lo ha dicho esta Sala. La de petición de un modo indebido, a que se refiere el recurrente, no corresponde a la falta de acción del demandante, sino al modo, tiempo y circunstancias como el derecho ha sido ejercitado. Enfrentadas las partes en un litigio, el Juez debe reconocer el derecho hasta donde haya sido probado y absolver al demandado si esa demostración no ha sido legal y suficientemente realizada en el proceso.

Con apoyo en las breves consideraciones que anteceden, suficientes para rechazar el único cargo de ilegalidad que se ha formulado contra el fallo recurrido, 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 trece de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Acción petitoria de declaración de bienes vacantes.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

El 23 de agosto de 1938 el Municipio de Sonsón y el señor Ernesto Medina Mallarino, por medio de apoderado, solicitaron del Juez de ese Circuito declarara vacantes y adjudicara a los demandantes, en proporción del 70% al primero y del 30% al segundo, los terrenos conocidos con el nombre de *Río de la Miel,* situados en jurisdicción de Sonsón y alindados como en la demanda se expresa.

Admitida ésta y adelantado el asunto por sus trámites legales, se opusieron, en lo relativo a todo el lote de terreno, el Municipio de Cocorná, y en lo referente a determinados lotes, los señores Luis E. y José J. Vásquez, Daniel Uribe Botero, Gabriel Isaza, Roberto Quintero, Pastora Botero v. de Uribe, Eduardo del Castillo y José María Uricoechea y Montoya.

A su vez, el Personero Municipal de Cocorná solicitó al Juez del Circuito de Marinilla, el 15 de febrero de 1939, declarara vacantes y adjudicara al Municipio de Cocorná el suelo y el subsuelo "del terreno que fue anajenado por la Corona española a favor de don Pedro Bravo, conforme al remate que fue celebrado por dicho señor el 9 de diciembre de 1772, aprobado por la Junta de Temporalidades de Santafé el 12 de mayo de 1778", delimitado como en esa demanda se indica.

El Juez del Circuito de Marinilla admitió esta demanda y ordenó darle el curso correspondiente, pero luégo el Juez del Circuito de Sonsón decretó la acumulación de los dos juícios, aprehendió el conocimiento de ellos y ordenó darles la tramitación ordinaria, en virtud de las oposiciones hechas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 842 del Código Judicial.

Agotada la sustanciación del negocio, el Juez del Circuito de Sonsón lo decidió por sentencia del 25 de julio de 1941, declarando que son inoperantes o están concluídas las oposiciones formuladas, excepto la de Cocorná; que es bien vacante el terreno conocido con el nombre de *Río de la Miel,* situado en jurisdicción del Municipio de Sonsón, o dentro de los límites de Sonsón y Cocorná; que la Asamblea de Antioquia es la llamada a dirimir la discrepancia de límites entre los Municipios de Sonsón y Cocorná, por lo cual será ella la que deslinde definitivamente tal lote de terreno; y que de lo que quede situado dentro de los límites de Sonsón, el 70% será para este Municipio y el 30% restante para el señor Ernesto Medina Mallarino.

Apelaron ambas partes del fallo de primer grado, y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y agotada allí la tramitación respectiva, vino la sentencia del veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, cuya parte resolutiva dice:

"1º Se declara infundada la excepción de incompetencia de jurisdicción, propuesta en este juicio por el Municipio de Cocorná.

"2º Se declaran terminadas, por desistimiento, las oposiciones formuladas por los señores Daniel Uribe Botero, Gabriel Isaza, Roberto Quintero, Pastora Botero v. de Uribe, Luis E. y José J. Vásquez, de acuerdo con memoriales presentados en el proceso.

"3º No habiendo apelado el señor Eduardo del Castillo, la sentencia quedó ejecutoriada en cuanto a la reclamación u oposición que presentó.

"4º Declárase bien vacante el globo de terreno conocido con el nombre de *Río de la Miel,* situado en jurisdicción del Municipio de Sonsón, alindado así: 'Desde la desembocadura del río Claro en el río Magdalena, en la margen izquierda de este último y en el punto denominado *Puerto Triunfo,* río Claro arriba hasta sus cabeceras, y desde ahí, línea recta en dirección sur, a encontrar el río Samaná; río Samaná abajo hasta su desembocadura en el río de la Miel; este último, aguas abajo, hasta su desembocadura en el río Magdalena; río Magdalena abajo hasta la desembocadura del río Claro, primer lindero o punto de partida', con exclusión de una superficie de cuatrocientas ochenta hectáreas (480) que se reconocieron al doctor José María Uricoechea y Montoya, en transacción celebrada por el Municipio demandante, 'formadas de tres partes demarcadas sobre el plano correspondiente, así: Parte II, compuesta de cuatrocientas sesenta y dos hectáreas con cinco mil metros cuadrados. Se halla localizada en la confluencia del río de la Miel con el río Magdalena, sobre la margen izquierda del primero y la margen derecha del

último. Isla número 1º, compuesta de catorce hectáreas con seis mil metros cuadrados, formada por un caño del río de la Miel. Isla número 2º, compuesta de dos hectáreas con nueve mil metros cuadrados, a inmediaciones del río de la Miel, al oriente de la isla número 1º y separada de ésta por un caño.'

"5º Se declara que el bien vacante alindado pertenece al Municipio de Sonsón, en un setenta por ciento, y el treinta por ciento restante al señor Ernesto Medina Mallarino.

"6º Se declara infundada la oposición al denuncio de ese bien vacante, formulada por el Municipio de Cocorná.

"7º Se niega la solicitud sobre vacancia de ese mismo bien y adjudicación al Municipio de Cocorná, presentada por el señor Personero de dicho Distrito.

"8º Queda así *confirmada en parte y revocada o modificada* en lo restante la sentencia apelada, de procedencia y fecha dichas.

"No se condena en costas."

Para dictar esta decisión se fundó el Tribunal en que conforme a las diversas pruebas presentadas los referidos terrenos salieron del dominio del Estado y no tienen en la actualidad dueño aparente o conocido, y en que están ubicados dentro de los límites asignados hoy al Municipio de Sonsón y no al de Cocorná.

El recurso.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el Municipio de Cocorná, el que se decide hoy por haberse agotado la tramitación de regla.

El apoderado del Municipio recurrente acusa la sentencia por considerarla violatoria de ley sustantiva, en "el concepto de infracción directa, o interpretación errónea o aplicación indebida", y porque violó igualmente la ley sustantiva en "el concepto de apreciación errónea de determinadas pruebas que obran en el proceso, apreciación que llevó al Tribunal a cometer un error de derecho", en cuanto a tales pruebas les dio un valor legal que no tienen.

Con apoyo en la causal sexta de las enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial, la acusa también porque considera que el juicio quedó viciado de nulidad, por incompetencia de jurisdicción, conforme al ordinal 1º del artículo 448 del Código Judicial, pues sostiene que el fallo decidió una cuestión de límites entre los Municipios de Sonsón y Cocorná, para lo cual carece de competencia la justicia ordinaria.

Por último, el recurrente tacha la sentencia por no hallarse en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Aunque la demanda de casación es muy confusa, especialmente en esta parte, tratando de interpretar rectamente el pensamiento del recurrente se llega a la conclusión de que este cargo lo funda en que el Tribunal adjudicó los bienes que declaró vacantes al Municipio de Sonsón, sin que los límites entre este Municipio y el de Cocorná hayan sido fijados definitivamente por la autoridad competente y de conformidad con la ley.

Como disposiciones sustantivas violadas cita el recurrente las siguientes: artículo 706 del Código Civil y 82 de la Ley 153 de 1887; 596 y 632 del Código Judicial.

Estudio de los cargos.

Se considera:

Para proceder en el orden lógico y con el método debido, se estudiarán primero las tachas de nulidad y de incongruencia, y, por último, las de violación de ley.

En concepto de la Sala es completamente infundado e impertinente el cargo sobre nulidad de lo actuado, por incompetencia de jurisdicción, que se hace consistir en que el Tribunal, sin ser competente para ello, resolvió lo relativo a la demarcación de límites dudosos entre los Municipios de Sonsón y Cocorná.

Nada más lejos de la realidad que esa afirmación. El juicio no podía versar, ni versó evidentemente sobre tal extremo, ni la sentencia acusada contiene pasaje alguno que autorice para sostener que decidió el referido punto. Sobre el particular han sufrido una confusión los representantes del Municipio de Cocorná, especialmente su apoderado en casación.

En efecto, el Tribunal, sencillamente, declaró vacantes los bienes a que alude el juicio, y teniendo en cuenta los distintos comprobantes que obran en autos en relación con los límites municipales de Sonsón y Cocorná, y lo que estatuye el artículo 82 de la Ley 153 de 1887, decidió que pertenecen al de Sonsón, por considerar que están ubicados dentro de sus límites actuales, sean provisionales o definitivos, lo que no obsta para que si posteriormente se varían dichos límites, o se estudia y decide la supuesta o posible controversia sobre términos municipales por la autoridad competente, que lo es la Asamblea Departamental de Antioquia, y parte de los bienes declarados ahora vacantes viene a quedar ubicada en jurisdicción de Cocorná, llegue a pertenecer a este Municipio tal parte.

Por lo demás, conviene observar que en lo atañedero a la declaración de vacancia no hay discusión en el juicio, pues no sólo la pidieron ambas partes sino que la han aceptado expresamente, y no hay duda de que el Juez del Cir-

cuito de Sonsón y el Tribunal Superior de Medellín eran los competentes para conocer del juicio, de conformidad con lo ordenado en los artículos 143, 152 —ordinal 11— y 410 del Código Judicial.

Tampoco es admisible el cargo de incongruencia, que se funda en que el Tribunal falló *extrapetita*, o sea que decidió la cuestión de límites entre los Municipios de Sonsón y Cocorná, que no estaba *sub judice*. Este cargo queda contestado con lo dicho al estudiar el anterior, porque, como se vio, la sentencia nada resolvió sobre términos municipales. Tan sólo decidió, como se había pedido, que los bienes declarados vacantes pertenecen al Municipio de Sonsón, basándose para ello en el citado artículo 82 de la Ley 153 de 1887 y en las pruebas que al efecto se allegaron al juicio.

La tacha por violación de ley sustantiva la divide el recurrente en dos, así:

I. Violación de los artículos 706 del Código Civil y 82 de la Ley 153 de 1887, "por infracción directa, o interpretación errónea, o aplicación indebida".

Sostiene el recurrente que el fenómeno de la vacancia se opera, por mandato de la ley, en el momento mismo en que el inmueble deja de tener dueño conocido o aparente; que el título legítimo que constituye la vacancia es la ley, no la sentencia, que no es constitutiva del derecho sino simplemente declarativa, y que, por tanto, la adjudicación ha debido hacerse también en favor del Municipio de Cocorná, ya que por lo menos parte de los bienes declarados vacantes estaba ubicada en su jurisdicción cuando se originaron los hechos generadores de la vacancia.

En los siguientes párrafos sintetiza el recurrente su pensamiento:

"Si los hechos o circunstancias que dieron nacimiento al fenómeno se sucedieron precisamente en épocas en que los fundos pertenecieron, al menos en parte, al Municipio de Cocorná, y si la sentencia que está a vuestro estudio es únicamente declaratoria del derecho y no constitutiva del mismo, es indudable que por lo que respecta a lo primero, el derecho nació para el Distrito que represento en esa precisa época, y de consiguiente, el fallo dictado, reconociendo esa situación jurídica, como de carácter declarativo que es, tiene, debe tener carácter retrospectivo. Es decir, que esa resolución judicial debe mirar hacia el pasado, remontándose hasta la época en que se sucedieron las circunstancias o hechos que vinieron a fundamentar el fenómeno de la vacancia de los inmuebles que han sido materia de la controversia."

"El Tribunal fallador ha considerado, y así lo afirma categóricamente, que el fallo sobre declaratoria de bienes vacantes genera sus efectos desde la fecha en que se emite, ya que rechaza la idea de que se pueda hacer esa declaratoria en cabeza de aquel Municipio a quien los bienes correspondientes hayan pertenecido en época pretérita. El quebrantamiento de los dos artículos citados consiste, precisa, nítidamente, en la circunstancia de haberse considerado el fallo impugnado, no como declarativo del derecho, sino como constitutivo del mismo."

Se considera:

No niega la Sala que la sentencia que reconoce que unos bienes son vacantes no tiene un carácter constitutivo sino declarativo, pero es indiscutible que el reconocimiento se hace con relación a la época en que se inicia y decide el juicio, no sólo porque así lo indica el contexto claro de los artículos 706 del Código Civil y 82 de la Ley 153 de 1887, sino también porque las peticiones de la demanda y las probanzas del juicio se refieren a que tales bienes carecen de dueño aparente o conocido en esa época, y no en otra u otras anteriores. Es evidente, por otro lado, que si el Municipio de Cocorná, por razón de sus límites municipales, pudo en un tiempo obtener en su favor la declaratoria de vacancia, pero no ejercitó oportunamente ese derecho y luégo cambiaron dichos límites, perdió el derecho que tenía y lo adquirió el de Sonsón, en cuya jurisdicción vinieron a quedar los bienes vacantes. Sucede con esto una cosa análoga al fenómeno de la prescripción adquisitiva, o sea, que puede una persona haber poseído un inmueble por todo el tiempo requerido para adquirirlo por prescripción extraordinaria, pero si no obtiene oportunamente la declaración de pertenencia en su favor y luégo pierde la posesión del inmueble, de nada le sirve después haberlo poseído durante el mencionado lapso, salvo que recupere la posesión, mediante el ejercicio de la acción que consagra el artículo 951 del Código Civil. No sobra advertir, por último, que el Municipio de Cocorná alega que los mencionados bienes estuvieron situados en su jurisdicción antes del señalamiento de límites que hizo el Gobernador de Antioquia en el año de 1850, y como los bienes vacantes pertenecían entonces a la Nación, según el artículo 707 del Código Civil, y sólo desde la vigencia del artículo 82 de la Ley 153 de 1887, que sustituyó a aquél, corresponden a los respectivos Municipios, es innegable que el cargo que se analiza carece por completo de fundamento jurídico.

No es posible aceptar, por lo mismo, que la sentencia violara los artículos 706 del Código Civil y 82 de la Ley 153 de 1887, varias veces citados.

II. Violación de los artículos 596 y 632 del Código Judicial, por haber dado a las pruebas referentes a los límites municipales de Sonsón y Cocorná un valor legal que no tienen.

Es preciso no perder de vista que este cargo lo formula el recurrente bajo la impresión de que el Tribunal decidió, en la sentencia acusada, la cuestión referente a los indicados límites, cosa que, como atrás se vio, no resulta evidente.

Una vez llegado el Tribunal a la conclusión de que los bienes materia del juicio debían declararse vacantes, era indispensable y lógico que estudiara las pruebas relativas a los linderos actuales de cada Municipio, provisionales o definitivos, como ya se dijo, y al examinarlos y estudiar también el concepto de los peritos que intervinieron al respecto, encontró que clara y nítidamente dichos bienes están situados dentro de la jurisdicción presente del Municipio de Sonsón, y por ello hizo la declaratoria de pertenencia en favor de este Municipio, sin que ello implique, se repite una vez más, que el Tribunal haya decidido la supuesta o posible controversia de límites entre los dos Municipios mencionados.

No encuentra, pues, la Sala que se hayan violado los dos artículos citados, por lo cual tampoco se admite este cargo, ni es el caso de casar la sentencia recurrida.

Por razón de lo dispuesto en el artículo 576 del Código Judicial, no debe hacerse condenación en costas.

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 Medellín, con fecha veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

ACCION DE DOMINIO

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

1º Por medio de la escritura número 347, otorgada el 23 de septiembre de 1936, ante el Notario Primero del Circuito de Ipiales, Juan Díaz transfirió a título de venta a la señora Elisa Coral el derecho de dominio que dijo tener sobre los lotes de terreno denominados *Arrayán* y *Chorrillos*, ubicados en el Municipio de Pupiales, por los linderos que allí se determinan, y que son los mismos que señaló posteriormente en su demanda.

2º En dicho instrumento notarial se estipuló en la cláusula quinta que el vendedor se reserva el derecho de usufructo mientras viva. El precio de la venta fue la suma de quinientos pesos oro legal ($ 500.00), y en la citada cláusula quinta se hizo la siguiente aclaración:

"En este estado se aclara que la suma de los quinientos pesos, corresponden a la menor María Celmira Cuásquer; por consiguiente, la actual compradora queda en la estricta obligación de otorgarle la respectiva escritura de seguridad cuando la menor llegue a su mayor edad; y que cuando fallezca el vendedor Díaz, la actual compradora seguirá manejando los referidos terrenos y con el fruto de ellos, atenderá a la manutención, vestuario y educación de la referida menor."

3º En su estipulación final reza la referida escritura número 347:

"Presente la compradora señora Elisa Coral, a quien conozco personalmente, dijo: Que acepta y aprueba en todas sus partes, a nombre de su representada (sic) la presente escritura y el contrato en ella contenido."

Aparece luégo de la escritura número 409, de 9 de agosto de 1937, corrida ante el Notario Segundo del Circuito de Ipiales, que el señor Juan Díaz transfirió a título de venta a José F. Montúfar el mismo derecho de dominio que tuvo en las fincas de *Arrayán* y *Chorrillos*, que son los mismos fundos a que se refiere la escritura 347 de 1936. A su turno, Montúfar vendió los expresados bienes a Marco A. Castillo G., por escritura número 556, de 23 de diciembre de 1938, corrida ante el Notario Segundo de Ipiales.

5º El contrato primeramente relacionado, celebrado entre Juan Díaz y Elisa Coral, aparece registrado el 1º de octubre de 1936. Juan Díaz falleció el 29 de septiembre de 1938. Y las dos escrituras últimas en que constan las ventas sucesivas de esos mismos predios, otorgadas a favor de Montúfar y de Castillo G., resultan registradas ambas el mismo día, 10 de enero de 1936, algo más de tres meses después de la muerte del vendedor Díaz.

El proceso.

El doctor Leonel Chaves Agudelo, en su carácter de apoderado judicial de Elisa Coral de Bravo, por libelo de 3 de junio de 1940, promovió juicio ordinario contra Juan Vivas para que se declararan reivindicados los fundos *Arrayán* y *Chorrillos*, y para que en el fallo definitivo se expresara "que son de mi propiedad y que debe restituírmelos, una vez ejecutoriada la sentencia declarativa de dominio a mi favor, junto con las mejoras, frutos y accesorios."

El mismo actor corrigió después la demanda, con el objeto de dirigirla contra Marco A. Castillo G. y Manuel Estacio, con quienes al fin se trabó el juicio y de quienes afirmó que eran los actuales poseedores. Los demandados se opusieron a las pretensiones del actor, siendo el caso de expresar que Castillo G. se reconoció como actual poseedor de los mencionados terrenos y Estacio manifestó ser un mero aparcero de Castillo.

Tramitada la primera instancia, un Juez *ad hoc* falló este negocio por impedimento del titular, que desempeñaba el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales. En esa providencia de primer grado, fechada el 19 de diciembre de 1941, decretó la reivindicación en favor de la demandante Elisa Coral de Bravo los inmuebles *Arrayán* y *Chorrillos*. Asimismo, condena a los demandados Manuel A. Castillo G. y Manuel Estacio a la restitución y entrega real y material de dicho fundo al señor Leonel Chaves Agudelo, al tercer día hábil de ejecutoriada dicha sentencia.

La sentencia acusada.

Interpuso apelación el apoderado del demandado Castillo G. y correspondió fallar la segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, quien en su fallo de 14 de octubre de 1942 adoptó en su fondo la decisión condenatoria de primer grado, pero la reformó en el sentido de condenar a Marco A. Castillo G. a que restituya y entregue a Elisa Coral de Bravo los inmuebles *Arrayán* y *Chorrillos,* determinados por los linderos que señala la demanda.

En esta decisión considera el Tribunal que el contrato de venta que aparece en la escritura 347 era simulado y se funda tanto en las declaraciones que en tal instrumento hicieron vendedor y compradora como en la manifestación hecha por la compradora señora Coral de Bravo, al absolver posiciones en las instancias del juicio, en las cuales declaró "que la menor María Celmira Cuásquer es la dueña de los mencionados fundos *Arrayán* y *Chorrillos,* ya que por medio de la escritura 347 ya citada, don Juan Díaz le vendió dichos bienes."

Considera el Tribunal que tal fue la voluntad real de ambos contratantes y si con la finalidad indicada Juan Díaz transmitió a Elisa Coral la propiedad sobre dichos terrenos, es indudable que se trata de un caso de simulación, pero no absoluta, porque en verdad se transmitió el dominio, ya que no a título de venta, sí a título de donación para un tercero; y por lo mismo tal simulación tiene el carácter de relativa o de medio, tras de la cual hay un contrato efectivo que no implica nulidad según lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ya que se hizo sin ánimo fraudulento, sobre objeto lícito, sin perjuicio de terceros y por persona capaz y con observancia de los requisitos formales.

Con vista de esta conclusión sobre existencia de una simulación de medio acepta el Tribunal que por dicho contrato se trasmitió a Elisa Coral la nuda propiedad sobre aquellos lotes de terrenos y por muerte de Juan Díaz se consolidó ésta con el usufructo, en favor de la compradora. Como consecuencia, la actora tiene personería sustantiva para ejercitar la acción de dominio y comoquiera que Castillo G. aceptó que es el actual poseedor de los dos fundos y los instrumentos de que deriva su pretendido dominio son de fecha muy posterior al que le sirve de fundamento reivindicatorio a la Coral, es del caso decretar la reivindicación y consiguiente restitución de los inmuebles a favor de la demandante. Pero comoquiera que el Juez de primer grado ordenó que esa restitución se hiciera a favor del doctor Leonel Chaves Agudelo, apoderado de la actora, estimó que era del caso reformar la providencia apelada y en el de decretar tal restitución a favor de Elisa Coral, interpretando de esta manera la demanda.

El recurso.

Interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada e invocando indudablemente el primer motivo de los consagrados en el artículo 520 del Código Judicial, aun cuando no lo dice expresamente, formula varios cargos contra el fallo del Tribunal, los dos primeros conexos y que se refieren a una misma cuestión de fondo. Como la segunda acusación debe prosperar y producir, en consecuencia, la infirmación de la providencia sometida al recurso, se prescinde de las otras, al tenor de lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial. Los reparos pueden sintetizarse así:

1º Error de hecho manifiesto en la apreciación del contrato contenido en la escritura número 347 de 1936, así como también de la diligencia de absolución de posiciones de la actora, que obra en el expediente. Sostiene la parte recurrente que en ningún momento estuvo en la mente de los contratantes celebrar una compraventa directa entre Juan Díaz y Elisa Coral, sino transmitir el dominio de las fincas a la menor María Celmira Cuásquer. Si realmente la compradora representaba a la menor, la propiedad la adquirió no la Coral sino su representada Cuásquer; si no tenía poder alguno o si no era su representante legal —como así debe aceptarse— se trata de una estipulación por otro, pero aun en este caso tampoco adquirió la actora la propiedad de los predios sino la menor a quien decía representar.

Al incidirse en tal error de interpretación del contrato estima el recurrente que se violaron los artículos 946 del Código Civil, que consagra la acción reivindicatoria, por aplicarlo indebidamente al caso del pleito, no siendo la actora propietaria de los inmuebles; 1759, 1769 y 1849 de la misma obra, y 207, 597, 630 y 604 del Código Judicial.

Estudio del cargo.

Considera la Sala de Casación:

La cuestión jurídica que realmente viene a ser materia de la controversia y que debe dilucidarse en casación es la relativa a interpretar la naturaleza y origen del contrato contenido en la escritura número 347.

La cláusula *quinta* del referido instrumento notarial deja ver con toda claridad que la voluntad y la intención de la Coral fue adquirir el dominio de los dos fundos para la menor Cuásquer y de ahí que se declarase expresamente que el precio de la venta, o sea la cantidad de

quinientos pesos, era de propiedad de dicha menor. Corrobora la anterior conclusión el hecho de que al finalizar dicha cláusula expusiera la Coral "que acepta y aprueba en todas sus partes, a nombre de su representada, la presente escritura y el contrato en ella contenido".

Necesario es hacer presente, para mejor interpretación de las declaraciones notariales anteriores, que el vendedor Díaz, en la misma cláusula, se había reservado el usufructo de tales terrenos durante su vida.

La actora Elisa Coral, al absolver posiciones en las instancias, contestó la pregunta sexta en estos términos textuales:

"Manifiesto que la menor María Celmira Cuásquer es la dueña de los mencionados fundos *Arrayán* y *Chorrillos*, ya que por medio de la escritura 347, ya citada, don Juan Díaz le vendió dichos bienes."

Son suficientes los anteriores elementos probatorios del proceso para aceptar la conclusión del recurrente demandado, de que en ningún momento estuvo en la mente de los contratantes celebrar una compraventa directa entre Díaz y la Coral, sino antes bien transmitir la nuda propiedad de los fundos vendidos a la menor María Celmira Cuásquer. Erró de hecho el Tribunal, por lo tanto, cuando dijo que "para el Tribunal por dicho contrato se transmitió a Elisa Coral la nuda propiedad sobre aquellos lotes de terreno y por muerte de Juan Díaz se consolidó ésta con todos sus elementos en favor de la misma; es consecuencial que como dueña tiene personería sustantiva para ejercitar la acción de dominio que ha ejercitado."

Resalta con mayor claridad el error del fallador de segundo grado cuando en otro pasaje de la sentencia acusada se contradice notoriamente con el concepto anterior al decir lo siguiente:

"Por lo que aparece de tales cláusulas y más que todo por lo que confesó la demandante en la absolución de posiciones que rindió en el juicio, se deduce de manera evidente que lo que se propuso Juan Díaz fue transmitir el dominio de aquellos pedazos de terreno a la menor María Celmira Cuásquer."

Conviene advertir que, una vez aceptado que la adquirente fue la menor y no la actora Coral, resulta impertinente entrar a estudiar la calidad o naturaleza de la mediación de esta última, para decidirse si se está en presencia de una estipulación para otro o de una agencia oficiosa o de alguna otra configuración similar, porque lo que interesa en este proceso es saber si la actora está investida del dominio de los inmuebles, requisito indispensable para que sea viable y prospere la acción reivindicatoria, única que se ha ejercitado en el juicio. Y bien visto está que no adquirió para sí, porque quien en realidad compareció por su intermediación fue la Cuásquer. No siendo materia de la cuestión *sub judice* tales fenómenos de la representación por otro, no hay por qué adoptarse ningún pronunciamiento en el proceso.

De lo dicho se deduce que la Coral carece de personería sustantiva para ejercitar la acción reivindicatoria que sólo tiene el dueño que esté investido del dominio de la cosa cuya restitución se solicita, y bien visto está que la Coral no adquirió los predios litigiosos para ella sino para la Cuásquer. No ostenta, por la misma razón, interés jurídico para pedir la restitución de los dos fundos vendidos. Se violó por aplicación indebida el artículo 946 del Código Civil que consagra el ejercicio de la acción reivindicatoria, pero sólo a favor del dueño de una cosa singular que no está en posesión. Consecuencia de esto es que debe prosperar la acusación presentada contra el fallo del Tribunal de Pasto y al entrar la Corte a actuar como Tribunal de instancia, son suficientes las razones antes expuestas para infirmar la sentencia materia del recurso y previa revocatoria de la condenatoria de primer grado absolver a los demandados de los cargos que les fueron formulados.

Fallo.

En mérito de lo antes dicho la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 14 de octubre de 1942 y previa revocatoria de la de primera instancia proferida por el Juez *ad hoc* del Circuito de Ipiales el 19 de diciembre de 1941, absuelve a los demandados 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.

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

SALA DE CASACION PENAL

La notoria injusticia del veredicto como causal de casación en la antigua legislación

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

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Pedro Pablo Hernández Suárez fue condenado por el Tribunal Superior de Bucaramanga a diez y ocho años de presidio como responsable de asesinato y heridas en las personas de Vicente y Pedro Alejandro Galvis, respectivamente, delitos que tuvieron lugar en el Municipio de San Andrés, el ocho de noviembre de mil novecientos treinta y cinco.

Recurrida en casación la sentencia, Hernández Suárez invocó los motivos de los números 1º, 2º y 7º del artículo 567, Ley 94 de 1938; pero, teniendo en cuenta que este recurso debe regirse por los mandatos de la Ley 118 de 1931, y que el procesado argumenta en el sentido de sostener la nulidad del juicio y la injusticia del veredicto, es preciso relacionar sus alegaciones con las causales 2ª y 5ª del artículo 3º de la dicha Ley 118, conforme al parecer de la Procuraduría.

La causal 2ª trata de ser el fallo violatorio de la ley procedimental, por cuanto se haya proferido sobre un juicio viciado de nulidad.

Manifiesta el recurrente que su defensor lo desamparó, faltando a sus deberes y convirtiéndose, más bien, en un acusador.

"Nada más injusto que este cargo, escribe el señor Procurador Delegado en lo Penal, pues basta leer el acta de la audiencia que corre al folio 193 del cuaderno principal, para cerciorarse de que el señor defensor sí avocó la defensa de Hernández, sosteniendo como tesis la ausencia de pruebas para condenarlo y concluyendo por pedir la absolución".

La defensa, pues, llenó su obligación, y Hernández no se vio privado de tan esenciales derecho y garantía, lo cual demuestra que carece de todo apoyo la causal de nulidad.

Se refiere la 5ª causal a notoria injusticia del veredicto.

Y puesto que el punto se debatió al menos en la segunda instancia, pudo invocarse la causal citada, que se hace consistir, de una parte, en reparos de carácter legal a la prueba acusadora o a los testimonios que comprometieron la responsabilidad del recurrente, y de otra, a la suposición de que el homicidio y las heridas se consumaron con diversas armas, de donde infiere Hernández no sólo la imposibilidad física de haber sido autor de ambos delitos, sino también el hecho de que los ejecutaran personas distintas de él, una vez reconocida en el proceso la existencia de tres asaltantes.

Inoportuna es la tacha contra la validez de algunas declaraciones de testigos que son familiares del occiso y del lesionado. Esa validez no es ya ocasión de discutirla, porque en firme quedó para la apreciación de los jueces de derecho, cuando la conciencia del Jurado o su criterio puramente moral, se basó en tales declaraciones, a sabiendas de que quienes las rindieron estaban ligados a las víctimas con cercano vínculo de parentesco, para afirmar que

Pedro Pablo Hernández fue el autor responsable del asesinato y las heridas.

Y menos es admisible el otro reparo que concierne a la diversidad de armas empleadas para matar a Vicente Galvis y herir a su hijo Pedro Alejandro. El dictamen pericial de folio 6 demuestra que para esos delitos se usó igual arma: "una de fuego de grueso calibre, *como de grass*".

Tampoco se justificó, de consiguiente, la causal de injusticia notoria del veredicto.

En mérito de las razones que preceden y de acuerdo con la solicitud del señor Procurador Delegado en lo Penal, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que impuso a Pedro Pablo Hernández Suárez diez y ocho años de presidio como reo de asesinato y heridas.

Devuélvase el expediente al Tribunal.

Notifíquese y cópiese.

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

Admisibilidad del recurso de casación según la cuantía de la pena

La anterior legislación disponía que el recurso extraordinario de casación se otorgara, en los negocios de que conocen los Jueces de Circuito, cuando la pena impuesta por la sentencia fuese de seis años o más; y el nuevo Código de Procedimiento varió de criterio sobre el particular en forma fundamental, pues la posibilidad del recurso no se funda ya en la pena impuesta por la sentencia sino en la imponible según la ley.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veintiséis de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

El Juzgado del Circuito Penal de Anserma impuso a Miguel Antonio Hoyos Zuluaga la pena principal de un año de presidio por el delito de lesiones causadas a Juan Bautista Hoyos Navarro; e impuso a este último la pena principal de diez y seis meses de presidio por lesiones causadas a Miguel Antonio Hoyos.

Como las lesiones fueron recíprocas y ocurrieron en un encuentro o altercado entre Miguel Antonio y Juan Bautista, el Tribunal Superior de Manizales que, por apelación, conoció de la sentencia, hubo de reformarla en el sentido de bajar la pena de Miguel Antonio a seis meses de prisión y la de Juan Bautista a un año de presidio, por considerar que los hechos fueron ejecutados en una riña suscitada de modo imprevisto, circunstancia que permite aminorar la sanción de acuerdo con el artículo 384 del Código Penal.

Recurrió en casación el defensor de Juan Bautista Hoyos; la Corte declaró admisible el recurso y, surtidos los demás trámites legales, ha llegado el caso de proferir sentencia.

Invoca el defensor recurrente dos de las causales enumeradas por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal: la 2ª por errada interpretación o apreciación de los hechos, etc.; y la 1ª, como consecuencia de aquélla, por no haberse aplicado el artículo 28 del Código Penal y hecho la consiguiente deducción de pena.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación, sin entrar en examen de fondo sobre las causales alegadas por el recurrente, pide a la Corte "que se inhiba de conocer del presente recurso de casación, por no tener competencia para ello".

El concepto de la Procuraduría sobre esta cuestión puede sintetizarse así: aun cuando la disposición penal aplicada por el Tribunal sentenciador fue la del artículo 374 del Código, que señala una sanción cuyo máximo es de cinco años (y en el inciso segundo es de seis años), la sentencia no es susceptible de casación porque hecha la rebaja o deducción de que trata el artículo 384, el máximum de pena aplicable sólo alcanzaría a tres años; y entonces el caso queda fuera de la regla del artículo 557, Código de Procedimiento Penal, que permite interponer este recurso siempre que el máximo de la sanción sea o exceda de cinco años de pena privativa de la libertad.

No puede la Corte acoger la opinión de la Procuraduría en el presente caso:

1º Porque a su debido tiempo se planteó la cuestión de admisibilidad del recurso para que las partes pudiesen alegar sobre ella y luégo se dictó el auto motivado mediante el cual quedó admitido el recurso: ni antes de esa providencia se opuso el Ministerio Público a la admisión del recurso ni después reclamó contra ella.

2º Porque la admisión del recurso fue legal en sí misma. La anterior legislación disponía que este recurso extraordinario de casación se otorgara cuando la pena impuesta *por la sentencia* fuese de seis años o más; y el nuevo Código de Procedimiento varió de criterio sobre el particular en forma fundamental, pues la posibilidad del recurso no se funda ya en la pena impuesta por la sentencia sino en la imponible según la ley. En el caso de que se trata el Juez y el Tribunal aplicaron de modo inequívoco el artículo 374 del Código Penal, que establece sanciones cuyo máximo es de cinco y seis años, luégo el recurso de casación era otorgable y, por consiguiente, admisible.

Supóngase que el Tribunal hubiese confirmado llanamente la sentencia de primera instancia. En tal evento la Procuraduría hubiera considerado, muy probablemente que sí era el caso de otorgar casación, porque el Tribunal sentencia-

dor no había hecho la deducción que permite el artículo 384 del Código Penal y, por consiguiente, el máximo señalado por el artículo 374 permanecería intocado. Querría esto decir que se concedía el recurso en vista de la pena impuesta efectivamente por la sentencia, no en vista del máximo que la ley pone: conclusión aceptable con el criterio de la ley antigua pero que no es el adoptado por el nuevo Código de Procedimiento.

Como una de las cuestiones de fondo que pueden proponerse en casación es cabalmente la de indebida aplicación de la ley por no haberse hecho la deducción de pena de que trata el artículo 28 (estado de ira o intenso dolor), o las correspondientes al delito imperfecto (artículos 16-19); o por haberse hecho tales deducciones no siendo el caso de hacerlas; y aun por haberse dictado sentencia condenatoria en vez de absolutoria en cualquiera de las hipótesis contempladas por los artículos 23 y 25 del Código Penal, sería una petición de principio decir que como la disposición aplicable era la del artículo 25 o la del artículo 28, que implican sentencia absolutoria, o imposición de pena mínima, no hay lugar a casación a pesar de haberse impuesto la pena señalada por el artículo 363, por ejemplo.

3º De todas maneras habría por lo menos una duda fundada y grave sobre la viabilidad del recurso, y esa duda debe resolverse en favor del procesado.

Por estas razones no es posible acceder a la solicitud de la Procuraduría y, en consecuencia, se procede a examinar el fondo mismo del recurso.

Como ya se dijo, dos son las causales que el interesado alega: mala apreciación de los hechos y, como consecuencia de ello, indebida aplicación de la ley penal; y el recurrente funda dichas causales así:

"En la mañana del 27 de octubre de 1938, Pedro Pablo Hoyos se sustrajo de la finca de Juan Bautista Hoyos siete reses, o cabezas de ganado mayor, pertenecientes a Juan Bautista, diz que porque tales animales estaban perjudicando unas sementeras de propiedad de Pedro Pablo Hoyos, y por tal motivo quiso conducirlas a un corral del Municipio, para que de allí las reclamara Juan Bautista, le impusieran una multa y pagara los derechos del corral; sabedor Juan Bautista de que su ganado venía camino de encarcelamiento, se dispuso a perseguirlo, y al llegar al Corregimiento de 'San Clemente', Juan Bautista Hoyos, sin pronunciar palabra alguna, atajó el ganado para devolverlo a su respectivo potrero de su propiedad. Este hecho sólo lo presenciaron dos testigos: los señores Bernardo Navarro y Juan Bautista Londoño y los demás actores en la tragedia.

Dicen estos testigos, que cuando Juan Bautista Hoyos, procedió a atajar el ganado, para devolverlo, y por el hecho de que no llevaba 'zurriago' o 'rejo', sacó su peinilla como elemento que le sirviera de instrumento para atajar dicho ganado, y que cuando esto hacía Juan Bautista, los señores Miguel Antonio, Pedro Pablo, Andrés Avelino y Pedro Francisco Hoyos Zuluaga, todos armados de peinillas, se lanzaron contra Juan Baustista Hoyos, atacándolo e hiriéndolo, por lo cual Juan Bautista, en vista de aquella situación creada por sus atacantes, tuvo que defenderse de aquellos individuos, que en número de cuatro lo atacaban.

"Estas declaraciones pueden verse a los folios 325 y 326 del expediente.

"No puede negarse que de acuerdo con el contexto de estas declaraciones, únicas que militan en la causa y presenciales de esos hechos, Juan Bautista Hoyos tuvo razón para perseguir su ganado, y que al encontrarse con él, que lo conducían para el Corregimiento, para encarcelarlo, o llevarlo al 'Coso', atajarlo y devolverlo, sin que de parte de Hoyos hubiese existido alguna agresión, o injuria para con los sujetos que lo conducían, pues éstos, cuando vieron que Juan Bautista se disponía a atajar su ganado, esgrimieron todos sus peinillas y atacaron a Juan Bautista en forma brutal, y lo hirieron, y si algo hizo Juan Bautista en contra de alguno de aquellos atacantes, lo hizo en ejercicio de legítima defensa, ya que Juan Bautista no había provocado el encuentro, pues sólo quiso que sus animales no fuesen a parar a manos de la autoridad.

"Según la narración que hacen estos testigos, no puede quedar duda que Juan Bautista Hoyos obró en el momento de aquellos acontecimientos en ejercicio de un derecho, cual fue el de defenderse de 'una violencia actual e injusta contra su propia persona y de salvarse de un peligro grave e inminente en que se encontraba', caso éste justificable, como bien lo determina el artículo 25 del Código Penal, disposición ésta que no se tuvo en cuenta en la sentencia demandada, y se le aplicaron, al acusado, las disposiciones de los artículos 374, inciso 2º, en relación con el 384, todo esto del Código Penal, esto es, considerando que el hecho se había ejecutado 'en riña que se suscitó de un modo imprevisto', riña aquélla que no la hubo, toda vez que Juan Bautista sacó su peinilla para atajar el ganado y no para usar de ella con ánimo preconcebido de herir, o maltratar a ninguna persona, y en tales eventos Juan Bautista fue atacado y tuvo que defenderse.

"Aun suponiendo que Juan Bautista Hoyos mereciera alguna sanción, no veo la razón para no haberle atenuado aquella responsabilidad, dándole aplicación al artículo 28 del Código Penal, esto es, porque Juan Bautista, en el caso de no admitírsele su derecho a invocar la modalidad existente en relación con su 'legítima defensa', creada en los momentos que se vio atacado, sí al menos ha debido la sentencia imponerle o rebajarle la tercera parte del mínimo de la pena impuesta en dicha sentencia, esto es, la de cuatro meses de prisión; o también considerar el hecho 'por exceso en la legítima defensa' y haberse excedido en los límites impuestos por la ley, o la necesidad de hacerlo, y en tales circunstancias ha debido rebajársele la pena, reduciéndola a la sexta parte del mínimo de ella.

"Segunda causal—Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"Esta causal, que por decirlo así, sintetiza la razón de ser del recurso, se funda en que la sentencia sea violatoria de la ley penal, de manera que la segunda causal de que trata el artículo 567 del Código Penal (sic) está en armonía con los mismos principios determinados en la primera causal, y así tenemos que los fundamentos en que me apoyo para fundar o sostener, esta segunda causal, o sea la primera de que habla el artículo 567 del ya citado Código Penal (sic), descansan en los argumentos expuestos, y en que, y si se considerare a Juan Bautista Hoyos como responsable al delito, la sentencia ha debido, de acuerdo con las modalidades que ofrece el proceso, darle aplicación a uno de los artículos 27 o 28 del Código Penal, disposiciones éstas, que creo, han sido violadas".

Por otra parte, en varias providencias judiciales de este proceso se han narrado los hechos, relato que aparece reproducido en la sentencia del Tribunal así:

"1º Los señores Pedro Pablo Hoyos y Juan Bautista del mismo apellido, tío y sobrino respectivamente, tienen sus propiedades limítrofes, situadas ambas en el paraje de El Oro, comprensión del Circuito Judicial de Anserma.

"2º Pedro tiene en sus terrenos un cultivo de maíz que lo estaban destruyendo los ganados de Juan Bautista, sin que para poner arreglo a la cuestión hubiesen sido suficientes las conversaciones amigables, o mejor súplicas del primero para con el segundo, porque los animales continuaban en su obra perjudicial.

"3º Con el fin de arreglar esta situación por la vía legal, Pedro Pablo vino ante el señor Inspector de Policía del Corregimiento de San Clemente, quien por escrito le dio autorización para que, al encontrar los ganados en sus cultivos, los trajera al coso o corral del Municipio, lo que efectivamente hizo en las primeras horas de la mañana del veintinueve de octubre del año pasado, al encontrar siete reses en su roza, procediendo a conducirlas a San Clemente, según la autorización que tenía, trabajo en el cual fue acompañado por sus hijos Andrés Avelino, Pedro Francisco y Miguel Antonio Hoyos.

"4º Cuando Pedro Pablo y sus hijos conducían el ganado a San Clemente, Juan Bautista, que se dirigía a Riosucio, los vio a cierta distancia, reconociendo en el acto los siete semovientes como de su propiedad, volviendo inmediatamente en la misma dirección, alcanzando a Pedro Pablo y compañeros en el paraje denominado Barroblanco, pasando de largo sin saludar a pesar de la insinuación que Pedro Pablo le hiciera de arreglar amigablemente este asunto, queriendo con ello decir que le entregaría su ganado a cambio del pago de los perjuicios sufridos.

"5º Seis cuadras más o menos habían caminado del lugar en donde se encontraron, cuando al llegar allí los Hoyos se hallaban Juan Bautista, Bernardo Navarro y Juan Londoño, personas éstas a quienes aquél había buscado diz que para que le sirvieran de testigos que sus ganados habían sido robados y reconocieran a los autores del delito.

"6º Cuando llegaron los Hoyos a este punto, Miguel Antonio iba adelante, guardando los otros las distancias que se acostumbran en este tipo de trabajos, diciéndoles entonces Juan Bautista que le dejaran devolver el ganado a la finca, no recibiendo, dicen los testigos arriba citados, respuesta alguna, procurando Juan Bautista y Miguel, el primero por atajar el ganado, y el segundo por hacerlo seguir, portando cada uno una peinilla desnuda con la cual ejecutaban ese trabajo.

"7º De un momento a otro, y sin lanzarse expresión alguna, entre estos dos sujetos se trabó una riña con las dos armas de que se ha hecho mención, ...".

Como se ve, no hay discrepancia fundamental entre la manera como los Jueces han descrito los hechos y la relación que de ellos hace el recurrente. Sólo que este último los interpreta en la forma que a su tesis conviene, sugiriendo la idea de que Juan Bautista Hoyos, de la manera más pacífica quiso emplear su peinilla o machete a guisa de zurriago o arriador para devolver los animales que Miguel Antonio y otros guiaban, mientras que los juzgadores, ateniéndose al sentido obvio de las cosas, consideran que al esgrimir Juan Bautista el machete contra sus contendores mal podían ellos ni nadie tomar semejante actitud como el inocente ademán de un conductor de ganados.

La narración hecha por el propio recurrente en los pasajes de su demanda que arriba se transcribieron justifica las apreciaciones del Tribunal sentenciador cuando consideró que los delitos de lesiones personales juzgados en este proceso habían ocurrido en una riña.

Podría discutirse la calificación de "imprevista" que el Tribunal dio a la riña y que le permitió bajar, benignamente, la pena que en rigor le correspondía a Juan Bautista Hoyos, o sea la señalada por el artículo 374 del Código sin deducciones ni atenuaciones, pues si la riña pudo ser *"imprevista"* para Miguel Antonio Hoyos, parece no haberlo sido para Juan Bautista.

De manera que si algún cargo pudiera proponerse contra la sentencia recurrida sería el de exagerada benignidad en la aplicación de la pena correspondiente a Juan Bautista Hoyos; pero como éste fue el único recurrente, la Corte no podría casar tal sentencia para agravar la sanción en perjuicio del mismo.

Además, desde el auto de proceder quedaron planteados los cargos contra los procesados con la inculpación concreta de lesiones causadas en riña imprevista.

Por lo expuesto, 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, declara que no es el caso de invalidar, y *no invalida,* la sentencia del Tribunal Superior de Manizales fechada el primero de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Juan Bautista Hoyos la pena principal de un año de presidio como responsable del delito de lesiones personales consumado en Miguel Antonio Hoyos Zuluaga.

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

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre, Francisco Bruno—Julio E. Argüello R., Secretario.

Indebida aplicación de la Ley Penal más rigurosa

Indebida aplicación de la ley penal cuando entre la antigua y la nueva opta el Juez por la más rigurosa (artículo 22 de la Constitución).

No hay nulidad del juicio por error en cuanto a la época del delito cuando lo que ha ocurrido es imposibilidad de determinar matemáticamente su fecha.

En los juicios por Jurado el fundamento inmediato de la sentencia es el veredicto; las pruebas del proceso apenas son fundamento mediato de ella.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, primero de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín impuso a Alfonso Alvarez del Pino la pena principal de seis años y ocho meses de presidio por los delitos de falsedad y bigamia.

Contra la sentencia interpuso casación el procesado y la Corte declaró admisible tal recurso.

El Procurador de la Nación se opone a la invalidación del fallo; y como están cumplidos los trámites ante la Corte, se procede a resolver.

Adviértese, ante todo, que el juicio se surtió por la vía de Jurados.

No determina el recurrente en qué numerales del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal quiere fundar su casación; pero sí dice de modo claro que el juicio está viciado de nulidad, que la sentencia interpretó erróneamente los hechos atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen, y que "la sentencia no ha determinado cuáles son los hechos que se consideran probados". Habla además de indebida aplicación de la ley penal como consecuencia de la nulidad.

Aun cuando no se aleguen las causales con la debida separación, ni siquiera determinándolas en la forma precisa que la técnica de este recurso extraordinario requiere, por lo cual opina el señor Procurador Delegado que el escrito de Alvarez "no puede llamarse en rigor demanda de casación", con todo, la Corte, acatando la insinuación que al respecto hace el señor Procurador, procede a examinar los cargos deducidos contra la sentencia.

I

Dice el recurrente que no existe en su caso el delito de bigamia porque cuando contrajo el segundo matrimonio él creía de buena fe en la invalidez del anterior. Y esto porque al efectuar el primero de sus matrimonios no medió de su parte un consentimiento libre, circunstancia que él considera ser la única persona apta para apreciar, atestiguar y afirmar.

Alega, además, en relación con ese mismo punto, algunos argumentos a los cuales no les atribuye acaso él mismo verdadera o decisiva importancia, por ejemplo el consistente en no obrar en autos la partida de origen eclesiástico que demuestre la existencia de aquel primer matrimonio.

Sobre este particular contesta el señor Procurador de la Nación lo siguiente:

"A Alvarez del Pino se le imputó el delito de bigamia consistente en haber contraído matrimonio católico con la señorita Matilde Escobar el día 12 de marzo de 1939, en la población de Amalfi, a sabiendas de estar casado legítimamente con María del Carmen Rodríguez por los ritos de la religión católica el día 27 de marzo de 1935, en la ciudad de Medellín.

"Como la partida del primer matrimonio fue sustraída de los libros parroquiales, hubo de enjuiciarse también al acusado por el delito de falsedad en documentos, teniendo presente que él era el único interesado en hacer desaparecer ese documento de origen eclesiástico.

"La existencia del primer matrimonio celebrado con la Rodríguez se estableció plenamente por medio de la prueba supletoria.

"Al negar el recurrente la existencia del primer matrimonio, plantea con ello una cuestión prejudicial desde luégo que este asunto está especialmente atribuído a la autoridad eclesiástica, y no a la civil. Por tanto, a la Corte no le incumbe pronunciarse sobre la validez del matrimonio celebrado por Alvarez con María del Carmen Rodríguez.

"Así lo disponen las siguientes disposiciones de nuestro derecho positivo:

"*Artículo 17 de la Ley 57 de 1887*—'La nulidad de los matrimonios católicos se rige por las leyes de la Iglesia, y de las demandas de esta especie corresponde conocer a la autoridad eclesiástica. Dictada sentencia firme de nulidad por el tribunal eclesiástico, surtirá todos los efectos civiles y políticos, previa inscripción en el correspondiente libro de registro de instrumentos públicos'.

"*Artículo 19 del Concordato*—'Serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afectan el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que se refieran a la validez de los esponsales. Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el Poder Civil'.

"Y, según cita que hacen los distinguidos doctores en Teología, Presbíteros Lubín Gómez H. y José Joaquín Ramírez Urrea, el Código de Derecho Canónico dispone asimismo lo que sigue:

'Cuando un matrimonio ha sido nulo, la invalidez o nulidad se produce por sí misma, pero se necesita declaración o juicio de nulidad por parte de la Curia Eclesiástica, para que puedan esas personas considerarse en el foro externo como no casadas.

'Si ese individuo ha sido obligado a contraer el matrimonio con todas las condiciones exigidas en el citado canon 1087, para que sea inválido ese matrimonio, aunque dé el consentimiento y concurra a la ceremonia religiosa del matrimonio, ese matrimonio es nulo, pero mientras no se pruebe ante la autoridad eclesiástica en debida forma esa fuerza o miedo, y haya la declaratoria o juicio de nulidad, en el foro externo se le tendrá como casado.

'Mientras, por la autoridad eclesiástica, no se declare nulo el matrimonio, en la forma establecida por el Derecho Canónico, en el foro externo se le reconocen los efectos al primero y no al segundo matrimonio'.

"Se tiene, pues, que conforme a todas estas disposiciones, lo relativo a la nulidad del matrimonio católico es de la competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos; y mientras la sentencia de esos tribunales no se traiga al proceso, nada puede decidir el juez penal acerca de la inexistencia o nulidad del matrimonio católico.

"De acuerdo con el certificado eclesiástico que obra al folio 106 del cuaderno primero, ante la Curia 'no se ha seguido juicio de nulidad del matrimonio contraído el 27 de marzo de 1935 por el señor Alfonso Alvarez con María del Carmen Rodríguez, en la Parroquia del Sufragio, o al menos no hay constancia de ello'.

"De tal suerte que la simple afirmación del recurrente, de que el primer matrimonio está afectado de nulidad, por haber mediado violencia en su consentimiento, no puede servir para acabar con la existencia del cuerpo del delito de bigamia.

"Si estuviera adelantándose el indispensable juicio de nulidad ante la Curia, sería el caso de suspender la acción penal contra Alvarez, por tratarse de una cuestión prejudicial que influiría definitivamente en la bigamia, ya que si el primer matrimonio fuere declarado nulo, la infracción desaparecería jurídicamente.

"Pero no habiéndose entablado ese juicio, ni suministrando el expediente base firme y convincente de que Alvarez del Pino fuese coaccionado para que contrajera el vínculo matrimonial con Carmen Rodríguez, es claro que no se presenta aquí ningún obstáculo legal que haga necesario transferir el fallo definitivo en espera de una decisión de la autoridad eclesiástica; este tema sólo ahora se ha venido a plantear, transcurriendo ya más de siete años de celebrado el matrimonio y cuando el responsable carga con un veredicto afirmativo de su responsabilidad como bígamo.

"Cabe observar, además, para mayor tranquilidad del ánimo, que todos los parientes de la Rodríguez y las personas extrañas que en su casa estuvieron y presenciaron los detalles del matrimonio de Alvarez del Pino, alejan cualquier posibilidad de que éste hubiese sido amenazado y coaccionado para que se casara con aquélla".

Los argumentos propuestos por el recurrente contra la existencia del delito de bigamia tendientes a impugnar el cuerpo del delito no logran el fin propuesto, como lo demuestra el señor Procurador Delegado en los pasajes de su vista que se dejan transcritos.

Por otra parte, uno de los elementos constitutivos de ese delito se confunde, en el presente caso, con un factor de responsabilidad, a saber, con el elemento *a sabiendas*. Y sobre este punto se pronunció el Jurado no sólo al contestar el cuestionario que en rigor tenía el juez que proponerle, sino, además, en la respuesta a otro cuestionario pedido por la defensa.

Ahora: resuelto el asunto por veredicto del Jurado no podría romperse la sentencia sino mediante la declaración de notoria injusticia. Y en este caso no habría fundamento alguno para hacer semejante declaración, ni el recurrente ha mencionado siquiera tal cosa.

Quiere decir todo ello que no puede el recurso prosperar por el aspecto de inexistencia del delito de bigamia.

II

El segundo cargo contra la sentencia recurrida se hace consistir en que sin haber prueba de que hubiese sido el procesado Alfonso Alvarez del Pino quien arrancó del respectivo libro pa-

rroquial la hoja en que se hallaba escrita la partida de matrimonio de dicho sujeto con María del Carmen Rodríguez, se le condenó, sin embargo, como responsable de tal hecho.

Sobre este punto observa la Corte:

Tratándose de juicio por Jurados, en el cual las pruebas del proceso apenas son fundamento mediato de la sentencia del Juez de derecho puesto que el fundamento inmediato de ella es el veredicto, resulta innocuo el ataque contra las pruebas de la responsabilidad si no se trata de demostrar la notoria injusticia del veredicto.

En el presente caso no sería viable de ningún modo este aspecto de la causal 2ª, por las siguientes razones:

a) Porque hay al menos un grave indicio de la responsabilidad del procesado en la repelación del libro parroquial: su interés en la sustracción de la hoja donde estaba inscrita la partida de su primer matrimonio. Este indicio está corroborado por la insistencia con que Alvarez del Pino le aseveró a María del Carmen Rodríguez, primera esposa, que no existía partida del matrimonio celebrado entre ellos;

b) Aun aceptando que sea dudosa la responsabilidad del procesado en la mutilación del libro de partidas de matrimonio, la duda estaría muy lejos de hacer cierto que no fue aquél quien efectuó la sustracción del documento; y

c) El recurrente no ha planteado a la Corte como punto de casación este de notoria injusticia del veredicto, tal vez por la imposibilidad de sustentarlo: y a la Corte no le sería dable entrar oficiosamente en el estudio de ese punto, máxime cuando no parece haber motivo alguno para pensar que sea injusto el veredicto.

III

Nulidad e indebida aplicación de la ley penal.

Dice el recurrente que siendo incierta la fecha en que se consumara la mutilación de los libros parroquiales de donde fue sustraida el acta de su primer matrimonio; que habiéndose planteado la cuestión relativa al tiempo en forma dubitativa tanto en el auto de proceder como en el cuestionario propuesto al Jurado y en la sentencia misma, puesto que en dichas piezas del proceso se dice que el hecho ocurrió en Medellín "en un lapso comprendido entre el veintisiete de marzo de mil novecientos treinta y cinco y el veintiséis de abril de mil novecientos treinta y nueve"; "y como durante ese período comprendido entre mil novecientos treinta y cinco y mil novecientos treinta y nueve, rigieron dos leyes penales y procedimentales diferentes, debía haberse llamado a juicio por ambas leyes puesto que el auto tiene que determinar genéricamente el delito por el cual se llama a juicio, con tanto mayor razón cuanto que ese mismo hecho se denomina de manera diferente por esas dos legislaciones".

El señor Procurador Delegado en lo Penal contesta este cargo contra la sentencia diciendo que la ley erige en motivo de nulidad *el error* en cuanto a la época en que el delito se cometiera, "mas no la simple falta de determinación matemática de esa fecha" dado que en muchos casos, siendo cierto el delito puede ser inevitable una incertidumbre —al menos relativa— acerca del momento o de la fecha de su consumación.

Dice también la Procuraduría que "atendiendo a la realidad de las cosas y al natural desarrollo de los hechos imputados a Alvarez del Pino, resulta acertado sostener que la falsedad se ejecutó durante la vigencia del actual Código". Y expone en seguida los argumentos que llevan al Ministerio Público a sostener su tesis sobre la época en que se arrancó de los libros parroquiales la partida de matrimonio de Alvarez del Pino y María del Carmen Rodríguez.

Esta Sala comparte la idea de que no hay nulidad proveniente de error en cuanto a la época del delito cuando lo que ocurre es "simple falta de determinación matemática de esa fecha" como lo dice la Procuraduría; y considera verosímil la idea sustentada por ésta cuando dice que la sustracción de la partida del primer matrimonio se efectuó más probablemente estando ya en vigencia el actual Código Penal.

Pero la cuestión planteada por el recurrente no es, como parece interpretarlo la Procuraduría, nulidad por error en cuanto a la época o fecha del delito, sino error en cuanto a la determinación genérica de éste. Véanse, si no, los pasajes de los diferentes memoriales dirigidos a la Corte por el procesado, que en seguida se transcriben. Dicen así:

"También la sentencia ha violado la ley procedimental porque se ha pronunciado en un juicio viciado de nulidad". (Folio 3 del cuaderno de la Corte).

"..... De otro lado, se incurrió por el Juzgado en error relativo al nombre o apellido del responsable y nó se determinó el respaldo del enjuiciamiento por los dos Códigos, como también se incurrió en error en cuanto a denominación genérica por la misma razón inmediatamente anterior (folio 4 ibídem).

".... como no se sabe a ciencia cierta cuándo fue cometido el delito de falsedad, y como durante ese período comprendido entre 1935 y 1939, rigieron dos leyes penales y procedimentales diferentes, debía haberse llamado a juicio por ambas leyes puesto que el auto tiene que determinar genéricamente el delito por el cual se llama a juicio, con tanto mayor razón cuanto que ese mismo hecho se denomina de ma-

nera diferente por esas dos legislaciones. Y téngase en cuenta que el mismo Tribunal Superior de Medellín, tiene sentado como fundamento de nulidad el no llamar a juicio por los dos Códigos, en casos como éste". (Folio 14 ibídem).

".... También he recurrido porque la sentencia violó la ley procesal por las razones ya anotadas, puesto que se pronunció en un juicio viciado de nulidad *aplicándose a la vez indebidamente la misma ley penal.* Porque hay manifiesta contradicción entre la resultante de los hechos comprobados, de todos ellos y los hechos mismos, y porque se trata precisamente de deficiencia en cuanto a elementos constitutivos del delito". (Folio 15 ibídem).

Considera la Corte que, dada la incertidumbre sobre la fecha o época en que ocurriera la mutilación de los libros parroquiales, el llamamiento a juicio ha debido hacerse previendo la posible aplicación de uno u otro Código para no exponerse a juzgar y penar el hecho por ley no vigente al tiempo de su consumación.

En vez de hacerlo así, Alvarez del Pino fue llamado a juicio "por el delito de falsedad en documentos que sanciona el Capítulo 5º, Libro 2º del Código Penal" de 1936, y se dictó sentencia condenatoria con aplicación de dicho Código que asigna al hecho pena de presidio de dos a ocho años (artículo 233).

Como ha sido imposible saber si la mutilación o sustracción de documentos ocurrió cuando ya había entrado a regir el nuevo Código o antes, resulta que el procesado Alvarez del Pino puede haber sido condenado con aplicación de ley posterior al hecho que se le imputa, lo cual es violatorio de principios primordiales de Derecho Penal reconocidos y adoptados por normas expresas de la legislación colombiana y aun por la misma Constitución Nacional.

Dice el artículo 22 de la Carta:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute...."; y el artículo 24:

"Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex-post facto,* sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinádose la pena correspondiente".

Ahora: el hecho imputado a Alvarez del Pino como falsedad en documentos según el nuevo Código Penal, se determinaba en el antiguo Código con el nombre de "Sustracción, alteración o destrucción de documentos o efectos custodiados en archivos u otras depositarías públicas"; y la pena imponible por tal delito era la de dos a cuatro años de presidio (artículo 394), mientras que el nuevo Código sanciona ese mismo hecho con pena de dos a ocho años de presidio.

Tanto el Juez como el Tribunal hacen ver en sus sentencias que en el presente caso concurren varias circunstancias de agravación; y la pena imponible sería de cuatro años como máximo según el Código de 1890 y de cinco o seis en un término medio, según el Código de 1936.

Por otra parte: según la ley penal nueva, al condenar conjuntamente por dos delitos (falsedad y bigamia en este caso), debe imponerse la sanción correspondiente al más grave, "aumentada hasta en otro tanto"; mientras que si se penaran por separado la sustracción de documentos según el Código de 1890 y la bigamia según el nuevo Código, aun con acumulación material de penas le hubieran resultado al reo cuando más cinco años de presidio, pena inferior a la imponible con el sistema de acumulación jurídica del nuevo Código e impuesta en la sentencia recurrida.

En resumen:

1º Los juzgadores de instancia dicen que no se sabe si la repelación o sustracción de documentos ocurrió bajo la vigencia del Código Penal de 1890 o cuando ya había principiado a regir el Código de 1936;

2º No obstante esa incertidumbre, resolvieron aplicarle al procesado el Código nuevo que posiblemente no es la ley preexistente al hecho imputado;

3º Además de esa aplicación anómala de una ley que puede ser posterior al hecho imputado, lo cual es violatorio del artículo 24 de la Constitución Colombiana, el sentenciador optó entre la ley antigua y la ley nueva, no por la más benigna, como lo ordena el inciso 2º del artículo 22 de la Constitución, sino por la más rigurosa o desfavorable al procesado.

Resulta así indebidamente aplicada la ley penal en la sentencia recurrida, error de aplicación proveniente de no haberse atenido el sentenciador de instancia a la ley preexistente, que era la más favorable al procesado, para el delito de sustracción de documentos.

Involucradas por el recurrente —en su argumento central— las causales 1ª y 4ª de casación, la Corte estima que consulta mejor la equidad invalidar el fallo por la de errónea e indebida aplicación de la ley penal, dejando de lado la cuestión de nulidad no obstante la insistencia del recurrente sobre este último punto, porque la reposición del procedimiento implicaría nueva y prolongada demora, perjudicial para el mismo recurrente.

Al invalidar el fallo recurrido por la causal 1ª de casación corresponde a la Corte dictar el que debe reemplazarlo.

La duda fundada que hay acerca de si la sustracción de hojas o documentos de un libro parroquial aconteció antes o después del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho (fecha en que principió a regir el nuevo Código Penal), debe resolverse en el sentido de aplicar la ley más benigna o sea el Código de 1890.

Como éste señala pena de dos a cuatro años de presidio para el delito de sustracción de documentos, y en el caso de autos son varias las circunstancias que hacen más grave el hecho, se aplica el máximo, o sea cuatro años de presidio; y como esta sanción puede aumentarse hasta en otro tanto (artículo 33 del Código Penal) dada la concurrencia del delito de bigamia, la Corte agrega a la pena imponible por la sustracción de documentos (en este caso el delito más grave), otro año de presidio.

Total: cinco años de presidio en vez de los seis años y ocho meses de esa misma pena que el Tribunal sentenciador impuso al procesado.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º *Invalídase* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín fechada el diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a Alfonso Alvarez del Pino o Carlos Alfonso Alvarez del Pino Montoya a la pena principal de seis años y ocho meses de presidio por falsedad y bigamia;

2º Refórmase la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Superior de Medellín fechada el once de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó al mismo Alvarez del Pino a la pena principal de seis años de presidio, en el sentido de bajar, como efectivamente se baja esta sanción, a la de cinco años de presidio;

3º Confírmase en todo lo demás la precitada sentencia del Juzgado.

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

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre, Francisco Bruno —Julio E. Argüelles R., Secretario.

Estudio acerca de las contravenciones y su influjo sobre la pena en caso de reincidencia

Diferentes criterios para distinguir los delitos de las contravenciones. La ley asigna a la Policía el juzgamiento de las contravenciones; pero no toda infracción para conocer de la cual sea competente la Policía es, por sólo eso, una contravención, pues la Policía conoce también de verdaderos delitos.

No todos los hechos de que trata la Ley 48 de 1936 "sobre vagos, maleantes y rateros" pueden estimarse como meras contravenciones. Reincidencia en el delito, delincuentes habituales y delincuentes profesionales.

¿Algunas disposiciones de dicha ley no habrán quedado virtualmente subrogadas por el nuevo Código Penal?

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, cuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

Marco Aurelio Díaz fue condenado por el Juez 2º del Circuito Penal del Socorro, condenación que confirmó el Tribunal Superior de San Gil, a la pena principal de seis años de presidio, como responsable —en asocio de Luis Antonio Galvis— del delito de robo en cuantía de doscientos veintidós pesos ($ 222.00) y en daño de la señorita Matilde Gutiérrez, hecho ocurrido en la escuela rural de *Palo Blanco,* Municipio de Oiba, la noche del nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta.

Díaz interpuso casación y, como el señor Procurador de la Nación lo advierte, ha presentado tan sólo un sintético escrito en el que ni siquiera expresa cuál considera aplicable de las causales en que el recurso puede fundarse. No obstante, el mismo señor Procurador conviene en que es claro el cargo hecho por el recurrente contra la sentencia según el pasaje de aquel escrito, que dice así:

"Se ha hecho mención también a que soy reincidente, dizque por haber sido sentenciado a una pena por la Ley 48 de 1936; no puede hacerse consideración a esta circunstancia, puesto que no aparecen en el proceso las copias legalizadas de dicha sentencia, y siendo jurisprudencia aceptada y sentada en esa honorable Corte que para establecer la reincidencia es requisito indispensable allegar al proceso las copias de las sentencias anteriores, esta circunstancia tampoco puede tenerse en cuenta para la agravación de mi responsabilidad; la mencionada Ley 48 de 1936 sobre vagos, maleantes y rateros solamente tiene carácter de prevención social en la delincuencia, luego no tiene toda la fuerza para ser considerada como circunstancia constitutiva de reincidencia...."

Del párrafo transcrito y de otros en que el procesado alega que es excesiva la pena impuesta por calificársele de reincidente sin serlo, concluye el señor Procurador que contra la sentencia recurrida se ha formulado el cargo de ser violatoria de la ley penal, aunque el recurrente no haya aludido de modo expreso y claro a la causal primera de casación.

Y la Procuraduría hace el comentario siguiente:

"Como se ve, alega Díaz que no debe computarse aquí la reincidencia, por dos razones: 1ª Porque no se trajeron a los autos las copias de las sentencias proferidas con anterioridad a este negocio; y 2ª Porque las infracciones a que se refiere la Ley 48 de 1936 sobre vagos, maleantes y rateros no son de las que sirven para calificar de reincidente a un acusado".

El señor Procurador Delegado considera que carece de fundamento el primero de los aspectos o motivos alegados, porque sí obran en autos las copias de las providencias según las cuales fue condenado Díaz anteriormente. Pero estima que este recurso debe prosperar porque la sentencia recurrida agravó la pena considerando reincidente al procesado y, en concepto de la Procuraduría tal apreciación es errónea en el presente caso ya que Marco Aurelio Díaz no había sido condenado antes por delito sino por una contravención, y esta clase de infracciones no han de tenerse en cuenta para los cómputos de pena por reincidencia según el artículo 35 del Código Penal que resulta, así, violado por la sentencia recurrida.

La Procuraduría propone en su vista el problema de la distinción entre delitos y contravenciones en los términos siguientes:

"Tenaz e intrincada ha sido la labor de los penalistas al tratar de fijar la naturaleza de la contravención y su diferencia con el delito. Distintos son los criterios que han seguido en ese empeño, tomando en consideración ya el elemento subjetivo del hecho punible, derivado de la intención y la inmoralidad del acto; ya el elemento objetivo dependiente de la lesión efectiva o potencial de un bien jurídico, de la violación de un derecho o de una disposición legal, de un ataque a las condiciones primarias y esenciales de la sociedad, o de las condiciones menores y secundarias de la misma; ya, en fin, de la calidad de la pena establecida para la infracción.

"Pero todo ha sido en vano, porque aún permanece en pie el problema y la mente no distingue con firmeza y sin equivocación la línea divisoria que deslinde los delitos de las contravenciones. Y ello no puede ser de otra manera, ya que delito y contravención son ambos infracciones de la ley penal y tienen sus elementos constitutivos comunes, aunque algunos de ellos más atenuados y veniales en las contravenciones. De ahí que tratadistas como Ferri y Florian nieguen toda distinción jurídica y fundamental entre delitos y contravenciones.

"Empero como es preciso resolver en este caso concreto si las infracciones de la Ley 48 de 1936 sirven para computar la reincidencia, esto es, si se acercan más a los delitos o a las contravenciones, resulta imprescindible fijar algún criterio práctico que desate la cuestión.

"Cree la Procuraduría que no existiendo diferencia cualitativa o esencial entre delito y contravención, el único derrotero seguro para definir el punto es el referente a la competencia del juez que aplica la sanción. En efecto, siendo las contravenciones hechos punibles que se reprimen por motivos de utilidad común y para evitar daños individuales y sociales futuros, su juzgamiento es más propio de la policía, por desempeñar ésta un servicio cuyo fin primordial es el de velar preventivamente por la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas e impedir así los atentados contra los derechos y las propiedades de los asociados.

En tal virtud, es característico de las contravenciones el ser juzgadas por la policía".

Es laudable la iniciativa del Ministerio Público de plantear la importante cuestión teórica o doctrinaria sobre la diferencia entre delito y contravención, lo mismo que el punto de interpretación legal referente a si los hechos de que trata la Ley 48 de 1936, "sobre vagos, maleantes y rateros", deben reputarse verdaderos delitos o simples contravenciones.

El único criterio seguro —aun cuando extrínseco— para distinguir las contravenciones sería la enunciación clara y particularizada que de ellas hiciera la ley como hace la de los delitos.

El Código Penal reconoce expresamente la diferencia entre contravenciones y delitos (artículos 2º, 12 y 13); y el propósito de las comisiones que laboraron en la Reforma Penal era, al parecer, el de que se dedicara uno de los libros del Código a la materia de contravenciones, por lo menos a las "de cierta gravedad", pues se pensó en dejar "a la reglamentación de la policía local" lo referente a contravenciones menos graves. (Véase "Trabajos Preparatorios del Nuevo Código Penal"—"Actas de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios", 1939—Tomo I, página 102).

Pero es lo cierto que en el anteproyecto de Código y, por ende, en el Código expedido, no se dedicó por fin un libro, ni siquiera algunos títulos o capítulos a tratar específicamente de las contravenciones.

No es un criterio inequívoco para distinguir entre contravenciones y delitos el de la competencia, puesto que la misma disposición legal que asigna a la Policía el conocimiento de aquéllas ordena también que la Policía conozca "de los delitos contra la propiedad que estén reprimidos con arresto, cuando la cuantía no exceda de veinte pesos" y de aquellos delitos de lesiones personales que causen mínima incapacidad al ofendido. (Artículo 49 del Código de Procedimiento Penal).

Se sabe, pues, que de las contravenciones deben conocer las autoridades de policía, pero no es seguro ni mucho menos que cualquiera infracción punible de que conozca la policía haya de ser, por eso, mera contravención.

Resulta imprescindible entonces y a falta de una determinación clara en la ley positiva, intentar la solución en el campo de la doctrina y rastrear la intención o inspiración de los autores del Código sobre ese particular.

Como bien lo dice la Procuraduría, diferentes criterios adoptan los tratadistas de Derecho Penal para establecer la diferencia entre delito y contravención. A lo dicho por el Ministerio Público debe agregarse que suelen los prácticos confundir ésta ya con los delitos de mínima gravedad, ya con los delitos formales, y aun con los delitos por culpa.

Las contravenciones tienen de común con la culpa el ser punibles con prescindencia de la intención del agente; pero difieren en que la culpa supone o implica siempre falta de propósito mientras que la contravención ocurre sea que el contraventor haya obrado con intención cierta o sin ella (artículos 13 y 12 —inciso 2º— del Código Penal).

Y se asemejan las contravenciones a los delitos formales en que tanto aquéllas como éstos se sancionan aun cuando no hayan producido un daño material; pero el delito formal siempre ocasiona un daño (al menos de primer grado, como decían los clásicos), en tanto que las contravenciones —sobre todo algunas que son de menor gravedad— apenas originan un peligro: el daño social que causa el delito siempre es inmediato, al menos por el aspecto del sentimiento de inseguridad, mientras que la contravención es apenas la remota amenaza de un daño.

Uno de los miembros de la Comisión Científica que redactó el anteproyecto de Código Penal, el doctor Carlos Lozano y Lozano, resumió las ideas sobre el particular así:

".... las contravenciones se distinguen de los delitos: primero, en que aquéllas no suponen violación de los sentimientos ético-sociales de la comunidad; segundo, los delitos casi invariablemente constituyen la violación de un derecho y el quebrantamiento del orden social, en tanto que las contravenciones son solamente la violación de una norma o de un reglamento. Por eso la contravención es menos grave que el delito y no acarreará al autor de ella indignidad o demérito alguno".

Otro de los miembros de la Comisión, el doctor Parmenio Cárdenas, dijo lo siguiente: "Es evidente que con ellas (las contravenciones) no se causa daño particular a otro, porque ellas se sancionan a título preventivo para evitar daños futuros individuales y colectivos"; y agregó luégo: ".... las contravenciones no violan condiciones fundamentales de existencia social como sucede respecto de los delitos, sino que únicamente se basa su punibilidad en motivos de conveniencia, pues muchas veces tienen carácter hasta de (hechos) inocentes...." (Actas de la Comisión—1939—Tomo I, páginas 102 y 103).

Y el doctor Rafael Escallón había dicho lo siguiente, que define de manera más clara aún el pensamiento de la Comisión:

".... en materia penal hay dos clases de actos que la ley reprime: actos que en sí mismos, abstractamente considerados, son peligrosos, en los cuales el daño apenas es potencial, y actos con cuya ejecución se perturba el derecho ajeno, en los cuales el daño es efectivo o actual. Las contravenciones en general pertenecen a la primera clase de estos actos y deben, en consecuencia, ser sancionados aunque con ellos no se cause daño alguno efectivo".

(Actas de la Comisión—Tomo I, página 99).

Considera la Corte, de acuerdo con la Comisión que elaboró el Código Penal y según los pasajes transcritos, que el delito infringe determinado derecho, protegido con sanción penal, mientras que la contravención viola apenas una norma protectora o antemural de la norma penal, sin afectar directamente el derecho mismo. El homicidio y las lesiones personales quebrantan directa e inmediatamente el derecho a la vida o a la integridad corporal y de consiguiente son delitos por definición; en cambio el quebrantamiento de las reglas sobre tránsito —llevar el vehículo contra la vía o a desmedida velocidad dentro del poblado— no es delito porque no viola directamente un derecho, pero se castiga como contravención porque infringe la norma que ampara de modo mediato aquellos derechos.

La vagancia, que algunos tratadistas y legislaciones consideran como verdadero delito puede, sin embargo, apreciarse como una infracción que no afecta directamente determinado derecho; pero viola normas sobre el deber de trabajar que son la salvaguardia de otras normas protectoras de derechos concretos como el de propiedad. El que carece de medios de subsistencia y —siendo apto se resiste a trabajar para conseguir tales medios de vida— aunque no haya cometido ningún delito en concreto contra las personas o las propiedades, se pone voluntaria y ostensiblemente en riesgo inminente de cometerlos, y de ahí que se le sancione: no es todavía un delincuente pero sí es ya un contraventor que con ello demuestra peligrosidad aunque no criminal todavía, sí al menos cierta peligrosidad social.

Por ser esta la primera vez que se suscita ante la Corte el punto relativo a la diferencia entre delitos y contravenciones, no pretende la Sala que en el presente fallo quede sentada una doctrina definitiva y completa, sino apenas dejar hecho el esbozo de la cuestión. Sin embargo, lo hasta aquí explicado basta para ver cómo no es posible sostener *a priori* que las infracciones penadas por la Ley 48 de 1936 "sobre vagos, malcantes y rateros" deban reputarse todas como contravenciones tan sólo porque la competencia legal para conocer de ellas corresponde a la Policía, según lo dispone esa misma ley.

Además: el artículo 6º, aparte b), define como malcantes a "los reincidentes en delitos de alcahuetería y corrupción", reincidencia que les acarrea condenación a Colonia Agrícola Penal por dos a cinco años. Habría que examinar si el Código Penal, que empezó a regir dos años después de aquella ley, se aplica de preferencia a ésta en el punto concreto de que se trata (reincidencia en alcahuetería y corrupción); pero de todas maneras sería imposible reputar como simple contraventor al sujeto reincidente en semejantes infracciones que son verdaderos delitos, contemplados por el Código Penal.

Otro tanto cabe decir de lo dispuesto en el aparte b) del artículo 8º que enumera o enuncia

a los que deben ser considerados *rateros*, aparte que dice así: "Los que hayan sido condenados dos o más veces por delitos contra la propiedad y cometan uno nuevo de la misma naturaleza".

Estos términos de la Ley 48 no pueden ser más claros en el sentido de estarse refiriendo a condenación que incumbe hacer a la Policía de un reincidente no en mera contravención sino en "delitos contra la propiedad".

Hay, sí, en la Ley 48 de 1936, otras disposiciones, que contemplan y sancionan no delitos sino contravenciones.

Tales, por ejemplo, las contenidas en los apartes a) y d) del artículo 6º, o en los apartes d), e) y f) del artículo 8º; y también los artículos 1º a 5º, que definen y sancionan la *vagancia*, infracción meramente contravencional.

Podría pensarse quizá en que las disposiciones de la Ley 48 de 1936 relativas a "maleantes" y "rateros" aun cuando hablan de *reincidencia*, contemplan más bien la personalidad de verdaderos delincuentes *habituales*.

Parece fundado en razón distinguir entre simples *vagos* —cuya vagancia es apenas una contravención—, y aquellos otros verdaderos delincuentes que pueden ser llamados *profesionales* por cuanto derivan su subsistencia de una constante actividad delictuosa, aun cuando se trate de pequeños delitos; o *habituales*, dada la cronicidad de su delincuencia.

La mera vagancia —considerada como una contravención— no se tiene en cuenta para deducir un aumento de pena por reincidencia. Pero otros hechos que no son simples contravenciones, contemplados en la Ley 48 de 1936, sí deben acarrear tal aumento, pues algunos casos de delincuencia de los que allí se contemplan son algo más que la del reincidente: son verdaderas figuras de criminalidad *habitual* y aun *profesional*.

Ahora puede preguntarse: en el caso de autos las autoridades de Policía ¿habían sentenciado en tiempo anterior a Marco Aurelio Díaz por delito o sólo por contravención?

A fojas 15 y 16 del sumario obra copia de la sentencia condenatoria dictada por la Gobernación de Santander. Allí se estudia el caso de Díaz ante las tres categorías de delincuencia enumeradas por la Ley 48 de 1936 y se llega a la conclusión de que no hay elementos probatorios para calificarlo como *maleante* ni como *ratero* sino apenas como *vago;* y en concepto de tal le fue impuesta la sanción de "confinamiento" a una Colonia Penal por el lapso de veintisiete meses, con aplicación del artículo 3º de aquella ley. Es decir, que Díaz fue sentenciado no por uno de los casos de delito que enuncia y sanciona la Ley 48 de 1936, sino por la contravención consistente en ser *vago*.

Dice la vista de la Procuraduría lo siguiente:

"Concluyese, pues, de todo lo expuesto que la Ley 48 de 1936 tiene un sentido altamente preventivo y de seguridad social; que sus normas son propiamente contentivas de contravenciones, y no de delitos; y que la jurisdicción para conocer de los hechos punibles contemplados corresponde a la Policía".

Comparte la Corte el concepto de que la Ley 48 de 1936 se inspira en ideas de prevención de la criminalidad y de seguridad social; pero considera que no por ello han de considerarse meras contravenciones todos los hechos contemplados en aquella ley como punibles.

La conclusión a que podría llegarse respecto del alcance de esa ley sería quizá la de que ella contempla no tanto los hechos cuanto la personalidad de aquellos delincuentes más peligrosos acaso por encarnar el tipo de la criminalidad habitual y profesional.

Para algunos casos, como en otra página se explicó, sí estatuye aquella ley en lo relativo a delitos concretos y entonces la sentencia dictada por la Policía puede más tarde servir de base a un juez para deducir la agravación de pena por reincidencia.

En suma: la Corte está de acuerdo con la Procuraduría en que la ley penal fue indebidamente aplicada porque se agravó la pena al reo calificándolo como reincidente sin serlo, porque la vagancia, que fue el motivo de una condenación anterior, no puede considerarse, en el presente caso, como un delito sino apenas contravención.

Pero esta Sala no acoge la tesis de que cualquiera infracción juzgable ante las autoridades de Policía —ni todas aquellas de que trata la Ley 48 de 1936— puedan ser calificadas *a priori* como meras contravenciones.

Prospera, pues, el recurso, por la causal de indebida aplicación de la ley penal, y corresponde a la Corte pronunciar la sentencia que debe sustituir a la que se invalida.

Al hacer los cómputos para la pena el Tribunal se limitó a copiar entre comillas lo dicho por el Juez, sin parar mientes siquiera en que éste se remite ya al artículo 402 (con las agravantes del 403), ya al artículo 404, como si las dos disposiciones pudieran ser calificadas simultáneamente, siendo así que la primera de ellas versa sobre el robo en general mientras que el artículo 404 contempla el robo en los casos más graves.

La Procuraduría sugiere el siguiente cómputo de pena:

"Como pena para Díaz, este Despacho se permite insinuar la siguiente: cuatro años de presidio por el delito de robo en las condiciones del artículo 404 del Código, y una cuarta parte más

por haberse cometido de noche y por haber usado disfraz los asaltantes. (Artículos 398 y 403). Total, cinco años de presidio, que es inferior a la sanción impuesta por el Tribunal.

En ocasión anterior dijo esta Sala que las circunstancias de agravación de pena correspondientes al delito de hurto de conformidad con los artículos 398, 399 y 400 del Código Penal son aplicables al delito de robo previsto por el artículo 402; pero que cuando se aplica la pena del artículo 404 que considera los casos más graves de robo y señala, por consiguiente, la pena más grave también, no es dable cargar, además, al reo aquellas otras circunstancias contempladas para los que pudieran llamarse casos menos graves de ese mismo delito.

Por tal razón no es posible acoger la penalidad propuesta para este caso por la Procuraduría.

Ahora: dentro de la penalidad de tres a catorce años de presidio que señala el artículo 404, disposición que es la aplicable por haber mediado forzamiento de puertas, por haberse cometido el robo en lugar habitado e ir armados los dos asaltantes, cabe tener en cuenta como circunstancias de mayor peligrosidad la anterior condenación de policía por vagancia (artículo 37, numeral 2º); el obrar con la complicidad de otro previamente concertada (numeral 9º ibidem), la hora, el lugar apartado y el modo de ejecución del delito por las amenazas con que los criminales amedrentaron a mujeres indefensas (numerales 6º y 7º ibidem).

Estas significativas circunstancias de mayor peligrosidad sin que aparezca ninguna de menor peligrosidad serían fundamento suficiente para tender hacia el máximo de la sanción. Pero como la Corte no podría agravar ésta porque el recurso de casación que sólo el reo interpone no puede entenderse propuesto sino en lo desfavorable a él, la Sala opta por bajar tan sólo en un mes la pena impuesta en la sentencia recurrida.

Por todo lo dicho la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve:*

1º *Invalídase* la sentencia del Tribunal Superior de San Gil fechada el seis de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, que confirma la de primera instancia contra Marco Aurelio Díaz;

2º Refórmase la sentencia del Juzgado Segundo del Circuito Penal del Socorro fechada el diecinueve de junio de mil novecientos cuarenta y uno que condenó a Marco Aurelio Díaz a la pena principal de seis años de presidio como responsable de robo y reincidente; y en su lugar impónese al mismo Marco Aurelio Díaz la pena principal de cinco años y once meses de presidio;

3º Confírmase en todo lo demás la precitada sentencia de primera instancia.

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

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre, Francisco Bruno—Julio E. Argüello R., Secretario.

RECURSO DE HECHO

I. Ni el recurso de hecho, ni el de apelación, tienen cabida respecto de providencias dictadas por los Tribunales Superiores como entidades de segunda instancia.

II. Los autos de los Tribunales que confirman los de proceder de los Jueces Superiores o de Circuito no constituyen nuevos autos de proceder, pues son dictados por aquéllos en su calidad de entidades de segundo grado.

III. No actuó el Tribunal en la condición de Juez a quo. Actuó como entidad de segundo grado. Y es que, judicialmente hablando, el sistema procesal colombiano no admite que una causa, penal o civil, tenga tres instancias. Son dos, a lo sumo. Y al estatuír el numeral 2º del artículo 42, Ley 94 de 1938, que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia conozca de los recursos de apelación fallados en primera instancia por los Tribunales Superiores, revela claramente, sin campo a la menor duda, que esas apelaciones ante la Corte Suprema sólo se relacionan con los procesos de que conocen aquéllos en primera instancia, cuales son los que detalla el artículo 44 ibídem en sus números 1º y 2º. Si se llama instancia el ejercicio de la acción en cada uno de los grados del juicio, resulta evidente que el Tribunal Superior de Buga no falló en primera instancia la nulidad propuesta ante él por la defensa del reo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, febrero cinco de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga confirmó el enjuiciamiento que había proferido el Juez Superior de allí contra Daniel Marín Cardona por homicidio.

Conoció el Tribunal del negocio en virtud de apelación que interpusieron el defensor del reo y la parte civil.

La providencia del Juez dejó en libertad provisional al procesado, juzgando que la infracción encajaba dentro del precepto del artículo 28 del Código Penal, situaciones jurídicas no aceptadas por el Tribunal, quien dio al homicidio la índole del que contempla el artículo 362 ibídem, sin atenuación sustancial, y dispuso que Marín Cardona fuera reducido a prisión.

Ese auto se notificó personalmente al Fiscal de la Corporación, y por estado a las otras partes, pasándose en oportunidad la causa al Juez *a quo*.

Entonces, ante el Juez Superior de Buga presentó el defensor un memorial en que le pide devolver el expediente al Tribunal para que, en cumplimiento del artículo 170 de la Ley 94 de 1938 y con el fin de evitar la nulidad de que trata el ordinal 3º del artículo 198 ibídem, "me sea debidamente notificado el dicho auto de proceder y lo mismo al procesado, porque tenemos recursos por establecer, a su debido tiempo, siempre que la notificación se nos haga en la forma requerida por la ley".

Estimó el defensor en aquel memorial que el auto del Tribunal es "un nuevo auto de proceder".

Accedió el Juez Superior a la solicitud del defensor, remitiendo el proceso al Tribunal, en donde se expresó lo que sigue:

"Evidentemente, el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal ordena notificar personalmente al procesado el auto de proceder. Tiene como finalidad este precepto que quien resulte procesado criminalmente conozca los hechos que se le imputan con sus notas esenciales y características y que salga en su defensa. Precisamente por esta última razón, el artículo 432 del Código de Procedimiento Penal, correlativo del 170 ibídem, preceptúa que 'al notificarse el auto de proceder, se hará saber al procesado el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio; si no lo nombrare, lo designará el Juez. El defensor nombrado será reconocido por el Juez si reuniere las condiciones para desempeñar el cargo'. Mas todo esto debe entenderse prescrito respecto del auto de primera instancia, porque una vez nombrado el defensor tiene ya el procesado un representante judicial que lo asista en todos los incidentes, recursos y trámites de la causa y se llenan de tal modo los fines de los precitados artículos del procedimiento. No puede jurídicamente hablarse de nue-

vo auto de proceder cuando el Superior, conociendo de la apelación interpuesta contra el de primer grado, encuentra que hay lugar a considerar cometido el delito en circunstancias distintas a las inicialmente consideradas, porque realmente con ello no se varía la esencia de la providencia enjuiciatoria; y una vez notificada la primera personalmente al encausado no hay razón para repetirla del mismo modo por parte del Tribunal, por cuanto que desde el momento mismo en que el encausado se notificó ante el Juez y nombró apoderado, ya tiene un asistente legal durante toda la actuación posterior, que está obligado a seguir el curso de todos sus incidentes para interponer en tiempo los recursos que, en orden a la defensa de su cliente, crea conducentes. Tal ha sido la práctica constante de los Tribunales y de la honorable Corte Suprema de Justicia. Por tanto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, *resuelve* devolver el expediente al señor Juez Superior para que continúe la tramitación legal correspondiente".

Notificado el defensor del auto que en su parte pertinente copió la Corte, auto que es de cuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, dirigió al Tribunal otro escrito en que propuso "incidente de nulidad".

Decidió el Tribunal, el veintinueve de los referidos mes y año, que no se había incurrido en la nulidad alegada, y apeló el defensor ante la Corte Suprema, recurso que negó el Tribunal el ocho de noviembre último, apoyándose en que "carece de seriedad, comoquiera que no tiene asidero en disposición legal alguna".

Luégo el defensor pidió reposición de ese auto de ocho de noviembre, a lo cual contestó el Tribunal, como principal argumento, así:

"Por último, la Sala negó la apelación interpuesta contra el auto de 29 de octubre, porque estima que el texto del numeral 2º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal tiene una aplicación restringida a los autos y sentencias que los Tribunales dictan como Jueces de primera instancia, y es tan claro que no da lugar a interpretaciones diversas. Y esta misma razón tiene ahora para no acceder a la reposición que de esa providencia se solicita".

Concluyó el Tribunal por no reponer el auto de ocho de noviembre y por ordenar la expedición de las copias conducentes a fin de surtir el recurso de hecho que el defensor anunciara.

Para fundar el derecho que cree tener a que se le conceda la apelación denegada, el recurrente le dice a esta Sala:

"Sostuve al honorable Tribunal, y así lo reitero a la honorable Corte, que es procedente la apelación interpuesta, por los siguientes motivos:

"Primero: El artículo 201 del Código de Procedimiento Penal dispone que 'las causales de nulidad establecidas en los artículos 198 y 199 podrán alegarse en cualquier estado del proceso', y yo, en representación de Marín, precisamente alegué aquella que contempla el ordinal 3º del artículo 198.

"Segundo: La causa de Marín cursaba en el honorable Tribunal, luego era éste la autoridad competente para conocer el incidente propuesto, como lo reconoció el mismo Tribunal al tramitar la articulación conforme al artículo 456 del Código Judicial y al fallarla en Sala de Decisión.

"Tercero: El Tribunal, en la referida nulidad, actuó, pues, en condición de Juez *a quo*, y su decisión tiene la denominación de auto interlocutorio, según lo define el numeral 2º del artículo 156 del Código de Procedimiento Penal.

"Cuarto: Los autos interlocutorios, preceptúa el artículo 187 ibidem, 'son apelables en el efecto devolutivo'.

"Quinto: El artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, numeral 2º, atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento 'de los recursos de apelación en asuntos fallados en primera instancia por los Tribunales Superiores'."

* * *

Considera la Corte:

a) El recurso de hecho en materia penal se prepara y resuelve conforme a las reglas del Capítulo V, Título XIV, Libro segundo de la Ley 105 de 1931 (artículo 193, Ley 94 de 1938), y a esas normas se ajustó el que hoy contempla la Sala;

b) El auto de enjuiciamiento contra Daniel Marín Cardona se notificó al reo y su defensor en el Juzgado, como lo manda el artículo 170 de la Ley 94 de 1938; y puesto que Marín Cardona no estaba detenido cuando el Tribunal falló la apelación de la defensa y la parte civil, pudo cumplirse por estado la notificación en la segunda instancia (artículo 168 ibidem);

c) Lo relativo a que el Tribunal apreciase las circunstancias del homicidio de modo diverso del que planteó el Juez Superior no significa que haya habido un *nuevo auto de proceder*, y, en todo caso, si el defensor y el reo tenían "recursos por establecer" debieron concurrir oportunamente a la Secretaría para la notificación personal. No concurrieron, y el auto se notificó por estado (artículos 168 y 169 de la citada Ley 94). Sépase que el auto en que el Tribunal revisó el enjuiciamiento es de catorce de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, y que la notificación por estado vino a hacerse el diez y siete de tales mes y año;

ch) El proceso de Marín Cardona no cursaba en el Tribunal de Buga a la fecha en que el defensor le pidió al Juez que lo devolviera al Superior para la pretendida notificación personal. Se hallaba el negocio en el Juzgado desde el veinticuatro de septiembre, y el Tribunal había perdido la jurisdicción que no adquirió por el solo motivo de que el Juez, erradamente, hubiese consentido en devolver el negocio. De allí que el Tribunal también se equivocara al entrar en el estudio de la solicitud del defensor, equivocación que culminó con tramitar la nulidad solicitada como una articulación, lo que es injurídico, pues el artículo 456 de la Ley 105 de 1931 es únicamente para lo civil: en lo penal las nulidades que no advierta el Juez o Tribunal y que invoquen las partes, de plano se decretan o se niegan;

d) No actuó el Tribunal en la condición de Juez *a quo*. Actuó como entidad de segundo grado. Y es que, judicialmente hablando, el sistema procesal colombiano no admite que una causa, penal o civil, tenga tres instancias. Son dos, a lo sumo. Y al estatuir el numeral 2º del artículo 42, Ley 94 de 1938, que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia conozca de los recursos de apelación fallados en primera instancia por los Tribunales Superiores, revela claramente, sin campo a la menor duda, que esas apelaciones ante la Corte Suprema sólo se relacionan con los procesos de que conocen aquéllos en primera instancia, cuales son los que detalla el artículo 44 ibídem en sus números 1º y 2º. Si se llama *instancia* el ejercicio de la acción en cada uno de los grados del juicio, resulta evidente que el Tribunal Superior de Buga no falló en primera instancia la nulidad propuesta ante él por la defensa del reo.

* * *

En mérito de lo dicho y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, la Corte resuelve:

Fue bien denegada la apelación que el doctor C. Alfonso Ramírez Torres, defensor de Daniel Marín Cardona, interpuso contra el auto de veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Cópiese esta providencia y devuélvase el expediente.

Campo Elías Aguirre, Francisco Bruno, José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello R., Secretario.

Caracteres formales de los autos interlocutorios. - Noción de incidente en Derecho Procesal

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, febrero ocho de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno).

El abogado doctor Pedro Luis Jiménez, vecino de Santa Rosa de Cabal, solicitó cambio de radicación del proceso que, por los delitos de falsedad y estafa, se le sigue ante el Juez 1º Superior de Manizales, en virtud de denuncio de la señora Dolores Henao v. de Vega, solicitud que funda en los siguientes hechos:

a) El veintiuno de enero del pasado año fue cerrada la investigación mediante auto consentido por las partes;

b) Solicitado al Fiscal concepto de fondo sobre la calificación del sumario, aquel funcionario pidió aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal en relación con el delito de falsedad, y sobreseimiento definitivo —por inexistencia de prueba— en relación con el de estafa;

c) El Juez 1º Superior —por auto del siete de abril del pasado año— sobreseyó definitivamente en favor del sindicado señor Jiménez;

d) De este auto apelaron ante el Tribunal la parte civil y el Fiscal; éste, para que se aplicara el mencionado artículo 153, y aquélla para que se abriera causa criminal contra el sindicado;

e) El Tribunal, en desacuerdo con el Fiscal de la Corporación —quien pidió la confirmación del sobreseimiento—, revocó el auto de sobreseimiento y declaró "sin valor alguno" el auto que declaró cerrada la investigación a fin de que ésta fuera perfeccionada;

f) El sindicado señor Jiménez —en su memorial de 33 folios— solicitó se revocara aquel auto y en su lugar se confirmara el del Juzgado;

g) El Magistrado ponente, doctor Francisco Giraldo Toro, el día veintiuno de octubre suscribió el auto según el cual ordenó devolver aquel memorial a su signatario señor Jiménez, por irrespetuoso y suspicaz, y se sellara cada hoja;

h) Aquél solicitó reposición del auto que ordenó la devolución del memorial, no sin que en la misma solicitud se retractara de las expresiones o conceptos considerados como suspicaces o irrespetuosos, recurso que le fue negado —como también ordenada la devolución del memorial de reposición—, por cuanto la orden de devolución dada en el auto del veintiuno de octubre no es auto sino el ejercicio de la facultad otorgada por el numeral 11 del artículo 121 del Código de Organización Judicial;

i) Recurrió el señor Jiménez en súplica ante el resto de los Magistrados de la Sala —ratificando por segunda vez su retractación—, quienes conceptuaron, fundados en el Código Procesal Civil y no en el Procesal Penal, que tiene norma análoga, que eran legales la devolución del memorial y la negativa de la reposición contra el auto que la ordenó, y, finalmente,

j) Estas negativas implican una denegación de justicia y "un estado de verdadera pugnacidad que impide francamente que los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Manizales puedan seguir actuando con la cordura y serenidad necesarias para administrar justicia".

* * *

La viabilidad del cambio de radicación solicitado se subordina a estas cuestiones:

a) Si la providencia del Magistrado que ordena devolver un memorial irrespetuoso tiene carácter de auto, y es sometible —en caso afirmativo— a los recursos que concede la ley;

b) Si la retractación de los conceptos o vocablos irrespetuosos elimina la sanción que fija el numeral 17 del artículo 121 del Código de Organización Judicial;

c) Si el memorial en que se hace la retractación está sometido necesariamente a la sanción de aquel de cuyos conceptos o vocablos se retractó el memorialista; y

d) Si estos hechos —en caso afirmativo— revelan la existencia del estado de verdadera pugnacidad que impide a la Sala Penal del Tribunal seguir actuando con la cordura y serenidad necesarias para administrar justicia, como lo afirma el solicitante.

a) *El irrespeto al Magistrado.*

La Corte acepta que el memorial del diez y nueve de octubre del año pasado, por medio del

cual el abogado señor Pedro Luis Jiménez solicitó reposición del auto del Tribunal que revocó el sobreseimiento a su favor decretado por el Juez 1º Superior, fue escrito sin consideración alguna a las más elementales normas de respeto y cortesía que se deben a la alta jerarquía de los Magistrados de un Tribunal, y que el Magistrado doctor Giraldo Toro, al devolver aquel memorial, se situó en un plano de absolutas razón y legalidad, ya que las relaciones entre los funcionarios judiciales y las partes están reguladas no sólo por el Código Procesal sino también por el de la urbanidad, de obligatorio cumplimiento.

Y no justifica la transgresión de las normas de la cortesía la discrepancia que pueda surgir entre los conceptos jurídicos del Juez de primera instancia y los de los Magistrados de la segunda, pues si ello fuera así, se llegaría a la absurda conclusión de que todo funcionario que resuelve una controversia en forma desfavorable a una parte, deniega justicia, abusa o prevarica, porque ello quebrantaría los fundamentos de la justicia organizada.

Si el Tribunal Superior de Manizales consideró que faltaban elementos indispensables para la calificación de la infracción imputada al sindicado, y que, en consecuencia, se requería perfeccionar la investigación porque considerara infundado o prematuro el sobreseimiento, aquella corporación —mientras no se pruebe lo contrario— actuó en cumplimiento de derechos y deberes que le fijan las normas a que debe subordinar todos sus actos.

b) *La sanción al irrespeto.*

El memorial irrespetuoso del abogado Jiménez no fue devuelto por el Secretario, de acuerdo con la norma del numeral 17 del artículo 121 del Código de Organización Judicial, sino en virtud de providencia especial del Magistrado doctor Giraldo Toro, suscrito por éste y por el Secretario de la Sala Penal, auto que —textualmente— dice: "Devuélvase el presente memorial a su signatario señor doctor Pedro Luis Jiménez, por irrespetuoso y suspicaz. Séllese cada hoja.—Cúmplase".

Fue contra esta providencia contra la que el abogado Jiménez interpuso reposición, en memorial en que —además— se retracta así: "Hoy rectifico cualquier concepto duro, suspicaz o irrespetuoso de mi memorial de reposición, y retiro de tal memorial toda frase o concepto que desdiga de la buena educación y del respeto que usted y sus compañeros de Sala merecen".

Negó la reposición el Magistrado doctor Giraldo Toro en auto del veintidós de octubre, negativa que explica así: "Con tal medida no se hizo otra cosa que cumplir la disposición citada (numeral 17, artículo 121, Código de Organización Judicial), y por eso no existe recurso alguno, ya que la ley no lo contempla; esa orden del Magistrado que firma no es un auto sino el ejercicio de una facultad legal de la cual pueden y deben hacer uso los funcionarios a efecto de impedir que sus fallos, y ellos mismos, sean apostrofados, vilipendiados o injustamente ofendidos cuando el criterio que informa sus providencias no concuerde exactamente con el de los interesados. *Con el otro memorial, devuélvase el presente*". (Subraya la Corte).

En virtud de esta providencia el abogado Jiménez —sin hacer mención al recurso de súplica— se dirigió el veintitrés a los Magistrados restantes de la Sala, doctores Giraldo Upegui y Salazar Grillo, quienes —en auto del veinticinco— confirman la tesis del Magistrado doctor Giraldo Toro, y *ordenan devolver también este memorial al recurrente.*

* * *

Como en estas providencias funda su solicitud el abogado Jiménez para que sea juzgado en otro Distrito Judicial, la Corte procede a analizar si aquéllas han creado entre el Tribunal y el solicitante una relación perjudicial e inconveniente a los intereses de la justicia.

c) *La providencia sancionadora.*

La primera cuestión —de la cual se derivan las demás anteriormente enunciadas— es ésta: la providencia del Magistrado Giraldo Toro, por la cual ordenó devolver el memorial irrespetuoso, ¿tiene forma y contenido de auto?

El Magistrado doctor Giraldo Toro resuelve así la cuestión: no es auto —afirma— sino una orden del Magistrado, el ejercicio de una facultad de la cual pueden y deben hacer uso los funcionarios a efecto de impedir que sus fallos, y ellos mismos, sean apostrofados, vilipendiados o injustamente ofendidos".

La Corte no puede admitir el razonamiento contradictorio del Magistrado, porque si es una orden de aquellas que la ley autoriza, y esa orden fue revestida de la forma que el artículo 145 del Código de Procedimiento Penal establece, y suscrita por el funcionario facultado, y autenticada su firma con la del Secretario, se trata de la actuación especial que la ley define como auto, caracteres que no tendría si el Secretario hubiera procedido de conformidad con el numeral 17 del artículo 121 del Código de Organización Judicial, no obstante la previa consulta con el Magistrado.

La referida orden de la devolución del memorial considerado irrespetuoso, suscrita por el Magistrado y su Secretario, es —técnicamente— una resolución judicial, es decir, una orden judicial de obligado cumplimiento, dictada dentro de un proceso penal, con el fin de imponer una sanción, y esa resolución no puede excluirse de

las categorías definidas por el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal, y si no es —como no puede serlo— una sentencia, es —necesariamente— un auto.

d) *El recurso de reposición.*

La posibilidad del recurso se vincula a la categoría dentro de la cual pueda incorporarse el auto recurrido: porque, o resuelve un incidente del proceso *o dispone cualquier otro trámite legal* para el desarrollo del proceso, es decir, o es auto interlocutorio o de sustanciación. Y esto es lo que en seguida se analiza.

* * *

"Para que haya incidente —conceptuaba el muy ilustre Profesor de Derecho Procesal Penal doctor Luis Rueda Concha— se necesita que la cuestión no sea propia de la naturaleza del juicio, es decir, que sea accidental. En el juicio cabe distinguir, al igual que en los contratos, tres especies de cuestiones: cuestiones que pertenecen a la esencia del juicio, cuestiones que pertenecen a la naturaleza del mismo y cuestiones accidentales. Las primeras son aquellas sin las cuales no se concibe ningún juicio. Las segundas son las que en cada especie de juicio ordinariamente suceden, ordinariamente lo acompañan. Y las terceras son las que no pertenecen a la esencia ni a la naturaleza, pero que la ley permite, no obstante, discutir en el mismo juicio en que se ofrecen".

No podría afirmarse que la presentación de un memorial irrespetuoso y su consiguiente devolución sean cuestiones inherentes a la esencia o naturaleza del juicio, ya que ellas no suceden ordinariamente en él, ni tampoco sin ellas se concibe; se está, en consecuencia, ante un hecho incidental, surgido imprevistamente, no clasificado tampoco entre los que el Derecho Procesal señala u ordena, como necesarios, para dar curso a la actuación general y ordinaria; desde este punto de vista, la presentación del memorial irrespetuoso y su devolución —como sanción— tienen todos los caracteres de un incidente, y el auto que lo ordena el de un auto interlocutorio.

Mayor fuerza contiene esta tesis si se considera que se trataba de un recurso de reposición contra el auto de proceder, que la sanción quitó al recurrente la oportunidad de ejercitar un derecho que le otorga la ley, y que el auto que niega un recurso contra el de proceder tiene —al menos en relación con el recurrente procesado— tánta importancia como aquél contra el cual se ha recurrido (1).

(1) El recurso no se interpuso contra el auto de proceder —no aún dictado— sino contra el que revocó el de sobreseimiento dictado por el Juez.

Pero aún aceptando —en hipótesis— que el auto que ordenó la devolución del memorial no fuera interlocutorio, porque se trata de disponer un trámite distinto al que el interlocutorio dispone, se llegaría a la conclusión de que es, entonces, un auto de sustanciación, y en cualquiera de los casos es viable la reposición.

e) *Consecuencias de la retractación.*

Hasta aquí —se deduce— la actuación del Magistrado doctor Giraldo Toro es lógica y legal, con exclusión de la negativa del recurso: sancionó —mediante un auto por él suscrito— el memorial irrespetuoso del abogado Jiménez. Pero —se pregunta la Corte—, retiradas las frases irrespetuosas y temerarias, reparada la falta, ¿podía aquel Magistrado, no ya negar la reposición, sino —además— devolver el memorial al recurrente, como si se tratara de sancionar también la retractación? ¿Podía la Sala plural ante quien posteriormente recurrió en súplica el abogado Jiménez, además de negar la solicitud, devolver el memorial en que se hizo?

Tratado ya el punto referente a la providencia del Magistrado doctor Giraldo Toro, que ordenó la devolución del primer memorial, y deducidos su carácter de auto y la legalidad del recurso contra él propuesto, la Corte se limita al otro, es decir, a la devolución de los memoriales en que el abogado Jiménez —previa retractación— reiteró la solicitud de la reposición y más tarde recurrió en súplica.

El numeral 17 del artículo 121 del Código de Organización Judicial impone a los Secretarios el deber de rechazar los escritos irrespetuosos a las autoridades o a los particulares, consultando previamente para evitar abusos y dificultades, al Juez o Magistrado respectivo, sin que haya norma que impida a éstos —como ha sucedido en el presente caso— asumir aquella facultad y ordenar, mediante providencia especial, el mencionado rechazo, pero el rechazo, para que sea legal, requiere la existencia del irrespeto; de modo que si los memoriales del abogado Jiménez, dirigidos el uno al Magistrado doctor Giraldo Toro el veintidós de octubre, y el otro a los Magistrados doctores Giraldo Upegui y Salazar Grillo el día siguiente, no eran irrespetuosos, no podían ser sometidos a la devolución que en sí es una sanción, ya que es norma universal que la sanción presupone necesariamente la infracción; los Magistrados del Tribunal de Manizales —aunque se aceptara no equivocada la negativa de los recursos interpuestos— no tenían facultad para devolver memoriales, y menos si estaban redactados en términos respetuosos y corteses.

f) *El concepto sobre el cambio de radicación.*

No desconoce la Corte la natural reacción que el primer memorial del abogado Jiménez, urdido de descortesía y suspicacia, pudo haber producido en el ánimo de los Magistrados del Tribunal de Manizales, como tampoco afirma que su actitud, ante la retractación y ante las solicitudes posteriores, pueda producir una convicción de parcialidad manifiesta de parte de aquellos altos funcionarios que merecen, por su jerarquía, el respeto y consideración de todos los que a ellos recurren con anhelos de justicia.

Y aunque la Corte no está de acuerdo —por las razones expuestas— con las soluciones dadas a las dos últimas solicitudes del abogado Jiménez, existe entre éste y aquellos Magistrados un mutuo resentimiento, no pugnacidad, que puede injustamente atribuir a las futuras actuaciones judiciales una intención o un significado opuesto a la dignidad de la justicia, que es oportuno prevenir.

Ratifican fehacientemente lo anterior la acción penal —por los delitos de injuria y calumnia— que el Presidente de la Sala Penal del Tribunal de Manizales, doctor Francisco Giraldo Toro, ha iniciado contra el abogado señor Pedro Luis Jiménez, ante el Juzgado 2º del Circuito Penal del mismo nombre, y los testimonios de los señores doctores Manuel Ocampo, Eduardo Arango Garrido y Rafael Escobar Pizano.

* * *

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— *conceptúa favorablemente* a la solicitud del abogado señor *Pedro Luis Jiménez* para que sea juzgado en un Distrito Judicial distinto a aquel en que cometió las infracciones de estafa y falsedad por las cuales ha sido sindicado.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Gobierno.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello R., Secretario.

Aclaración del auto anterior

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos cuarenta y cuatro.

* * *

El señor Pedro Luis Jiménez ha solicitado se aclaren algunas expresiones usadas en el concepto favorable que esta Corporación emitió el ocho del presente —a solicitud del Ministerio de Gobierno— sobre la conveniencia de que el peticionario, acusado de falsedad y estafa por la señora Dolores Henao v. de Vega, fuera juzgado en un Distrito Judicial distinto al de Manizales.

Como la solicitud se concreta a una referencia a enjuiciamiento contra el señor Jiménez, la Corte precisa, con base en los documentos presentados, los siguientes hechos que aclaran la situación jurídica del solicitante:

a) Que el señor Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Manizales, de acuerdo con su Fiscal, sobreseyó definitivamente en favor del señor Jiménez;

b) Que el Tribunal Superior del mismo Distrito —en desacuerdo con su Fiscal— revocó el auto de sobreseimiento con el objeto de que se ampliara la investigación que aquel Tribunal consideró no aún perfeccionada;

c) Que la reposición solicitada por el señor Jiménez fue contra el auto que revocó el sobreseimiento decretado por el Juez 1º Superior, y

d) Que no se ha dictado auto de proceder contra el señor Jiménez, cuya posición jurídica es apenas la de sindicado, y que, en consecuencia, no se ha decretado contra él apertura de juicio criminal.

Atendida en esta forma la solicitud del señor Pedro Luis Jiménez, *se ordena* publicar en el *Diario Oficial* la presente aclaración, así como el memorial en que la hace, con cuyo fin se enviarán al Ministerio de Gobierno estos documentos.

Cúmplase.

Francisco Bruno.—Julio C. Argüello, Secretario.

La infracción penal del funcionario comisionado no es imputable al superior que ordenó la comisión

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, febrero quince de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno).

Vistos:

La calificación del sumario —ya legalmente oportuna— instruído contra el doctor José B. Vives, acusado por los señores Abraham Quintero y Bernabé Jácome como responsable de los delitos de prevaricato, abuso de autoridad y detención arbitraria, cometidos en el mes de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en ejercicio de sus funciones de Gobernador del Departamento del Magdalena, requiere lo siguiente:

a) Relación de los hechos que motivaron la presente investigación;

b) Estudio de la responsabilidad del acusado, y

c) Fundamentos legales de la calificación.

I. Relación de los hechos.

Cronológicamente se sintetizan a continuación los hechos que precedieron a la infracción imputada al Gobernador y los que —según los denunciantes— la constituyen:

a) Los señores Abraham Quintero, Bernabé Jácome y José Giraldo, comerciantes de Aguachica, concedieron sendos créditos al Director del Internado Agrícola, previo compromiso —por parte de éste— de cancelarlos quincenalmente, compromiso que no pudo cumplir por demora en las órdenes de pago que la Gobernación debía girarle por conducto de la Colecturía;

b) Clausurado el Instituto, el veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, su Director —al ser requerido para el pago de los créditos— afirmó que como aquél había sido nacionalizado, el Gobierno Central los cubriría inmediatamente;

c) Los proveedores y acreedores —el mismo día de la clausura— informaron telegráficamente al Gobernador que el Instituto les debía quinientos cincuenta pesos ($ 550.00) moneda legal; le rogaron —además— ordenara se les dieran trescientos pesos ($ 300.00) existentes en la Colecturía, proveyera al pago del saldo, o *"les dijera fracamente* —subraya la Corte— *si el Gobierno desconocía la deuda a fin de saber si habían sido víctimas del engaño oficial para abstenerse en lo sucesivo de gastos de cobranza";*

c) El Gobernador del Magdalena doctor Vives —quien consideró irrespetuoso el anterior telegrama— impuso a los firmantes, mediante Resolución dictada el veintinueve de septiembre, con fundamento en los artículos 127 (numeral 18) y 310 (inciso 6º) del Código de Régimen Político y Municipal, sendas multas de diez pesos ($ 10.00) convertibles en arresto a razón de un día por cada dos pesos ($ 2.00) si no eran pagadas veinticuatro horas después de la notificación, y comisionó al Alcalde de Aguachica para esta diligencia;

d) El Alcalde de Aguachica, señor Héctor Ramos L., al notificar la resolución a los señores Quintero y Jácome, los conminó al pago inmediato de la multa, y como no lo hicieran, los recluyó en la cárcel del Municipio del diez y siete al veintiuno del mes de octubre —del mismo año— sin que atendiera observación alguna en cuanto al plazo que la ley les daba para reclamar la Resolución notificada.

II. Responsabilidad penal del acusado.

Los denunciantes, señores Quintero y Jácome, imputan al Gobernador doctor Vives los siguientes cargos, que califican como prevaricato y abuso de autoridad:

a) El Gobernador doctor Vives violó el artículo 310 del Código de Régimen Político y Municipal, al sustituír, en su Resolución, el término de días que fija la ley, por el de horas, y les arrebató así el derecho a la defensa y al reclamo ejercitable dentro de los dos días siguientes a la notificación;

b) El Gobernador —mediante esta violación legal— determinó que un empleado subalterno, el Alcalde, cometiera los hechos delictuosos anotados, y

c) El Gobernador doctor Vives —en consecuencia— cometió los delitos de prevaricato y abuso de autoridad definidos y sancionados en los artículos 168 y 171 del Código Penal.

* * *

Dos cuestiones deben analizarse aquí: si la Resolución del Gobernador, en sí, en su finalidad y contenido, revela o constituye una infracción penal, y si los hechos cometidos por el Alcalde señor Ramos, le son imputables a su superior jerárquico.

El Gobernador doctor Vives, quizá poseído de un exceso de susceptibilidad, sin previa información sobre el incidente entre los denunciantes y el Director del Internado Agrícola, dictó la Resolución por la cual les impuso sendas multas convertibles en arresto si no eran cubiertas en el término de veinticuatro horas contadas desde su notificación, Resolución fundada en los artículos 127 (numeral 18) y 310 (inciso 6º) del Código Político y Municipal, y comisionó —por el mismo acto— al Alcalde de Aguachica para que verificara la notificación.

La providencia —en la forma en que fue redactada y suscrita— no constituye ninguna infracción penal; y no era indispensable que en su parte resolutiva se incluyera el derecho que los sancionados tenían a hacer su reclamo dentro de los dos días siguientes a la notificación, ni esta omisión podía significar su desconocimiento, ni la sugerencia para que el Alcalde los privara arbitrariamente —como lo hizo— de su ejercicio, violando así los límites de la comisión conferida.

No podría —en consecuencia— afirmarse que la Resolución es contraria a la ley, expresa o manifiestamente injusta, o que el Gobernador indujo al Alcalde de Aguachica a cometer los actos arbitrarios que a uno y a otro les fueron imputados.

* * *

Analizada así la Resolución del Gobernador, la Corte procede a estudiar la segunda cuestión: si las infracciones del Alcalde comisionado son imputables al Gobernador comitente.

La comisión al Alcalde se limitó únicamente a notificar a los denunciantes la Resolución por medio de la cual se les imponía la multa y advertía su conversión en arresto si no la pagaban veinticuatro horas después de la notificación, y sólo en el caso de que esto no se cumpliera, se verificaría la conversión, acto que sólo correspondía al mismo Gobernador sobre la base de la información de la renuencia del pago dentro del término fijado.

Circunscrita la comisión a la notificación, competía únicamente al comisionado "sujetarse a su tenor literal" sin otra "facultad" que "la de emplear todos los medios y apremios legales necesarios para el cumplimiento de la comisión", conforme a la doctrina — aquí aplicable— del artículo 135 del Código de Organización Judicial, ya que —según la misma norma— "todo acto distinto constituye usurpación, y es nulo".

No presumió el Gobernador que su Agente de Aguachica se extralimitara en la comisión conferida ni que ignorara tan elementales normas de derecho, y por eso cuando Quintero y Jácome le comunicaron que el Alcalde los había arrestado, inmediatamente, después de la notificación, sin permitirles el reclamo autorizado por el artículo 310 del Código de Régimen Político y Municipal, el Gobernador les ratificó su derecho al reclamo y advirtió al Alcalde infractor cuál era el procedimiento que debía seguirse, previa orden de que los libertara mientras se decidía el reclamo anunciado, ratificación y advertencia tardías, pues ya Jácome y Quintero habían cumplido —en su totalidad— el arresto ordenado por el Alcalde arbitrario e infractor.

Y no se arguya que éste ignoraba el procedimiento legal de obligado cumplimiento en tales casos, porque en la investigación constan las afirmaciones de ciudadanos honorables que se lo sugirieron y que sólo le merecieron el más desconcertante menosprecio; es sugestivo —además— el hecho de que no fue posible obtener la Resolución del Gobernador con la diligencia de su notificación a Jácome y Quintero, y —según aquel funcionario— el Alcalde no la devolvió, y según éste, la devolvió a la Gobernación.

Adquiere mayor fuerza la tesis de la irresponsabilidad del Gobernador doctor Vives, si se considera el procedimiento por aquél adoptado en relación con el señor José Giraldo, también incluído con Jácome y Quintero en la Resolución; en efecto, Giraldo —al serle notificada— solicitó reconsideración, y como sus razones fueron aceptadas, el Gobernador, en Resolución posterior, lo eximió del pago de la multa, decisión que también y de seguro se habría adoptado si el Alcalde Ramos hubiera permitido a Quintero y Jácome hacer uso del derecho al reclamo.

III. La calificación del sumario.

Las razones expuestas anteriormente fundan las siguientes conclusiones:

a) La Resolución del Gobernador doctor Vives no era contraria a la ley, ni expresa o manifiestamente injusta, lo que excluye el prevaricato;

b) El Gobernador doctor Vives —mediante su Resolución— no se excedió en el ejercicio de sus funciones ni influyó en modo alguno para que el Alcalde de Aguachica cometiera contra los señores Jácome y Quintero los actos anotados, lo que excluye el abuso de autoridad.

El acusado doctor José B. Vives se halla, en consecuencia, en las circunstancias del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, ya que su acto —la Resolución— no es constitutivo de delito, y —además— está claramente demostrada su inocencia en los actos ejecutados por el Alcalde de Aguachica, tesis éstas que también sostiene el señor Procurador Delegado en lo Penal, con firmeza.

* * *

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de conformidad con la solicitud del señor Procurador Delegado en lo Penal, *resuelve:*

a) *Sobreseer* definitivamente en favor del doctor José B. Vives, ex-Gobernador del Departamento del Magdalena, por los delitos de prevaricato, abuso de autoridad y detención arbitraria que le fueron imputados por los señores Abraham Quintero y Bernabé Jácome;

b) *Enviar copia autenticada* de este auto al señor Juez del Circuito Penal de Río de Oro (Magdalena) para que sea añadida al sumario que ante dicho funcionario se sigue contra Héctor Ramos L. por denuncio de los mencionados señores Jácome y Quintero; y

c) *Comunicar* al Gobernador del Magdalena y al Alcalde de Aguachica la parte resolutiva del presente auto.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

El cambio de radicación de los procesos criminales sin excepción requiere el concepto favorable de la Corte

I—El artículo 5º de la Ley 5ª de 1943 —que autorizó al Gobierno para cambiar por una sola vez la radicación de los negocios criminales en que aparezcan sindicados miembros del Cuerpo de la Policía Nacional, aunque las solicitudes no reúnan las condiciones generales que exige el Código de Procedimiento Penal— no modificó el artículo 58 de este Código.

II—El Gobierno, en consecuencia, no puede cambiar, en ningún caso, la radicación de un proceso criminal, sin previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia.

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

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

En virtud de solicitud elevada por el representante de la parte civil ante el señor Ministro de Gobierno, el Organo Ejecutivo, por Resolución número 36 del 22 de febrero de 1941, previo concepto favorable de la Sala de Casación en lo Penal, radicó en el Distrito Judicial de Medellín el proceso que se adelantaba en el Distrito Judicial de Bogotá, por varios delitos consumados el dia 8 de enero de 1939 en la población de Gachetá, Departamento de Cundinamarca.

Más tarde, uno de los sindicados en aquel proceso, el señor Dagoberto Ocampo, pidió al señor Ministro de Gobierno un nuevo cambio de radicación, en memorial de fecha 30 de noviembre de 1942, en el cual se afirma que en la ciudad de Medellín no existe un ambiente de completa serenidad para la recta aplicación de justicia en este asunto.

Cuando esta petición se encontraba en la Corte para rendir el concepto correspondiente, siete procesados distintos del memorialista Ocampo, enviaron un escrito al Magistrado Sustanciador, solicitándole que diera opinión favorable al nuevo cambio de radicación y exponiéndole las razones en que fundamentaban esa coadyuvanza.

Aquellas pretensiones fueron estudiadas por esta Sala en concepto desfavorable de 10 febrero de 1943.

* * *

Francisco A. Fajardo, Gustavo Pinilla, Alfredo Cortés M., Domingo Bonilla y Arsenio Velandia, han intentado un nuevo cambio de radicación del proceso, pidiendo concretamente que la sede escogida sea Bogotá, y sustentando su deseo en lo preceptuado por el artículo 5º de la Ley 5ª de 1943, que comenzó a regir el 27 de febrero de aquel año.

Exponen como fundamento de hecho para tal pretensión lo siguiente:

1º Que la prensa de Medellín ha desarrollado una campaña contra los miembros de la Policía Nacional y especialmente contra los sindicados por los sucesos de Gachetá, lo que ha creado una atmósfera de odiosidad contra ellos;

2º Que el Juez Superior que conoce del proceso ha negado, sin motivo legal para ello, varias solicitudes formuladas por los sindicados;

3º Que el mismo Juez Superior de Medellín en algunas providencias ha manifestado, cuando ha tenido que reconocer algún derecho y especialmente el consagrado por la ley para que algunos de los procesados fueran trasladados a Bogotá, un "inmenso desagrado";

4º Que por haberse cometido el delito en el Departamento de Cundinamarca, la investigación dificulta notablemente la defensa de los procesados porque las pruebas deben practicarse en un lugar muy distante al de la sede del Juez del conocimiento; y

5º Que la permanencia de los sindicados en la ciudad de Bogotá, a tiempo que el funcionario a cuyo cargo está el adelantamiento del proceso se halla en Medellín, dilata mucho la prosecución del negocio y acarrea también dificultades para la defensa de los peticionarios.

* * *

Circunstancias iguales o semejantes a las invocadas por Francisco Fajardo y compañeros, fueron las expuestas por Dagoberto Ocampo en su solicitud del mes de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, y entonces la Corte las analizó, llegando a la conclusión de que no eran valederas para decretar un nuevo cambio de radicación del proceso.

La Sala ratifica hoy aquella apreciación y como réplica a las razones de hecho que atrás se

han dejado señaladas con los números 4º y 5º, recuerda las palabras de su concepto del 10 de febrero del año próximo pasado: ".... pero en casos de excepcional gravedad, y para la recta administración de justicia y previo estudio de los motivos que lo justifiquen, se puede trasladar un proceso a un lugar distinto, a pesar de los inconvenientes económicos y aun perjuicios que puedan sufrir los procesados, que deben ceder ante los altos intereses de la sociedad y de la justicia, todo sin menoscabo de las garantías que la ley ha instituído en favor de los sujetos pasivos de la acción penal".

El argumento de que la prensa esté creando abusivamente un ambiente de odiosidad contra los miembros de la policía, es digno de ser tenido en cuenta, pero no hasta el extremo de aceptarlo como decisivo para sustraer de un Distrito Judicial el conocimiento de un proceso, porque la intervención de algunos periodistas no puede reconocerse como factor de decisión en el ánimo de los funcionarios, en quienes se supone honestidad espiritual e independencia suficiente para sustraerse a esas extrañas influencias y para respetar los dictados de sus conciencias y los mandatos de la ley.

Si prosperara la tesis esbozada por los peticionarios se podría llegar a la fatal conclusión de que en los procesos de resonancia nacional, en que suelen entrometerse los periodistas, no habría Distrito adecuado para su juzgamiento, porque dondequiera que se ventilara el asunto llegaría siempre la voz de los escritores.

Y, por último, en cuanto a la actuación equivocada o apasionada del Juez del conocimiento, cabe observar que los interesados tienen abiertas las puertas de todos los recursos legales para que sus derechos sean reconocidos y respetados.

No es posible y no hay motivo en el presente caso para suponer que tanto los agentes del Ministerio Público como el Juzgado y el Tribunal estén predispuestos en contra de los procesados. El Poder Judicial del Distrito de Medellín es respetable y, justamente por ello, el Gobierno lo escogió para perfeccionar el proceso y para fallarlo.

* * *

Se ha estudiado muy brevemente el conjunto de razones que forman la cuestión de hecho, porque es más importante y de fondo la cuestión jurídica.

Disponía el artículo 9º de la Ley 56 de 1914, lo siguiente: "El Gobierno, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, puede disponer que los procesados o sindicados por delitos de la competencia del Juez Superior de Distrito Judicial sean juzgados en otro Distrito Judicial distinto de aquel en donde se cometió el delito, medida que se tomará cuando se estime conveniente para la recta administración de justicia.

Esta medida podrá tomarla también el Gobierno cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada, la que exija cambio de residencia.

La Corte en uno y otro caso basará su concepto en los comprobantes que se presenten con la respectiva solicitud dirigida al Gobierno por el interesado".

Vino luégo el artículo 7º de la Ley 84 de 1936 que decía: "Facúltase al Gobierno para radicar en Bogotá las causas que se sigan contra los agentes de la Policía Nacional por delitos de homicidio o heridas cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, aunque no se reúnan las condiciones generales establecidas para la radicación de las causas criminales".

Pero esta última disposición quedó derogada por el nuevo Código de Procedimiento Penal que reglamentó íntegramente la materia y que en el artículo 58 dice: "En cualquier estado del proceso y antes de pronunciarse sentencia de segunda instancia, podrá el Gobierno, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, disponer que los sindicados o procesados por delitos de la competencia del Juez Superior de Distrito Judicial, sean juzgados en otro Distrito Judicial distinto de aquel donde se cometió el delito. Esta medida será tomada por el Gobierno, de oficio o a solicitud de parte, cuando lo estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que crea conducentes los motivos del traslado.

También podrá el Gobierno ordenar el traslado de un Distrito Judicial a otro, cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada que exija cambio de clima o de residencia del inculpado".

La regla general que señala la competencia por razón del territorio está formulada en el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, así: "Es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se cometió la infracción".

Esta norma que señala límites a la jurisdicción y enclava la competencia del Juez dentro de determinadas fronteras, sufre una excepción cuando asoma el temor de que la administración de justicia pueda ser menguada o cuando las condiciones de precaria salud del procesado demandan su traslado a un lugar más propicio.

Pero la facultad excepcional conferida al Gobierno para decretar el cambio de radicación de un proceso, sólo puede ser ejercitada mediante la condición indispensable, previa e infranqueable de que la Corte Suprema conceptúe favorablemente sobre el cambio.

Y ese requisito tiene un fundamento lógico, obvio y de técnica jurídica: el Poder Ejecutivo —u Organo Ejecutivo del Poder Público— no puede por sí y ante sí arrebatar el conocimiento

normal y ordinario de un proceso a un Juez, porque esa función así encaminada sería, en términos generales, peligrosa para el desarrollo independiente y autónomo de la magistratura punitiva, pues implicaría una subordinación del Organo Judicial al Ejecutivo.

Precisamente para evitar semejante contingencia, el legislador exigió, y exige, que el cambio de radicación de los procesos se haga con el consentimiento del propio Organo Judicial, representado para el caso por el más alto Tribunal de Justicia.

De ahí que cuando esta Sala conceptúa desfavorablemente, el Gobierno no puede decretar el cambio, porque si así lo hiciera procedería en desacuerdo con la Corte.

¿Qué requisitos exige el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal para que el Gobierno pueda disponer que un procesado por delito de competencia de un Juez Superior sea juzgado en otro Distrito Judicial de aquel donde se cometió la infracción?

Que tal medida sea *conveniente* para la recta administración de justicia, conveniencia que aprecia el Gobierno indagando, por los medios que crea conducentes, los motivos del traslado; o que sea *necesaria* por padecer el procesado, grave enfermedad debidamente comprobada que exija su cambio de residencia.

En ambos casos, el Gobierno debe proceder de acuerdo con la Corte.

El artículo 5º de la Ley 5ª de 1943 modificó el 58 del Código de Procedimiento Penal en lo relativo a las causas criminales que se sigan contra los Oficiales, Suboficiales, Agentes y Detectives de la Policía Nacional por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, en el sentido de permitir que la facultad excepcional que tenía el Gobierno pueda ser ejercitada para esa clase de sindicados y de infracciones "aunque no se reúnan las condiciones generales establecidas para el cambio de radicación de los procesos criminales".

El texto del artículo 5º de la Ley 5ª de 1943 es el siguiente: "Facúltase al Gobierno para variar por una sola vez en cada caso, la radicación de causas criminales que se sigan contra los Oficiales, Suboficiales, Agentes y Detectives de la Policía Nacional por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, aunque no se reúnan las condiciones generales establecidas para el cambio de radicación de los procesos criminales.

Para dicho cambio no podrá ser escogida sino una ciudad cabecera de Distrito Judicial, en donde funcione más de un Juzgado Superior o más de un Juzgado de Circuito Penal, según el caso".

Es indispensable analizar el alcance de la modificación para poder apreciar sus consecuencias.

Si los requisitos exigidos por el Código son: o el de *conveniencia* para la recta administración de justicia, o el de *necesidad* por motivos de grave enfermedad del procesado, y el de concepto favorable de la Corte, cabe preguntar: ¿La Ley 5ª de 1943 permite al Gobierno ordenar el cambio de radicación con prescindencia de todos esos requisitos?

La respuesta es lógicamente y obligatoriamente negativa, pues desde luego sería inconcebible que el legislador hubiera autorizado al Ejecutivo para tomar esa medida en los procesos adelantados contra elementos de la Policía Nacional, a sabiendas de que esa determinación no es conveniente para la recta administración de justicia. Luego el requisito de la *conveniencia* no pudo ser eliminado por el artículo modificativo del Código. Si el cambio de Distrito no es conveniente para la justicia, el Gobierno no puede caprichosamente ordenarlo, so pretexto de que así lo permite caprichosamente el Organo Legislativo. No puede ofenderse al legislador atribuyéndole el pensamiento de que quiso autorizar al Gobierno para que tome decisiones que van contra la recta administración de justicia.

No es posible tampoco admitir que la innovación se refiera a la prescindencia de la indagación sobre los motivos del traslado, pues esa potestad tan ampliamente conferida al Organo Ejecutivo por el Código, no es otra cosa que el vehículo indicado para que se forme un criterio acerca de la *conveniencia*. El Código de Procedimiento Penal le dijo al Gobierno: averigüe por los medios que usted crea conducentes si es conveniente el cambio de la radicación de tal proceso. No es posible suponer que la Ley 5ª de 1943 le haya dicho: sin averiguar si es o nó conveniente para la justicia, ordene ese cambio.

En cuanto a la grave enfermedad del procesado —requisito de necesidad— la cuestión es aún más clara. Si esa condición de la grave enfermedad existe, se ordena el cambio por preceptuarlo así el Código. Si no existe, entonces no hay lugar al cambio de radicación del proceso, aunque la Ley 5ª hubiera querido decir lo contrario, toda vez que carecería de sentido el texto legal, enfocado el problema en el campo de la salud del procesado, miembro de la Policía Nacional, que no tuviera urgencia de variar de clima o de residencia.

Y, por último, no aparece que pueda hoy prescindirse de la intervención de la Corte en los cambios de radicación de los procesos en que aparezcan sindicados o enjuiciados elementos de la Policía, porque significaría que el Organo

Judicial estaría, en materia grave, supeditado al Organo Ejecutivo.

Empero, si ha de interpretarse que el artículo 5º de la Ley 5ª del año de 1943, sustrajo del conocimiento de esta Sala los conceptos sobre cambio de radicación de procesos adelantados contra miembros de la Policía, entonces no se comprendería por qué el Gobierno, por medio de su nota número 06126 de 5 de octubre de 1943, remitió a la Corte este asunto, con este párrafo: "El envío en referencia tiene por objeto obtener el autorizado concepto de ese alto Tribunal, antes de resolver sobre la solicitud elevada al Gobierno".

Estima esta Sala, y en ello está de acuerdo con el Gobierno, que la Ley 5ª en ningún caso suprimió el requisito del concepto favorable de la Corte en los expedientes de cambio de radicación de procesos.

Como compendio de las precedentes consideraciones expresa la Corte esta opinión: el artículo 5º de la Ley 5ª de 1943 en sustancia no modificó el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, puesto que en su inciso primero tan sólo intentó ampliar la facultad excepcional conferida al Gobierno por el precepto del Código, cuando se trata de procesos especiales en que aparezcan comprometidos elementos de la Policía Nacional, pero sin que tal propósito haya tenido una adecuada expresión, lo que trae como consecuencia la innocuidad de ese inciso primero.

En cambio, el inciso segundo sí contiene una restricción para la anterior facultad del Gobierno, porque a partir del 27 de febrero de 1943, en los procesos seguidos contra elementos de la Policía Nacional por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, solamente podrá escogerse como nueva sede de la competencia, la ciudad en donde funcione más de un Juzgado Superior, limitación Distrital que no existía en el Código de Procedimiento Penal.

Con lo expuesto queda rebatido el artificioso argumento de que el Gobierno no ha ejercido la facultad de variar por una sola vez la radicación del proceso de Gachetá, después de la vigencia de la Ley 5ª de 1943.

La sola vez en que cambió de radicación fue cuando expidió la Resolución 36 de febrero 22 de 1941, acogiendo el concepto favorable de la Corte, por estar aceptada la conveniencia de esa medida para la recta administración de justicia, y por contar el Gobierno con la facultad conferida por el Código.

Si en la actualidad se prohijara esa trashumancia del proceso, en contra de la seriedad de los actos oficiales y desconociendo los fundamentos y el acierto de la Resolución número 36 de 1941, el Gobierno ordenaría por segunda vez lo que únicamente puede hacer "por una sola vez en cada caso".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, emite *concepto desfavorable* al cambio de radicación del proceso adelantado con motivo de los sucesos de Gachetá y que se encuentra al conocimiento del Juez 1º Superior de Medellín, en virtud de la Resolución ejecutiva número 36 de 22 de febrero de 1941, "por la cual se cambia la radicación de un negocio".

Cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Ministerio de Gobierno.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montaño.—Julio E. Argüello, Secretario.

Colisión de competencias en relación con el abuso de confianza de un conductor de correos

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno).

Vistos:

El Juez Municipal de La Unión (Nariño), en auto del veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y dos, provocó competencia negativa al Juez Municipal de Mercaderes (Cauca), para que éste —y no aquél— continuara conociendo de la acción penal contra Marco A. González, conductor de correos de la línea Popayán-Pasto, denunciado ante la Comisaría Judicial de Popayán por el Administrador Principal de Correos de esta última ciudad, como responsable del delito de abuso de confianza, cometido el diez y siete de enero de mil novecientos cuarenta o en el día o días subsiguientes, delito que consistió en la no entrega de un "valor declarado", por cincuenta pesos ($ 50.00), enviado por el señor Israel Guzmán, de Bolívar (Cauca) con destino a la Caja de Crédito Agrario de La Unión, y reexpedido por la oficina postal de Mercaderes.

Iniciada la investigación en la Comisaría Judicial de Popayán, ésta conceptuó que el Juez competente —por la cuantía y por el lugar de la infracción— era el Juez Municipal de Mercaderes, que la continuó hasta la apertura del juicio, y que, apelada ante el Juez del Circuito de El Bordo, éste —el veinte de abril de mil novecientos cuarenta y dos— revocó el enjuiciamiento fundado en que era el Juez de La Unión (Nariño) el competente, y no el de Mercaderes (Cauca).

Se inicia, entonces, un debate jurídico, de duración mayor de un año, entre el Juez Municipal de La Unión y el Juez del Circuito Penal de Pasto, de una parte, y el Juez Municipal de Mercaderes y el del Circuito de El Bordo, de la otra, en el cual los Jueces de Circuito —como superiores de los Municipales a ellos subordinados— pretenden dirimir la colisión cada uno en favor de sus respectivos inferiores, hasta que —el ocho de junio del año pasado— el Tribunal Superior de Popayán, ante la consulta que le formuló el Juez de Circuito de El Bordo, decide que, tratándose —como se trata— de competencia entre Juzgados de distintos Distritos Judiciales, es la Corte Suprema la única entidad que puede dirimir la colisión de competencias entre el Juez Municipal de Mercaderes (Cauca) y el Juez Municipal de La Unión (Nariño), con fundamento en el numeral 2º del artículo 35 del Código de Organización Judicial.

Dos cuestiones se presentan al estudio de la Corte: una previa, relacionada con su propia competencia, y otra, de carácter consecuencial, relacionada con la colisión surgida entre los Jueces mencionados.

I—Competencia de la Corte.

El principio general que rige la colisión de competencias entre los funcionarios judiciales, presupone y requiere la existencia de otros funcionarios o entidades, de jerarquía superior, capaces —legalmente— de ejercer igual autoridad sobre aquellos que, en forma positiva o negativa, se han provocado competencia.

Y como la colisión —en este caso— se limita a la competencia, no por la naturaleza de la infracción sino por razón del territorio en que se ha ejecutado o consumado, la autoridad que la dirima debe tener jurisdicción en las zonas en que actúan los jueces entre quienes la competencia se debate; desde este punto de vista, racional y legal, el Juez del Circuito de El Bordo (Distrito de Popayán) no tenía facultad para atribuir el conocimiento del negocio al Juez Municipal de La Unión (Distrito de Pasto), ni el Juez del Circuito Penal de Pasto podía atribuírlo al Juez Municipal de Mercaderes (Distrito de Popayán), ya que un Juez de Circuito de determinado Distrito no tiene autoridad alguna sobre un Juez Municipal de otro Distrito, como equivocada e ilegalmente lo han supuesto los Jueces de Circuito de Pasto y El Bordo, y los Municipales de La Unión y Mercaderes.

Para mayor claridad del problema —ya que aquellos funcionarios parece no tienen un concepto preciso sobre las autoridades encargadas de dirimir las competencias— la Corte enumera los diversos casos que pueden presentarse, así como las autoridades a las cuales la ley ha atribuído la función de resolverlas, en la forma siguiente:

a) Los Jueces de Circuito dirimen las competencias entre los Jueces Municipales y entre éstos y las autoridades de Policía, del mismo Circuito (numeral 2º, artículo 112, Código de Organización Judicial);

b) Los Tribunales Superiores, las surgidas entre Jueces Superiores, o entre Jueces Superiores y de Circuito, o entre Jueces del mismo Circuito o Distrito, o entre Jueces Municipales de distintos Circuitos, siempre que ejerzan sus funciones en el mismo Distrito (numeral 3º, artículo 82, Código de Organización Judicial), y

c) La Corte Suprema de Justicia, las surgidas entre autoridades de distintos Distritos Judiciales, ya sea entre dos Tribunales o entre Tribunales y Juzgados o entre Juzgados de distintas o iguales categorías o entre Jueces ordinarios y militares (numeral 2º, artículo 35, Código de Organización Judicial, y numeral 4º, artículo 42, Código de Procedimiento Penal).

Anota —la Corte— incidentalmente y en esta oportunidad, que en las ediciones oficiales del Código de Procedimiento Penal, se omitió —en la parte final del numeral 4º del artículo 42—, al establecer la decisión de la competencia "entre dos Juzgados de Distritos Judiciales", como atribución privativa de la Corte, la palabra "distintos" referente a Distritos; omisión que sugiere la equivocada interpretación de que la norma, así redactada, comprende únicamente la competencia suscitada entre Juzgados Superiores con exclusión de la posible —como en el presente caso— entre Juzgados de Circuito o Municipales o entre éstos y aquéllos, pertenecientes unos y otros a distintos Distritos Judiciales, lo que llevó al Tribunal de Popayán a insinuar la sumisión de esta competencia a la Corte, con fundamento en el artículo 35 del Código de Organización Judicial, que es norma general, y no en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, que es la aplicable en materia penal.

En efecto, tanto el proyecto primitivo de la norma del numeral 4º del artículo 42, como la adoptada y aprobada por la Comisión que elaboró el estatuto procesal penal, como la incorporada en el proyecto general presentado al Congreso, claramente estatuyen que "la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente.... de la decisión de las competencias que se hayan suscitado en asuntos criminales.... entre dos Juzgados de *distintos* (subraya la Corte) Distritos Judiciales".

Ello induce a afirmar que la parte final del numeral 4º del artículo 42 del estatuto procesal penal, otorga a la Corte la facultad de decidir las competencias que se susciten entre Jueces Superiores, de Circuito o Municipales, de distintos Distritos Judiciales, pues si fueran del mismo Distrito, aquéllas serían decididas —necesariamente y en su orden— por los Tribunales o los Jueces de Circuito, de acuerdo con las normas de los artículos 35 y 112 del Código de Organización Judicial, aquí aplicable.

Se concluye —sin duda alguna— que la Corte es la única entidad que puede decidir la competencia suscitada entre el Juez Municipal de Mercaderes, del Distrito Judicial de Popayán, y el Juez Municipal de La Unión, Distrito Judicial de Pasto.

II—Decisión de la competencia.

Como el Juez del Circuito Penal de Pasto y el Juez Municipal de La Unión sostienen que es al Juez Municipal de Mercaderes a quien corresponde conocer de la acción iniciada contra Marco A. González, porque —afirman— fue allí donde cometió el abuso de confianza a él imputado, y el Juez del Circuito de El Bordo y el Municipal de Mercaderes, insisten en que la competencia le corresponde al Juez Municipal de La Unión, porque —según ellos— fue en ese Municipio donde González cometió su infracción, el problema se circunscribe a resolver las siguientes cuestiones:

a) Si Marco A. González cometió el abuso de confianza en el Municipio en que recibió el valor declarado o en aquel en que —debiendo haberlo entregado— no lo entregó, para así fijar la competencia según el artículo 55 del estatuto procesal penal, o

b) Si no se puede precisar el Municipio en que lo cometió, debe continuar conociendo el funcionario que inició la investigación y aprehendió al sindicado, según el artículo 57 del mismo estatuto.

El estudio previo de los elementos de la infracción imputada a González resuelve el problema de la competencia, elementos que —enumerados en su orden cronológico— son, en el presente caso:

a) La entrega a González, como conductor de correos de la línea Popayán-Pasto, en la oficina postal de Mercaderes, de la suma de cincuenta pesos ($ 50.00), (bien mueble) en forma de valor declarado, con la obligación de consignarlos en la Oficina Postal de La Unión, para ser —a su vez— entregados en la Caja de Crédito Agrario de este Municipio, entrega a González que no tenía carácter de título traslaticio de dominio, y

b) La apropiación del dinero, en su propio o ajeno provecho, del "valor declarado" recibido —como conductor de correos— que debía entregar en la mencionada oficina postal de La Unión.

El problema —en consideración a la norma del artículo 55 del estatuto procesal penal— se circunscribe a precisar, en consecuencia, el territorio en que se realizó el hecho de la apropiación o se consumó la infracción, es decir, la intervención del título en virtud del cual recibió González el dinero, o la transformación de la tenencia en posesión, o sea, el *animus rem sibi habendi.*

Tratándose —como se trata— de un delito técnicamente "instantáneo", no podría afirmarse que su ejecución se realizó durante el corto trayecto que comunica los dos Municipios (22 kilómetros más o menos), ya que no hay hechos concretos, claros, precisos, que resuelvan la cuestión; ante esta realidad, la consumación del delito —puede aceptarse— se vincula a la obligación de entregar que González adquirió al recibir el valor declarado, mediante las formas aceptadas por la Administración Postal.

Discrepan los expositores en relación con el significado o consecuencia jurídica de la no entrega, y si para unos ésta constituye la infracción, para otros constituye su prueba, y para otros la no entrega condicionada al previo requerimiento; pero estas tesis —más bien de carácter especulativo— no alcanzan a desvirtuar la lógica conexión entre la apropiación y la no entrega, como que ésta es no sólo la prueba sino la consecuencia de aquélla. El *animus tenendi* se transforma, pues, en el *animus rem sibi habere,* en el momento en que no se cumple la obligación de entregar, y no en el tiempo anterior en que la infracción no se manifestó en acto externo alguno significativo de realización sometible a penalidad.

Caracteriza esta conclusión el hecho de que la responsabilidad sólo se configura, jurídicamente, en el momento en que —debiendo haberse cumplido— la obligación no se cumplió, es decir, en el momento en que el proceso volitivo se exteriorizó en el acto básico de la apropiación, que es lo que constituye el delito.

El aprovechamiento —*animus lucrandi*— no tiene importancia en el estudio de la competencia, con tanto mayor razón cuanto que él es la consecuencia de la apropiación, ya que sin ésta, el aprovechamiento no podría tener existencia legal en caso de abuso de confianza.

Marco A. González ejecutó la infracción en el Municipio de La Unión, y es —en consecuencia— al Juez de allí a quien, conforme al artículo 55 del estatuto procesal penal, corresponde su conocimiento; y como no hay duda de que ello no sea así, no tiene aplicación el artículo 57 del mismo estatuto, aunque el Juez Municipal de Mercaderes hubiera primero iniciado la instrucción, como la inició.

* * *

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

a) *Dirimir* este incidente en el sentido de declarar —como declara— que es el Juez Municipal de La Unión (Nariño), y no el de Mercaderes (Cauca), el competente para conocer de la acción penal contra Marco A. González por el delito de abuso de confianza;

b) *Remitir* el expediente al Juez Municipal de La Unión, Departamento de Nariño, y

c) *Enviar copia* de esta providencia al Juez Municipal de Mercaderes, Departamento del Cauca.

Cópiese y cúmplase. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Noción de la amistad íntima como causal de impedimento o de recusación

I.—No es fácil señalar una norma que contenga los elementos constitutivos de la intimidad en la amistad, porque ese concepto envuelve de modo predominante un sentimiento subjetivo.

II.—A falta de prueba suministrada por el interesado en la recusación, debe darse un valor especial a la apreciación que el Magistrado tenga sobre la clase de amistad que lo liga con alguna de las partes o sus representantes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, abril primero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

Vistos:

Corresponde a la Corte decidir acerca del impedimento manifestado el veintiséis de enero último por el doctor Ramón Suárez Candela, Magistrado del Tribunal Superior de Buga, y declarado sin fundamento por el Magistrado de turno de la misma corporación, doctor Saulo Victoria Viveros.

En el proceso adelantado contra el doctor Jorge Cedeño por el homicidio de que fue víctima el señor Absalón Zafra, el señor representante de la parte civil envió al Magistrado ponente, doctor Suárez, a cuyo conocimiento estaba el expediente en virtud de apelación interpuesta contra el auto que concedió la excarcelación caucionada del sindicado, un memorial que contiene una invitación o noticia para que declarara el impedimento para conocer del asunto por existir entre el Magistrado doctor Suárez y el procesado doctor Cedeño "amistad íntima".

Dispone el Código de Procedimiento Penal que el Juez o Magistrado que se halla impedido para conocer de un proceso criminal, debe manifestarlo, pero si así no lo hiciere, a las partes les queda el derecho de intentar la recusación.

Según esto, parece que la manifestación de impedimento debe partir del funcionario judicial, como una espontánea expresión de su creencia de no estar en condiciones para conocer del proceso.

Las partes, en cambio, tienen el derecho, no de incitar al funcionario para que se declare impedido, sino de recusarlo.

Pero las causales de impedimento (claro que no la interpretación de ellas), son taxativas. "Hemos procurado —dijo la Comisión redactora del Código Judicial— no extender demasiado las causas de impedimento, limitándolas a aquellas circunstancias que notoriamente lo constituyen, teniendo presente para ello lo establecido en la legislación nacional y en varias de las extranjeras".

"Fuera de esas causas, pueden concurrir circunstancias que justamente hagan presumir falta de imparcialidad en el juzgador, pero es preferible una enumeración taxativa a dejar abierto el campo a la arbitrariedad y a la malicia."

El Magistrado doctor Suárez expresó: "Aunque la amistad existente entre el suscrito y el procesado doctor Jorge Cedeño es apenas común y corriente, no llegando a ser íntima en los términos en que esta calidad ha sido definida por la doctrina y la jurisprudencia, dado el memorial aludido (folio 102) que tiene carácter de recusación, y dado también que el suscrito ha declarado con fecha de ayer sobre ciertos antecedentes que dieron origen al delito investigado, no hay inconveniente en manifestar, como así se manifiesta, la causal de impedimento prevista por el numeral 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal."

No es fácil señalar una norma que contenga los elementos constitutivos de la intimidad en la amistad, porque ese concepto envuelve de modo predominante un sentimiento subjetivo. Así, la experiencia nos enseña que dos personas pueden mantener una vida de constante relación y contacto social, base de una amistad, sin que entre ellas surja la intimidad que se traduzca en una compenetración espiritual que tenga como resultado la confidencia de sus secretos y el depósito de sus recónditos estados sentimentales, de sus problemas, de sus aspiraciones, desencantos, proyectos, tristezas y alegrías. Y a la inversa, aun perdida transitoriamente la conexión con un viejo amigo que llegó a penetrar hondamente en la afectividad de una persona, ésta juzga que el sentido de la intimidad

no se ha roto y que por ello podría sufrir perturbación en su criterio si se viera en el trance de tener que decidir como funcionario judicial sobre la suerte de su amigo.

De ahí que considere la Sala que, en relación con la causal que se estudia, a falta de prueba suministrada por el interesado en la recusación, debe darse un valor especial a la apreciación que el Magistrado tenga sobre la clase de amistad que lo liga con alguna de las partes o su representante.

En este caso particular el Magistrado doctor Suárez comienza por expresar que su amistad no es íntima sino "apenas común y corriente", luego no se cumplen los requisitos legales para la existencia del impedimento.

Sobra advertir que la decisión de la Corte sobre la inexistencia del impedimento mal planteado no recorta al interesado su derecho para intentar y demostrar en forma debida el motivo de recusación de la amistad íntima o cualquiera otro contemplado por la ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que el Magistrado del Tribunal Superior de Buga, doctor Ramón Suárez Candela, no está impedido para conocer del proceso seguido contra el doctor Jorge Cedeño por el homicidio perpetrado en la persona del señor Absalón Zafra.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Competencia de los Jueces de Leprocomios en negocios atribuídos a Jueces Superiores

La Ley 20 de 1927 extiende la competencia de los Jueces de Leprocomios al juzgamiento de los delitos que corresponden a los Jueces Superiores, es decir, que tales funcionarios deciden de las infracciones de que conocen los Jueces de Circuito y los Jueces Superiores, por delitos cometidos dentro de los límites del Leprocomio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, abril diez y siete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

El Juzgado Primero Superior de Bucaramanga, el trece de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, dictó auto de proceder por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Clemente Gómez Fonseca, contra Pablo Antonio Pérez Pinto, quien sometido, en enero del año próximo pasado a exámenes de laboratorio, resultó enfermo de lepra.

El Juez Superior de Bucaramanga envió el expediente al Juez del Circuito de Contratación, junto con el preso, por estimar que la competencia radicaba en el último funcionario nombrado, de conformidad con los artículos 12 y 13 de la Ley 20 de 1927.

El Juez de Contratación estimó que la competencia correspondía al Juzgado remitente y de esa suerte se trabó un incidente de colisión de competencias, cuya decisión definitiva no se conoce.

El Juez que calificó el mérito del sumario, deseoso de evitar dilaciones en la tramitación del proceso, ha pedido al señor Ministro de Gobierno el cambio de la radicación de este asunto, y sobre tal solicitud debe conceptuar la Corte.

La Sala considera:

De acuerdo con el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, el Gobierno puede de oficio o a solicitud de parte, decretar que los sindicados o procesados por delitos de que deban conocer los Jueces Superiores sean juzgados en otro Distrito Judicial distinto de aquel donde se cometió la infracción.

Esa medida puede tomarla el Ejecutivo cuando lo crea conveniente para la recta administración de justicia o cuando sea indispensable por encontrarse el procesado en situación de salud que reclame un cambio de clima o de residencia.

La Ley 20 de 1927 extiende la competencia de los Jueces de los leprocomios al juzgamiento de delitos que correspondan a los Jueces Superiores, es decir, que tales funcionarios, deciden de las infracciones de que conocen los Jueces de Circuito y los Jueces Superiores, por delitos cometidos dentro de los límites del leprocomio.

Por lo que acaba de exponerse, resulta que tratándose de procesados atacados de lepra, el Juez de Contratación tiene la calidad, por extensión de funciones, de Juez Superior.

Si el Gobierno, como se deja dicho, puede oficiosamente cambiar la radicación de un sumario, mediante los requisitos exigidos por la ley, tiene también facultad para acceder a la solicitud de un Juez, solicitud que por lo menos debe apreciarse como un aviso digno de estudio para tomar la decisión del cambio.

Desde luégo no puede aceptarse como tesis general la de que un Juez que ha trabado incidente de competencia con otro, pretenda ganarlo con el procedimiento de solicitar el cambio de radicación. Pero en este caso especial en que se trata de un enfermo de lepra que puede ser sometido a un tratamiento adecuado en Contratación, y que además puede ser juzgado en ese lugar sin perjudicar los intereses de otras personas puesto que no hay más sindicados, ni de la sociedad que tan sólo se preocupa por una recta administración de justicia, es atendible la petición del Juez Superior de Bucaramanga.

En el memorial dirigido por aquel funcionario al señor Ministro de Gobierno, se encuentra el siguiente párrafo que está fundado en razón:

"Para la tramitación del juicio en esta oficina, se presentan múltiples dificultades por la circunstancia de hallarse el procesado en el Lazareto, comoquiera que habiendo diligencias como el sorteo de Jurado y las audiencias públicas en las cuales debe estar presente según mandato expreso de la ley, la conducción del acu-

sado desde el lugar de su reclusión a esta ciudad implicaría excesivos gastos del Erario Público y otras cuantas contingencias de suyo engorrosas y fastidiosas. En cambio, si se dispone que dicho procesado sea juzgado por el Juez del Circuito de Contratación de acuerdo con la prórroga de jurisdicción que le confieren los artículos 12 y 13 de la Ley 20 de 1927, todas las dificultades anotadas serán allanadas."

Por lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dictamina favorablemente sobre el cambio de radicación al Juzgado de Contratación del proceso adelantado contra Pablo Antonio Pérez, Pinto por el delito de homicidio en la persona de Clemente Gómez Fonseca.

Cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al señor Ministro de Gobierno.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello, Secretario.

La aceptación o rechazo del recurso de casación no es función de los Secretarios de los Tribunales

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, abril diez y siete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno)

Vistos:

Joaquín M. Salcedo, condenado por el Tribunal Superior de Neiva, en sentencia del cuatro de octubre del año pasado, a la pena de cuatro años y medio de presidio, por el delito de robo, recurrió de hecho —porque no le fue admitido el de casación— ante esta Sala.

El estudio y decisión de la solicitud de Salcedo tiene dos aspectos: si —conforme a la ley— la casación ante el Tribunal era admisible, y si, siéndolo, aquella corporación puede aún resolver la solicitud del recurrente Salcedo; ello, en consecuencia, requiere la ordenación de las diversas actuaciones judiciales que precedieron a la negativa de Salcedo, actuaciones que se sintetizan en la forma siguiente:

a) El cuatro de octubre del año pasado, el Tribunal Superior de Neiva dictó sentencia condenatoria de segundo grado por la cual se impuso a Salcedo la pena ya mencionada;

b) El seis de octubre del mismo año fue notificado personalmente el Fiscal, el sentenciado y su defensor;

c) El once de octubre el Tribunal Superior devolvió el expediente al Juzgado 1º del Circuito Penal de Neiva;

d) El mismo día Salcedo interpuso recurso de casación contra la sentencia de segundo grado;

e) El mismo día, el señor Joaquín García, Secretario del Tribunal, dejó al pie del memorial de Salcedo la siguiente nota: "Pase al despacho del Magistrado sustanciador, con informe de que fue devuelto hoy a la oficina de su origen, que es el Juzgado 1º del Circuito Penal, *porque la pena que se le impuso no da lugar a recurso de casación, pues fue menor de cinco años*". (Subraya la Sala).

f) El día trece, sin que la Sala del Tribunal Superior hubiera dictado auto alguno sobre la petición de Caicedo, el mencionado Secretario del Tribunal devolvió el memorial con la siguiente nota: "Pase al peticionario para que sepa que el negocio, ya fenecido, volvió a la oficina de su origen";

g) En memorial del diez y ocho de octubre que fue recibido en la Secretaría de la Sala de Casación Penal el día veinticinco del mismo mes, Salcedo —en la creencia de que la constancia del Secretario del Tribunal era, jurídicamente, el auto por el cual se le negaba la admisión del recurso— interpuso el de hecho, sin enviar las copias que el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil ordena, y

h) El Magistrado sustanciador de la Corte, en consideración al mismo estatuto, solicitó los documentos que creyó necesarios para formarse juicio exacto sobre la justicia y oportunidad de la solicitud de Salcedo.

a) *Decisión del recurso ante el Tribunal.*

Joaquín M. Salcedo interpuso oportunamente el recurso contra la sentencia del Tribunal Superior, pero —conforme a la enumeración de actuaciones que acaba de hacerse— aquella corporación no dictó providencia alguna sobre admisión o no admisión del recurso, como lo comprueban el certificado que la Corte solicitó del Juez 1º del Circuito Penal y la solicitud, con la constancia referida en el ordinal a) del parágrafo anterior suscrito por el Secretario del Tribunal, que el recurrente Salcedo envió a la Corte.

Fue, pues, aquel Secretario quien, ilegal y arbitrariamente, decidió que la sentencia, en virtud de la pena en ella impuesta (cuatro años y medio), no podía ser sometida al recurso de casación, y en virtud también de dicha decisión, devolvió su memorial a Salcedo, sin que la Sala del Tribunal, que era la competente, hubiera dictado la providencia a que estaba obligada.

Esta realidad impidió, de seguro, a Salcedo, ejercitar el derecho que la ley le otorga de solicitar reposición del auto que le negó el recurso y, subsidiariamente, la expedición de las copias que habían de fundar el recurso de hecho, de acuerdo con la norma del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil, aquí aplicable, y por eso recurrió directamente a la Corte y acompañó la prueba de que sí interpuso el recurso de casación dentro del tiempo legalmente oportuno y

de que el Tribunal Superior —presumiblemente por la culpable omisión del Secretario señor García — no consideró su petición.

¿Perdió Salcedo su derecho —se pregunta— a interponer el recurso de casación por causa de la actuación del Secretario? La respuesta es negativa por cuanto el Tribunal Superior, que es la entidad a quien correspondía negarlo o concederlo, aún no ha cumplido este deber legal, sin que pueda afirmarse que el tiempo transcurrido lo inhibe de cumplirlo.

b) *Concesión del recurso.*

La concesión del recurso está sometida a dos condiciones: una general, que se relaciona con la oportunidad en cuanto al tiempo, y otra, aquí especial, que se relaciona con la cuantía de la sanción.

Cumplida como está la primera en el presente caso, observa la Corte —en atención a los artículos 557 del Código de Procedimiento Penal y 402 del Código Penal—, lo siguiente: La ley no dice, cuando se trata del recurso de casación contra sentencias dictadas en negocios de competencia de los Jueces de Circuito, que aquél pueda ser interpuesto cuando la sanción impuesta en la sentencia sea mayor de cinco años, sino cuando lo sea el máximum de la fijada por la ley. Y esto es lo que ocurre con el artículo 402 del Código Penal que señala una sanción de ocho meses a seis años de prisión; de modo que es viable la concesión del recurso cuando la infracción es la contemplada en la mencionada norma, aunque la sanción decretada hubiera sido de ocho meses, dos, tres, cinco o seis años, porque —como se dijo— la condición es que el máximum sea de cinco años o exceda de ellos, como la Corte, en antiguas y recientes providencias dictadas en la vigencia de la nueva legislación, invariablemente lo ha decidido.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

resuelve:

a) Remitir al Juez 1º del Circuito Penal de Neiva estas diligencias, para que notifique personalmente al procesado Joaquín M. Salcedo la presente providencia, y —una vez cumplida— envíe aquéllas, junto con la causa contra Salcedo, al Tribunal Superior, con el fin de que decida sobre la concesión del recurso por aquél interpuesto en memorial de once de octubre de mil novecientos cuarenta y tres (folio 2), y

b) Facultar al mencionado Juez para que, si Salcedo no se halla ya en la Cárcel del Distrito de Neiva, subcomisione al Juez del Circuito Penal donde funcione la Cárcel o Penitenciaría fijada para el cumplimiento de la pena, a fin de que se le notifique esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán J., José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Cómputo de tiempo para la prescripción penal en procesos iniciados cuando regían los antiguos Códigos

I.—La favorabilidad de la ley penal —establecida por el artículo 22 de la Constitución Nacional— se extiende a la prescripción de la acción penal.

II.—Cuando se va a imponer la sanción y hay que determinar cuál de dos leyes penales —la antigua o la nueva— es más benigna o favorable al procesado, debe compararse la totalidad de la una con la totalidad de la otra. Pero en el presente caso no se trata de aplicar la ley penal como sancionadora sino cabalmente de lo contrario: de que por haber prescrito la acción penal no se aplique la pena.

Si a pesar de lo dicho subsistiere duda sobre el particular, habría que resolverla en favor del procesado en virtud de principios consagrados en los artículos 3º del Código Penal, 5º del Código de Procedimiento Penal y 22 de la Constitución. Ha sido tal la decisión del legislador colombiano en pro de la tesis de que entre dos leyes penales se aplique siempre la más favorable al procesado, que llega hasta el extremo de pasar aun sobre la cosa juzgada a fin de que hasta los que se hallan cumpliendo condena puedan beneficiarse con la ley más benigna aunque se haya expedido con posterioridad a la sentencia condenatoria.

III.—Una Ley normativa, la 153 de 1887, al desarrollar tales principios en lo relativo a examen comparativo de penas, y como si no bastara la norma general que abarca toda la materia penal sobre resolución de la duda en favor del procesado, la Ley 153, en su artículo 45, inciso final, da otra norma que, por eso mismo, reviste carácter de especialidad en estos problemas: "Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna".

Quiere esto decir que no ya las dudas sobre puntos de hecho sino de derecho, por ejemplo, la compatibilidad entre dos leyes y la aplicación integral o parcial de la ley que parece más favorable al procesado, se resuelven "por interpretación benigna".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veintiocho de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

En el año de mil novecientos treinta y seis se inició este proceso contra el señor Miguel Canales Gómez por delito contra la Hacienda Pública; el Juez de primera instancia dictó sentencia absolutoria, pero fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá el seis de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, providencia esta última que condenó al procesado a la pena principal de tres años y cuatro meses de presidio.

De conformidad con el artículo 1º de la Ley 78 de 1923, el recurso de casación sólo era pertinente cuando el reo hubiera sido condenado en última instancia por Tribunal Superior a una pena de seis o más años de presidio, reclusión o prisión.

Pero la nueva legislación modificó en este punto el sistema, en forma que tratándose de procesos surtidos en primera instancia ante los Jueces de Circuito, el recurso de casación se otorga hoy atendiendo no a la cuantía de la pena *impuesta* por la sentencia sino al máximum de pena *imponible* según la correspondiente disposición legal (artículo 557, Código de Procedimiento Penal).

En el caso del señor Canales Gómez no cabía recurso de casación, de conformidad con la ley vigente cuando se inició y adelantó el proceso; pero el apoderado de dicho señor ante la Corte, doctor Luis Caro Escallón, solicitó en razonado alegato e invocando la sentencia de Corte Plena sobre inexequibilidad del artículo 722, Código de Procedimiento Penal, que le fuese admitido el recurso de casación mediante la aplicación de la nueva ley procedimental, como ley más favorable o benigna para el procesado, y no obstante ser posterior al hecho incriminado y a la prosecución del juicio.

Aceptó esta Sala aquella tesis y petición del señor apoderado, y por eso tramitó la casación no según la ley coetánea a la iniciación del proceso sino de conformidad con el nuevo Código

de Procedimiento, empezando por dictar auto de admisión del recurso, providencia establecida en dicho Código y que la anterior legislación no estatuía.

El apoderado no fundó su recurso dentro del término legal y aun fue menester requerirlo varias veces para la devolución del expediente.

Cuando ésta se obtuvo, el Secretario pasó el proceso al despacho del Magistrado sustanciador "informándole que fue devuelto a esta Secretaría con el anterior alegato sin firma, después de dos meses y veinte días de haberse vencido el término del traslado corrido al recurrente para formular la demanda de casación."

A pesar de tales circunstancias, que imponían la declaratoria de recurso desierto (artículo 565 del Código de Procedimiento Penal) se creyó conveniente dar siempre traslado al Procurador de la Nación quien conceptuó que la Corte debía proferir aquella declaratoria.

El señor apoderado dirigió un memorial a la Sala como refutación a la tesis del Procurador, escrito en el cual manifiesta extrañeza por el hecho de que el Procurador se atenga en materia de recurso desierto a las disposiciones del nuevo Código, siendo así que el hecho incriminado ocurrió bajo la vigencia de la antigua legislación y al tenor de ésta no era el caso de declarar desierto el recurso.

Agrega el señor apoderado que ya pasó la oportunidad procesal de solicitar declaratoria de recurso desierto toda vez que la Corte no lo hizo sino que resolvió pasar el expediente en traslado al Procurador.

Sobre estos argumentos del último escrito se considera:

Las extinguidas leyes de casación imponían al Procurador General el deber de sostener la causal o causales invocadas por el recurrente si éste no lo hacía y el Procurador encontraba fundados los motivos de casación; "así como también, decía la ley, deberá este funcionario ampliar y desarrollar aún más la demanda de casación del recurrente, cuando encontrare que tal cosa deba hacerse, con el fin de que la Corte pueda entrar en el estudio de fondo del recurso" (artículo 6º, Ley 118 de 1931).

Cosa distinta ocurre con el nuevo Código de Procedimiento que no sólo suprimió esa función del Procurador, supletoria del deber que incumbe al procesado recurrente, sino que le da al Agente del Ministerio Público la calidad de verdadera parte en el recurso de casación (artículos 558 y 564).

Cuando regían los antiguos Códigos todo expediente venido en casación a la Corte se le pasaba de manera invariable en su hora, a la Procuraduría General de la Nación, aun cuando ni siquiera trajese demanda de casación; y es posible afirmar que el mayor número de fallos de casación se dictaron sobre recursos no fundados por el procesado sino —en su defecto— por la Procuraduría.

Este antiguo sistema no daba cabida a la declaración de recurso desierto por la omisión del procesado recurrente en fundar su demanda y menos por la tardía presentación de ella, pues, se repite, el Procurador de la Nación debía —en caso de estimar casable la sentencia— fundar por su parte el recurso al pasársele en traslado el expediente; y este trámite debía cumplirse cuando el procesado recurrente o su apoderado devolvía el expediente.

Es infundada la queja de la parte recurrente contra la actitud del Procurador de la Nación, porque aquélla solicitó expresamente la admisión y trámite del recurso de acuerdo con el nuevo Código de Procedimiento según el cual la Procuraduría no tiene la facultad de sustentar el recurso en caso de que el interesado abandone el cumplimiento de ese deber.

Y no puede aceptarse que alternativamente se invoque: el nuevo Código para obtener la admisión del recurso que al tenor de las leyes anteriores no habría podido admitirse; y estas últimas, para efectos de que no se declare desierto el recurso y que el Procurador de la Nación subsane la inercia del interesado en fundarlo debida y oportunamente.

Hoy día se da traslado a la Procuraduría de la Nación cuando hay demanda de casación: y dicha entidad puede impugnar tal demanda o expresar su conformidad con ella si viere que son fundados los motivos de casación propuestos.

Pero cuando el procesado es único recurrente y no presenta su demanda o alegato de casación, la Sala procede a declarar desierto el recurso y suele expresar en la respectiva providencia que ni siquiera se le da traslado al Procurador de la Nación por no haber demanda que contestar.

En el presente caso, como siempre llegó a la Corte, aunque tardiamente, un alegato de casación, se pasó en traslado a la Procuraduría General; y el Agente del Ministerio Público se limitó a llamar la atención de la Corte hacia la circunstancia de haberse presentado aquél extemporáneamente pues, vencido el término del traslado y de la prórroga legal del mismo desde el día nueve de junio de mil novecientos cuarenta y tres, la demanda o alegato de casación no se presentó a la Corte sino hasta el treinta de agosto siguiente.

Normalmente correspondería, pues, a la Sala declarar desierto este recurso de casación dado el imperativo mandato del artículo 565, Código de Procedimiento Penal.

Pero ocurre en el presente caso una circunstancia especial que impide a la Corte hacer aquella declaratoria: como adelante se verá, la acción está prescrita en este asunto desde el mes de junio de mil novecientos cuarenta y tres, época en que se estaba surtiendo el traslado al recurrente. Prescrita la acción, la sentencia del Tribunal Superior no puede quedar ejecutoriada; y equivaldría a declarar ejecutoriada, al menos implícitamente, dicha sentencia, resolver que el recurso de casación se halla desierto.

El Juzgado del conocimiento había proferido sentencia absolutoria y el Fiscal del Tribunal Superior había conceptuado que tal absolución debía confirmarse, cuando el defensor sustituto doctor Guillermo Quimbay Ruiz, al solicitar se confirmara aquella sentencia absolutoria, pidió —en subsidio— que se declarara prescrita, por el transcurso del tiempo, la acción penal.

Sobre esta solicitud se pronunció el Tribunal en la sentencia condenatoria recurrida, que lleva fecha seis de octubre de mil novecientos cuarenta y dos; y analizando allí el punto relativo a la prescripción, dijo lo siguiente:

"Según las constancias procesales, el último acto consumativo del delito por que se procede tuvo lugar en el mes de octubre de mil novecientos treinta y seis, lo que quiere decir, que desde esa fecha ha transcurrido un tiempo aproximado de cinco años once meses. La pena máxima establecida para el delito por el Código Penal vigente a su consumación, es la que señalan los artículos 480 y 460, en su inciso tercero, o sea, seis años ocho meses de presidio. El artículo 105 del actual Código Penal, más favorable al procesado, exige para que se verifique la prescripción de la acción en un caso como el presente, un tiempo igual al máximo de la sanción fijada para el delito en la respectiva disposición penal. En el caso de autos se deduce de lo anterior, no se ha cumplido el tiempo fijado por el artículo 105 del Código mencionado, luego la prescripción no se ha verificado respecto del delito imputado al procesado y por tanto, no es el caso de acceder a la solicitud de su defensor...."

Según el aparte transcrito, el Tribunal sentenciador sentó estas bases: A) El último acto consumativo del hecho que ha sido materia de este proceso ocurrió en octubre de mil novecientos treinta y seis; B) La pena aplicable al caso por el Código vigente entonces era la que señalaban los artículos 480 y 460 inciso 3º; C) El máximum de la sanción imponible según estos artículos era de seis años y ocho meses de presidio; D) Según el artículo 105 del actual Código Penal, más favorable al procesado, bastaría para estar prescrita la acción penal, que desde la fecha del último acto consumativo hubiera transcurrido un tiempo igual al máximum de la pena imponible; E) Ese lapso se cumplía en el mes de junio de mil novecientos cuarenta y tres, y F) Como el Tribunal estaba resolviendo el punto en octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en ese momento faltaban todavía seis meses, en sentir del Tribunal, para completar el lapso de la prescripción.

Como todos estos considerandos del Tribunal eran fundados en derecho y en los del expediente, obró conforme a la ley al proferir la sentencia en vez de declarar prescrita la acción penal.

Pero, interpuesto el recurso de casación y mientras él se tramitaba, sí se consumó la prescripción, pues hubo de cumplirse el plazo que la ley penal señala para ello.

Conviene repetir que el interesado ha pedido como ya se dijo, la declaratoria de prescripción.

Ya se demostró que el fondo del recurso de casación no puede tenerse en cuenta porque la presentación de la demanda con dos meses de retraso dejó desierto el recurso. Por consiguiente, ha llegado el caso de resolver sobre el punto relativo a prescripción.

No es óbice para estimar prescrita la acción penal el hecho de que en el año de mil novecientos cuarenta se hubiera dictado auto de proceder, circunstancia que interrumpe la prescripción según lo preceptuado por el artículo 107 del nuevo Código Penal; y no lo es, por las siguientes razones:

En el cómputo de tiempo para la prescripción entran dos factores: el máximum de pena imponible y el transcurso de un lapso, que comienza el día en que el hecho se haya consumado.

Para el primero de esos factores, máximum de pena imponible, resulta más favorable al procesado, en el presente caso, la ley coetánea al hecho, o sea el anterior Código Penal, artículos 480 y 460; y haciendo el cómputo sobre estas disposiciones, la acción penal prescribe en seis años y ocho meses, según el artículo 105 del nuevo Código Penal, ley más favorable al procesado, como lo subraya el Tribunal sentenciador.

De este lapso habían corrido ya cuatro años, es decir, casi las dos terceras partes, cuando se dictó el auto de enjuiciamiento, por la jurisdicción y de acuerdo con el procedimiento que establecía la antigua ley, según la cual el término para prescribir no se suspendía por el auto de proceder.

Cumplido ya, desde junio de mil novecientos cuarenta y tres, el lapso necesario para la prescripción, no podría dársele efecto retroactivo en contra del procesado a la disposición del nuevo Código Penal, artículo 107, sobre suspensión del término para prescribir, desde luégo que dicho

término había comenzado a correr bajo la vigencia de la antigua ley.

Cuando se va a imponer la sanción, y hay que determinar cuál de dos leyes penales —la antigua o la nueva— es más benigna o favorable al procesado, debe compararse la totalidad de la una con la totalidad de la otra. Pero en el presente caso no se trata de aplicar la ley penal como sancionadora sino cabalmente de lo contrario: de que por haber prescrito la acción penal no se aplique la pena.

Si a pesar de lo dicho subsistiere duda sobre el particular, habría que resolverla en favor del procesado en virtud de principios consagrados en los artículos 3º del Código Penal, 5º del Código de Procedimiento Penal y 22 de la Constitución. Ha sido tal la decisión del legislador colombiano en pro de la tesis de que entre dos leyes penales se aplique siempre la más favorable al procesado, que llega hasta el extremo de pasar aun sobre la cosa juzgada a fin de que hasta los que se hallan cumpliendo condena puedan beneficiarse con la ley más benigna aunque se haya expedido con posterioridad a la sentencia condenatoria.

Una Ley normativa, la 153 de 1887, al desarrollar tales principios en lo relativo a examen comparativo de penas, y como si no bastara la norma general que abarca toda la materia penal sobre resolución de la duda en favor del procesado, la Ley 153, en su artículo 45, inciso final, da otra norma que, por eso mismo, reviste carácter de especialidad en estos problemas: "Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna".

Quiere esto decir que no ya sólo las dudas sobre puntos de hecho sino de derecho, por ejemplo, la compatibilidad entre dos leyes y la aplicación integral o parcial de la ley que parece más favorable al procesado, se resuelven "por interpretación benigna".

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *declara prescrita la acción penal,* en el proceso seguido al señor Miguel Canales Gómez por delito contra la Hacienda Pública.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Condiciones requeridas para que un delito sea militar

No significa lo mismo delinquir en servicio de una actividad inherente a la condición de militar, que hacerlo aprovechando las oportunidades que brinde una ocupación extraña a la naturaleza de la milicia propiamente dicha. Porque para que un delito se estime como de carácter militar, se requiere por lo menos una de estas tres condiciones: a) que se hayan infringido las leyes militares; b) que el hecho se cometa en "asuntos del servicio militar"; y c) que haya tenido ocurrencia dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, vivaques, buques de guerra y, en general, dentro de cualquiera dependencia militar.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

A Rafael Trujillo, Cabo 2º y "Estafeta" del Comando del Batallón de Ingenieros 1º "Caldas", del Socorro, se le atribuyeron, según la investigación iniciada en el Juzgado Municipal de aquella ciudad de Santander, los siguientes hechos, que él confiesa en sus indagatorias:

1º Haber recibido —el 7 de junio de 1943— una carta dirigida de Vélez por Rafael Olarte O. al soldado Carlos Julio Fonteche, carta dentro de la cual aquél le incluyó a éste la cantidad de cinco pesos, que se apropió Trujillo; 2º haber recibido —el 8 de julio— un valor declarado, por cinco pesos, enviado de Guaca (Santander) por Bertilda Pabón a Luis S. Anaya F., apropiándoselo Trujillo; y 3º haber cobrado, usando del nombre del beneficiario, un giro postal por diez pesos, remitido de Bucaramanga por Pedro Elías Serrano a Gustavo Casallas.

Todos estos documentos fueron retirados por Rafael Trujillo de la Oficina de Correos de la ciudad del Socorro, según lo informó la Administradora, señora María Olarte V.

Pasado el sumario al señor Juez 1º Penal del Circuito del Socorro, éste dispuso trasladarlo al Juez 2º Superior, por creer que había hechos (falsedad) que así lo reclamaban.

El Juez 2º Superior (auto de 25 de noviembre de 1943), después de haber ordenado la práctica de algunas diligencias encaminadas a poner en claro la ejecución o nó de un delito contra la fe pública, devolvió el proceso al Juez remitente, por cuanto en su concepto había quedado desvirtuada la infracción que lo facultaba para intervenir como Juez de primera instancia.

En auto de 13 de diciembre el señor Juez Penal del Circuito del Socorro, fundado en alguna decisión de esta Corte acerca de un caso análogo —en su sentir—, resolvió declararse incompetente, y, consecuencialmente, dispuso que las diligencias pasaran al Comando de la Brigada, en donde se consideró (auto del 1º de febrero de 1944) que no tratándose de un delito militar sino de uno o varios delitos comunes, la justicia militar carecía de la debida jurisdicción. Como corolario de esta apreciación, le promovió al Juez del Circuito "competencia negativa", la cual fue aceptada por éste.

Es del resorte de la corporación definir el problema planteado (artículos 21 de la Ley 84 de 1931 y 42 —ordinal 4º— de la Ley 94 de 1938).

Se considera:

Da el Juez como argumento principal y casi único, para fundar su punto de vista, el siguiente: que las infracciones que se le imputan al Cabo 2º Rafael Trujillo "son de carácter militar, ya que ejercía el cargo de estafeta...., pues de lo contrario no le había sido posible cometer los ilícitos...."

El artículo 10 de la Ley 84 de 1931 dice:

"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".

Según ello, por lo menos una de estas tres condiciones se exige para que un delito se estime como de carácter militar: 1º, que se hayan infringido las leyes militares; 2º, que el hecho se cometa en "asuntos del servicio militar"; y 3º, que haya tenido ocurrencia dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, vivaques, buques de

guerra, y, en general, dentro de cualquiera dependencia militar.

En el caso que se examina Rafael Trujillo no infringió las leyes militares, ni perpetró los hechos de que da cuenta la investigación dentro de ninguno de los lugares enunciados en el artículo 10.

Habrá que ver, por lo tanto, si por las circunstancias de estar él encargado de retirar de la Oficina de Correos de la ciudad la correspondencia privada u oficial dirigida a las unidades del Batallón de Ingenieros 1º "Caldas", puede aceptarse la tesis del Juez.

La invocada Ley 84 de 1931 aclara bastante la cuestión, y casi puede afirmarse que la decide. En efecto, el Título V, Capítulo I enumera los delitos cometidos "en el servicio", y lo mismo hace, un poco más adelante, el Capítulo IV, que lleva este epígrafe: "Otros delitos en el servicio".

En ninguno de estos artículos (184, 185, 186, 187, 188, 189 y 206) está comprendido el caso de Rafael Trujillo. Y es de advertir que los artículo 221 a 229 de la misma Ley, que versan sobre delitos contra la propiedad, se refieren a infracciones que afectan el patrimonio del Ejército y no el meramente privado de los individuos que lo componen.

No significa lo mismo delinquir en servicio de una actividad inherente a la condición de militar, que hacerlo aprovechando las facilidades de una ocupación extraña a la naturaleza de la milicia propiamente dicha.

El modelo traído por el Juez no es pertinente, porque en esa ocasión la Corte consideró un caso muy distinto. Allí se trataba de un hecho (peculado) cometido dentro de una dependencia militar y por un militar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —por medio de su Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *dirime* la competencia suscitada entre el señor Juez 1º Penal del Circuito del Socorro y el Comando de la 1ª Brigada del mismo lugar, en favor de este último, por considerar que se trata de delitos comunes que corresponde juzgar a la justicia ordinaria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al señor Juez Penal del Circuito del Socorro, previo aviso al Comando de la 1ª Brigada, de lo resuelto en esta providencia.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Impedimento de un Magistrado de Tribunal

La sola designación de defensor no vincula al nombrado con la persona que lo ha buscado para darle ese cargo. Por eso, faltando la comprobación del ejercicio del poder o de que el abogado ha dado consejo al interesado, aquél no está luégo impedido para intervenir como Juez o Magistrado en la dirección o decisión del asunto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, abril veinticuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

Ha sido remitido al Tribunal Superior de Medellín este proceso para que se decida del impedimento manifestado por el doctor Samuel Barrientos Restrepo, Magistrado de la Sala Penal de aquel Tribunal, situación que, conforme a lo dispuesto en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, le corresponde definir a esta entidad judicial.

El doctor Samuel Barrientos Restrepo, en auto de dieciocho de febrero del año en curso, se declaró "impedido para conocer de este negocio" que se le adelanta al doctor Antonio Valencia Restrepo, por "abuso de autoridad y otras infracciones", alegando haber sido defensor del procesado.

El Magistrado en turno no encontró fundado el impedimento declarado, por las razones expuestas en el auto de tres de marzo, que dice así:

"El doctor Samuel Barrientos Restrepo fue nombrado defensor por el procesado doctor Antonio Valencia Restrepo, 77 fte., al ser notificado del auto en que la honorable Corte Suprema de Justicia confirmó el enjuiciamiento y del en que el Tribunal dispuso cumplir lo resuelto por esa superioridad, nombramiento que apenas llegó a ser aceptado en auto de diez y seis de abril del año próximo pasado, 82, pero que no produjo efecto, porque el doctor Valencia Restrepo en memorial de catorce de junio del mismo año, 83, lo revocó designando en su lugar como defensor, al doctor Luis Javier Velásquez, nombramiento que fue aceptado y del cual tomó posesión debidamente, folios 84 y 85, siendo el doctor Velásquez el único que llegó a actuar en representación del doctor Valencia Restrepo, como puede verse a folios 85 y siguientes. Luego no puede admitirse que el doctor Barrientos Restrepo hubiera sido realmente defensor del procesado, como lo dice en su declaración de folios 91, por no haberse practicado con respecto a él la diligencia que prescribe el 108 del Código de Procedimiento Penal, que es la que imprime tal carácter, ni que se encuentre en la causal cuarta del artículo 73 ibídem, ya que no llegó siquiera a manifestar su opinión sobre el asunto materia del proceso, que es lo que caracteriza ese impedimento, el que por tanto, no está fundado, según concepto del Magistrado suscrito...."

En efecto, como lo dice el Tribunal de Medellín, no puede afirmarse que la sola designación de defensor vincule al nombrado con la persona que lo ha buscado para darle ese encargo. Si es natural pensar que el abogado que va a representar los derechos de un procesado, antes de aceptar el poder se empape del asunto y aun dé algunos consejos acerca de su orientación inmediata, si la índole del caso así lo reclama, también puede ocurrir —y ocurre frecuentemente— que sin ninguna conferencia o entendimiento previos el interesado lleve al Tribunal o Juzgado su memorial, indicando como defensor a un determinado jurisperito.

Por consiguiente, no habiendo expresado el doctor Barrientos Restrepo que él hubiera adelantado opinión o dado consejo en relación con lo que es "materia del proceso", sólo habrá que atender a lo que se ha demostrado. Y lo que se ha demostrado es que él no actuó como defensor del doctor Antonio Valencia Restrepo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, por medio de su Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *resuelve:* es infundado el impedimento manifestado por el doctor Samuel Barrientos Restrepo con el fin de que se le declare separado del conocimiento del proceso contra Antonio Valencia Restrepo, por "abuso de autoridad y otras infracciones".

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Casos en que los Jueces de Leprocomios tienen atribuciones de Jueces Superiorés

El único fundamento apreciable del artículo 12 de la Ley 20 de 1927 para investir al Juez del Circuito del carácter de Juez Superior, es el de procurar que la composición de los Jurados no se haga con individuos alejados del leprocomio. Si otro tuviera (por ejemplo, evitar el contagio), habría ordenado algo esa ley para precaver lo relacionado con las apelaciones, recursos de casación, revisión, etc. Además de ser ella interpretada como lo pretende el Juez, es decir, que siempre y en todos los delitos el competente sería el del Circuito del respectivo Lazareto, carecería de razón el artículo 391 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que las notificaciones personales al enfermo de lepra se le hagan por conducto de Juez comisionado.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

El quince de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en el sitio de "Paujil", Municipio de Matanzas, Distrito Judicial de Bucaramanga, se cometió un delito de homicidio en la persona de Bernardo Millán, y en la investigación se señaló como responsables a Ciro Vera, Salomón Navas, Jesús Eleuterio Escalante y Angel María Rodríguez.

Como este último resultara —cuando el sumario se hallaba en curso— enfermo de lepra, se dispuso asilarle en el Lazareto de Contratación (Distrito Judicial de San Gil).

Concluidas las diligencias informativas, el señor Juez 2º Superior de Bucaramanga ordenó sacar copia de la actuación y pasarla al señor Juez Promiscuo del Circuito de Contratación, para que éste, en virtud del artículo 12 de la Ley 20 de 1927, decidiera de la situación jurídica de Angel María Rodríguez.

Pero el Juez de Contratación, quien en un principio acogió la interpretación que el de Bucaramanga le había dado al artículo citado y que, así, convino en ser competente, revestido para el caso del carácter de Juez Superior, bien pronto rectificó su parecer, influído notoriamente por el del Personero Interno de Contratación, cuya activa intervención en la polémica logró que el Juez provocado aceptara la colisión, y ésta la causa para que la Corte, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal (ordinal 4º), tenga que dirimir la controversia que se ha presentado.

Se considera:

Si es verdad que la Ley 20 de 1927 se inspiró en indiscutibles móviles de conveniencia social (salubridad pública), no llegó ella —al menos en su artículo 12— a los extremos que en su letra supone expresos el Juez Superior de Bucaramanga.

Dice el artículo:

"Los juicios que se adelantan 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".

El Juez Superior de Bucaramanga interpreta la disposición transcrita de la siguiente manera:

"La ordenación en él contenida y que con toda claridad fija la competencia para el juzgamiento de los delitos que por su naturaleza correspondan al conocimiento de los Jueces Superiores, en los Juzgados de Circuito de los Lazaretos en que el enfermo se halle asilado, no ha sido derogada ni reformada por ninguna otra ley anterior al nuevo Código de Procedimiento Penal; y éste, de acuerdo con lo mandado en el artículo 723 del mismo, la deja vigente, por tratarse de una ley de carácter especial, sobre una materia no prevista en la 94 de 1938".

Ha incurrido en error el Juez de Bucaramanga, al creer que el artículo 12 de la Ley citada abarca tanto como él lo imagina y que, además, trata de una materia no prevista en ninguna forma posteriormente.

En primer término, ni siquiera puede entenderse que el artículo se refiere a hechos consumados en distinto lugar del perímetro del leprosorio, porque el uso del adjetivo "respectivo" así lo indica. Y en segundo término, el Código de Procedimiento Penal vigente sí previó por lo menos parte de la materia, cuando dispuso que las notificaciones personales al enfermo de lepra se le hicieran por medio de Juez comisionado (artículo 391).

Si ello no fuera así, ¿cuál el objeto de las notificaciones por conducto de otro Juez, si siempre, en todos los casos era el del Circuito del respectivo lazareto el competente para avocar el conocimiento de los procesos por delitos cometidos fuera de su limitada jurisdicción?

El único fundamento apreciable para investir al Juez del Circuito del carácter de Juez Superior —y en esto consiste exclusivamente la especialidad que el Juez de Bucaramanga le atribuye— es el de procurar que la composición del Jurado no se haga con individuos alejados del leprocomio, y es allí donde aparece patente la intención del legislador del año 27.

Porque si ocurriera pensar que en su espíritu o idea de protección esa Ley pretendió evitar que los mismos papeles que manejare el enfermo fueran tocados por el sano, habría dispuesto algo para precaver lo relacionado con las apelaciones, recursos de casación, revisión, etc. Y nada de ello hizo.

No es, pues, posible suponerle ese alcance a la ley que se comenta, so pretexto de concederle una especialidad que está distante de sus propósitos y de su letra, y que aparecería en pugna con el procedimiento legal acerca de los modos de adquirir la jurisdicción, cambiarla cuando sea indispensable y surtir las notificaciones en los casos que requieran la intervención de un funcionario extraño al proceso (artículos 58 y 391, Ley 94 de 1938).

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

Resuelve:

Es el Juez 2º Superior de Bucaramanga quien debe continuar conociendo del proceso contra varias personas, entre las cuales se encuentra el enfermo Angel María Rodríguez.

Devuélvase el expediente a dicho funcionario y envíese copia de esta providencia al Juez Promiscuo del Circuito de Contratación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Se confirma el fallo apelado

De conformidad con el artículo 93 de la Ley 130 de 1913, la justicia ordinaria debe respetar las decisiones de los Tribunales Administrativos.

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Le corresponde a la Corte decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de fecha 18 de octubre de 1941 dictado por el Tribunal del Distrito Judicial de Tunja, por medio del cual le puso término al incidente de excepciones dilatorias propuesto por el Personero de las entidades demandadas.

La decisión fue adversa al demandante, pues el Tribunal encontró que carecía de competencia para conocer de la demanda. A ello se debe la apelación.

Para decidir se considera:

El libelo de demanda plantea una acción de perjuicios dirigida contra la Nación y el Departamento de Boyacá en forma mancomunada y solidaria. Derívase la indemnización, sintéticamente, del hecho de que el demandante, señor Francisco C. Soler, fue privado ilegalmente de la posición que ocupaba en el ramo de Educación del Departamento de Boyacá desde el año de 1930; pues en el año de 1939, siendo maestro de la Escuela Urbana de Varones del Municipio de Miraflores, se le reemplazó en el cargo, nombrándosele en cambio para el Municipio de Chiscas; con lo cual perdió el derecho que había adquirido a obtener ascenso en el Escalafón del Magisterio Nacional y a la jubilación.

Con la mira de justificar las excepciones propuestas, que fueron las de *inepta demanda* y *cosa juzgada*, el Fiscal allegó dentro del término de prueba la copia de una sentencia proferida por el Consejo de Estado el 10 de diciembre de 1940, con motivo de la demanda que el señor Soler intentó ante lo Contencioso-Administrativo sobre nulidad y otras declaraciones, de los Decretos por medio de los cuales el Gobernador de Boyacá lo reemplazó en el cargo de maestro de la Escuela Urbana de Varones de Miraflores y lo designó para la de Chiscas. El Consejo de Estado confirmó la sentencia del Tribunal Seccional Administrativo de Tunja en que esta entidad se abstuvo de anular los Decretos dichos.

La supradicha sentencia del Consejo de Estado establece plenamente que en fallos de autoridades competentes se decidió que eran legales los actos administrativos de donde el demandante hace ahora derivar los perjuicios.

El señor Soler propuso ante el Tribunal Seccional Contencioso-Administrativo de Tunja demanda de nulidad de los Decretos números 43 y 48 del mes de enero de 1940, dictados por el Gobernador de Boyacá por cuanto por ellos fue separado el señor Soler del cargo de maestro de escuela de Miraflores y trasladado a otra escuela en la población de Chiscas. Además, en ejercicio del artículo 4º de la Ley 80 de 1935, solicitó que se le restaurara en el derecho violado.

El Tribunal examinó los actos administrativos acusados a la luz de los reglamentos existentes y relativos al asunto, de lo cual dedujo la estricta legalidad de tales actos, y por ende que no son nulos. Quedó así cegada la fuente de todo perjuicio para el demandante. Como éste ejercitó con la acción de nulidad del acto una acción reparadora de plena jurisdicción, la autorizada por el artículo 4º citado, de haber prosperado la primera el Juez administrativo habría tenido que determinar la clase de indemnización civil debida al demandante, y ordenar la consi-

guiente reparación, a efecto de atender la súplica sobre restablecimiento del derecho violado. Empero, la acción de nulidad fue rechazada. Los actos administrativos acusados se declararon legales. Naturalmente con ello la acción privada reparadora de plena jurisdicción implícitamente también fue rechazada, al caer la base.

Ante el Consejo de Estado no corrió mejor suerte el señor Soler, según se desprende de la sentencia presentada en copia.

Las acciones anteriores fueron proferidas por Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, a quienes privativamente corresponde, según lo que anteriormente disponía el artículo 1º de la Ley 130 de 1913 "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".

Esos Tribunales que conocieron de la acusación de nulidad de los actos administrativos, de donde el señor Soler hace provenir los perjuicios que ahora cobra ante el Poder Judicial, dictaron su veredicto definitivo e inmodificable en el sentido de que los Decretos son legales. La justicia ordinaria está obligada a respetar tal decisión. Ella no podría hoy revivir la controversia decidida con pleno poder por el Tribunal de Tunja y el Consejo de Estado. Las sentencias dictadas cegaron así toda fuente de indemnización para el señor Soler, originada en las actuaciones del Gobierno de Boyacá relacionadas con las promociones de que fue objeto. Para que la justicia ordinaria pudiera examinar el derecho a los perjuicios hoy demandados, tendría que empezar por calificar el valor legal de los actos administrativos generadores de los perjuicios; pero ni esa es función propia que le corresponda; ni tampoco permite una revisión semejante el artículo 93 de la Ley mencionada, que dice: "Las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son obligatorias y no están sujetas a revisión, por parte de la justicia ordinaria".

De lo expuesto fluye fácilmente la conclusión de que además de la incompetencia de jurisdicción declarada por el Tribunal de Tunja en el fallo apelado, hay otro motivo para que la justicia ordinaria se inhiba de conocer de la demanda del señor Soler: la cosa juzgada.

Por tal motivo la Corte confirma el fallo materia del presente recurso de apelación.

Las costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

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

Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Conocimiento de una acción de indemnización de perjuicios que no pudo ejercitarse oportunamente ante los Tribunales Administrativos

Aun cuando, por su naturaleza, de los daños causados por un acto administrativo deban conocer los respectivos Tribunales de lo Contencioso, conforme hoy lo estatuye científicamente y de manera completa la Ley 167 de 1941, y no la justicia ordinaria, en ausencia de disposiciones claras que les atribuyeran el conocimiento de aquellos negocios a los Tribunales Administrativos y a más de ello dieran trámites adecuados para ventilarlos, a la justicia ordinaria le compete el conocimiento de las acciones de indemnización que no pudieron ejercitarse ante los Tribunales Administrativos.

A la justicia ordinaria no le compete la revisión de los actos administrativos de las corporaciones o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones o con el pretexto de ejercerlas. Esa atribución le está asignada a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por manera que mientras ésta no declare la nulidad de un acto de justicia ordinaria tiene que presumir su legalidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Joselyn Rodríguez Daza demandó ante el Tribunal Superior de Bogotá al Departamento de Cundinamarca, para que en juicio ordinario se le condene a indemnizarle los perjuicios que le ocasionó mediante los Decretos 52 de 17 de enero de 1934, 36 del 18 de enero de 1936 y 240 de 13 de marzo de 1937, expedidos por la Gobernación y originarios de la Dirección de Educación Pública del mismo Departamento.

La entidad demandada se opuso a la acción. El negocio abrióse a pruebas y después de los traslados de rigor el Tribunal le puso término en sentencia de fecha 23 de mayo del año próximo pasado, en la que absolvió al Departamento.

Apelada por el actor esta resolución, el negocio vino a la Corte, donde surtióse la segunda instancia. Y como se halla en estado de definirlo, a ello procede la Sala.

Cuestión de hecho.

El Tribunal en la sentencia apelada relaciona muy bien los hechos que están comprobados en el proceso y de donde el demandante deriva los perjuicios que le cobra al Departamento; esos hechos son:

"Por Decreto número 26 de 1930, se hizo el nombramiento del señor Joselyn Rodríguez para Director de la Escuela Número 1 del Grupo 17 de Bogotá (*Gaceta de Cundinamarca* número 4518, folio 1 del cuaderno número 3).

"El 14 de enero de 1930, tomó posesión del cargo para que fue designado por el Decreto prenombrado, ante el Alcalde de esta ciudad (folio 8 ibídem).

"Por Decreto número 52 de 17 de enero de 1934, se declaró insubsistente el nombramiento recaído en el señor Rodríguez Daza para Director de la Escuela número 1 mencionada, y se nombró en su reemplazo, al señor Luis Cifuentes Camargo. (*Gaceta de Cundinamarca* número 5138, folio 2 ibídem).

"El Tribunal Seccional Administrativo de Bogotá, en sentencia de 26 de marzo de 1935, declaró nulo el Decreto número 52 antedicho, en cuanto declaró insubsistente el nombramiento del señor Rodríguez y designa su reemplazo. (*Gaceta de Cundinamarca* número 5324, folio 5 ibídem).

"El sueldo devengado por el demandante Rodríguez durante el lapso que desempeñó la Escuela fue de $ 90.00 mensuales (folio 9 vuelto ibídem).

"El 17 de abril de 1935 se hallaba nuevamente el actor en la Dirección de la Escuela número 1 del Grupo 17 de Bogotá (folio 11 vuelto ibídem).

"El 6 de julio del mismo año fue trasladado a la Escuela número 2 del Grupo 17 de este Municipio (folio 9 vuelto ibídem).

"Por Decreto número 36 de 18 de enero de 1936 se nombró al señor Alberto Calzada Director de la Escuela que desempeñaba el demandandante, quien desde entonces no ha vuelto a ser nombrado para Director de dicha Escuela (*Ga-*

ceta de Cundinamarca número 5376), folio 6 y certificado del Director de Educación Pública de Cundinamarca. (Folio 11 vuelto ibídem).

"Por Decreto número 136 de 3 de febrero de 1934 fue nombrado el señor Rodríguez Director de la Escuela Nocturna "Alto del Cuchuco", sección elemental. *(Gaceta de Cundinamarca,* folio 3 ibídem).

"En 9 de febrero de ese año tomó el señor Rodríguez posesión del cargo para que fue designado por el referido Decreto número 136, ante el Alcalde de esta ciudad. (Folio 8 ibídem).

"El sueldo devengado por dicho señor como Director de la mencionada Escuela era de $ 25.00 mensuales. (Folio 10 ibídem).

"Por Decreto número 190 de 1935 se designó al señor Luis A. Barrios para reemplazar al señor Rodríguez en la Dirección de la Escuela Nocturna antedicha (*Gaceta de Cundinamarca* número 5280); este Decreto fue anulado por el Tribunal Administrativo de Bogotá, en sentencia de 28 de septiembre de 1935 (folio 19 vuelto), a virtud de la cual fue restituído a la Dirección de la mencionada Escuela el 2 de octubre de 1935 (folio 34, cuaderno número 2).

"Por Decreto número 240 de 13 de marzo de 1937 fueron designados el señor José María González como Director, y los señores Francisco M. Duarte y Arturo Montoya Calderón como Ayudantes de la Escuela Nocturna regentada por el demandante Rodríguez, quien desde entonces no ha desempeñado cargo alguno dependiente de la Dirección de Educación de Cundinamarca. (*Gaceta de Cundinamarca* número 5571, folio 7, y certificado de aquella entidad, folio 10 ibídem).

"Este Decreto fue acusado por el propio señor Rodríguez ante el Tribunal Seccional Administrativo de Bogotá en cuanto lo privó del empleo que tenía, nombrándole el reemplazo respectivo, pero dicha entidad, en sentencia de 17 de diciembre de 1938, confirmada por el Consejo de Estado en la de 9 de noviembre de 1939, no accedió a declarar nulo el Decreto acusado (folios 4 y siguientes del cuaderno número 2)".

Cuestión de derecho.

En presencia de los hechos anteriores, importa hacer el análisis de la acción, tomando uno a uno y sucesivamente los actos administrativos causantes de los daños de que se queja el actor, a efecto de determinar con relación a cada uno de ellos si son en realidad fuentes de indemnización en provecho del actor.

1º—*Decreto número 52 de 17 de enero de 1934.*

Por la relación de hechos del capítulo anterior ya se sabe lo que este Decreto dispuso: el demandante señor Rodríguez Daza que desde el año de 1930 venía desempeñando el cargo de Director de la Escuela Número 1 del Grupo 17 de Bogotá, fue privado de su empleo.

Demandada la nulidad de este Decreto, el Tribunal Seccional Administrativo de Bogotá, en sentencia de fecha 26 de marzo de 1935 lo declaró nulo en lo tocante con la destitución del demandante.

En la sentencia de primera instancia que es materia del presente recurso, el sentenciador no le dio mérito al fallo del Contencioso por estimar que estaba sin comprobación el hecho de que dicho fallo estuviese ejecutoriado. Empero en la segunda instancia fue subsanada la omisión apuntada trayéndose al expediente el certificado de que la sentencia del Contencioso sí está ejecutoriada.

En estas condiciones el fallo del Contencioso por sí solo le da sólido fundamento a la acción de perjuicios ya que con él resulta plenamente comprobado que la Gobernación de Cundinamarca desconoció los derechos del señor Rodríguez Daza destituyéndolo, por el Decreto número 52, del cargo de Maestro de Escuela de Bogotá. El mencionado Decreto irrogó por consiguiente un daño patrimonial al demandante, daño que el Departamento debe reparar.

Cuando se demandó la nulidad del Decreto y se declaró en el mes de marzo de 1935, no existía la Ley 80 del mismo año que en su artículo 4º le dio a la jurisdicción contencioso-administrativa amplio poder para conocer de las demandas civiles de reparación provenientes de la nulidad de los actos administrativos. De consiguiente cuando se entabló la demanda de nulidad del acto administrativo que privó de su puesto de Maestro de Escuela al señor Rodríguez Daza, éste no podía someter al Tribunal Administrativo la demanda de reparación, y a ello debióse el que dicho Tribunal Administrativo la rechazara expresamente en el siguiente pasaje del fallo, con que se fundamenta el punto 2º de su parte resolutiva, por medio del cual después de declarar en el punto 1º, nulo el Decreto número 52 no accedió en el punto 2º a conceder "lo demás pedido":

"En cuanto a la 2ª petición del señor Rodríguez Daza de que se le reconozca la suma de noventa pesos este Tribunal no tiene jurisdicción para ordenar pagos de esa naturaleza. Es el Tribunal Superior de Cundinamarca la entidad competente que puede reconocer ese pago al señor Rodríguez Daza en el caso que se sienta con justo título para reclamarlo al Departamento".

Vigente ya el artículo 4º de la Ley 80 de 1935 el señor Rodríguez Daza careció de un procedimiento legal adecuado dentro del cual pudiera ejercitar la acción civil de reparación ante los Tribunales Administrativos. El mencionado ar-

ticulo 4º sólo brindaba una oportunidad para proponerles a esas corporaciones las acciones de plena jurisdicción: en el momento de demandar la nulidad del acto. Por ende es palmario que aun cuando por su naturaleza de los daños causados por un acto administrativo deban conocer los respectivos Tribunales de lo Contencioso, conforme hoy lo estatuye científicamente y de manera completa la Ley 167 de 1941 —y no la justicia ordinaria—; en ausencia de disposiciones claras que le atribuyeran el conocimiento de aquellos negocios a los Tribunales Administrativos y a más de ello dieran trámites adecuados para ventilarlos, a la justicia ordinaria le compete el conocimiento de las acciones de indemnización que no pudieron ejercitarse ante los Tribunales Administrativos. Esto es así hasta la vigencia de la Ley 167 de 1941.

Está demostrado con las pruebas acompañadas al proceso que el señor Rodríguez Daza devengaba un sueldo de noventa pesos mensuales como Maestro de la Escuela que desempeñó hasta cuando se dictó el Decreto número 52. Igualmente está acreditado que el 17 de abril de 1935 el señor Rodríguez Daza se hallaba nuevamente en su anterior puesto.

Es evidente así que el daño patrimonial que el Decreto número 52 le causó al actor está representado por los sueldos que durante la cesantía dejó de devengar el demandante. Estos sueldos suman la cantidad de $ 1.344.00, que es el perjuicio reparable por el Departamento, único que existe realmente y que se ha demostrado a cabalidad.

2º—*Decreto número 36 del 18 de enero de 1936.*

No existe constancia en el expediente de que este Decreto hubiera sido acusado ante los Jueces competentes ni por consiguiente declarado nulo por ellos.

A la justicia ordinaria no le compete la revisión de los actos administrativos de las corporaciones o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones o con el pretexto de ejercerlas. Esa atribución le está asignada a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por manera que mientras ésta no declare la nulidad de un acto la justicia ordinaria tiene que presumir su legalidad.

3º—*Decreto número 240 del 13 de marzo de 1936.*

Este acto administrativo de la Gobernación de Cundinamarca fue oportunamente acusado de ilegalidad ante la autoridad competente, que lo era el Tribunal Administrativo de Bogotá, y esta entidad en sentencia de fecha 17 de diciembre de 1938 confirmada por el Consejo de Estado en la de 9 de noviembre de 1939 declaró que no era nulo dicho Decreto.

Aquí cabe repetir la misma idea que la Sala expuso en fallo del 5 de junio del año en curso dictado en el juicio de Francisco C. Soler contra el Departamento de Boyacá, por perjuicios:

"La supradicha sentencia del Consejo de Estado establece plenamente que en fallos de autoridades competentes se decidió que eran legales los actos administrativos de donde el demandante hace ahora derivar los perjuicios.

"El señor Soler propuso ante el Tribunal Seccional Contencioso-Administrativo de Tunja la demanda de nulidad de los Decretos números 43 y 48 del mes de enero de 1940, dictados por el Gobernador de Boyacá por cuanto por ellos fue separado el señor Soler del cargo de Maestro de Escuela de Miraflores y trasladado a otra escuela en la población de Chiscas. Además en ejercicio del artículo 4º de la Ley 80 de 1935 solicitó que se le restaurara en el derecho violado.

"El Tribunal examinó los actos administrativos acusados a la luz de los reglamentos existentes y relativos al asunto, de lo cual dedujo la estricta legalidad de tales actos, y por ende que no son nulos. Quedó así cegada la fuente de todo perjuicio para el demandante. Como éste ejercitó con la acción de nulidad del acto una acción reparadora de plena jurisdicción, la autorizada por el artículo 4º citado, de haber prosperado la primera el Juez administrativo habría tenido que determinar la clase de indemnización civil debida al demandante, y ordenar la consiguiente reparación, a efecto de atender la súplica sobre restablecimiento del derecho violado. Empero, la acción de nulidad fue rechazada. Los actos administrativos acusados se declararon legales. Naturalmente con ello la acción privada reparadora de plena jurisdicción implícitamente también fue rechazada, al caer la base.

"Ante el Consejo de Estado no corrió mejor suerte el señor Soler, según se desprende de la sentencia presentada en copia.

"Las decisiones anteriores fueron proferidas por Tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, a quienes privativamente corresponde, según lo que anteriormente disponía el artículo 1º de la Ley 130 de 1913 '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'.

"Esos Tribunales que conocieron de la acusación de nulidad de los actos administrativos, de donde el señor Soler hace provenir los perjuicios que ahora cobra ante el Poder Judicial, dictaron su veredicto definitivo e inmodificable en el sentido de que los Decretos son legales. La justicia ordinaria está obligada a respetar tal

decisión. Ella no podría hoy revivir la controversia decidida con pleno poder por el Tribunal de Tunja y el Consejo de Estado. Las sentencias dictadas cegaron así toda fuente de indemnización para el señor Soler, originada en las actuaciones del Gobierno de Boyacá relacionadas con las promociones de que fue objeto. Para que la justicia ordinaria pudiera examinar el derecho a los perjuicios hoy demandados, tendría que empezar por calificar el valor legal de los actos administrativos generadores de los perjuicios; pero ni esa es función propia que le corresponda; ni tampoco permite una revisión semejante el artículo 93 de la Ley mencionada que dice: 'Las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son obligatorias y no están sujetas a revisión, por parte de la justicia ordinaria'."

En consecuencia la acción de perjuicios derivada del Decreto número 240 tampoco es viable.

Sentencia.

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla* el presente pleito así:

1º Condénase al Departamento de Cundinamarca a pagar al señor Joselyn Rodríguez Daza inmediatamente después de que quede ejecutoriado este fallo la cantidad de mil trescientos cuarenta y cuatro pesos ($ 1.344.00) moneda corriente, valor de los perjuicios que le ocasionó con el Decreto número 52 del 17 de enero de 1934 anulado por el Tribunal Administrativo de Bogotá.

2º No se accede a formular las demás condenaciones pedidas por el demandante de las cuales, en consecuencia, se absuelve al Departamento.

3º Queda en los presentes términos reformada la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, materia del presente recurso de apelación.

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

Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Responsabilidad civil de la Nación por culpa en el siniestro de aviación del Campo de Santa Ana. - Daño moral

1. En numerosos fallos referentes al siniestro de aviación del campo de Santa Ana se tuvo la oportunidad de examinar por esta misma Sala la responsabilidad civil de la Nación, habiéndose llegado a la conclusión, con base en los mismos hechos que aquí también están acreditados, de que sobre el Estado pesa la obligación de reparar el daño causado. Esta tesis que hoy se reafirma se basa en que aun con el criterio clásico del Código Civil que reglamenta la responsabilidad civil derivada de la culpa personal, y de sus repercusiones o efectos en cuanto compromete también la responsabilidad de tercero, resulta comprometida la responsabilidad del Estado por una presunción de culpa consistente en falta de vigilancia o en mala elección. Si el hecho se juzga con un criterio de estricto derecho administrativo, en que más que a la falta personal del subalterno se atiende a la culpa impersonal de la administración, generada en las fallas y deficiencias de un servicio público que en un momento dado se revela mal organizado, la responsabilidad del Estado por la tragedia de Santa Ana resulta de mayor evidencia.

2. La Sala ya ha tenido ocasión de sustentar en numerosos fallos la doctrina de que el simple hecho de que la muerte prive a los padres de un hijo, de suyo no les lleva a sufrir una disminución patrimonial futura. El daño indemnizable debe tener bases ciertas de apreciación, y no deducirse de meras hipótesis o suposiciones. Y si esto se exige del daño ya causado o actual, mayormente se impone la certidumbre de su acaecimiento, respecto del daño futuro, el cual, para que pueda mandarse reparar por el Juez, tiene que ser susceptible de avaluación, sobre elementos determinados y concretos, en el momento en que la acción se reconoce. Con respecto al hijo menor de edad nadie está en capacidad de escrutar y adivinar el porvenir para determinar en qué condiciones y en qué medida educado y establecido llegará a ser el apoyo y el sostén de sus progenitores. Por consiguiente, la utilidad económica futura de los padres fundada en la hipotética prolongación de la vida del hijo es totalmente incierta. En manera puede servir de factor determinante de daño material, indemnizable por quien es responsable de la muerte.

3. El daño moral de carácter subjetivo sufrido por los padres se impone en cambio con la sola enunciación del hecho probado de la muerte de un hijo. 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 objetivado o material. Así es imposible esperar que un padre o una madre que reclaman el derecho justo a ser indemnizados por la muerte de un hijo, acrediten la magnitud de su dolor. La aflicción en tal caso es un hecho que dimana de la propia naturaleza del hombre y por eso su consideración se impone al Juez con alcances de certidumbre. Ahora, ante el hecho imposible de la avaluación del daño moral subjetivo, por el procedimiento común, se impone, como también lo tiene establecido esta Sala de la Corte y la de Casación en recientes sentencias, adoptar un sistema más racional de darle una compensación a quien lo sufre. Sistema que no es otro que el que señala el artículo 95 del Código Penal y que es el que ha venido aplicando la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre seis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Casimiro Abondano y su esposa Polonia Pacheco de Abondano, demandan a la Nación, para que en juicio ordinario se la condene a pagarles los perjuicios de toda clase que la Nación les causó por ser responsable civilmente de las heridas e incapacidades graves que recibieron Casimiro y su hijo menor Eduardo y de la muerte de sus hijas menores María del Rosario y Alicia, hechos ocurridos en el siniestro del campo militar de Santa Ana, Municipio de Usaquén, que tuvo lugar el día 24 de julio de 1938 con motivo

de haberse estrellado sobre la multitud que asistía allí a una revista militar, el avión piloteado por el Teniente César Abadía.

La primera instancia fue fallada por el Tribunal de Bogotá en sentencia de fecha 28 de agosto de 1940. Por falta de toda prueba fue absuelta la Nación. El demandante apeló y por ello los autos están en la Corte donde están agotadas las ritualidades de segunda instancia.

CAPITULO I

Los hechos acreditados.

Con las partidas de estado civil que se acompañaron a la demanda, está acreditado: que Casimiro Abondano y Polonia Pachecc son esposos legítimos; que dentro de esta unión nacieron: María del Rosario en el año de 1930; Alicia, en el año de 1933; y Eduardo en el año de 1936; y que las dos niñas fallecieron hospitalizadas y por efecto de graves quemaduras, la una el 27 de julio y la otra el 9 de agosto del año de 1938.

Con las pruebas allegadas a la segunda instancia se estableció:

1º Que la revista militar del Campo de Santa Ana, realizada por el Ejército en cooperación con la Aviación Militar, el día 24 de julio de 1938, fue ordenada por el Gobierno Nacional en conmemoración de la fiesta nacional de ese día, y a ella se invitó al Cuerpo Diplomático, los altos funcionarios públicos y al público en general.

2º Que dentro del programa de la revista figuraron unas pruebas de acrobacia a cargo de una escuadrilla de caza de la Aviación Militar, comandada por el Teniente César Abadía.

3º Que cuando este aviador ejecutaba una maniobra de "rollo lento" sobre las tribunas, a una altura inferior a 150 metros, el avión que piloteaba chocó contra el borde occidental de la tribuna que ocupaba el Cuerpo Diplomático, a consecuencia de lo cual se vino a tierra, rodando incendiado por espacio de muchos metros;

4º Que en el Ministerio de Guerra existe un reglamento de vuelos y acrobacias, con las siguientes prescripciones:

"4. *Altura mínima*—Toda maniobra acrobática debe terminar a una altura no menor de 500 metros.

"5. *Prohibición*—No podrá volar un avión acrobáticamente sobre: a) ciudades, poblaciones, etc.; b) aeródromos, parques, estadios, etc.; c) agrupaciones de personas al aire libre.

"6. *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".

5. Que la orden de operaciones dictada por el Capitán García Bonilla, en su carácter de Comandante del Escuadrón Aéreo que tomaba parte en la revista, contenía los siguientes números que los aviadores debían ejecutar:

"Orden de desfile y maniobras.

"1º Se hará una pasada del conjunto de máquinas por sobre las tribunas así:

"Aviones P. T. 150 metros.
"Aviones Falcon 250 metros.
"Aviones Hawk 350 metros.
"Aviones Ju-52 450 metros.

"Las formaciones serán de acuerdo con el esquema anterior.

"2º Terminada la primera pasada en conjunto del Escuadrón, los aviones Ju- procederán a aterrizar.

"3º Después de la primera pasada los aviones P. T. regresarán a las tribunas en escalón de máquinas y a una altura de 300 metros iniciará un Lufberry de cuatro vueltas, saliendo de él las máquinas una tras otra y procederán a aterrizar.

"Los Falcon, también después de la primera pasada y en escalón de máquinas regresarán a las tribunas e iniciarán un Lufberry de cuatro vueltas y en sentido opuesto al de las P. T. Saldrán las máquinas una tras otra y procederán a aterrizar. Altura para esta maniobra, 600 metros.

"Los señores Comandantes de las Escuadrillas de P. T. y Falcon cuidarán de que se mantenga la altura de 300 y 600 metros, respectivamente, durante la ejecución del Lufberry.

"4º Terminado el Lufberry de los P. T. y Falcon, el Comandante y ala número 2 de la tercera patrulla de Hawks se separarán del conjunto y ejecutarán maniobras de combate sobre las tribunas. Altura mínima 500 metros. Tiempo, 10 minutos.

"Terminadas estas maniobras las tres máquinas de la 3ª patrulla formarán de nuevo en -V-, en espera de que las máquinas de que trata el punto 5º terminen su demostración.

"5º Seguidamente, la primera patrulla de Hawk más el Comandante y ala número 3 de la segunda patrulla, quienes formarán en V de máquinas, ejecutarán Loops en formación y Fleur de lis, a una altura que en ningún caso debe ser menor de 500 metros. Tiempo, 10 minutos.

"6º A continuación, la tercera patrulla y el ala número 2 de la segunda patrulla se unirán a las cinco máquinas de acrobacia y en formación de escalón de máquinas, los nueve Hawks vendrán sobre las tribunas y ejecutarán una carrera de ratón a una altura no menor de 500 metros. Tiempo, 15 minutos. Terminadas estas maniobras las máquinas procederán a aterrizar".

(Fdo.) Jesús M. García B., Jefe Sección Operaciones".

6º Que el Director General de Aviación, momentos antes de iniciarse la revista, dirigió al Comandante del Escuadrón, Capitán García Bonilla, el siguiente radiograma: "Campo de Santa Ana, 24 de julio de 1938—Capitán García—Techo—Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén altura no menor ciento cincuenta metros. Informarásele permanentemente estado revista—Mayor Méndez, Dirgenav".

7º En la hoja de servicios del Teniente Abadía figuraba como uno de los mejores pilotos de la aviación militar, pero con esta advertencia: "Le falta seriedad para comandar.... Es un verdadero militar en campaña; en paz es muy *juguetón*".

8º En uno de los ensayos preliminares de la revista el Teniente Abadía violó el reglamento de vuelos y por tal causa se le aplicaron sanciones disciplinarias.

9º Entre las víctimas de la tragedia de Santa Ana sufrieron quemaduras mortales las niñas Alicia y María del Rosario Abondano, quienes a consecuencia de ellas fallecieron a los pocos días; resultando también heridos Casimiro y su hijo Eduardo, el primero de los cuales tuvo una incapacidad de 35 días y el segundo de 25.

CAPITULO II

Las causas de la tragedia.

De las comprobaciones del expediente surgen patentes las causas tanto directas como indirectas de la lamentable tragedia del campo militar de Santa Ana. Debiéronse las primeras a la conducta misma del Teniente Abadía, quien contrariando la orden superior hace sus peligrosas y arriesgadas acrobacias a alturas menores de 150 metros y sobre el propio campo en donde se agrupaba una densa multitud. Sobre el particular es muy diciente el informe que rindió al Ministerio de Guerra la Comisión Técnica nombrada por el Gobierno para establecer el origen y los motivos del siniestro, compuesta de dos aviadores, un ingeniero y un Inspector Técnico, la cual llegó a las siguientes conclusiones:

"Los suscritos pasan a rendir el dictamen que se les solicita *"acerca de las causas inmediatas de orden técnico que originaron el lamentable siniestro aéreo de Santa Ana, teniendo en cuenta las circunstancias de las maniobras objetivamente apreciadas durante la revista"* y lo hacen, unánimemente, en la siguiente forma:

"El Teniente Abadía dirigía en calidad de Comandante la Escuadrilla de Caza que estaba efectuando maniobras acrobáticas, y en el momento a que nos referimos ejecutaba la 'Carrera de Ratón', una vez terminada la acrobacia en formación.

"El Teniente Abadía terminó una 'picada' a unos 30 metros de altura sobre el nivel del suelo e inició un rollo lento descendente en dirección Norte a Sur. Terminada la primera parte del rollo se mantuvo algunos instantes en vuelo invertido, sensiblemente a la horizontal, y luégo ejecutó la segunda parte del rollo en la misma inclinación. Al terminarlo perdió altura debido a una pequeña patinada a la salida de tal maniobra e inmediatamente inició un viraje sobre la derecha.

"El conjunto de las maniobras descritas tuvo lugar al norte de las tribunas y frente a la marcada con el número 9 en el plano del 'Campo de Marte'. Al terminar dichas maniobras la altura del avión sobre el techo de la mencionada tribuna era aproximadamente de unos 10 metros, lo que hace unos 20 metros sobre el suelo.

"El viraje que inició entonces debía colocarlo con frente al noroeste y llevarlo sobre el campo de las maniobras militares por encima de las tribunas y pasando muy cerca del extremo oeste de la tribuna número 2. Para ejecutar con éxito esta maniobra sólo podía perder unos cinco metros de altura pero debido a la densidad atmosférica (presión normal en la Sabana, 560 m.m.) y al corto espacio de que disponía para terminar esta curva con éxito (100 metros aproximadamente) la máquina patinó y fue a chocar con la rueda derecha contra el borde occidental de la tribuna número 2 (Diplomáticos). Al chocar la rueda mencionada contra el techo metálico y el maderamen que constituía ese borde y gracias a la sustentación que tenía la máquina por la velocidad que llevaba ésta saltó invirtiendo el sentido de la curva, seguramente ayudada por la acción de los comandos en el mismo sentido, por parte del piloto. Perdiendo la velocidad cayó entonces hacia el Suroeste llevándose con la punta del ala derecha la escalera de acceso al segundo piso de la tribuna presidencial. Este nuevo choque cambió la dirección del aparato ligeramente hacia el Oeste haciéndolo chocar contra el suelo detrás de la tribuna presidencial donde se inició el incendio. El avión saltó incendiándose para ir a caer cerca del lugar donde se encontraba la Estación de Radio de Campaña al servicio de la Dirección General de Aviación y siguió de ahí, arrastrándose sobre el suelo por efecto de la fuerza de inercia, hasta el lugar donde se encuentran hoy los despojos.

"El 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 preverse la presencia de zonas atmosféricas en-

rarecidas 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.

"La terminación del rollo lento no ofrece crítica ninguna y la pérdida de altura por patinada a su terminación es normal en tal ejercicio dada la altitud y las condiciones atmosféricas en que se ejecutaba.

"Lo que resulta incalificable, por la magnitud del error que comprende, es la última maniobra de viraje de ciento treinta grados que pretendió ejecutar entonces, a sólo 20 metros de altura y casualmente sobre la zona en que era casi segura la presencia de un enrarecimiento atmosférico proveniente de la irradiación del sol sobre un piso desnudo de vegetación y colmado de gentes. Se agrega además, como agravante, la presencia de esa muchedumbre y el reducido espacio de que disponía para poder coronar con éxito su temerario intento.

"Dentro de las condiciones anotadas resulta normal la patinada sufrida por la máquina como consecuencia de fenómenos puramente aerodinámicos y en ningún caso como falla en el funcionamiento mecánico del aparato, cuyos órganos motores así como su estructura y comandos se encontraban en excelentes condiciones.

"El incendio que se produjo como consecuencia del choque sufrido contra los postes de la cerca que se encontraba al pie de la tribuna, resultó de la rotura de los tanques de gasolina y se produjo al contacto con los exostos incandescentes de los cilindros del motor. La volatilidad e inflamabilidad de la gasolina etílica de 87 octanas que llevaba el avión y el momento en que ésta entró en contacto con los exostos explica la rapidez del incendio y su aspecto explosivo. El carácter particularmente tóxico de esta clase de combustible agravó las consecuencias de las quemaduras sufridas por las víctimas.

"La forma rápida en que se provocó el incendio, la ausencia de rastros de fuego sobre el terreno en el lugar en que éste se produjo, y el hecho de no haberse encontrado ninguna víctima carbonizada, indican que el motor estaba funcionando cuando el combustible se derramó de los tanques rotos. Lo mismo indica la posición en que encontramos el swich en los escombros. Por otra parte, la manivela del acelerador estaba en el máximum de su apertura. Todo lo cual y la forma como aconteció el siniestro según lo dejamos descrito, nos demuestra que el Teniente Abadía trató de controlar su máquina hasta el último momento; sus esfuerzos contribuyeron, en parte, a que el desenlace de aquél no alcanzara proporciones mayores.

"El examen detenido de los restos del avión nos confirma en la fundada opinión de que el material se encontraba en perfecto estado de servicio, pues todas las roturas aparecen como consecuencia de los repetidos y fortísimos golpes recibidos por éste y no como resultado de vicios o defectos (cristalización, grietas, venceduras, etc.).

"En esta forma dejamos concluído el dictamen que se nos solicita, haciendo constar que el Inspector Técnico, Justino Mariño, no estuvo presente en la revista por encontrarse en el Aeródromo de Techo llenando las funciones de su cargo y que los conceptos emitidos por él se basan en las observaciones hechas durante la visita ocular que verificamos en el sitio del siniestro durante la tarde de ayer y que fueron ampliamente discutidos con los demás miembros de la Comisión y aceptados por ellos.

"Como anexos enviamos el informe que nos rindió el Servicio Aerológico de la Dirección General de Aviación sobre la presión atmosférica en Bogotá en las horas del siniestro.—Bogotá, julio 27 de 1938—Capitán José I. Forero—Capitán Francisco Santos C.—Luis Gómez Grajales, Ingeniero—Justino Mariño, Inspector Técnico".

Y la responsabilidad indirecta de la tragedia radica esencialmente en los funcionarios militares del arma aérea que prepararon la revista, que incurrieron en imprudencias palpables, como son:

1º Haber elaborado el orden del desfile para las maniobras de los aviadores, incluyendo números tan peligrosos para los aviadores y el numeroso público que los iba a contemplar, como el de la "carrera de ratón" y otros, permitiendo algunas de esas evoluciones sobre las tribunas, según se comprueba con la lectura de dicho documento, copiado en el punto *quinto* del capítulo anterior; con lo cual se apartaron del reglamento de vuelos y acrobacias que existe en el Ministerio de Guerra, que prescribe, naturalmente que por su extremada peligrosidad, efectuar vuelos en avión acrobáticamente sobre ciudades, parques, estadios, agrupaciones de personas al aire libre, etc.

2º Haberle confiado el comando de la Escuadrilla a un piloto que aunque experto oficialmente era considerado como indisciplinado y lo más grave aún "falto de seriedad para comandar", quien en los ensayos de la revista había también violado órdenes superiores, con lo cual la imprudencia de mantenerlo a la cabeza de la escuadrilla el día de la revista llegó al más alto grado.

3º Haberse apartado de la prescripción del citado reglamento de vuelos que prohibe los vuelos acrobáticos a alturas inferiores a 500 metros. Aun cuando en un principio se ordenó que los vuelos guardaran esta altura, el día de la revista se permitió expresamente que los aviadores bajaran a 150 metros. Esta nueva orden está dada en el radiograma del 24 de julio, del Mayor Méndez para el Capitán García, en el que además se advierte que "las maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén". Advertencia que hubiera sido más satisfactoria y quizá mejor comprendida y observada por los pilotos, si en vez de darse en un telegrama de última hora, se expresa con la debida anticipación en una orden que hubiera derogado detalladamente todos los puntos peligrosos del programa elaborado para el desfile y las maniobras por el Comandante del Escuadrón Aéreo, pues tal programa fue básico en el desarrollo de las maniobras y con arreglo a él éstas se cumplieron, según se desprende del "Memorándum relativo a las investigaciones hechas por dos comisiones técnicas con motivo del accidente de aviación ocurrido en el campo de Santa Ana el 24 de julio de 1938", documento o informe que bajo ese título presentaron al Ministerio de Guerra el General Luis Acevedo y el Mayor Ernesto Buenaventura el 3 de septiembre del año citado.

CAPITULO III

Aplicación del Derecho.

En la sentencia del 30 de junio del año próximo pasado, pronunciada en el juicio promovido por la señora Paulina Martínez v. de Jiménez contra la Nación por los perjuicios provenientes de la muerte trágica de su hijo Luis Alberto Jiménez Martínez ocurrida en el mismo siniestro de aviación de Santa Ana (*Gaceta Judicial*, número 1977, tomo LII, páginas 109 a 122), se tuvo la oportunidad de examinar por esta misma Sala la responsabilidad civil de la Nación, habiéndose llegado a la conclusión, con base en los mismos hechos que aquí también están acreditados, de que sobre el Estado pesa la obligación de reparar el daño causado.

Esta tesis que hoy se reafirma se basa en que aun con el criterio clásico del Código Civil que reglamenta la responsabilidad civil derivada de la culpa *personal*, y de sus repercusiones o efectos en cuanto compromete también la responsabilidad de tercero, resulta comprometida la responsabilidad del Estado por una presunción de culpa consistente en *falta de vigilancia* o en *mala elección*.

"Antes que haberse desvirtuado la presunción de culpa en contra del Estado por falta de vigilancia y mala elección, —dijo la Corte en la memorada sentencia del 30 de junio de 1941—, 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".

Ahora, si el hecho se juzga con un criterio de estricto derecho administrativo, en que más que a la falta *personal* del subalterno se atiende a la culpa *impersonal* de la Administración, generada en las fallas y deficiencias de un servicio público que en un momento dado se revela mal organizado, la responsabilidad del Estado por la tragedia de Santa Ana resulta de mayor evidencia. Porque tal como el acontecimiento tuvo su desarrollo, no cabe abrigar la menor duda de que obedeció fundamentalmente a notorias faltas del servicio de Aviación Militar. Probadas irregularidades en la preparación de la revista y luégo en el momento de ejecutarse. Indisciplina y transgresión de elementales normas de prudencia tanto por superiores como por inferiores. Y no se arguya que el piloto cometió una falta personal. Pues esa falta siempre fue cometida al ejecutar el piloto la función que le correspondía y con ocasión de ella.

CAPITULO IV

Los perjuicios.

Daño material.

La parte actora dejó sin establecer el daño material que recibiera.

No hay prueba ninguna de los gastos que hicieran los demandantes con motivo de las heridas que recibió Casimiro y su hijo Eduardo.

Ellos fueron hospitalizados, pero se ignora la persona o entidad que corriera con los gastos de hospitalización, medicinas y médicos.

Además tampoco está acreditado que Casimiro y Eduardo quedáranse con incapacidad más o menos permanente o deformaciones físicas. Sobre el particular la prueba es más bien negativa, dado que el dictamen de los médicos apenas señaló al primero 25 días de incapacidad y al segundo 35.

Tampoco es posible deducir el daño material causado a los padres por la muerte de sus dos hijas, que eran impúberes.

No hay ningún elemento probatorio acerca de los gastos que tuvieran que hacer los padres de las niñas durante los días anteriores a su fallecimiento. Y respecto al entierro está comprobado que el Estado sufragó $ 131.00 a que ascendió su costo.

Por otra parte, esta Sala ya ha tenido ocasión de sustentar en numerosos fallos la doctrina de que el simple hecho de que la muerte prive a los padres de un hijo, de suyo no les lleva a sufrir una disminución patrimonial futura. El daño indemnizable debe tener bases ciertas de apreciación, y no deducirse de meras hipótesis o suposiciones. Y si esto se exige del daño ya causado o actual, mayormente se impone la certidumbre de su acaecimiento, respecto del daño futuro, el cual para que judicialmente pueda mandarse reparar por el Juez tiene que ser susceptible de avaluación, sobre elementos determinados y concretos, en el momento en que la acción se reconoce. Con respecto al hijo menor de edad nadie está en capacidad de escrutar y adivinar el porvenir para determinar en qué condiciones y en qué medida educado y establecido, llegará a ser el apoyo y el sostén de sus progenitores. Por consiguiente, la utilidad económica futura de los padres fundada en la hipotética prolongación de la vida del hijo es totalmente incierta. En manera alguna puede servir de factor determinante de daño material, indemnizable por quien es responsable de la muerte. La Sala de Casación de esta Corte, también se ha pronunciado ya en el mismo sentido, como puede verse de la siguiente doctrina, tomada de la jurisprudencia del tomo 51 de la Corte, número 150, página 975:

"Para los efectos indemnizatorios por perjuicio material en caso de muerte de una persona en accidente desgraciado, no es propiamente la duración de la vida lo que vale, sino su capacidad productiva en relación con el apoyo cierto y concreto que dejó de tenerse al extinguirse esa vida, dentro de las peculiaridades propias de cada caso. Se desnaturaliza la prueba pericial para avalúos de esta especie si llega a convertirse en la aplicación mecánica de tablas y fórmulas matemáticas sobre duración de la vida y descuento de interés bancario. (Casación, LI, números 1971 y 1972, junio 20 de 1941").

Daño moral.

El daño moral de carácter subjetivo sufrido por los padres se impone en cambio con la sola enunciación del hecho probado de la muerte de un hijo. Y más grande aún si la muerte ocurre en circunstancias tan lamentables como las que ocasionaron la de las niñas Alicia y María del Rosario Abondano.

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 objetivado o material. Así es imposible esperar que un padre o una madre que reclaman el derecho justo a ser indemnizados por la muerte de un hijo, acrediten la magnitud de su dolor. La aflicción en tal caso es un hecho que dimana de la propia naturaleza del hombre y por eso su consideración se impone al Juez con alcances de certidumbre.

Ahora ante el hecho imposible de la avaluación del daño moral subjetivo, por el procedimiento común, se impone, como también lo tiene establecido esta Sala de la Corte y la de Casación en recientes sentencias, adoptar un sistema más racional de darle una compensación a quien lo sufre. Sistema que no es otro que el que señala el artículo 95 del Código Penal y que es el que ha venido aplicando la Corte.

Se concede la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) para ambos esposos a título de satisfacción del daño moral.

CAPITULO V

Resolución.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia apelada pronunciada en primera instancia por el Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar falla esta acción así:

1º La Nación es responsable civilmente de los daños morales que sufrieron los esposos Casimiro Abondano y Polonia Pacheco de Abondano por la muerte de sus hijas menores María del

Rosario Abondano y Alicia Abondano, como consecuencia de las quemaduras que recibieron el dia 24 de julio de 1938, en el campo militar de Santa Ana, del Municipio de Usaquén, al venirse a tierra y estrellarse el avión del Ejército que piloteaba el Teniente de Aviación César Abadia.

2º Condénase a la Nación colombiana a pagar a los demandantes citados la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, a título de satisfacción del daño moral subjetivo que sufrieron por la pérdida de las dos hijas, pago que se hará inmediatamente después que quede ejecutoriada la presente sentencia, debiéndose descontar de dicha suma la cantidad que hayan recibido del Estado a virtud de lo dispuesto en la Ley 100 de 1938.

3º Absuélvese a la Nación de los demás cargos que se formulan en la demanda.

4º Dese al Gobierno la comunicación que ordena el artículo 554 del Código Judicial.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al inferior.

Aníbal Cardoso Gaitán—Con salvamento de voto, *José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido,* Secretario.

Se niega la solicitud de aclaración del fallo anterior

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En el anterior memorial el apoderado de los demandantes Casimiro Abondano y su esposa Polonia Pacheco de Abondano solicita que se aclare el fallo dictado en el juicio por dos aspectos distintos.

1º Por ser el fallo incompleto. Dice el peticionario que en la demanda se pidió indemnización de todos los perjuicios provenientes de la muerte de las niñas María del Rosario Abondano y Alicia Abondano, hijas de los demandantes y perjuicios personales para el señor Abondano y su hijo Eduardo, por las heridas, quemaduras e incapacidad que sufrieron. Alega que la Corte falló sobre los perjuicios provenientes de la muerte de las niñas pero no lo hace absolutamente sobre los provenientes de las heridas sufridas por el señor Abondano y su hijo Eduardo.

2º Condenación confusa. Observa el peticionario que la Corte en la parte considerativa de su fallo dice que concede la suma de dos mil pesos para *ambos* esposos a título de satisfacción del daño moral. En la parte dispositiva se condena a la Nación colombiana a pagar a los demandantes la suma de dos mil pesos, sin aclarar si los dos mil pesos les corresponden a los dos demandantes en común, o a cada uno de ellos. La expresión *ambos* que se empleó en la parte considerativa hace el fallo confuso según el peticionario, pues en el lenguaje común, o sea conforme al sentido natural y obvio de las palabras, tal expresión puede significar "para cada uno de los esposos" o "para el uno y el otro".

La Corte se referirá separadamente a cada una de las observaciones del peticionario.

Fallo incompleto.

El fallo no es incompleto. La sentencia recayó sobre todo lo que fue materia de la controversia. Según la demanda, que es clara y nítida en el particular, fueron demandantes Casimiro Abondano y su esposa Polonia Pacheco de Abondano. Nada más. Y demandaron para que se condenara a la Nación a pagarles a ellos los perjuicios que les causó a causa de las heridas e incapacidades graves que recibieron Casimiro y su hijo Eduardo, y por la muerte de sus hijas menores María del Carmen y Alicia. Los demandantes reclamaron personalmente tales perjuicios, es decir, los daños que recibieron por las quemaduras que sufrieron Casimiro y su hijo Eduardo y por la muerte de las dos menores. Para el menor Eduardo directamente no se reclamaron perjuicios. Es obvia la diferencia que existe entre el daño que recibieron en su patrimonio los padres del menor, y el daño que éste recibiera directa y personalmente.

Parece que la confusión del peticionario según sus alegaciones se deriva de que piensa que Polonia y Casimiro Abondano demandaron también perjuicios para el menor Eduardo. Pero eso no es así.

Ahora, en la parte expositiva de la sentencia, en el capítulo de los perjuicios y refiriéndose al daño material dijo la Corte:

"No hay prueba ninguna de los gastos que hicieran los demandantes con motivo de las heridas que recibió Casimiro y su hijo Eduardo. Ellos fueron hospitalizados, pero se ignora la persona o entidad que corriera con los gastos de hospitalización, medicinas y médicos.

"Además, tampoco está acreditado que Casimiro y Eduardo quedáranse con incapacidad más o menos permanente o deformaciones físicas. Sobre el particular la prueba es más bien negativa, dado que el dictamen de los médicos apenas señaló al primero 25 días de incapacidad y al segundo 35.

" . . . . . .

"No hay ningún elemento probatorio acerca de los gastos que tuvieran que hacer los padres de las niñas durante los días anteriores a su fallecimiento. Y respecto al entierro está comprobado que el Estado sufragó $ 131.00 a que ascendió su costo".

Por lo tanto la Corte comprendió en su estudio todos los extremos de la demanda. Halló que si bien fue cierto que Casimiro y su hijo Eduardo recibieron heridas en el siniestro de Santa Ana, no se comprobaron en cambio las

pérdidas materiales que en su patrimonio sufrieran Casimiro y Polonia. No basta con demostrar que se ha causado un daño, si no aparece de manifiesto la disminución patrimonial que ese daño haya causado a la víctima. Esto es claro.

Ahora, con respecto a la impugnación que hace el peticionario de la tesis de la Corte consistente en que el simple hecho de que la muerte prive a los padres de un hijo, de suyo no les lleva a sufrir una disminución patrimonial futura, prescíndese de considerarla comoquiera que esa es cuestión de fondo ajena en un todo al pedimento de aclaración. Pero sí conviene advertir que esta Sala ha ratificado, posteriormente al fallo cuya aclaración se pide, la misma tesis en otras sentencias, y para ello se basa en que no es posible que la vida de una persona se avalúe, como lo pide el demandante, con el mismo criterio con que se avalúa "un caballo, un perro, un automóvil, etc.". La Sala rechaza pues la comparación que el peticionario suministra en el siguiente párrafo de su memorial: "cuando un hacendado sufre la muerte de un animal de su finca, tiene derecho legítimo a que se le cubra su valor, aunque se trate de un animal recién nacido, por qué? Porque ese animal es un bien, representa una inversión de capital".

Condenación confusa.

Ciertamente, como lo sostiene el peticionario, el fallo es oscuro en lo relacionado con el pago de los $ 2.000 por perjuicios morales. La expresión *ambos* empleada en la parte motiva, y a la cual se subordina la condena, tanto puede significar que los dos mil pesos se le dan a cada uno de los demandantes, o a los dos en común. Según el Diccionario de la Academia Española, dicho vocablo quiere decir "el uno y el otro". Pero como la parte resolutiva es oscura, el punto debe aclararse para que la condena interprete la idea de la Corte, que fue la de dar a cada uno de los demandantes su correspondiente indemnización por el dolor que cada uno de ellos sufrió.

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, aclara el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia pronunciada en el presente juicio en el sentido de que los dos mil pesos ($ 2.000.00) a que condena dicho numeral deben darse por la Nación a cada uno de los demandantes Casimiro Abondano y Polonia Pacheco de Abondano.

Niéganse las demás aclaraciones pedidas por el memorialista doctor Pareja.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese esta providencia y el fallo aclarado en el próximo número de la *Gaceta Judicial*, y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Determinación del Quántum de una indemnización por perjuicios ocasionados en la tragedia de aviación del campo de Santa Ana. Inavaluabilidad del daño moral. - Concepto económico del perjucio material. - Imposibilidad de reparación del daño futuro e incierto

1—El perjuicio proveniente del daño moral, por ser puramente subjetivo, es imposible de reparar. Ya había dicho la Corte que "en la zona del daño puramente subjetivo la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque los afectos de amor en la familia y la estimación social y pública no son artículos de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por una impresión emanada de esta clase de daño. Admitir el proetium doloris para compensarlo económicamente, como daño moral subjetivo, es aceptar un absurdo moral y jurídico". Precisamente porque el daño moral no repercute, no opera directamente sobre el patrimonio económico y material para quebrantarlo, su estimación en dinero es arbitraria, pues o no se percibe materialmente, o su objetivación permanece en la zona de lo vago y difícil de puntualizar.

2—El concepto de perjuicios materiales indemnizables, entre los que naturalmente se cuentan los objetivados pero originados en un daño moral, es exclusivamente económico o patrimonial, relacionado con la productividad material contemporánea del lesionado y con las proyecciones ciertas que de tal situación actual puedan deducirse en el futuro. Por tal razón los daños en general se dividen en presentes y futuros. El daño futuro es indemnizable a condición de que en el momento presente resulte cierto que se realizará. Es inadmisible conceder reparación por pérdidas puramente futuras y eventuales, porque se ignora su extensión y cuantía. Cualquier base que se fije será necesariamente producto de la fantasía. Que el sujeto lesionado hará en el futuro esto o aquello, que obtendrá ganancias en actividades y en formas determinadas, es una incógnita que nadie tiene el poder de adivinar. De consiguiente, para que el perjuicio futuro sea avaluable requiere que aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual susceptible de estimación inmediata. El que tiene una profesión u oficio: abogado, médico, agricultor, mecánico, etc., ejerce una actividad productiva cuyos rendimientos actuales se conocen más o menos exactamente. Muerta la persona o inutilizada total o parcialmente para seguir trabajando y explotando la ocupación de que vivía, la ganancia o utilidad futura de la víctima o del lesionado es susceptible de cálculo y, por ende, de avaluación, teniendo por base cierta la utilidad actual. Mas el que todavía carece de ocupación u oficio productivo, como el menor de edad, que apenas está recibiendo los primeros grados de instrucción, y que ni siquiera ha elegido la profesión u oficio a que consagrará su actividad económica, no ofrece elementos que sirvan para determinar las pérdidas patrimoniales que en el porvenir recibirá como consecuencia de una relativa incapacidad. De ahí que la jurisprudencia y la doctrina sostengan la imposibilidad de reparar el daño futuro e incierto. Tal ha sido la inclinación de la jurisprudencia de la Sala de poco tiempo acá, según lo expuso la Corte en sentencia proferida en el juicio ordinario de Aabbas P. Turbay contra la Nación, sobre indemnización de perjuicios. Y revisando la doctrina universal se observa que Von Tuhr proclama que "entendemos por daño el menoscabo sufrido por un patrimonio. Las lesiones inferidas a los bienes jurídicos de la personalidad no tienen el concepto legal de daño, mientras no afecten el patrimonio, y la suma de dinero que en ciertos casos se ha de abonar por haberlas causado no constituye verdadera indemnización, sino una satisfacción que se ofrece a una persona lesionada". (Este último es el caso de daño moral del cual se ha ocupado en diferentes y ya bien conocidos fallos la Corte para buscar la manera de compensarlo). Sobre este asunto pueden consultarse las opiniones de Planiol y Ripert, Demogue y los her-

manos Mazeaud, así como también de Josserand.

3—Toda traducción que intente hacerse hacia el futuro del simple defecto físico al terreno de los números, que exige bases de conocidas dimensiones y contenido, resulta desprovista de la necesaria relación que debe existir entre la causa y el efecto. Por tal razón, dado lo imponderable e inasible de los múltiples y complejos factores que contribuirán a configurar el daño proveniente de las lesiones físicas constitutivas de simples desfiguraciones corporales notorias, hay necesidad de confinar esa clase de perjuicios, cuando es imposible objetivarlos en la realidad económica, dentro del concepto de daño moral, indemnizando solamente por la depresión psicológica y por la disminución de la personalidad que el individuo sufre y lo acompañará en la vida. Mas este quebranto subjetivo es materia ajena al avalúo pericial, según la doctrina de la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Por apelación interpuesta únicamente por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, contra la sentencia de dicho Tribunal pronunciada el 23 de septiembre de 1941, en el juicio ordinario adelantado por Horacio Valencia Arango, en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Jorge y Alvaro Valencia, y la señora Sofía T. de Valencia, madre de éstos y esposa legítima de aquél, también en su propio nombre, contra la Nación para que se le condene al pago de perjuicios, el expediente subió a esta Corte, donde el recurso se sometió a todos sus trámites hasta ponerlo en estado de recibir el fallo correspondiente de segunda instancia.

Los actores pidieron:

"Primera—La Nación colombiana es responsable, por culpa de agentes suyos, del siniestro de aviación ocurrido el 24 de julio del año de 1938 en el campo militar de Santa Ana, jurisdicción del Municipio de Usaquén, Departamento de Cundinamarca.

"Segunda—En virtud de tal responsabilidad, la Nación colombiana debe indemnizar al demandante Valencia Arango de los perjuicios, que se fijarán en forma legal, sufridos por él como consecuencia de la difícil situación en que quedó colocado a causa de las graves heridas que sufrieron sus hijos en dicho siniestro, situación que afectó profundamente sus intereses y actividades económicas y profesionales.

"Tercera—La Nación colombiana debe indemnizar a nuestros hijos legítimos menores Jorge y Alvaro Valencia T., de quince y trece años de edad, respectivamente, los perjuicios causados a ellos en virtud de las graves heridas que sufrieron en dicho accidente. El monto de la indemnización se fijará en avalúo pericial.

"Cuarta—La Nación colombiana debe pagar a la demandante señora Sofía T. de Valencia los perjuicios causados a ella por virtud de las graves heridas que sufrieron sus hijos en dicho siniestro, estimados en forma legal".

El Tribunal encontró probada la responsabilidad de la Nación en el siniestro de Santa Ana, y en tal virtud condenó a la Nación al pago de los perjuicios demandados así:

"A) A pagarle a Alvaro Valencia T. la cantidad de veinticuatro mil quinientos cuarenta y cuatro pesos ($ 24.544.00) por concepto de perjuicios materiales, y la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente a título de reparación del daño moral meramente subjetivo;

"B) A pagarle a Jorge Valencia T. la cantidad de treinta mil seiscientos ochenta pesos ($ 30.680.00) por los perjuicios materiales sufridos, y la suma de mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente, a título de reparación del daño moral meramente subjetivo; y

"C) A pagarle al doctor Horacio Valencia Arango la cantidad de cuatrocientos pesos ($ 400.00), y a la señora Sofía Torres de Valencia la suma de setecientos cincuenta pesos ($ 750.00) moneda corriente por concepto del perjuicio moral meramente subjetivo.

"3º Niéganse las demás condenaciones solicitadas.

"4º No se hace condenación en costas".

El fallo anterior está únicamente apelado por el representante de la parte demandada, que es la Nación. La parte demandante no lo apeló. La negativa formulada en el punto 3º se refiere a las indemnizaciones por daños causados personalmente a Horacio Valencia y a Sofía T. de Valencia. Esta negativa está por tal motivo ejecutoriada. A la Corte sólo le compete pues examinar las condenaciones contenidas en los apartes A, B y C transcritos, pero sin traspasar, en el caso de hallar fundada la condena, las sumas líquidas fijadas por el Tribunal, pues el artículo 494 del Código Judicial dispone: "La apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, salvo que a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra".

Y en cuanto a las condenaciones por perjuicios morales, tampoco la Corte se ocupará de ellos, tanto por no haber apelado la parte demandante como en fuerza de la conformidad que manifiesta el señor Procurador Delegado, con esa parte de la sentencia, según el siguiente párrafo del respectivo alegato:

"En lo que concierne a la condena por *perjuicios morales propiamente dichos*, o sea, aquellos cuyo carácter subjetivo impide toda interferencia dentro del patrimonio económico del sujeto lesionado, y que se resuelven en una satisfacción que tiende a equilibrar el interés social o afectivo perturbado —pretium doloris—, este Despacho no tiene reparos que hacer al fallo recurrido".

El señor Procurador agrega: "No acontece lo mismo en cuanto a la condena hecha en razón de *perjuicios materiales*, decretada a favor de los demandantes menores Alvaro y Jorge Valencia".

El estudio de la Corte estará pòr ende limitado a determinar el *quantum* de la indemnización debida a los menores Alvaro y Jorge Valencia, por razón de perjuicios materiales, supuesto el hecho de las lesiones que sufrieron en el accidente de aviación de Santa Ana, en Usaquén, el 24 de julio de 1938, lesiones comprobadas según va a expresarse en seguida.

CAPITULO I

Las lesiones.

Las heridas que recibieron los menores Jorge y Alvaro Valencia constan en los reconocimientos médico-legales que por dos veces les fueron practicados, reconocimientos que concuerdan con lo que en el expediente declararon con mayores detalles los doctores Jaime Márquez y Jorge Bejarano, médicos que atendieron desde el principio a la curación de las quemaduras sufridas por dichos menores.

La Oficina Médico Legal examinó a los menores el 6 de octubre de 1938, casi a los tres meses de ocurrido el accidente, y el 3 de enero de 1939; el resultado de tales exámenes fue el siguiente:

Alvaro Valencia—Examen del 6 de octubre:

"Presenta cicatrices consecutivas a quemaduras de segundo y tercer grados, en las regiones frontal y temporal izquierdas, ciliar y subciliar del mismo lado y mejilla izquierda; a quemaduras de segundo grado en la cara dorsal de ambas manos; a quemaduras de primer grado en la región cigomática derecha; a quemaduras de segundo y tercer grados en las caras anterior, externa y posterior de las dos articulaciones de las rodillas, quemaduras que se extendieron hasta la parte media de los muslos y las piernas; a quemaduras de segundo grado en la cara externa de la pierna izquierda. Si se trató de manera conveniente y no tuvo complicaciones, debió sufrir cincuenta (50) días de incapacidad, a partir del 24 de julio último. Para dictaminar sobre consecuencias debe volver dentro de cincuenta días".

Examen del 3 de enero:

"Sufrió en definitiva 50 días de incapacidad. Las cicatrices consecutivas a las quemaduras que sufrió, constituyen deformidad física permanente. Igualmente en los miembros inferiores se observan fenómenos dolorosos, lo cual constituye un defecto funcional transitorio".

Jorge Valencia—Examen del 6 de octubre:

"Presenta cicatrices consecutivas a quemaduras de segundo y tercer grados, en la cara dorsal de la mano derecha; a quemaduras de segundo grado en la cara dorsal de la mano izquierda; a quemaduras de segundo grado en las regiones preauricular, auricular y retroauricular derechas; a quemaduras de primer grado en las regiones malar, ciliar y superciliar izquierdas; a quemaduras de primer grado en la región malar derecha; a quemaduras de segundo grado en la cara externa de la pierna izquierda. Si se trató de manera conveniente y no tuvo complicaciones, debió sufrir cuarenta (40) días de incapacidad, a partir del 24 de julio último. Debe volver dentro de cincuenta días para dictaminar sobre las consecuencias".

Examen del 3 de enero:

"Sufrió en definitiva cuarenta (40) días de incapacidad. Las cicatrices consecutivas a las quemaduras que recibió, constituyen deformidad física permanente. En la mano derecha se observa una limitación para los movimientos de flexión, debido a las retracciones cicatriciales. Esto constituye un defecto funcional permanente".

Los médicos doctores Jaime Márquez y Jorge Bejarano en sus declaraciones rendidas antes del juicio en el mes de octubre de 1938, tres meses después del accidente, declaraciones ratificadas luégo en el juicio, hacen una detallada exposición de las heridas que sufrieron los menores; y en síntesis manifiestan que el niño Alvaro Valencia "por las heridas y graves quemaduras sufridas queda con una lesión de por vida o deformidad física, consistente en una cicatriz en la cara y sendas cicatrices en las piernas, y el niño Jorge Valencia, con cicatrices en la cara y en las orejas. Es igualmente cierto que el niño

Alvaro sufrió desde el primer momento una taquicardia de origen nervioso, provocada por el mismo accidente, la cual ha continuado durante la enfermedad y puede prolongarse temporal o indefinidamente. La observación cuidadosa del enfermo durante algún tiempo permitirá apreciar más tarde si ella es definitiva y si queda como lesión orgánica. El tiempo de incapacidad clínica de los enfermos en referencia es desde el 24 de julio del corriente año hasta el 14 de octubre del mismo, tiempo durante el cual permanecieron en cama incapacitados para dedicarse a sus habituales ocupaciones".

CAPITULO II

Los perjuicios causados a los menores Valencia.

Según las pruebas respectivas Jorge Valencia cumplió 19 años en el mes de septiembre del año próximo pasado; y Alvaro Valencia acaba de cumplir 17 años. El día del accidente el primero tenía así 14 años y el segundo 12 años.

Los dos menores vivían bajo la dependencia de sus padres, quienes en el año de 1938 adelantaban su educación en el Instituto de La Salle. Por consecuencia de las lesiones que sufrieron los menores perdieron el año escolar de 1938. Así lo testifican los Directores del Instituto.

En el juicio se produjo el experticio de los daños. Fueron peritos los doctores José J. Gómez R. y Carlos Ruiz, quienes estuvieron acordes en las bases y conclusiones. Ellos, después de hacer un estudio interesante sobre las deformaciones físicas con que los menores quedan afectados como consecuencia de las quemaduras que recibieron, y de las resultantes incapacidades que tendrán que soportar en el decurso de la vida, ya en el orden de la actividad económica, como en el plano de la vida social, concluyen diciendo que Alvaro Valencia tiene derecho a una indemnización de $ 35.200, y Jorge Valencia a $ 44.000.

"En estas sumas —agregan— hemos comprendido tanto los perjuicios materiales como los morales. Una estimación, en conjunto, de unos y otros, no quebranta ninguna norma legal ni doctrinal. Lo que quiere la ley es que se indemnice el daño, tanto material como moral. Pero si se nos fuese a pedir una indemnización por separado de los perjuicios relativos a uno y otro, expresando la cuota que en las sumas dichas corresponde a cada cual, diríamos que en ellas corresponde al daño moral una quinta parte, y al material cuatro quintas partes; de suerte que así tendríamos: *perjuicios de Alvaro Valencia:* materiales ⅘ partes, $ 28.160; morales ⅕ parte, $ 7.040. *Perjuicios de Jorge Valencia:* materiales ⅘ partes, $ 35.200; morales ⅕ parte, $ 8.800".

Es interesante conocer parte de las razones que adujeron los expertos para llegar a las conclusiones numéricas precedentes, que con alguna reforma en lo relativo a la cuantía del daño patrimonial, proveniente del cálculo de la futura vida probable de los menores, el Tribunal aceptó, rectificando el cálculo que los peritos habían hecho, en fuerza de lo cual redujo la indemnización del daño material a las cantidades señaladas en la sentencia; y en cuanto al daño moral el Tribunal apoyado en la jurisprudencia de esta Corte, desestimó el precio fijado por los peritos y haciendo uso del libre arbitrio judicial lo redujo también a las cuantías determinadas por él en el fallo.

La parte más sustancial del experticio y que les proporciona base a los peritos para fijar las cantidades líquidas que ellos señalan es la siguiente:

"2ª Alvaro Valencia T. tiene trece años; Jorge, diez y seis. Suponiéndoles una existencia de 65 años, según la tabla de longevidad generalmente aceptada, el primero ha de vivir, además, 52, y el segundo 49.

"3ª El daño, material como moral, comprende, en consecuencia, para Alvaro, 52 años, y para Jorge 49 años, pues se trata de deformidades y de defecto funcional permanentes.

"Sin embargo, queremos prestar a nuestro dictamen un mayor coeficiente de verdad, y al efecto consideramos aconsejable eliminar del tiempo que a cada uno resta por vivir lo que a cada cual falta para llegar a la mayor edad. Nos induce a ello la consideración de que durante los ocho años que faltan a Alvaro, y los cinco que faltan a Jorge, para llegar a los veintiuno, los perjuicios —si bien innegables— no llegarán a acentuarse, a definirse, a sentirse en toda su magnitud, sino cuando ellos tengan que enfrentarse a la vida y haya concluido para sus padres la tarea de su educación. Sin embargo, antes, el perjuicio podrá ser muy grave, y lo será seguramente, si, como es natural, eligen oficio o profesión antes de llegar a esa edad.

"4ª Situándonos para uno y para otro, en la edad de 21 años, debemos estimar los perjuicios sobre una vida de *cuarenta y cuatro años*, y no de cincuenta y dos, para Alvaro, y cuarenta y nueve, para Jorge, como a primera vista parece que debe ser.

"5ª Tenemos ya, por tanto, una base: *el tiempo sobre el cual debe estimarse el perjuicio.*

"Con esta base tratemos de buscar el valor del daño. Pero, no lo hagamos, en globo, para los cuarenta y cuatro años. Ello no nos ofrecería mucha seguridad. Tomemos un año. Reduciendo el tiempo a lo menos posible, la inteligencia obra con más facilidad, y por lo mismo con más eficacia y más garantía de acierto. En un año

se aprecia más fácilmente, y sobre todo con mayor exactitud, el perjuicio. Cuando se trata de saber la producción de un territorio, en cinco años, se calcula la de un año, y se multiplica. Cuando se trata de calcular las entradas de una renta al Tesoro Público, durante doce meses, se calcula la de uno. La inteligencia, el criterio, disponen así de elementos más simples, más precisos, más exactos, sobre los cuales puede apoyarse el razonamiento, en la esperanza, al menos, de no agraviar la verdad.

"6ª ¿Qué pueden valer los perjuicios provenientes de las cicatrices y el defecto funcional apuntado, *en un año*, a partir del día en que Alvaro y Jorge Valencia T. lleguen a la mayor edad?

"Para nosotros, hablando ante Dios, ante la majestad de la ley, expresión viva de la Patria, ante vosotros, que la representáis en la más noble y pura y alta función, y ante nuestra conciencia que sólo anhela ser justa, los perjuicios que a Alvaro Valencia T. y a Jorge Valencia T. acarrean las lesiones expresadas, no pueden valer menos de ochocientos pesos ($ 800.00) y mil pesos ($ 1.000.00), respectivamente, *por año*. La diferencia se explica, porque aunque Jorge Valencia T. no sufrió lesiones en las piernas, la de la mano derecha hace mayor el perjuicio, en conjunto, que el sufrido por Alvaro.

"En efecto, ¿cómo estimar en menos las consecuencias de orden patrimonial, de las cicatrices del rostro, que lo deforman y afean considerablemente, consecuencias que se sintetizan en evidente complejo de inferioridad de las víctimas, en reducción de su capacidad, para abrirse paso en la vida, y la merma indudable del radio de actividades a que pueden dedicarse? ¿Cómo estimar en suma menor dichas consecuencias y las de orden económico de las lesiones de las manos, si el aspecto desastroso de ellas ha limitado enormemente el campo de los oficios o profesiones que los menores tenían abierto antes del accidente? ¿Si para Jorge Valencia T. su mano derecha es poco menos que inútil, debido al defecto funcional de que queda adoleciendo? ¿Cómo estimar en menos, unas y otras consecuencias, más las de las cicatrices que exhibe Alvaro Valencia T., en ambas piernas, cicatrices que dan a los miembros una apariencia horrible?

"Y si a estas consecuencias de carácter patrimonial agregamos las de orden *moral*, o sea, el dolor, la pesadumbre, la amargura que lesiones en el rostro y en las manos especialmente, causan a quienes las llevan, se llega a la convicción de que las cantidades expresadas son representación equitativa de los daños morales y materiales que a Alvaro y Jorge Valencia T. acarrean las heridas sufridas en el siniestro de Santa Ana, durante un año.

"¿Quién lleva una cicatriz en el rostro por $ 800.00 o $ 1.000.00 al año? ¿Quién acepta deformar sus manos de manera asaz horripilante, durante ese lapso, por la cantidad de $ 1.000.00? ¿Quién por ese término y por esa suma inhabilita la derecha, en aquella forma alarmante, a linde con la invalidez absoluta? ¿Y quién somete los miembros inferiores a la tortura de sendas cicatrices enormes, también de doloroso y repugnante aspecto, a cambio de esa cantidad de dinero? ¿Y quién sufre las consecuencias pecuniarias tocantes a la limitación de las actividades, durante el año, por esa recompensa? Los $ 800.00 y los $ 1.000.00 ¿compensan acaso, en los doce meses, el perjuicio económico y el perjuicio moral, de llevar y exhibir y sufrir aquellas lesiones?

"Además, considérese por un momento lo que estas víctimas de la referida catástrofe, podrían llegar a ser y lo que podrían llegar a conseguir, sin esas lesiones. Lo que no podrán ser, y lo que no podrán conseguir, es lo que representan esas dos cantidades de dinero.

"Estas reflexiones, señores Magistrados, que os exponemos con sencillez y con respeto sumo, nos llevan a concluír que una estimación de $ 800.00 y $ 1.000.00, por año, es justa.

"Por mucho que hemos cavilado en busca de una norma que nos guiase en la determinación de los perjuicios, no hemos hallado otra distinta de la expresada. Apreciar las lesiones en sí mismas; verlas, palparlas, juzgar de sus efectos en los distintos planos de la vida, y poner un valor mínimo a esos efectos, en consideración a un año, para obtener un resultado en cuanto a la duración probable de su existencia. Para ello, volvemos a repetirlo, eliminamos lo que les falta por vivir para alcanzar los 21 años, aunque los perjuicios tendrán que sentirse antes de esta edad, particularmente cuando traten de elegir camino a sus aptitudes y ambiciones".

Los peritos concretan pues numéricamente el daño, englobando tanto el daño material como el daño moral.

Los peritos también habían sentado como premisa que las dos clases de daño, el material y el moral son inconfundibles, cada uno con características especiales: "Para nosotros hay una línea divisoria bien definida entre el perjuicio material y el perjuicio moral, entre la apreciación y el pago del uno y la apreciación y el pago del otro. Los perjuicios de orden patrimonial son bien claros; los de orden moral no lo son menos. Los primeros afectan el patrimonio, en sus grandes elementos constitutivos: los *derechos personales* y los *derechos reales;* los últimos tocan a la persona, en su haber moral, intelectual y afectivo".

Sin embargo, a pesar de la patente verdad que sustentan en el párrafo anterior, los expertos a renglón seguido, hacen un avalúo conjunto del daño patrimonial y del daño moral, sin discriminarlo ni distinguirlo, estableciendo antes bien su confusión completa, contradiciéndose con el principio que acababan de proclamar. El error proviene de que han tratado de avaluar una cosa inavaluable como es el daño moral. Esta clase de perjuicio es puramente subjetivo y como tal imposible de reparar. "En la zona del daño puramente subjetivo —dijo esta Sala en ocasión similar— la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque los afectos de amor en la familia y la estimación social y pública no son artículos de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por una lesión emanada de esta clase de daño. Admitir el *proetium doloris* para compensarlo económicamente, como daño moral subjetivo, es aceptar un absurdo moral y jurídico". (*Gaceta Judicial*, tomo 51, página 434).

Precisamente porque el daño moral no repercute ni opera directamente sobre el patrimonio económico y material para quebrantarlo, su estimación en dinero es arbitraria, pues o no se percibe materialmente, o su objetivación permanece en la zona de lo vago y difícil de puntualizar.

Los peritos, como puede verse en el contexto de su declaración, involucran daños morales, como las cicatrices en la cara y el mal aspecto general que las lesiones han dejado a los menores Valencia, con otra clase de daños susceptibles de repercutir económicamente en el futuro, pero que todavía no han cristalizado.

Semejante método de estimación naturalmente ha llevado a los peritos a dar un avalúo arbitrario tanto de daños materiales como de daños morales; ellos dicen que un justiprecio de $ 800.00 y de $ 1.000.00 por año para los menores Alvaro y Jorge, respectivamente, es justo. ¿Pero de dónde sacan estas sumas? ¿De qué hechos concretos y actuales dedúcenlas? ¿Cuál es el real quebranto patrimonial en que se apoyan?

De las cicatrices que a los menores les quedan en el rostro y de algún defecto funcional en las manos. Es decir, combinando daños estrictamente de orden moral, con daños físicos que todavía no se han transformado en pérdidas del propio patrimonio económico de los menores, los peritos deducen arbitrariamente una suma carente de fundamentación adecuada, pues las mismas razones les habrían servido para fijar un monto anual más bajo o más alto, dejándose siempre llevar por el libre juego de los cálculos. Siginifica todo ello, de consiguiente, que el dictamen pericial no está *debidamente fundamentado*, según lo exige la ley probatoria. Y en estas condiciones debe desestimarse y ha debido serlo por el Tribunal.

CAPITULO III

Los daños futuros.

¿Pero cuáles deben ser, en el presente caso, las bases concretas de avaluación de daños patrimoniales? En sentir de la Sala el caso contemplado no las suministra. Y por esa circunstancia los peritos no obstante la sagacidad y brillantez de su exposición, se encontraron impotentes para dar un avalúo siquiera aproximado a la realidad objetiva.

Los jóvenes Valencia son menores de edad que en la fecha del accidente cursaban estudios de segunda enseñanza. No estudiaban todavía ninguna profesión ni arte lucrativos. Ellos nada producían en el sentido económico. Estaban sostenidos por sus padres, sobre quienes sí tuvieron que recaer graves daños de todo género, que la Corte no puede entrar a estudiar por el inconveniente legal apuntado al comenzar esta sentencia. Su vida era la del estudiante de segunda enseñanza respecto del cual es aventurado predecir la profesión que va a elegir o la actividad de donde devengará el sustento de la vida. Menos podrá afirmarse que en tal profesión o en tal otra actividad obtendrán determinadas ganancias. Toda hipótesis en el particular pertenece al mundo del futuro en que el porvenir de las personas está envuelto por la densa niebla del misterio.

Evidentemente, según lo dice el señor Procurador doctor Medellín, en el alegato de conclusión presentado a la Corte en este negocio, la cuestión del avalúo no estriba en ponerles precio *ad libitum* a unas cicatrices o a un defecto funcional, terreno éste por donde escaparon los peritos. Lo fundamental era valorar la merma de la capacidad de trabajo de los niños en relación con hechos determinados y concretos de su propio patrimonio físico o de su actual actividad productiva.

El concepto de perjuicios materiales indemnizables, entre los que naturalmente se cuentan los objetivados pero originados en un daño moral, es un concepto exclusivamente económico o patrimonial, relacionado con la productividad material contemporánea del lesionado y con las proyecciones *ciertas* que de tal situación actual puedan deducirse en el futuro. Por tal razón los daños en general se dividen en *presentes* y en *futuros*.

El daño futuro es indemnizable a condición de que en el momento presente resulte cierto que se realizará. Es inadmisible conceder reparación por pérdidas puramente futuras y eventuales, porque se ignora su extensión y cuantía.

Cualquier base que se fije será necesariamente producto de la fantasía. Que el sujeto lesionado hará en el futuro esto o aquello, que obtendrá ganancias en actividades y en formas determinadas, es una incógnita que nadie tiene el poder de adivinar. De consiguiénte, para que el perjuicio futuro sea avaluable requiere que aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual susceptible de estimación inmediata.

El que tiene una profesión u oficio: abogado, médico, agricultor, mecánico, etc., ejerce una actividad productiva cuyos rendimientos actuales se conocen más o menos exactamente. Muerta la persona o inutilizada total o parcialmente para seguir trabajando y explotando la ocupación de que vivía, la ganancia o utilidad futura de la víctima o del lesionado es susceptible de cálculo y por ende de avaluación, teniendo por base cierta la utilidad actual. Mas el que todavía carece de ocupación u oficio productivo, como el menor de edad, que apenas está recibiendo los primeros grados de instrucción, y que ni siquiera ha elegido la profesión u oficio a que consagrará su actividad económica, no ofrece elementos que sirvan para determinar las pérdidas patrimoniales que en el porvenir recibirá como consecuencia de una relativa incapacidad. Nadie puede asegurar que la desfiguración de la cara o el defecto funcional de algún órgano, le acarreará determinada pérdida concreta y cierta de dinero. ¿Que la incapacidad le será fuente de grave quebranto moral? Convenido. Por ello se tratará de buscar el camino o la medida que satisfaga aproximadamente el daño moral. Y que la incapacidad seguramente le creará al sujeto en el futuro escollos y dificultades que se irán a traducir en pérdida de oportunidades económicas y en inferioridad de aptitudes para ganarse la vida y el sustento en campos que, por causa de las lesiones sufridas, le quedarán prohibidos? Nadie se atreverá a negarlo. Mas lo difícil o lo imposible es adivinar cuál va a ser ese campo vedado y cuáles serán las frustradas oportunidades.

De ahí que la jurisprudencia y la doctrina sostengan la imposibilidad de reparar el daño futuro e incierto. Y que entre nosotros, de poco tiempo acá, la jurisprudencia de esta Sala de Negocios de la Corte, tenga la misma inclinación. El fallo reciente del 10 de marzo último dijo:

"Porque en juicio no es dable mandar indemnizar sino aquellos daños precisos y concretos que se demuestren. La indemnización es un derecho. Emana por ende de hechos palpables. Donde los hechos no están acreditados por sus circunstancias reales y tangibles, no hay modo de sacar conclusiones prácticas, débido a que el campo procesal repudia el criterio meramente conjetural, aun cuando la hipótesis sea en realidad de acaecimiento probable pero difícil su demostración.

"Está dentro de lo posible que el interesado acredite que determinados bienes se perdieron; que un buen negocio en perspectiva fracasó; o que la actividad económica de la cual vivía tuvo que abandonarla en todo o en parte; o la pérdida de la salud más las repercusiones consiguientes de ello en el patrimonio; o la proporción en que el sostenimiento del hogar y la educación de los hijos se le ha vuelto más costosa; y que se vea claro que todos o cualquiera de esos males sean la secuela inevitable del infortunio que se cernió en el hogar desde el momento en que el marido quedó viudo y los hijos huérfanos.

"Pero en cambio hay otra clase de daños como los futuros y contingentes difíciles de concretar. Y otros que, aunque actuales y presentes, son imposibles de reducir a cifras numéricas, por su vaguedad e indeterminación. Por ejemplo: ¿cómo es posible, no obstante que el daño existe, concretar materialmente la pérdida que el hombre experimenta en el campo económico y patrimonial, con la muerte de la esposa ejemplar, madre solícita y vigilante de sus hijos, consagrada al cuidado del marido, sabia orientadora de la formación moral e intelectual de aquéllos, celosa por la conservación y acrecentamiento del patrimonio familiar, excelente consejera además en la actividad comercial del marido? El daño material en tal caso es evidente e inmensas sus repercusiones. Pero, ¿cómo concretarlo en una medida que lo represente siquiera aproximadamente? Tan vagos e imponderables son los factores integrantes de esos perjuicios, que seguramente ni el mismo interesado que los recibe, puede apreciar su cuantía en ningún momento.

"Estas dificultades generalmente insalvables conducen a que, como al principio se dijo, las indemnizaciones correspondientes tengan que ser deficientes. Concretarse a lo que se vea más palpable y objetivado. A lo que el interesado haya logrado convertir en hechos tangibles, llevándolos demostrados a los ojos del Juez.

"Y no será posible, con excusa de la mencionada dificultad, otorgar indemnizaciones a base de meras hipótesis y de afirmaciones indemostradas, de hechos desprovistos del necesario vínculo de relación con la causa a la cual se atribuyen. Entonces hay que demostrar, que determinada pérdida tuvo en realidad por causa exclusiva la muerte de la esposa; la proporción de gastos mayores que en el hogar produjo la falta de la esposa; que este hecho ha obligado al padre a efectuar mayores erogaciones por la educación de los hijos, como teniendo que cambiar su acostumbrado domicilio por otro donde la vida

sea más costosa; que se ha tenido que recurrir a buscar quien cuide de los hijos menores, mediante erogaciones desacostumbradas en la anterior situación de normalidad, etc.". (Juicio ordinario promovido por Abbas P. Turbay contra la Nación, sobre indemnización de perjuicios).

Y revisando la doctrina universal obsérvase que Von Tuhr proclama que "Entendemos por *daño* el menoscabo sufrido por un *patrimonio*. Las lesiones inferidas a los bienes jurídicos de la personalidad no tienen concepto legal de daños, mientras no *afecten* el *patrimonio*, y la suma de dinero que en ciertos casos se ha de abonar por haberlas causado no constituye verdadera indemnización, sino una satisfacción que se ofrece a una persona lesionada". (Este último es el caso de daño moral del cual esta Sala se ha ocupado en diferentes y ya bien conocidos fallos para buscar la manera de compensarlo).

Planiol y Ripert dicen: "*Perjuicio futuro*—Un perjuicio no realizado todavía puede justificar una condena inmediata, si resulta ser cierta su realización futura, por tratarse del *desarrollo indudable* de un perjuicio actualmente en evolución o que actualmente sea incierto sólo en lo que se refiere a su cuantía; lo mismo podemos decir del caso en que, teniendo un carácter eventual, ha de ser la consecuencia o la repetición de un perjuicio actual como el daño resultante de un vecindario inconveniente, o los causados a la persona y que impliquen incapacidad para trabajo determinado". (Planiol y Ripert con el concurso de Esmein, Derecho Civil Francés, tomo 6, número 544).

Demogue enseña: "La culpa puede originar un daño, pero si éste no aparece todavía por ninguna parte, este daño futuro, cuya efectiva realización se ignora, no puede dar lugar a indemnización en razón de la incertidumbre de su existencia". (Tratado de las Obligaciones, tomo IV, número 388).

Los hermanos Mazeaud tienen la misma idea: "Para que el perjuicio futuro pueda ser reparado, es necesario que sea susceptible de avaluación en el momento en que la acción se formaliza". Observan que la jurisprudencia se ha unificado alrededor de estos dos principios: primero, que desde el momento en que el perjuicio sea cierto, se debe conceder indemnización, aun cuando el daño se ocasione en el futuro; y segundo, que la indemnización debe negarse cuando el perjuicio de que la víctima se queja sea eventual.

Y a fin de aclarar las dudas y confusiones que pueden presentarse por el empleo igual de los adjetivos "actual" y "cierto" y "futuro" y "eventual", la Corte de Casación francesa, en tres famosos fallos redactados por el Consejero M. Pilon, de fecha 1º de junio de 1932, ha formulado la doctrina sobre indemnización de daños futuros así: "No es dable conceder indemnizaciones por causa de un perjuicio puramente eventual dependiente de acontecimientos que es imposible conocer antes de su realización; mas sucede lo contrario cuando el perjuicio, aunque de carácter futuro aparece a los ojos del Juez como la *prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual* susceptible de estimación inmediata". (Henri y Léon Mazeaud, Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle, tomo 1º, número 218).

Los mismos autores citan en su obra el artículo 134 del Código libanés de las obligaciones, que dice: "Excepcionalmente el Juez puede tomar en consideración los daños futuros, si de una parte su realización es cierta, y de otra posee los medios de apreciarlos anticipadamente en su extensión exacta".

Josserand dice: "El Juez está autorizado para tomar en consideración el daño futuro, cuando reúne las dos condiciones siguientes: 1º que la realización del daño en el porvenir sea cierta; y 2º que el Tribunal *posea, actualmente*, los elementos que le permitan fijar su cuantía. El porvenir es así tomado en cuenta en la medida en que es como un postulado necesario desprendido del presente, o su prolongación fatal y lógica". (Curso de Derecho Civil Francés, tomo II, número 631).

De los principios que se dejan expuestos surge clara la aplicación que deben tener en el presente litigio: la absolución de la Nación por razón de daños patrimoniales de los menores Jorge y Alvaro Valencia T.

El dictamen pericial allegado a este proceso, cuya parte más esencial dejóse transcrita, y la naturaleza de las lesiones que recibieron dichos menores, en conexión con su condición actual de estudiantes sin un patrimonio económico propio, ni una actividad determinada y productiva, relieva la ausencia completa de los dos elementos esenciales que se requieren para estar en capacidad de justipreciar el daño futuro que los menores pueden recibir, a saber: la certidumbre de que ese daño se causará en determinada actividad; y el conocimiento actual de todos los factores que permitan apreciar su alcance en el futuro.

Los menores recibieron un daño, cuya objetivación en el plano de las realidades económicas presenta un vano empeño: la desfiguración del rostro y de las manos. Como toda indemnización pecuniaria debe obedecer a una contabilización cierta, y no a meras hipótesis, de oportunidades y de pérdidas, hácese imposible capitalizar en números tal clase de lesiones. Es aventurado afirmar que en el porvenir la víctima sin estar lesionada habría conseguido tal o cual ocupa-

ción que es mejor que otra; o que por causa precisamente del mal aspecto físico de la cara, o de las manos, deja de hacer hipotéticos negocios que le habrían producido determinadas utilidades, o pierde los accesos a posiciones donde hubiera enriquecido o devengado emolumentos presumibles en su cuantía y formas de pago. Salvo que se trate de artistas que no pueden seguir presentándose en público, o de personas que pierden su empleo o se inhabiliten absoluta o relativamente por causa de la lesión, para explotar conocida actividad actual o potencialmente productiva; pero entonces ya no se trataría de daños eventuales, sino de la prolongación en el futuro de un daño actual, según la gráfica expresión de la doctrina francesa.

Toda traducción que intente hacerse hacia el futuro del simple defecto físico al terreno de los números, que exige bases de conocidas dimensiones y contenido, resulta desprovista de la necesaria relación que debe existir entre la causa y el efecto. Por tal razón, dado lo imponderable e inasible de los múltiples y complejos factores que contribuirán a configurar el daño futuro proveniente de las lesiones físicas constitutivas de simples desfiguraciones corporales notorias, hay necesidad de confinar esa clase de perjuicios, cuando es imposible objetivarlos en la realidad económica, dentro del concepto de daño moral, indemnizando solamente por la depresión psicológica y disminución de la personalidad que el individuo sufre y lo acompañará en la vida. Mas este quebranto subjetivo es materia ajena al avalúo pericial, según la doctrina de la Corte.

A los menores, según el proceso, se les ocasionó otro daño corporal: la relativa incapacidad originada en Alvaro, del hecho de haberle quedado, según el dictamen de la Oficina Médico Legal "fenómenos dolorosos en los miembros inferiores, *lo cual constituye un defecto funcional transitorio*"; y con respecto a Jorge, en la limitación de la mano derecha para los movimientos de flexión.

En el proceso no se produjo ningún dictamen pericial tendiente a determinar científicamente hasta cuándo persistirán los dolores que experimenta Alvaro Valencia en los miembros inferiores, y cuál es su incapacidad efectiva para trabajar y en qué grado la sufrirá; ni se estableció tampoco por el mismo medio la medida en que Jorge Valencia no podrá servirse de la mano derecha por toda la vida o parte de ella.

Este dictamen era esencial comoquiera que las observaciones de la Oficina Médico Legal por su misma naturaleza carecen de datos y de noticias que el juzgador necesita conocer, para juzgar con completo conocimiento de causa. El certificado del Médico Oficial, dado antes del juicio, tiene apenas un alcance de información breve y general, rendido cuando las heridas estaban aún en proceso de restauración, según se infiere de los mismos certificados; carece por tanto de la necesaria amplitud y poder de convicción que se requiere para respaldar firmemente una deducción tan grave como es la de tener por cierto el hecho de la incapacidad parcial o definitiva de una persona, en grado determinado.

Las declaraciones de los médicos Jaime Márquez y Jorge Bejarano no reemplazan el dictamen pericial, comoquiera que lo relativo a las consecuencias que las lesiones tendrán en los menores, es materia propia de un experticio, y en manera alguna de prueba testimonial.

Pero prescindiendo de este reparo probatorio, y aun suponiendo que en los menores persistan hasta su ancianidad y los fenómenos que observó la Oficina Médico Legal cuando apenas habían transcurrido seis meses escasos después de haber recibido las quemaduras, ni aún sobre esa base sería posible jurídicamente proyectar en el futuro perjuicios concretos.

Porque todas las consideraciones que se hagan —y de orden sentimental brotan hasta para hacer un libro— no lograrán poner de manifiesto ante los ojos del juzgador, que debe condenar sobre la base de hechos comprobados, que una pérdida que en el futuro se pronostica a los menores tendrá, en primer lugar, segura realización, y en segundo lugar, por causa inequívoca la incapacidad que hoy los aqueja. Todos los pronósticos que se anticipen son meros vuelos de la fantasía; solamente hay una cosa cierta: la imposibilidad de adivinar cómo se van a proyectar y a desenvolver en el futuro las consecuencias de la incapacidad. Es temerario quien afirma que los menores tenían un porvenir asegurado como médicos, o abogados, ingenieros, o empleados de banco, mecanógrafos, o comerciantes, etc., y que por las lesiones perdieron completamente su porvenir, o lo perdieron en determinada medida o por determinado tiempo. Y con la base de semejante incertidumbre ¿será posible cargar sobre un tercero la responsabilidad de indemnizar cantidades originadas en meros cálculos arbitrarios y caprichosos, que se pueden inflar hasta lo infinito o desvanecer hasta la nada?

Es verdad que el artículo 2341 del Código Civil dispone que todo daño ocasionado por culpa de otro, obliga a dar una reparación, pero también lo es que de este mismo mandato, y de otras disposiciones sustantivas, infiérese otro principio no menos trascendental, que es pilar firme en la estructuración que la ley hace de las acciones de responsabilidad civil por culpa, a saber: que entre la reparación patrimonial concedida

y el daño causado debe existir una necesaria conexión. En otros términos, que la indemnización que se conceda restaure en la medida de lo posible las pérdidas de riqueza efectivas que haya sufrido la víctima. Por eso es que aún demostrado el daño, la reparación se otorga en la medida de aquellas pérdidas, y no en la medida de las lesiones físicas inferidas a la víctima. Quien hiere a otro, no le paga como indemnización la herida considerada en sí misma, sino las pérdidas que como consecuencia de la incapacidad sufrió la víctima. De suerte que al herido no le bastaría acreditar la sola lesión física para obtener reparación pecuniaria. Tendría que demostrar el otro extremo de la reparación: el quebranto patrimonial. Porque del solo hecho de la herida no es dable presumir que hay pérdida patrimonial; la víctima bien ha podido conservar intacto su patrimonio, a pesar de la herida, y aún obtener utilidad material, como cuando por causa de la hospitalización ha dejado de hacer un negocio que tenía proyectado y que iba a serle ruinoso de haberse celebrado.

En el presente caso, y en relación con los menores, se tiene uno de los dos extremos en que descansa la indemnización: las lesiones. Pero se desconoce el otro extremo tan fundamental como el anterior: el quebranto patrimonial cierto que experimentan por causa de las lesiones, y que es la medida para otorgar la indemnización en dinero. Esa medida no puede buscarse a base de presunciones sin respaldo en hechos, porque entonces esas presunciones dejan de serlo, y pasan a convertirse en meras hipótesis, nacidas del libre juego de la imaginación. La presunción judicial, merece ese nombre cuando se infiere de hechos demostrados en el proceso. Y así es inadmisible como presunción judicial la que consista en la conclusión de que a la víctima de una lesión corporal tan grave como ella sea, le corresponden X pesos por reparación de perjuicios materiales. Es que del solo hecho de la lesión no se presumen los perjuicios causados en el patrimonio; se requiere algo más tangible; que la incapacidad se ponga en relación con los elementos componentes del patrimonio material de la víctima, a efecto de deducir de allí la cuantía de las pérdidas económicas causadas.

CAPITULO IV

Fallo.

A mérito de las precedentes consideraciones la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla de la siguiente manera el recurso de apelación interpuesto en este juicio por el representante de la Nación contra la sentencia de primera instancia del Tribunal Superior de Bogotá:

1º Revócanse los apartes A y B de la declaración segunda de la parte resolutiva de dicha sentencia en cuanto allí se condenó a la Nación a pagar las cantidades de $ 24.544.00 y $ 30.680.00 por concepto de reparación de perjuicios de orden material a los menores Alvaro Valencia y Jorge Valencia, respectivamente. En cambio de tales condenaciones se declara absuelta a la Nación del pago de perjuicios materiales causados a dichos menores.

2º La condena por perjuicios morales contenida en los mismos apartes A y B en favor de Alvaro y Jorge Valencia, así como la hecha en el aparte C en favor de Horacio Valencia Arango y Sofía Torres de Valencia, está ejecutoriada.

3º Igualmente es intocable por estar ejecutoriada la declaración 3ª de la parte resolutiva de la sentencia, que dice: "Niéganse las demás condenaciones solicitadas".

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

José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta—El Conjuez, con salvamento de voto, *José A. Gutiérrez Ferreira.—Manuel Pineda Garrido,* Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

La honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, ha resuelto, por medio del fallo anterior, lo siguiente:

"Revócanse los apartes A y B de la declaración segunda de la parte resolutiva de dicha sentencia en cuanto allí se condenó a la Nación a pagar las cantidades de $ 24.544.00 y $ 30.680.00 por concepto de reparación de perjuicios de orden material a los menores Alvaro Valencia y Jorge Valencia, respectivamente. En cambio de tales condenaciones se declara absuelta a la Nación del pago de perjuicios materiales causados a dichos menores".

No estoy de acuerdo con las conclusiones a que ha llegado la honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia dictada en este juicio. Por el contrario, a medida que se fue adelantando la discusión del proyecto elaborado por el señor Magistrado ponente, se iba precisando con mayor claridad en mi mente la convicción de que los hechos del expediente y las disposiciones pertinentes al caso, de nuestro derecho sustantivo, no permiten llegar a las conclusiones a que ha llegado el fallo de que se trata. Y en estas condiciones, con el temor muy natural de errar, pero en obedecimiento al mandato del Código Judicial que ordena explicar a quien actúa, siquiera sea en condición de simple Conjuez, como en mi caso, los motivos de su disentimiento, voy a procurar exponerlos, en forma sucinta. Pero antes quiero dejar constancia de que reconozco que toda la autoridad científica acompaña a la Sala, que merece no sólo mi acatamiento, sino todo mi respeto. Tampoco sobra hacer presente que me doy cuenta de que el problema es muy complejo, como bien lo hace notar el señor Procurador Delegado en lo Civil, y esto, como es natural, abre mayor campo a la posibilidad de errar.

Acerca de la responsabilidad por parte del Estado no hay discrepancia alguna. Por el contrario ella se acepta en este caso, como se ha aceptado en muchos otros, por la Corte. Aceptada la responsabilidad debe fijarse el monto de la indemnización, como consecuencia lógica, pero en el caso de este juicio sucede que la Corte considera que el daño futuro, dadas las peculiaridades de los damnificados, no puede avaluarse. Dice al respecto:

"¿Pero cuáles deben ser, en el presente caso, las bases concretas de avaluación de daños patrimoniales? En sentir de la Sala el caso contemplado no las suministra. Y por esa circunstancia los peritos no obstante la sagacidad y brillantez de su exposición, se encontraron impotentes para dar un avalúo siquiera aproximado a la realidad objetiva.

"Los jóvenes Valencias son menores de edad que en la fecha del accidente cursaban estudios de segunda enseñanza. No estudiaban todavía ninguna profesión ni arte lucrativos. Ellos nada producían en el sentido económico. Estaban sostenidos por sus padres, sobre quienes sí tuvieron que recaer graves daños de todo género, que la Corte no puede entrar a estudiar por el inconveniente legal apuntado al comenzar esta sentencia. Su vida era la del estudiante de segunda enseñanza respecto del cual es aventurado predecir la profesión que va a elegir o la actividad de donde devengará el sustento de la vida. Menos podrá afirmarse que en tal profesión o en tal otra actividad obtendrá determinadas ganancias. Toda hipótesis en el particular pertenece al mundo del futuro en que el porvenir de las personas está envuelto por la densa niebla del misterio".

Y adelante la misma Corte continúa exponiendo su pensamiento así:

"El daño futuro es indemnizable a condición de que *en el momento presente resulte cierto que se realizará.* (El subrayado es mio). Es inadmisible conceder reparación por pérdidas puramente futuras y eventuales, porque se *ignora su extensión y cuantía.* Cualquier base qué se fije será necesariamente producto de la fantasía. Que el sujeto lesionado hará en el futuro esto o aquello, que obtendrá ganancias en actividades y en formas determinadas, es una incógnita que nadie tiene el poder de adivinar. De consiguiente, para que el perjuicio futuro sea avaluable requiere que aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual susceptible de estimación inmediata".

Esta doctrina, que se enuncia como imposibilidad de reparar el daño futuro e incierto, en el fallo a que aludimos, la respalda la Sala con la transcripción de parte de la sentencia dictada en el juicio ordinario promovido por Abbas P. Turbay contra la Nación.

De modo que el punto de disentimiento entre mi modo de entender el caso de que tratan los autos, podría sintetizarse así: La honorable Corte considera que se trata de un daño futuro e incierto que no es susceptible de avalúo, y yo considero que es un daño actual, con proyecciones ciertas sobre el futuro, que sí puede avaluarse y que debe resarcirse.

Para hacer un poco más claro mi punto de vista considero conveniente partir de la base de destacar los perjuicios causados a los menores Valencias.

La Oficina Médico Legal concretó su punto de vista en relación con Alvaro Valencia así: "Las cicatrices consecutivas a las quemaduras que sufrió, *constituyen deformidad física permanente*". Las quemaduras enunciadas en el examen del 6 de octubre eran las siguientes: "Presenta cicatrices consecutivas a quemaduras de segundo y tercer grado, en las regiones frontal y temporal izquierdas, ciliar y subciliar del mismo lado y mejilla izquierda; a quemaduras de segundo grado en la cara dorsal de ambas manos; a quemaduras de primer grado en la región cigomática derecha; a quemaduras de segundo grado y tercer grado en las caras anterior, externa y posterior de las dos articulaciones de la rodilla, quemaduras que se extendieron hasta la parte media de los muslos y las piernas; a quemaduras de segundo grado en la cara externa de la pierna derecha". (Subrayado mío).

La misma Oficina, en su examen de 3 de enero, dice, respecto de Alvaro Valencia: "Las cicatrices consecutivas a las quemaduras que recibió, *constituyen deformidad física permanente*. En la mano derecha se observa una limitación para los movimientos de flexión, debido a las retracciones cicatriciales. *Esto constituye un defecto funcional permanente*. Las cicatrices a que hace alusión el examen del 3 de enero las tiene Jorge Valencia en la cara dorsal de la mano derecha, en la cara dorsal de la mano izquierda, en las regiones preauricular, auricular y retroauricular derechas, regiones malar, ciliar y superciliar izquierdas, región malar derecha y quemadura en la cara externa de la pierna izquierda. (Subrayado mío).

Este dictamen de la Oficina Médico Legal considero que hace plena prueba. Y de él se deduce la gravedad y trascendencia del perjuicio causado a los menores Valencias.

Ese perjuicio está confirmado por las declaraciones de dos médicos, muy distinguidos, como son los doctores Jaime Márquez y Jorge Bejarano, quienes, por haber tratado a los menores durante su enfermedad, consideran que Alvaro Valencia quedó con una *lesión o deformidad física de por vida* consistente en una cicatriz en la cara y sendas cicatrices en las piernas y que Jorge Valencia quedó con *"una lesión permanente o deformidad física* en las manos, especialmente en la derecha, y en ambas orejas".

Con base en estos hechos, así acreditados, los peritos que actuaron en el juicio, señores doctores José J. Gómez R. y Carlos Ruiz, de común acuerdo, fijaron los perjuicios causados a Alvaro Valencia así: Materiales $ 28.160.00, morales $ 7.040.00, y los perjuicios sufridos por Jorge Valencia así: Materiales $ 35.200.00, morales $ 8.800.00.

El Tribunal Superior, al fallar, redujo la suma fijada como perjuicios sobre la base de un cómputo de supervivencia distinto del que tuvieron en cuenta los peritos y condenó a la Nación a pagar a Alvaro Valencia por concepto de perjuicios materiales únicamente $ 24.544.00 y a Jorge Valencia $ 30.680.00. Los perjuicios morales los redujo a $ 1.000.00 para cada uno, aceptando la doctrina de la Corte en este particular sobre aplicación del artículo 95 del Código Penal.

Como queda visto, la Corte absuelve a la Nación por concepto de perjuicios materiales sobre la base de considerarlos daño futuro e incierto y estimar que el concepto pericial que hizo el avalúo ya mencionado no está debidamente fundado. Como ya se vio atrás, entiendo que cualquier base que se fije para hacer esa estimación tiene que ser necesariamente producto de la fantasía y que toda hipótesis en este particular pertenece, según textuales palabras: "Al mundo del futuro en que el porvenir de las personas está envuelto en la densa niebla del misterio".

Para mí este punto de vista de la Corte es equivocado, porque establecidos claramente, como lo están, los perjuicios causados a los menores Valencias, su repercusión sobre la vida futura de ellos es completamente cierta y sobre la base de las presunciones que los Códigos consagran y la jurisprudencia aplica de manera constante, es posible deducir de manera aproximada, ya que no exactamente matemática, la repercusión de los perjuicios. Resulta imposible aceptar que, por la dificultad de avaluación y por el temor de errar en ella, se llegue a la conclusión de negar la condena pedida en la demanda.

La misma Corte Suprema ha dicho que la ley actúa en orden al resarcimiento del daño, imponiendo una reparación que corresponda al bien de que se priva a los lesionados. Y en el fallo del 22 de agosto de 1924 se expresa la misma Corte así: "Al disponer el artículo 2356 del Código Civil que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta....", extiende la reparación no solamente al daño pecuniario por menoscabo de la hacienda, sino

también al causado por ofensa a la honra o dignidad personal y al que le causa molestia o dolor por obra de la malicia o negligencia del agente. *"Todo derecho lesionado requiere una reparación necesaria para conservar la armonía social"*. (El subrayado es mío).

De modo que si, por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, en obedecimiento a expresa disposición de nuestro derecho sustantivo, no es lógico concluír como en el caso presente, que se absuelva a la Nación no obstante estar comprobado el daño, como queda visto, y solamente por la dificultad de la avaluación del perjuicio, ya que éste implicaría una contradicción con la jurisprudencia misma de la Corte que dice: "Todo derecho lesionado requiere una reparación necesaria para conservar la armonía social".

Ni vale, a mi juicio, argüir como lo hace la Corte, en el fallo de que se trata, que: "Toda hipótesis en el particular pertenece al mundo del futuro". Porque al aceptar este raciocinio habría que llegar al extremo de que ningún perjuicio futuro es indemnizable, ya que todo lo que se relaciona con el porvenir de las personas apenas puede calcularse a base de probabilidades o presunciones.

Respalda este modo de pensar lo expuesto por la misma honorable Corte Suprema, en fallo de 22 de julio de 1943, sentencia en la cual se encuentran los siguientes conceptos:

"El solo reparo sobre la contingencia del perjuicio futuro que se reclama, que hace difícil la certidumbre en el particular, no es por sí sólo valedero para desestimar, como infundada jurídicamente, la pretensión de la demanda.

"Los ilustres tratadistas Henri y Léon Mazeaud expresan lo que sigue en su obra denominada *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile delictuelle et contractuelle:* al exigirse que el perjuicio sea cierto se quiere decir que no debe ser simplemente hipotético o eventual. Es preciso que el Juez tenga la certidumbre de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera ejecutado el acto que se le imputa. Pero importa poco que el perjuicio de que se queja la víctima sea ya realizado o deba solamente producirse en el porvenir. Ciertamente, cuando el perjuicio es actual, no hay dificultad: su existencia no deja duda. *Pero un perjuicio futuro puede tener los mismos caracteres de certidumbre:* (el subrayado mío), a menudo las consecuencias de un acto son inevitables; ese acto debe necesariamente arrastrar un perjuicio en lo futuro. No hay, pues, que distinguir entre el perjuicio actual y el futuro sino entre el perjuicio cierto y el eventual o hipotético. Muy delicada es la cuestión de saber si el perjuicio material causado a una persona por la muerte o incapacidad para el trabajo que sufre otra, es cierto, o por el contrario, es hipotético. Ante todo, puede suceder que el demandante sea acreedor alimentario (tenga derecho a pedir alimentos) del difunto o incapacitado. El carácter de certidumbre del daño en ese caso es indudable. Es cierto en efecto que si la persona no hubiera muerto o el herido no se hubiera incapacitado o disminuído su capacidad de trabajo, aquélla o el herido hubieran subvenido a las necesidades del demandante. Este último habría podido, en efecto, constreñirlos en caso de necesidad".

Y comenta la Corte: "Admiten los citados expositores la posibilidad de que se pruebe y llegue a ser cierto un perjuicio que aparece como eventual y contingente. Y precisamente enfocan un caso que tiene notoria analogía con el que es materia de este juicio: el que si una persona no hubiese muerto, otra habría recibido asistencia económica de la primera. Esta verdad, aceptada por la doctrina de los autores, merece analizarse a la luz de algunas consideraciones sacadas de nuestra jurisprudencia y basadas en la legislación patria".

"Son frecuentes las construcciones jurisprudenciales colombianas en que entra como fundamento la probabilidad, la presunción".

"La probabilidad capaz de convertirse en certidumbre, se aplica ya por la jurisprudencia cuando calcula la vida *probable* de una persona. Supervivencia que deduce de reglas naturales: una persona sana, de cierta edad, *puede* sobrevivir X años, porque las personas de esas condiciones viven generalmente X años. Pero no hay *certeza* acerca de la supervivencia, no hay seguridad de que la persona de que se trata viva todo el tiempo que se supone. Si se aplicara el sistema de la certeza absoluta, aquellas deducciones de los Jueces serían infundadas, porque sobre la contingencia de la vida humana nada firme se puede construir. Al admitir así la *vida probable* para ciertos cómputos, se acepta también un factor de incertidumbre en la entidad del daño".

Esta doctrina de la Corte me parece que da fundamento a mi punto de vista porque, en efecto, en el caso de autos la Corte puede tener la certidumbre de que los menores Valencias se encontrarían ahora y habrían de encontrarse en el futuro en una situación mejor sin las deformidades y defectos que se les produjeron en el siniestro de Usaquén.

También, siguiendo la doctrina de los hermanos Mazeaud, las consecuencias de las quemaduras y cicatrices que dejaron en los jóvenes Valencias defectos funcionales y deformidades

físicas permanentes, son inevitables; esos defectos y deformidades necesariamente arrastran un perjuicio para el futuro. Por eso, considero acorde con la teoría citada por la Corte en sentencia de 22 de julio, que en el caso del juicio a que me refiero se trata de un perjuicio cierto, que se deriva necesariamente de los defectos y deformidades. Y si se admite como cierto el perjuicio del caso a que se refieren los hermanos Mazeaud, con mayor razón hay que admitir como cierto el perjuicio causado a la misma persona del demandante.

Sobra hacer comentario acerca del párrafo final transcrito en que se habla de la probabilidad capaz de convertirse en certidumbre, toda vez que si, como lo anota la misma Corte, son frecuentes las construcciones jurisprudenciales colombianas en que entra como fundamento la presunción, y por eso mismo se puede calcular la vida probable de una persona, con la misma razón y con base en la misma probabilidad o presunción, se puede deducir, en el caso de autos, el perjuicio causado a los menores con motivo de los defectos funcionales y de las deformidades físicas que están acreditadas en el expediente. O, para ser lógicos, no se debe admitir el cálculo de la vida probable, si no se puede admitir el cálculo del lucro cesante que han de tener en el futuro los menores Valencias con motivo de las deformidades físicas y defectos funcionales ya mencionados.

Según tiene definido la Corte, el lucro cesante es la merma en la producción económica del lesionado, y es evidente que personas afectadas en la forma en que lo están los menores Valencias, sufren como consecuencia de las lesiones y según todas las probabilidades, una notoria merma en su capacidad de producción económica. Y si es verdad que las cifras de los peritos pudieran no tener una certeza absoluta, también es cierto que la misma Corte, como acabamos de ver, acepta construcciones jurisprudenciales que carecen de esa certeza, que es lo que ocurre en el caso de la supervivencia calculada, ya que, cuando con las tablas de mortalidad se presupone una supervivencia, digamos de 10 años, bien puede suceder que la persona a la cual se refiere el cálculo muera al día siguiente de haberse hecho éste.

De modo que si es posible y si está aceptado por la Corte que se puede calcular la vida o supervivencia de una persona, también por el mismo método y con muchas mayores probabilidades de acertar, se puede calcular la capacidad de producción de un sér humano cualquiera en el futuro.

La misma cita de Planiol y Ripert, hecha en la sentencia, confirma mi punto de vista, si no me equivoco. Dice así: *"Perjuicio futuro*—Un perjuicio no realizado todavía puede justificar una condena inmediata, si resulta ser cierta su realización futura por tratarse del *desarrollo indudable* de un perjuicio actualmente en evolución o que actualmente sea incierto sólo en lo que se refiere a su cuantía; lo mismo podemos decir del caso en que, teniendo un carácter eventual, ha de ser la consecuencia o la repetición de un perjuicio actual: como el daño resultante de un vecindario inconveniente, o los causados a la persona y que implique incapacidad para trabajo determinado". (Planiol y Ripert con el concurso de Esmein, Derecho Civil Francés, tomo 6, número 544).

¿Cómo se podría negar que la disminución de la capacidad de trabajos de los Valencias viene como desarrollo indudable del perjuicio sufrido? Y los mismos célebres autores citados en el fallo hablan de los daños causados a la persona y que implican incapacidad para trabajo determinado, que es precisamente lo que ocurre con los dichos señores Valencias, que han quedado con defectos que les implican, de hecho, incapacidad para trabajos determinados.

Del concepto de los peritos señores Gómez y Ruiz nos llama mucho la atención la circunstancia de que basen parte de su raciocinio en un concepto de la Oficina General del Trabajo (Legislación del Trabajo, Campo E. Barón, página 207), que dice:

"La deformación facial que afecta la presentación física de un trabajador y que por lo mismo disminuye su capacidad de agrado o simpatía social debe considerarse como disminución de su capacidad obrera, para los efectos del pago de la indemnización por accidentes de trabajo cuando concurren los demás elementos constitutivos de aquél".

" ... ...

"Es obvio que un individuo, cualquiera que sea su ocupación, que sufre una desfiguración facial que lo haga repulsivo, queda con su capacidad obrera anulada, porque no podrá usarla en sociedad. Es por eso frecuente el caso de que los tarados físicamente se dedican a actividades anti-sociales como el robo, la estafa, etc., etc.".

Sin aceptar en su totalidad los puntos de vista de la Oficina del Trabajo, queremos apoyarnos en la apreciación de conjunto que ese concepto contiene, para sacar la conclusión de que, si la Oficina del Estado que es el Departamento del Trabajo, párte de la base de que el obrero desfigurado pierde capacidad para sus labores habituales, no es posible concluír que en el caso de los jóvenes Valencias sus defectos notorios y permanentes de las manos y de la cara, las dos partes del cuerpo que precisamente están siempre a la vista de la sociedad, no les produzcan

una disminución de capacidad de trabajo, es decir, no les cause un perjuicio que indudablemente puede ser avaluado como lo hicieron los peritos en este juicio, con apoyo en presunciones o probabilidades, pero presunciones y probabilidades consagradas por la ley y aceptadas por la jurisprudencia.

Tampoco me parece aceptable la doctrina de la Corte, consignada en este fallo, en cuanto a la tacha que hace al dictamen pericial fundándose en la circunstancia de que los damnificados Valencias eran apenas estudiantes de segunda enseñanza, de donde resulta, para la misma Corte, aventurado: "Predecir la profesión que va a elegir, o la actividad de donde devengará el sustento de la vida". Lo que lleva a la Corte a defender la tesis de que, para que se justifique la indemnización, es necesario que el damnificado esté produciendo en el momento de sufrir el perjuicio. Esto, en el fondo, equivaldría a establecer una excepción en la norma general de la ley, que no está consagrada por ella, ya que expresamente ordena: "Todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta". Porque la verdad es que en este caso se causó el daño, se reconoce y acepta el daño, se reconoce y acepta la responsabilidad del Estado y, sin embargo, por el hecho de que los muchachos fueran simples estudiantes de segunda enseñanza, no se decreta la indemnización.

A esto cabe añadir que la misma honorable Corte Suprema, en sentencia de 22 de julio de 1943 ya citada, hace condenación *in genere* por la muerte del señor Cuervo Ruiz, quien, en realidad, no había terminado sus estudios y, no obstante eso, la Corte dijo: "Hay que admitir que el señor Cuervo Ruiz indiscutiblemente entraría a producir con su profesión una suma de importancia". O sea, admitió que el señor Cuervo Ruiz estaba en condiciones de terminar sus estudios y de producir en su condición de ingeniero titulado una suma de importancia. Los menores Valencias, por el hecho de estar apenas estudiando literatura, no pueden dejar de recibir indemnización que, como es natural, no puede presupuestarse a base de un título profesional, pero sí como lo hicieron los peritos a base de lo que normalmente y necesariamente toda persona normal que vive, tiene que producir. Los jóvenes Valencias, con toda seguridad, tienen que trabajar para vivir en lo futuro, y también, con toda seguridad, van a tener menores posibilidades de trabajo, menos capacidad de trabajo con motivo de sus defectos funcionales, daño éste indiscutible que debe indemnizarse conforme a nuestro derecho sustantivo.

Dañar es causar un perjuicio o menoscabo y a los Valencias se les causó el que consiste en la inferioridad o disminución de capacidad de posibilidades de trabajo que han de tener en el futuro. Ese menoscabo no debe quedar sin indemnización.

Si el dictamen pericial que aparece en el juicio fuera descabellado o exagerado, quizá admitiría el que se desestimara por completo. Aun cuando no para absolver, sino para condenar *in-genere*, como lo ha hecho la Corte en otras ocasiones. Pero sucede que ese dictamen es muy juicioso. Que no párte de considerar que los jóvenes damnificados van a ser grandes profesionales, ni personas de extraordinarias capacidades, capitanes de industria, ni cosa parecida. Y dentro de un terreno de notoria realidad los ubica en el medio en que, según todas las probabilidades, tendrán que actuar, y donde al actuar, encontrarán el menoscabo, el perjuicio que se les causó. El menoscabo se avaluó en $ 800.00 anuales para el uno y en $ 1.000.00 para el otro, por año. Lo que no parece que pueda considerarse desprovisto de fundamento.

Hay otro punto que me parece que contribuye a llegar a la conclusión de que el concepto pericial no ha debido desestimarse. Es el que resulta del hecho de que el Fiscal del Tribunal, en primera instancia, no objetó ese dictamen. Si era notoriamente infundado, ha debido hacerlo así. Y sucede que el señor Procurador Delegado, en su alegato ante la honorable Corte, después de observar que "la cuestión fundamental no es la absurda de ponerles precio a unas cicatrices o a un defecto funcional", lo que considera tesis más que injurídica "desprovista de humanidad", sugiere la posibilidad de "reducirse a la mitad la cantidad fijada por los peritos y acogida con ligeras y plausibles modificaciones por el fallo de la primera instancia". Lo que hace pensar que las partes litigantes están de acuerdo en una indemnización hasta de la mitad de la suma fijada por los peritos, hecho que trae como consecuencia la duda de que la Corte pueda ir más allá de lo que han aceptado las partes. Para mí, dictamen que no se objeta en ninguna de las instancias y que, antes bien, se acoge en parte por el demandado, es muy dudoso que pueda rechazarse como infundado por el fallador. El artículo 723 del Código Judicial faculta al Juez para apreciar la fuerza probatoria del dictamen pericial, en lo que hace relación a lo que *presumen* los peritos procediendo de acuerdo con las reglas de sana crítica, tomando en cuenta las condiciones de los mismos peritos, su imparcialidad y la confianza que le merezcan a las partes. En el dictamen rendido por los peritos Gómez y Ruiz, la parte relacionada con lo que presumen los peritos, o sea que los jóvenes sobreviven ciertos años y que en esos años de supervivencia van a tener una merma en su

capacidad de producción, ya está estudiada. Las condiciones de los mismos peritos tampoco se han puesto en duda. Su imparcialidad no ha sido objetada. Y la confianza que merecen a las partes se pone de relieve por el hecho de no haberse objetado y en parte haberse acogido por el señor Procurador Delegado en la insinuación mencionada atrás. Por todo esto no creo que un dictamen que reúne tales características pueda ser desechado por el Juez en tesis general.

Por último, de manera muy respetuosa quiero también dejar constancia, en este salvamento, de que no estoy de acuerdo con que los perjuicios morales deban necesariamente reducirse, mediante la aplicación del artículo 95 del Código Penal, a la suma máxima de $ 2.000.00, discrepancia que no es del caso explicar por cuanto sobre el particular no se hace sino una breve referencia en el fallo. Pero dejo la salvedad para que no pudiera creerse el silencio como una aceptación de esa tesis.

Pido excusas por la extensión que, contra mi voluntad, alcanzó este escrito. Sé que él no es una exposición de doctrina tan interesante como el tema lo exige. Apenas he querido dejar una especie de memorándum sobre puntos de reflexión a propósito de una doctrina que considero equivocada.

José A. Gutiérrez Ferreira

Bogotá, noviembre 20 de 1943.

Se confirma la sentencia que declaró no probadas unas excepciones

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

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En el presente juicio ejecutivo iniciado por Gonzalo Benavides Guerrero contra el Departamento de Nariño, y seguido después por Alberto Benavides Guerrero como cesionario de un crédito del primero contra la entidad demandada, el Tribunal Superior de Pasto dictó sentencia el 14 de octubre último, en la cual resolvió declarar no probadas las excepciones que el Departamento propuso, sobre compensación del crédito y nulidad e inexistencia de la cesión. De esta sentencia apeló el demandado y debe la Corte pronunciarse para decidir del recurso.

El señor Procurador Delegado en lo Civil hace en su vista un claro resumen de los hechos, de las incidencias que ha tenido el proceso, de la sentencia objeto de la alzada y termina manifestando su acuerdo con las razones jurídicas en que se funda la providencia. Por encontrar la Sala a su vez acertadas y científicas las consideraciones de la Procuraduría las incorpora aquí como parte del presente fallo:

"Acogiendo la solicitud del demandante, el honorable Tribunal Superior de Pasto libró orden de pago por la vía ejecutiva, con fecha 13 de octubre de 1937, a favor del doctor Gonzalo Benavides y a cargo del Departamento de Nariño 'por la suma de ocho mil pesos ley plata o su equivalente en moneda legal y los intereses de esa suma hasta el día del pago efectivo'.

"Después de adelantado en parte el respectivo juicio ejecutivo, y después de intimado el mandamiento de pago, el demandante Gonzalo Benavides Guerrero cedió al doctor Alberto Benavides Guerrero el crédito que pretendía hacer efectivo, según documento (folio 50, cuaderno 1), de fecha septiembre 22 de 1937. Notificado el señor Fiscal de dicha cesión, el señor Agente del Ministerio Público solicitó que se decretara 'lo que sea del caso con relación al memorial del doctor Alberto Benavides G.', con base en lo cual el honorable Tribunal, en auto fechado el 7 de marzo de 1938 resolvió: 'Estando notificado legalmente el señor Agente del Ministerio Público del contenido del memorial del doctor Alberto Benavides Guerrero, téngase a éste como cesionario del crédito'.

"Sin embargo, considerando que era requisito indispensable notificar de la misma cesión del crédito al señor Gobernador, así lo ordenó el honorable Tribunal; después de cumplido lo cual, y teniendo en cuenta que la Tesorería General del Departamento había comunicado con fecha 6 de octubre de 1941 el embargo del mismo crédito dentro de la ejecución seguida contra el cedente Gonzalo Benavides Guerrero, el honorable Tribunal, mediante providencia de 8 de julio de 1942, decidió no reconocer al doctor Alberto Benavides Guerrero como cesionario del crédito existente a favor de su hermano y a cargo del Departamento de Nariño.

"Esta providencia fue apelada por la parte demandante. En tal virtud, conoció la honorable Corte Suprema de este asunto y consideró que era suficiente, para que la cesión surtiera sus efectos, la notificación hecha al señor Fiscal del Tribunal y, con base en ello, profirió el auto de fecha diez de diciembre de 1942 en el cual resolvió revocar el auto apelado y en su lugar decidir que 'el doctor Alberto Benavides Guerrero es cesionario del crédito que en este juicio se cobra ejecutivamente al Departamento de Nariño'.

"Posteriormente, con fecha diez y ocho de mayo de este año, los doctores Dimas Humberto Mutis, como Fiscal del honorable Tribunal, y José Elías Dulce, como apoderado especial del Departamento de Nariño, propusieron 'las excepciones de compensación del crédito que se persigue y de nulidad e inexistencia de la cesión de ese crédito hecha por el señor Gonzalo Benavides Guerrero a favor de su hermano señor Alberto Benavides Guerrero'.

"Fundóse la primera excepción en que al quedar ejecutoriada la sentencia base de este juicio ejecutivo, el Departamento era acreedor del doctor Gonzalo Benavides Guerrero por suma de pesos y que, por tanto, habiéndose compensado las obligaciones por ministerio de la ley, el doctor Gonzalo Benavides no podía ceder a su hermano lo que ya no le pertenecía. La nulidad e

inexistencia de la cesión fundóse en raciocinio semejante, considerando que dicha cesión no tenía causa lícita por cuanto que los dos créditos, el del doctor Gonzalo Benavides contra el Departamento y el de éste contra aquél, se habían compensado en el año de 1937.

"Tramitado el incidente de excepciones, el honorable Tribunal lo falló, en sentencia de fecha 14 de octubre último, en el sentido de declarar no probadas las excepciones propuestas y ordenar, en cambio, que la ejecución siguiera adelante.

"El negocio ha llegado a esa honorable Sala en virtud de la apelación interpuesta contra tal fallo por la parte demandada.

"El honorable Tribunal consideró en su fallo que la excepción de nulidad e inexistencia de la cesión hecha por el doctor Gonzalo Benavides al doctor Alberto Benavides era 'una cuestión ya estudiada y decidida en el proceso', ya que la honorable Corte había declarado, en providencia de 3 de septiembre de 1941, que no había incurrido en esa nulidad, lo que dio lugar a un incidente aparte, y además porque la misma Corte Suprema, en auto de diez de diciembre de 1942, había declarado expresamente que el doctor Alberto Benavides Guerrero era cesionario del doctor Gonzalo Benavides.

"Con esta base, la excepción de compensación, dice el honorable Tribunal, tiene que ser negada, ya que el crédito pertenece al doctor Alberto Benavides y no aparece de los autos que él sea deudor del Departamento de Nariño.

"El razonamiento del honorable Tribunal en su fallo se ajusta a la realidad del proceso y este Despacho comparte los puntos de vista allí expresados.

"El único aspecto del problema planteado que al parecer de la Procuraduría, no ha sido estudiado suficientemente es el de saber si, aun siendo válida la cesión hecha por el doctor Gonzalo Benavides Guerrero al doctor Alberto Benavides, el Departamento demandado podría oponer como medio de defensa contra el cesionario los créditos existentes contra el cedente doctor Gonzalo Benavides.

Sin embargo, el artículo 1718 del Código Civil aclara este aspecto de la cuestión al establecer que 'el deudor que acepta sin reserva alguna cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, *no podrá oponer* en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiere podido oponer al cedente'. (Subraya la Procuraduría).

"El mismo artículo agrega:

'Si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación'. (Subraya la Procuraduría).

"Todo depende, pues, para que el deudor pueda oponer al cesionario todos los créditos que tenga contra el cedente, como compensación, que haya o no aceptado la cesión al serle notificada.

"En el presente caso, ya la honorable Corte estableció, de manera definitiva, que la cesión no tenía que ser notificada al señor Gobernador del Departamento, bastando, para que aquélla surtiera sus efectos, la notificación hecha al señor Fiscal del honorable Tribunal. Infortunadamente para los intereses departamentales, el señor Fiscal no recordó las disposiciones sustantivas que acaban de citarse y no rechazó, en consecuencia, como ha debido hacerlo, la cesión de que se trata. Si se hubiera opuesto a aquella cesión, o si al menos hubiese manifestado que la aceptaba reservándose la facultad de oponer en compensación al cesionario los créditos hábidos contra el cedente, las excepciones alegadas habrían prosperado. No habiéndolo hecho así el señor Agente del Ministerio Público, la compensación es inoperante e ineficaz legalmente. Otro tanto puede decirse de la nulidad de la misma cesión.

"Planteado el caso de autos en la forma indicada, la Procuraduría no puede, so pretexto de defender los intereses del Departamento de Nariño, atacar un fallo que es estrictamente legal, que ha interpretado correctamente la ley y que tiene perfecto fundamento en lo que aparece en el informativo".

La Corte halla suficientemente dilucidada la cuestión que se planteó con las excepciones, en el concepto transcrito. Los puntos en que se basaron habían sido ya estudiados y resueltos por la Corte Suprema en dos oportunidades anteriores, cuando se llegó procesalmente a la conclusión de que el doctor Alberto Benavides Guerrero es cesionario del doctor Gonzalo Benavides; y como bien lo anota el señor Procurador Delegado en lo Civil, si hubo motivo para plantear con éxito el fenómeno de la compensación y deducirle sus consecuencias, ello debió hacerse en el término inmediato que tuvo a su disposición el Fiscal del Tribunal cuando fue notificado de la cesión del crédito.

En memorial separado el señor Procurador comunica a la Corte el parecer del señor Gobernador del Departamento de Nariño acerca de que para que la cesión del crédito produjera los efectos previstos en el artículo 1718 del Código Civil debió ser notificada a ese alto funcionario, porque el Fiscal del Tribunal no sabía, ni tenía por qué saberlo, si el Departamento tenía créditos que pudieran oponerse en compensación al

cedente, y porque la notificación de la cesión de un crédito no es trámite simple del juicio sino elemento esencial para que se opere la venta o cesión del crédito y que, en consecuencia, faltando ese elemento esencial, se genera la nulidad e inexistencia del contrato de cesión. Estas opiniones del señor Gobernador, transmitidas por el señor Procurador Delegado, no aparecen acogidas sino para este solo efecto por la Procuraduría, la que no les otorga su asentimiento o aceptación, entiende la Sala que por ser contrarias a las que con claridad y brillantez constituyen su concepto. Observa la Corte que las referidas opiniones del señor Gobernador no significan nada nuevo dentro de las sucesivas alegaciones que se han producido en el juicio; que ellas fueron presentadas desde su comienzo, y que la Corte encontró inválidas cuando estudió y resolvió, en providencias que hoy son firmes, el asunto aludido de la cesión del crédito entre Gonzalo y Alberto Benavides Guerrero.

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 apelada, que declaró no probadas las excepciones y que dispuso llevar adelante la ejecución.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Se confirma el auto apelado

Las entidades de Derecho Público no tienen más prerrogativas que las que la misma ley les señala. Ellas son capaces jurídicamente de adquirir derechos y contraer obligaciones, como los simples particulares, y en sus controversias con éstos se encuentran en el mismo pie de igualdad. Sus representantes legales, que lo son los Agentes del Ministerio Público, constituyen una sola persona representativa, así se trate de un Personero Municipal, de un Fiscal de Tribunal o del Procurador General de la República. En todo juicio las actuaciones de un Personero o de un Fiscal como defensor de los intereses de la respectiva entidad representada, son aprovechadas o sufridas por ésta.

Lo que el artículo 1029 del Código Judicial requiere es que una vez practicadas las diligencias de embargo, secuestro y avalúo, si no se han propuesto excepciones o si las propuestas no prosperaron, el Juez cite para sentencia de pregón y remate.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, cuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Con bases en las órdenes de pago definitivas números 5 R. y 6 R., de fecha 13 de agosto de 1942, por un valor total de novecientos sesenta pesos ($ 960.00), giradas por el Gobierno Departamental a cargo del Tesorero General del Departamento del Atlántico y a favor del señor Samuel Tcherassi, éste, obrando en su propio nombre y en atención a que el Departamento deudor venia eludiendo el pago de la obligación, solicitó del Tribunal Superior de Barranquilla, decretara el embargo y secuestro preventivos de las cantidades de dinero que el Tesoro Departamental o la Administración General de Rentas del Atlántico, tuviera en calidad de depósito o en cuenta corriente en los diferentes Bancos de la ciudad de Barranquilla.

El Tribunal determinó la cuantía de la caución que debía prestar el demandante, la cual fue satisfecha en oportunidad. Llenado como fue este requisito legal, y considerando que la obligación a cargo del Departamento del Atlántico, constaba en documentos que comprobaban la exigibilidad actual de la deuda, el Tribunal decretó el embargo pedido hasta por la cantidad de $ 1.500.00 que pudiera tener el Tesoro Departamental o la Administración General de Rentas del Atlántico en los distintos bancos de la ciudad y ordenó se comunicara su providencia a dichas instituciones bancarias, motivo por el cual, el Banco Comercial Antioqueño, el Banco de Bogotá y el Banco Comercial de Barranquilla, retuvieron cada uno a órdenes del Tribunal, la suma de $ 1.500.00.

En consideración a lo anterior, el señor Fiscal del Tribunal pidió se redujera el embargo a la cantidad de $ 960.00 por cuanto con esta suma se garantizaba la efectividad de la acción. (Folio 11 del cuaderno número 1).

En providencia que obra a folio 13 del cuaderno número 1, el Tribunal redujo el "embargo decretado a favor de Samuel Tcherassi a la suma de $ 1.500.00 como imputable a los fondos del Departamento del Atlántico en el Banco Comercial Antioqueño, y nada más". Y decretó, además, el desembargo de los fondos del Departamento en los Bancos de Bogotá y Comercial de Barranquilla.

En tiempo oportuno el señor Samuel Tcherassi presentó ante el Tribunal Superior de Barranquilla, demanda ejecutiva contra el Departamento del Atlántico, teniendo como fundamento de su acción las órdenes de pago definitivas, giradas a su favor por el Departamento demandado y por el valor de $ 960.00. (Folio 16 del cuaderno número 1).

El Tribunal, en auto de fecha 31 de marzo del año pasado (folios 16 vuelto y 17 del cuaderno número 1), libró orden de pago por la vía ejecutiva, a favor de Samuel Tcherassi y en contra del Departamento del Atlántico, por la suma de $ 960.00, el que fue notificado en legal forma a las partes.

Ejecutoriado el auto ejecutivo, se citó para sentencia de pregón y remate, providencia ésta, que también se notificó a las partes, sin que hasta el día en que quedó ejecutoriada, el representante del Departamento demandado propusiera excepciones.

En armonía con el artículo 1029 del Código Judicial, el Tribunal, en proveído de fecha catorce de mayo de 1943 (folio 20 del cuaderno número 1), ordenó seguir adelante la ejecución.

Contra esta providencia el señor Fiscal interpuso dentro del término legal, el recurso de apelación ante esta Sala de la Corte, la que procede a decidirlo, agotada como se encuentra la tramitación propia de la segunda instancia.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, para desvirtuar los fundamentos de la sentencia de pregón y remate proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, motivo del presente recurso, aduce en su alegato dos argumentos a los cuales contrae la Sala la debida atención.

El primero de ellos está concebido en los siguientes términos:

"Es de observarse que el representante del ejecutado no propuso excepciones ni trató de defender al Departamento en ninguna forma, dejando que el juicio siguiera su curso hasta que el Tribunal profirió la sentencia de pregón y remate con fecha 14 de mayo de 1943, contra la cual interpuso el recurso de apelación que la honorable Corte va a decidir.

"A pesar de esta ausencia de defensa por parte del representante del Departamento en la primera instancia, la Procuraduría aprovecha la oportunidad de haberse interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia recurrida para fundar la petición con que terminará este escrito.

"A) Aunque es evidente que la calificación formal del título ejecutivo tiene su oportunidad en el momento de librar el mandamiento ejecutivo, este Despacho considera que ello no empece el que en la sentencia, como todas las demás de que trata la ley, debe ajustarse a lo dispuesto por el artículo 471 del Código Judicial, en general, y en especial debe ser dictada en "consonancia con las demandas".

"En el caso de autos observa la Procuraduría que al dictar la sentencia apelada el Tribunal del conocimiento no dio cumplimiento al artículo que se acaba de citar, pues de haberlo hecho habría llegado a la conclusión de que no podía dictarse ya que aduciendo como argumento de derecho el ejecutante, lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 46 de 1923, habría visto que los documentos presentados por él no eran instrumentos negociables. En efecto:

"Es de la esencia del instrumento negociable que contenga una orden incondicional de pagar una suma de dinero *a la orden o al portador* (artículo 5º, Ley 46 de 1923), siendo a la orden cuando se expresa que es pagadero 'a la orden de una persona determinada o a esta persona o a su orden' (artículo 12 ibidem).

"En el caso de autos, las llamadas órdenes de pago definitivas, no contienen una orden de pago, en el sentido especial y técnico señalado en la ley, ya que apenas expresan la orden dada por el Gobernador del Departamento al Tesorero General del mismo para que pague a favor del señor Samuel Tcherassi una suma de dinero, señalando el fondo especial, del cual ha de hacerse el pago: 'Reserva de la vigencia de 1942 a 1943', y como de acuerdo con la organización fiscal departamental el Tesorero no podría hacer tal pago de otros fondos distintos de los señalados en la orden, resultaría que por este aspecto los documentos presentados como título ejecutivo serían condicionales, al tenor de lo establecido en el artículo 7º de la misma Ley, suponiendo que por otros aspectos pudieran considerarse como verdaderos instrumentos negociables.

"Con las breves observaciones que anteceden hay base suficiente para concluir que el Tribunal, al dictar la sentencia que se revisa, violó la disposición del artículo 471, pues si hubiera tenido en cuenta el contenido exacto de la demanda para dictarla, otro habría sido el contenido de tal providencia, desde luégo que el actor partía de la base fundamental de que los títulos presentados eran instrumentos de aquellos de que habla el artículo 5º de la Ley 46 de 1923 y ha quedado demostrado que no lo son".

Con relación a este primer aspecto del concepto del señor Procurador, la Corte *observa:*

Es plausible el celo que demuestra el señor Procurador Delegado en lo Civil, al tratar de corregir en esta instancia la omisión en que incurrió el señor Fiscal del Tribunal de Barranquilla, al no defender según se afirma, los intereses del Departamento ejecutado, en la oportunidad que la ley ofrece a las partes para hacer dicha defensa; pero la Corte observa que las entidades de Derecho Público no tienen más prerrogativas de las que la misma ley les señala. Ellas son capaces jurídicamente de adquirir derechos y contraer obligaciones, como los simples particulares, y en sus controversias con éstos se encuentran en el mismo pie de igualdad. Sus representantes legales, que lo son los Agentes del Ministerio Público, constituyen una sola persona representativa, así se trate de un Personero Municipal, de un Fiscal del Tribunal o del mismo señor Procurador General de la República. En todo juicio, las actuaciones de un Personero o de un Fiscal como defensor de los intereses de la respectiva entidad representada, son aprovechadas o sufridas por ésta.

Prescribe el artículo 1025 del Código Judicial que "desde la notificación del mandamiento ejecutivo, hasta que se ejecutorie 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".

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla, no aprovechó la única oportunidad que dentro del juicio ejecutivo le brindaba la ley para objetar por medio de excepciones los títulos con los cuales el ejecutante fundamentaba su acción; con el beneplácito del representante de la parte ejecutada, el Tribunal profirió la sentencia de pregón y remate, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1029 ibidem.

No es esta la oportunidad para calificar la bondad de dichos títulos porque ello equivaldría a revisarlos y esto no es posible, sino por la vía ordinaria, como claramente se desprende de lo establecido por el artículo 1030 del Código Judicial.

El segundo argumento que el señor Procurador aduce para el caso de que la Corte rechace las razones expuestas en el primero, se contrae a que el Tribunal de primer grado profirió prematuramente las providencias de citación para sentencia de pregón y remate y la sentencia misma, considerando que éstas sólo tienen su oportunidad una vez practicadas todas las diligencias ejecutivas y que cuando a la acción ejecutiva ha precedido el embargo y secuestro preventivos, es necesario agregar esta actuación por medio de providencia especial para que surta efecto en el juicio ejecutivo.

Pero la Corte observa que esta interpretación sería demasiado literal y formalista, pues lo que el artículo 1029 del Código Judicial requiere es que una vez practicadas las diligencias de embargo, secuestro y avalúo, si no se han propuesto excepciones o si las propuestas no prosperaron, el Juez cite para sentencia de pregón y remate. Y esto fue lo que pasó en el caso de autos, aunque en el juicio ejecutivo no se hubieran declarado nuevamente embargados los bienes que preventivamente ya se habían embargado.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma la providencia apelada.

Notifíquese, cópiese, devuélvase el expediente y publíquese en la *Gaceta Judicial.*

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Repetición por pago de lo no debido

De una manera general, en toda acción sobre pago por error o pago indebido de que trata el artículo 2313 del Código Civil, va envuelta la correlativa de nulidad o ineficacia, por falta de causa real, del acto o contrato que dio lugar a esa clase de pago, pues no puede haber obligación sin una causa real y lícita, ni consentimiento libre cuando interviene el error, la fuerza o el dolo (artículos 1524 y 1508 ibídem). Y no basta, simplemente, que esa causa sea un contrato. Preciso es que esa causa o motivo que induce al acto o contrato, sea real y lícita. Para que quien ha recibido dinero o cosa fungible sea obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad, es necesario que lo entregado no se hubiera debido a quien lo recibió, o que se pruebe que quien entregó lo hizo con ánimo de donar y con perfecto conocimiento de lo que hacía. En suma, o la simple liberalidad, comprobada y consciente, o el carácter compensador o conmutativo del pago en relación con el acto o contrato. Estas serían las únicas causas reales y lícitas del pago hecho en tales circunstancias y, por ende, las que excluirían la invalidez de tal acto o contrato y la obligación de restituír lo recibido.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, cuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

El doctor Alfonso Quintero O., a nombre de la Sociedad anónima "La Colombiana de Cervezas", promovió contra el Departamento de Caldas la demanda que sirve de cabeza al presente juicio ordinario, y cuyos hechos fundamentales son los siguientes:

"1º Por escritura pública número 936 de julio de 1926, otorgada en la Notaría primera de este Circuito, la señora Matilde Arango viuda de V. vendió a la Empresa del Ferrocarril de Caldas, la mitad de un lote de terreno en indivisión con la misma Empresa, situado al oriente de esta ciudad, y cuyos linderos se pueden ver en la escritura adjunta. En esta escritura quedó estipulado que tanto la vendedora señora Arango viuda de V. como la señora Adela Echeverri viuda de A. quedaban con un derecho de servidumbre de alcantarilla y desagüe sobre el predio que la primera vendió al Ferrocarril de Caldas y a favor de los predios indivisos de la misma señora Arango y de la señora Echeverri.

2º Por escritura pública número 67 del 19 de enero de 1927, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, las señoras Matilde Arango viuda de V. y Adela Echeverri viuda de A. vendieron a la Compañía Colombiana de Cervezas los derechos indivisos de dominio sobre un lote de terreno situado al oriente de esta ciudad, y cuyos linderos constan en la copia de la escritura adjunta. En esta escritura quedó estipulado que las vendedoras transfieren a la Colombiana de Cervezas, el derecho de servidumbre de alcantarilla y desagüe que tienen sobre el predio vendido a la Empresa del Ferrocarril de Caldas por la señora Arango viuda de V.; quedando a la vez las vendedoras con un derecho de servidumbre de alcantarillado sobre el terreno que ellas han enajenado a la Colombiana de Cervezas.

3º Posteriormente en 1928 y por escritura pública número 2253 de 21 de diciembre de este año, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, el Departamento de Caldas celebró con la Compañía Colombiana de Cervezas un convenio relativo a la manera como dicha Compañía debía ejercer el derecho de servidumbre de alcantarilla y desagüe sobre la alcantarilla de propiedad del Ferrocarril de Caldas, según se desprende de la copia de la escritura que se adjunta.

4º Este derecho al ejercicio de la servidumbre de la alcantarilla y desagüe y en favor de la Colombiana de Cervezas, lo adquirió esta Sociedad por compra que hizo no sólo del terreno sino del derecho de servidumbre de alcantarilla, a las señoras Matilde Arango v. de V. y Adela Echeverri v. de A., como se ve en el hecho 2º de este libelo. Dichas señoras, a su vez, se reservaron el derecho de servidumbre de alcantarilla sobre el predio que la primera de las nombradas hizo al Ferrocarril de Caldas, derecho que a la postre fue el que las citadas señoras vendieron a la Colombiana de Cervezas. Así, que esta Sociedad ejerce el anterior derecho de servidumbre sobre un predio que es de propiedad del Departamento de Caldas, por haberlo adquirido éste para la Empresa del Ferrocarril de Caldas.

5º En la escritura de que se trata en el hecho 3º de esta demanda, las partes contratantes estipularon las condiciones, forma y manera como la Colombiana de Cervezas ejercería la servidumbre sobre el predio del Departamento de Caldas, que cargaba con tal gravamen. Asimismo estipuló que la Colombiana de Cervezas pagaría al Departamento de Caldas por este ejercicio, por "el derecho de dejar ejercer por dicha alcantarilla las servidumbres de alcantarilla y desagüe", como lo reza la escritura, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) oro que el Departamento declaró haber recibido a satisfacción.

6º Este *dejar ejercer* ya había sido otorgado con mucha anterioridad a la Colombiana de Cervezas y ésta pagó al Departamento de Caldas una suma que no tenía por qué pagar, ya que, como se ha dicho, la primera había adquirido con anterioridad un derecho a ejercer la servidumbre de alcantarilla y desagüe sobre predios y alcantarillas del segundo, derecho que está estipulado en las escrituras 936 de 22 de julio de 1926 y 67 de 19 de enero de 1927 y de que ya se ha hecho mención, y derecho cuyo ejercicio el Departamento de Caldas debía permitir por ser una obligación que ya había contraído y sin que por este ejercicio la Colombiana de Cervezas tuviera que desembolsar dinero para poderlo ejercer.

7º Se trata aquí de un pago que la Colombiana de Cervezas hizo al Departamento de Caldas sin que hubiera causa para verificarlo. Se trata del pago de una suma de dinero que no se debía, puesto que la Colombiana de Cervezas había adquirido un derecho a ejercer una servidumbre, adquisición que le ocasionó un desembolso de dinero simultáneo con la adquisición del terreno a favor del cual ejercería la servidumbre. Se trata de un pago por error efectuado por el entonces Gerente de la Colombiana de Cervezas, señor Pedro Bernal E., el cual creyó de buena fe que estaba obligado a pagar sin estarlo, y no tuvo en cuenta el derecho que pertenecía a la sociedad que representaba. Este pago consta que fue hecho, no sólo por haberlo declarado en la escritura pertinente, sino por el recibo emanado de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento y por el certificado expedido por la Administración General del Tesoro, los que se adjuntan.

8º La Colombiana de Cervezas verificó, pues, un pago que no tenía ninguna causa que lo justificara. Es un pago que al tenor del artículo 2313 del Código Civil fue hecho por error, puesto que fue un pago de una suma de dinero que no debía la Colombiana de Cervezas, como claramente se deduce de las escrituras pertinentes y que van adjuntas. El Gerente de la Colombiana pagó por un derecho adquirido con mucha anterioridad al otorgamiento de la escritura número 2253 de 21 de diciembre de 1928, y quizá por no tener presente dicha circunstancia pagó erróneamente".

Con apoyo en tales hechos la parte actora pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que el Departamento de Caldas debe restituir a la Colombiana de Cervezas, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal, cantidad ésta que la segunda pagó al primero, pago por demás erróneo e indebido, ya que la Colombiana de Cervezas tenía pleno derecho a ejercer la servidumbre de alcantarilla y de desagüe sobre la alcantarilla de la Empresa del Ferrocarril de Caldas.

"b) Que el Departamento de Caldas debe pagar la (sic) Colombiana de Cervezas, los intereses de la anterior suma, desde la fecha en que el pago indebido fue verificado hasta que se efectúe la restitución.

Previa la contestación de la demanda y la presentación de alegato por el representante del Ministerio Público, el Tribunal *a quo* puso fin al juicio por medio de sentencia absolutoria, la que, apelada por el apoderado de la actora, se encuentra sujeta al examen de esta Superioridad. Ante ésta ha sufrido el trámite de rigor el juicio de que se trata y por ello se pasa a decidirlo.

Concepto del señor Procurador.

Del alegato del señor Procurador Delegado en lo Civil, se destacan los siguientes párrafos, que contienen su concepto sobre el caso de autos:

"Según los términos del libelo de demanda, el actor solicita que por la justicia se declare: 'Que el Departamento de Caldas debe restituir a la Colombiana de Cervezas, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal, cantidad ésta que la Colombiana de Cervezas tenía pleno derecho a ejercer la servidumbre....', petición que basa en lo dispuesto por el artículo 2313 del Código Civil, de acuerdo con el cual 'si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado'. Esta disposición legal ha sido interpretada por la doctrina y la jurisprudencia como la consagración de una forma especial del llamado enriquecimiento sin causa, y en el caso concreto, el actor lo que pretende es que se ordene la devolución de una suma de dinero que pagó indebidamente.

Cinco son los elementos constitutivos de tal fenómeno sin cuya concurrencia no puede existir, o en otras palabras, son cinco los elementos necesarios para que prospere la acción de cobro de lo no debido, como forma especial que es del enriquecimiento sin causa. Tales son:

1º Una ventaja patrimonial para el demandado,

2º Un empobrecimiento correlativo para el actor.

3º Que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del reo, sea injusto por haberse producido sin causa jurídica, entendiendo por ésta, como un solo concepto los que para otros problemas se denominan causa y título. Por manera que en cuestiones de esta índole la ausencia de causa se toma 'en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro *no haya sido generada por un contrato* o un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito o por una disposición de la ley'.

4º Que el actor, para efectos de recuperar el bien patrimonial desplazado, carezca de cualquiera otra acción, toda vez que la acción de pago de lo no debido, como aplicación especializada que es del enriquecimiento sin causa, es subsidiaria.

5º Que la acción incoada busque solamente recuperar un bien patrimonial, no indemnizar un daño producido.

En el caso sometido a la revisión de la Corte y a que vengo refiriéndome, se realizan a cabalidad los dos primeros elementos, pues de parte del demandante hubo un desplazamiento patrimonial y a favor del demandado hubo un enriquecimiento del mismo orden, correlativo a aquél: la cantidad de $ 2.000.00 oro.

No se realiza, en cambio, el tercero de los elementos, pues el pago de tal suma, el desplazamiento de ese elemento patrimonial no se produjo sin causa jurídica, sino que se verificó como cumplimiento de una estipulación contractual, o para usar los términos empleados por la Corte, en este caso no hay 'ausencia de causa tomada en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido un contrato', pues justamente fue a virtud de un contrato como tal pago se hizo.

No realizándose este elemento tampoco se realizarán los dos restantes, que no son sino consecuencia del tercero.

Cree este Despacho que las consideraciones hechas por el Tribunal fallador en la parte motiva de la sentencia recurrida, están fuera de lugar, dada la manera como fue planteada la cuestión, y que ellas tendrían su lugar apropiado en la sentencia, si la acción que se hubiera intentado fuera encaminada a obtener la invalidación del acto o contrato que generó el pago. Es claro que si la acción intentada por el actor hubiera sido la que se acaba de mencionar y no la de repetición de lo pagado indebidamente, entonces sí habría sido oportuno y necesario examinar el problema relativo a la causa del acto o contrato, para que, una vez demostrada la falta de causa, se hubiera invalidado aquél y, como consecuencia de tal invalidación, ordenado la restitución de lo pagado en cumplimiento de las obligaciones generadas por el mentado acto o contrato.

Con las observaciones que anteceden hay base suficiente para concluir que el fallo debe ser absolutorio, no precisamente por las razones que tuvo en cuenta el Tribunal, sino porque la acción intentada es improcedente, no realizó los elementos sustanciales para su éxito.

Pido, pues, con todo respeto que sea *confirmada* en todas sus partes la sentencia apelada".

El concepto y decisión de la Corte.

Si bien concuerdan el señor Procurador y el Tribunal en este punto: en que existe causa jurídica que excluye llegar a la conclusión de que deban prosperar las peticiones de la actora, difieren en cuanto a la apreciación o a la noción de tal causa, pues mientras para el señor Procurador esa causa es el contrato celebrado entre la Colombiana de Cervezas y el Departamento de Caldas, de lo que, infiere el señor Procurador, además, que tampoco son pertinentes las consideraciones de la parte motiva de la sentencia del Tribunal, porque la parte actora no encamina su acción a obtener la invalidación del acto o contrato que generó el pago, el Tribunal, por su parte, sostiene que las peticiones de la actora no pueden prosperar, nó propiamente porque exista el acto contractual que dio lugar al pago que la actora considera hizo por error, o sin causa, sino porque, a juicio de él, hubo en el contrato citado una causa jurídica determinada y eficaz: la de pagar la Compañía actora al Departamento de Caldas "no solamente (dice el fallo apelado) por el nuevo servicio de ejercer por una determinada alcantarilla el derecho adquirido antes por el predio dominante, sino el nuevo derecho que adquiere para ese mismo predio y para la fábrica de cervezas que la mentada sociedad estaba contruyendo", agregando el Tribunal con apoyo de su tesis, lo siguiente:

".... puede aducirse también como la causa o el motivo inmediato que indujo al representante de la Colombiana de Cervezas a celebrar el pacto en referencia, el hecho muy protuberante que debió entrar en su consideración, consistente en que al establecer una fábrica con la capacidad de la que en ese entonces se construía, tal vez no le era suficiente para desaguar las aguas sobrantes de la fábrica y de sus servicios sanitarios la servidumbre que adquirió el predio por la escritura número 67, y que por lo tanto, si no obraba como obró en la escritura número 2253, seguramente se veria abocado a tener que indemnizar al dueño del predio sir-

viente de los perjuicios que le ocasionaría el mayor aumento de volumen de agua que pasaría por la alcantarilla, porque era claro que la servidumbre constituída a favor del predio dominante en el tiempo en que aún todavía no se había construído la fábrica, quedaba sujeta en su ejercicio a las necesidades de ese entonces y se regía por el título de su constitución, lo que podía ser evidentemente un obstáculo para establecer el nuevo servicio adaptado a las necesidades de la fábrica ya construída y que haría necesariamente más gravosa la condición del predio sirviente. Además, no debe olvidarse que el derecho de la servidumbre de alcantarilla y desagües adquirido por la Colombiana de Cervezas por la escritura pública número 67, estaba limitado desde un principio para su ejercicio en el título de su constitución, puesto que se había determinado la condición de que la elección y la forma de empate en la alcantarilla del Ferrocarril quedaba a voluntad del ingeniero de la Empresa. Luégo, por extinguir esa condición y adquirir el derecho de elegir determinada alcantarilla fue por lo que pagó la fábrica la cantidad que se dice indebidamente pagada".

* * *

Vistos los dos aspectos por los cuales contemplan la materia de la controversia, el señor Agente del Ministerio Público y el Tribunal fallador, *considera la Corte:*

De una manera general, en toda acción sobre pago por error o indebido de que trata el artículo 2313 del Código Civil, va envuelta la correlativa de nulidad o ineficacia, por falta de causa real, del acto o contrato que dio lugar a esa clase de pago, pues no puede haber obligación sin una causa real y lícita, ni consentimiento libre cuando interviene el error, la fuerza o el dolo (artículos 1524 y 1508 ibídem). Y no basta, simplemente, que esa causa sea un contrato. Preciso es que esa causa o motivo que induce al acto o contrato, sea real y licito.

Para que quien ha recibido dinero o cosa fungible sea obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad, es necesario que lo entregado no se hubiera debido a quien lo recibió, o que se pruebe que quien entregó, lo hizo con ánimo de donar y con perfecto conocimiento de lo que hacía.

En suma, o la simple liberalidad, comprobada y consciente, o el carácter compensador o conmutativo del pago en relación con el acto o contrato.

Estas serían las únicas causas reales y lícitas del pago hecho en tales circunstancias, y, por ende, las que excluirían la invalidez de tal acto o contrato y la obligación de restituir lo recibido.

Aplicadas estas ideas al caso de autos, la Corte ha llegado a la conclusión de que la providencia apelada no puede sostenerse por las siguientes razones, que ponen de bulto la ineficacia, por falta de causa real, de la estipulación contractual en cuya virtud el Departamento de Caldas recibió de la entidad demandante los dos mil pesos ($ 2.000.00) a que se refiere la demanda:

1º Por medio de la escritura número 936 de 22 de julio de 1926 de la Notaría Primera de Manizales, Matilde Arango viuda de Vélez dio en venta al Departamento de Caldas para la Empresa del Ferrocarril del mismo nombre, la mitad proindiviso con dicha Empresa, de un lote de terreno denominado "La Turquesa", y la mitad, también proindiviso con la citada Empresa, "de una zona destinada que una la Avenida Cervantes con la Estación de Cables Departamentales...."

En tal escritura estipulóse lo siguiente:

"Es entendido que los predios que le quedan a la vendedora y a la señora Adela Echeverri v. de A., aledaños a la carretera, quedarán con derecho a servirse de ella y a construir dando frente a la misma. Es entendido también, que el predio del lado de arriba de propiedad de la vendedora y de la referida señora Echeverri v. de A., queda con derecho a servidumbre de alcantarilla y de desagües sobre el predio cuya mitad proindiviso vende la mentada vendedora"....

"En este estado advierten los otorgantes que la servidumbre de alcantarilla y desagües de que se trata arriba consistirá en el derecho para la vendedora de empatar, en la forma que indique el Ingeniero de la Empresa, en la alcantarilla del Ferrocarril la alcantarilla que conduzca las aguas sobrantes de los predios superiores de propiedad de la vendedora".

2ª Por escritura número 67 de 9 de enero de 1927 de la misma Notaría Primera de Manizales, las señoras Matilde Arango v. de Vélez y Adela Echeverri v. de Arango, dieron en venta a "La Colombiana de Cervezas" por la suma de treinta mil pesos "los derechos indivisos de dominio que tienen en el siguiente inmueble con edificación: un lote de terreno al oriente de la ciudad de Manizales alinderado así: (aquí los linderos).

3ª En la precitada escritura, se lee esta estipulación: "Sexto: Que cuando las vendedoras vendieron al Departamento de Caldas una parte del lote que habían adquirido en la forma dicha, en la cláusula tercera de esta escritura, se estipuló que dichas vendedoras quedaban con derecho a servirse de la carretera y a construir frente a ella, y en la escritura que hizo la vendedora Matilde Arango de Vélez se estipuló que el resto del predio que quedaba a la dicha vendedora quedaba con derecho a servidumbre de alcantarilla y desagües. Los derechos de que se habla en esta cláusula constan en las escrituras públi-

cas números novecientos treinta y seis, de la Notaría Primera de Manizales, de veintidós de julio de mil novecientos veinteiséis y cuatrocientos sesenta de la misma Notaría, de trece de abril de mil novecientos veintiséis. Tales derechos entran en la presente venta. Declaran las vendedoras y así lo acepta la Sociedad compradora que el lote que se enajena por esta escritura queda con el gravamen de servidumbre de alcantarillado en favor del predio que les queda a las vendedoras alinderado así".

4º Posteriormente por escritura número 2253 de 21 de diciembre de 1928 de la Notaría Segunda de Manizales, se celebró entre el Departamento de Caldas y La Colombiana de Cervezas un contrato, en el cual se expresó lo siguiente:

"3º Que en la escritura novecientos treinta y seis que acaba de citarse se estipula que el predio del lado de arriba de propiedad de las vendedoras señoras Arango de Vélez y Echeverri de Arango, predio que es hoy de la Colombiana de Cervezas y que se alinderó bajo la cláusula segunda de la presente escritura, quedaba con derecho de servidumbre de alcantarilla y de desagüe sobre el predio que compraba el Departamento. Este derecho de servidumbre fue vendido por las citadas señoras a la Colombiana de Cervezas en la escritura 67, otorgada en la Notaría Primera de Manizales el diez y nueve de enero de mil novecientos veintisiete. Esta escritura 67 es el título de la Colombiana de Cervezas sobre el predio alinderado en la cláusula segunda del presente contrato.

4º Los dos contratantes en su carácter dicho, han convenido en lo siguiente:

a) Que esa servidumbre de alcantarilla y de desagüe se ejercite únicamente a perpetuidad y conforme a su capacidad actual, por la alcantarilla construída por el Ferrocarril de Caldas y los Cables, alcantarilla que va de Sur a Norte y es la construída al oriente del edificio de la Estación de dicho Ferrocarril, más o menos al frente de la mitad del predio alinderado bajo la cláusula segunda de la presente escritura; b) Para el efecto, ya la Colombiana de Cervezas tiene empatada la tubería de su alcantarilla en la alcantarilla de que se acaba de hablar; c) El precio por el cual el Departamento vende a la Colombiana de Cervezas el derecho de dejar ejercer por dicha alcantarilla las servidumbres de alcantarilla y desagües de su predio y de la Fábrica de Cervezas que la mentada sociedad está construyendo, es la suma de dos mil pesos oro, que el Departamento declara recibida a satisfacción; d) El sostenimiento de la alcantarilla del Ferrocarril y de los Cables se hará en la siguiente proporción: dos treceras partes el Ferrocarril y los Cables; y una tercera parte la Colombiana de Cervezas; e) Esta última no está obligada a entrar en gastos de ninguna clase si el Ferrocarril o el Departamento resuelven prolongar la alcantarilla de que trata la letra a) de esta cláusula, ni caso de que se haga esa prolongación, estará obligada dicha sociedad a entrar en gastos de conservación de la parte de alcantarilla prolongada" "..... Se aprueba el anterior contrato con la siguiente aclaración: Que el predio de la Sociedad Colombiana de Cervezas lo mismo que el del Ferrocarril de Caldas, quedan sometidos a la servidumbre de acueducto recíprocamente, derecho éste, que se ejercitará por donde no cause daño alguno a los edificios y obras de arte permanentes.

5ª Del texto y del espíritu de los documentos que se dejan citados en lo pertinente, aparece muy claro que cuando el Departamento de Caldas adquirió los predios que se le vendieron por medio de la escritura número 936, ya citada, quedó en conocimiento de la existencia de la servidumbre de alcantarillado y desagües en favor de los predios superiores o dominantes; e igualmente claro es también que el citado Departamento contrajo en ese mismo instrumento la obligación, de permitir que tal servidumbre se ejerciera concediéndole a la parte vendedora el derecho de empatar, en la forma que indique el Ingeniero de la Empresa, en la alcantarilla del Ferrocarril la alcantarilla que conduzca las aguas sobrantes de los predios superiores de propiedad de la vendedora".

Así las cosas, y no apareciendo comprobado en los autos que el ejercicio de la servidumbre se haya hecho más gravoso o incómodo para el Departamento de Caldas, ya sea por el aumento de volumen de las aguas provenientes del predio favorecido con el gravamen, o por otra circunstancia que agravara la condición del predio sirviente con motivo del desagüe por la alcantarilla construída por La Colombiana de Cervezas, el Departamento de que se trata carecía de derecho para recibir cantidad alguna de dinero de La Colombiana de Cervezas "por el derecho *de dejar ejercer* —subraya la Corte— por dicha alcantarilla las servidumbres de alcantarilla y desagües de su predio y de la Fábrica de Cervezas que la mentada sociedad está construyendo.....", según reza la precitada escritura 2253 de 21 de diciembre de 1928.

No encuentra la Corte aceptable el argumento de que se trataba (en el pago de los dos mil pesos al Departamento de Caldas) de una *compensación* por un *"nuevo* derecho de servidumbre que se le otorgó (a la parte actora) por dicha escritura"; porque quien tiene derecho a una servidumbre, lo tiene, igualmente, a los medios necesarios para ejercerla (Código Civil, artículos 885 y 886), y, como quedó visto, La Colombiana de Cervezas tenía ya ese derecho constituído por virtud de las escrituras números 936 y 67 que

se dejaron citadas. La alcantarilla del Ferrocarril existía ya cuando se otorgó la escritura número 936 y por ella, sin indicar el sitio, debía hacerse la conexión o empate para la conducción de las aguas del predio dominante. Esto está fuera de toda duda.

Por ello es inválido también el argumento consistente en recordar que en la escritura número 936 se había estipulado que el empate o conexión de la alcantarilla del predio dominante a la alcantarilla del Ferrocarril, se efectuaría "en la forma que indique el Ingeniero de la Empresa". Esto debe entenderse en el sentido de que el Ingeniero podía intervenir desde el punto de vista técnico *"en la forma"* en que debía hacer tal conexión, La Colombiana de Cervezas, mas no lo autorizaba tal estipulación para indicar que el Departamento debía recibir de tal Compañía suma alguna *"por el derecho de dejar ejercer"* el que ya se había constituido en forma gratuita y clara en favor de ella y a cargo del Departamento de Caldas por virtud de la escritura número 936 de 22 de julio de 1926.

La deducción que hace el Tribunal *a quo* acerca de que en el ánimo del Gerente de la Compañía de Cervezas debió entrar la idea de que por el derecho de elegir el punto donde debía efectuarse la conexión era razonable compensar al Departamento de Caldas, no encuentra respaldo en el expediente ni armoniza tampoco con la situación legal y probatoria de autos, puesto que no determinado en la escritura 936 el sitio o lugar preciso de la alcantarilla del Ferrocarril por donde debía empatar la del predio dominante, esa conexión podía hacerse en el punto que eligiera el ingeniero, sin perjudicar o agravar el ejercicio de tal servidumbre, como así se deduce de las normas de los artículos 886 y 887 del Código Civil.

Sobre la cuestión que se examina, no sólo obran en favor de lo que la Corte sostiene los documentos de que se ha hecho mención, sino otras pruebas como son la diligencia de inspección ocular practicada ante el Tribunal *a quo* el 12 de agosto de 1941 (folios 7 a 9, cuaderno número 2) y lo declarado por los testigos Francisco Jaramillo G. y Roberto Arango.

El primero de éstos declara lo siguiente:

"Por haber sido empleado de los Cables Aéreos de esta ciudad, y por conocer directa y personalmente, afirmo que la alcantarilla del Ferrocarril de Caldas, en la Estación de esta ciudad, estaba construída cuando se construyó la alcantarilla de la Fábrica de la Compañía Colombiana de Cervezas, pues yo intervine en la construcción de la alcantarilla del citado Cable en donde empata la del Ferrocarril. Al tercero: Por el mismo conocimiento afirmo que cuando la alcantarilla de la Fábrica de la Colombiana de Cervezas se empató en la alcantarilla del Ferrocarril de Caldas, ésta no se amplió por el aumento de servicio. Al punto cuatro: No me es posible recordar la forma como está construída la alcantarilla del Ferrocarril, ni qué capacidad de agua pueda correr por ella, pero sí sé que es una alcantarilla grande y bien construída. Al quinto: Es verdad y me consta por las mismas razones que por la alcantarilla del Ferrocarril de Caldas, fuera de las aguas de éste, no corren sino las aguas sobrantes del predio superior, o sea el predio ocupado por la Fábrica de la Colombiana de Cervezas. Al sexto: Es verdad y lo afirmo por el mismo conocimiento que tengo y por las razones dichas, que el Ferrocarril de Caldas en el predio ocupado por la Estación del mismo aquí en Manizales, únicamente ha tenido y tiene en la actualidad una sola alcantarilla y que esta única alcantarilla es a la que la Fábrica de la Colombiana de Cervezas empató la suya, pues yo no he conocido más alcantarilla al Ferrocarril".

El segundo de estos testigos dijo:

"Me consta personalmente y así lo afirmo, que la alcantarilla del Ferrocarril de Caldas, en la Estación de Manizales, estaba ya construída cuando se construyó la alcantarilla de la Fábrica de Cervezas. Al punto 3º dijo: Me consta igualmente, por haber sido encargado de la obra, que cuando la alcantarilla de la Fábrica Colombiana de Cervezas se empató en la del Ferrocarril de Caldas, ésta no se amplió por el aumento de servicio. Al punto 4º dijo: No recuerdo cómo fue construída la alcantarilla del Ferrocarril, como tampoco la cantidad de agua que corriera por ella, pues hace bastante tiempo que me tocó dirigir esos trabajos. Al punto 5º dijo: Afirmo además, por el mismo conocimiento, que por la alcantarilla del Ferrocarril de Caldas, fuera de las aguas de éste, corren también las aguas sobrantes del predio superior, o sea del predio de la Fábrica de Cervezas, como también las del Orfelinato. Al punto 6º dijo: No recuerdo si el Ferrocarril de Caldas, en la Estación de Manizales tenga una o más alcantarillas, aunque yo sólo construí una".

Y los peritos señores Pedro Peláez y Eduardo Zuloaga Echeverri, de común acuerdo, concluyeron así su declaración:

"La alcantarilla de la Colombiana de Cervezas, empata como se ha dicho, en la central derecha, siendo a ésta donde tiene más fácil accéso, ya que las demás están más retiradas".

El hecho de que la conexión de la alcantarilla de la entidad demandante, al sistema de alcantarillado del predio sirviente se hubiera efectuado por la vía más corta, está en armonía con

la naturaleza misma de la servidumbre de que gozaba y con las reglas que contiene el artículo 922 del Código Civil en sus relaciones con los artículos 886 y 887 ibídem ya citados.

Todo lo dicho excluye la idea de que se hubiera configurado en el caso de autos uno de compensación que jusificara el pago al Departamento de Caldas de suma alguna *por el modo* de ejercer el derecho de la servidumbre de que gozaba el predio superior de propiedad de la Compañía demandante, lo que significa que no hubo causa real que justifique ese pago, porque no hubo obligación que lo acreditara, y que habiendo sido hecho por error tal pago, la estipulación que le dio origen es inválida y así procede declararlo, aunque en la demanda no se hablara de *falta de causa* de la obligación, que sí se habla, según puede observarse en los hechos 7º y 8º, pues como antes se expresó, basta alegar y probar que un pago se ha hecho por error o indebidamente, para que aparezca que la obligación a que el pago obedeció carece de causa real.

Por parte del Departamento demandado, la Corte reconoce que existió el mismo error de buena fe al recibir los dos mil pesos demandados, y por ello conceptúa que de acuerdo con los artículos 2318 y 768 del Código Civil, no es el caso de condenarlo al pago de intereses corrientes.

A virtud 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, *revoca* la sentencia apelada y en su lugar decide:

a) Condénase al Departamento de Caldas a restituir a la Colombiana de Cervezas la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) que de ella recibió según el contrato contenido en la escritura 2253 de 1928 citada en la presente sentencia.

b) Absuélvese al mismo Departamento del pago de costas, pero se le condena al pago de intereses legales desde la fecha de la notificación de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en el próximo número de la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales

Por medio del Decreto número 1420 de 1943 reasumió el Estado la Dirección y Administración de los ferrocarriles de propiedad de la Nación y le dio al Consejo Administrativo de ellos el carácter de Delegado de tal Administración, pero como no se precisó el alcance de tal Administración, el Ejecutivo, en uso de las facultades que le otorgó la Ley 7ª de 1943, dictó con posterioridad al Decreto mencionado los Decretos números 1842 de 18 de septiembre (Diario Oficial número 25358) y 2645 de 30 de diciembre de 1943 (Diario Oficial número 25435), que determinan el alcance de dicha delegación y establecen que la representación judicial la ejerza el Administrador del Consejo con independencia del Ministerio Público.

Los artículos de los Decretos citados confirman la doctrina sustentada por la mayoría de la Sala antes de la expedición de dichos Decretos, en cuanto se establece que la representación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales en los juicios que comprometan por una u otra causa el patrimonio que por ley se le ha confiado a su ciudado, corresponde única y exclusivamente al Administrador General, con exclusión del Ministerio Público.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, once de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El señor Luis Sáenz Fety por medio de apoderado presentó ante el Tribunal Superior de Bogotá demanda contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado por el señor Administrador General, para que mediante el trámite propio de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hiciera la siguiente declaración: "que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales está obligado y queda condenado a indemnizar a mi representado los perjuicios que éste sufrió en su persona y bienes al ser arrollado por un tren del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila el día cuatro de abril último en el punto de 'Guaraguao' del Municipio del Espinal". (Folio 2 del cuaderno número 1).

El Tribunal en providencia de 10 de diciembre de 1942 (folio 3 vuelto del cuaderno número 2) denegó la admisión de la demanda y se abstuvo de reconocer al apoderado designado por el demandante. Lo primero, en consideración a que por la jurisprudencia se ha consagrado que, en tratándose de un caso como el planteado en el libelo en mención, debió demandarse a la Nación representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y lo segundo, por cuanto el memorial poder conferido por el señor Sáenz Fety al doctor Salah Villamizar no fue presentado conforme lo disponen los artículos 256 y 223 del Código de Procedimiento Civil.

Subsanada como fue por el doctor Salah Villamizar, la segunda deficiencia que el Tribunal Superior de Bogotá anotó en la precitada providencia, sostuvo en escrito que obra a folio 6 del cuaderno que se viene citando, sus primitivos puntos de vista, que lo llevaron a demandar directamente al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y no a la Nación, como lo observa el Tribunal.

El apoderado del actor alega así:

"La personería del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales para comparecer en juicio como actor o como demandado fue objeto de largos estudios y opuestas soluciones en los Tribunales y en la Corte Suprema de Justicia. Y si es verdad que esta entidad en un principio acogió la tesis de que debía ser demandada la Nación misma de modo directo, también es verdad que en jurisprudencias posteriores y mantenidas hasta hoy, ha corregido ella misma aquella interpretación legal y ha sentado la doctrina que parece más conforme a la ley creadora del Consejo de que la demanda está bien dirigida cuando lo está contra la persona jurídica del Consejo representada conforme a su ley orgánica, por el Administrador General".

Mas para el caso de que nuevamente el Tribunal le denegara la admisión de su demanda, pidió, en subsidio, apelación de la providencia en referencia.

El Tribunal de primer grado, en providencia de veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y tres, no accedió a reponer el auto ma-

teria de esta apelación, y al efecto, para sustentarlo, se apoyó en una sentencia de la Corte de fecha 10 de marzo de 1938, en la que se dijo que la facultad concedida por la Ley 29 de 1931 al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, en su artículo 2º, para presentarse ante los Tribunales a demandar en nombre de la Nación, o a proponer excepciones, se refiere solamente a asuntos meramente administrativos, relacionados con la gestión que tiene a su cuidado conforme a la ley.

Y como en el caso de autos, dice el Tribunal, "la acción que se promueve contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, no se relaciona con asuntos meramente administrativos, sino que tiende a que se haga una declaración que compromete directamente la responsabilidad del Estado, entonces esa acción debe dirigirse, como es obvio, contra la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, como regla especial consagrada por la Ley 29 de 1931, pues la regla general es que la representación de la Nación en juicio corresponde en los Tribunales Superiores a los Fiscales respectivos y ante la Corte al Procurador, o a sus apoderados, en los casos permitidos por la ley.

"... ... ...

"Pero bajo el imperio del sistema legal en la fecha existente, ni siquiera para lo relacionado con asuntos meramente administrativos puede considerarse ya que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales constituye una persona jurídica autónoma, como lo decía la Ley 29 de 1931. En efecto, la Ley 7ª de 1943 (2 de marzo), en su artículo 19 estableció: 'Autorízase al Gobierno para reorganizar la Administración de los Ferrocarriles Nacionales y la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas. Con este objeto, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 31 de diciembre de 1943'.

"En desarrollo de estas facultades extraordinarias, el Presidente de la República dictó el Decreto número 1420 de 1943 (julio 17), vigente desde el 19 de julio subsiguiente, por el cual se dictan algunas medidas sobre Administración de los Ferrocarriles Nacionales, y en el artículo 1º del citado Decreto se preceptuó lo siguiente:

'Artículo 1º La Dirección y Administración de los Ferrocarriles de propiedad de la Nación corresponde al Organo Ejecutivo, y la ejercerá por delegación en el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por la Ley 29 de 1931'; y en el parágrafo de ese artículo, en la parte final, se consignó: 'Quedan así modificados el inciso primero del artículo 4º de la Ley 29 de 1931 y el artículo 5º de la misma ley'.

"Se tiene por consiguiente que en el régimen legal actual, es el Organo Ejecutivo, representativo para el caso de la Nación, quien tiene la Administración de los Ferrocarriles Nacionales, al propio tiempo que el Consejo Administrativo de ellos es un simple delegado; luego ha desaparecido la autonomía del Consejo para efectos administrativos".

* * *

En consideración a los motivos expuestos que anteceden, el Tribunal no accedió a reponer su auto primitivo y por este motivo concedió el recurso de apelación para ante esta Sala de la Corte, en donde se procede a decidir, cumplidos como se encuentran los trámites de rigor.

Se considera:

Cuando el Tribunal profirió la providencia que denegó la reposición (27 de julio de 1943), estaban vigentes las disposiciones legales de que se hará mención.

El Congreso expidió la Ley 7ª de 1943, por la cual se autorizaba al Organo Ejecutivo para reorganizar la Administración de los Ferrocarriles Nacionales y la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, y para ese fin se le concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la República hasta el 31 de diciembre del año en cita.

En desarrollo de dichas facultades extraordinarias, el Ejecutivo dictó el Decreto número 1420 (julio 17 de 1943), por medio del cual la Nación reasumió la Dirección y Administración de los Ferrocarriles, dándole al Consejo Administrativo de ellos el carácter de delegado de tal Administración. Mas como en este Decreto no se puntualizó de manera concreta el alcance de la mencionada delegación, se pensó que el Consejo, en lo sucesivo, estaba privado de la autonomía legal de que antes disfrutaba, y, en consecuencia, había pasado a ser una simple dependencia administrativa.

En presencia de esta situación, se consideró, tanto por el Tribunal (en la providencia que se viene estudiando), como por esta Sala de la Corte (juicio de Miguel Vergara contra la Nación, *Gaceta Judicial* número 1998, páginas 781 y siguientes) que la representación en los juicios relacionados con los ferrocarriles de la Nación correspondía a los Fiscales en los respectivos Tribunales Superiores y ante la Corte, al Procurador General de la República.

Interpretando de la manera como queda dicho el Decreto 1420 de julio de 1943, el Tribunal rechazó la demanda presentada, por cuanto ella iba dirigida contra el doctor Gustavo Bachman, en su calidad de "Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales y como tal Director y Representante del Consejo Administrativo de ellos" y no, como lo dice el Tribunal, contra la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles como Delegado del Gobierno.

Pero también se advierte que cuando el actor presentó su libelo de demanda (diciembre 9 de 1942) imperaba la doctrina de la mayoría de la Corte sustentada en numerosos fallos publicados ya, a los cuales de manera expresa se remite la Sala, y en dicha doctrina se venía sosteniendo que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales era una persona jurídica autónoma y que como tal podía comparecer en juicio como actor o demandado, sin otro requisito ni limitación.

De manera, pues, que así el Tribunal como el demandante procedieron en el caso de autos en armonía con disposiciones legales preexistentes y con la doctrina de que se ha hecho mérito.

Como se dijo ya, por medio del Decreto número 1420 de 1943, el Estado reasumió la dirección y administración de los ferrocarriles de propiedad de la Nación y le dio al Consejo Administrativo de ellos el carácter de Delegado de tal Administración, pero como no se precisó el alcance de dicha delegación, el Ejecutivo en uso de las facultades que le otorgó la Ley 7ª de 1943, dictó con posterioridad al Decreto en mención, los números 1842 de 18 de septiembre (*Diario Oficial* número 25358) y 2645 de diciembre 30 de 1943 (*Diario Oficial* número 25435) que determinan el alcance de dicha delegación y establecen que la representación judicial la ejerza el Administrador del Consejo con independencia del Ministerio Público.

Las disposiciones atinentes al caso de autos de los referidos Decretos, son del tenor siguiente:

Decreto número 1842.

"Artículo 1º La Dirección y Administración de los ferrocarriles de propiedad de la Nación, continuará ejerciéndose por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, de conformidad con las disposiciones legales anteriores al Decreto número 1420 de 1943, y sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en el mencionado Decreto.

"Por consiguiente, en todos los asuntos que se relacionan con la Dirección y Administración delegada, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado por el Administrador General, tiene la personería activa y pasiva de la Nación, *con exclusión del Ministerio Público* —subraya la Corte— en lo referente a ferrocarriles nacionales y cables aéreos, ante toda clase de autoridades, y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios, gozando en materias judiciales y administrativas, de todos los privilegios concedidos a la Nación.

"Los contratos que haya celebrado y en lo sucesivo celebre el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en ejercicio de la delegación que tiene, no requieren las formalidades ordinarias consignadas en las leyes fiscales para los contratos que celebre la Nación.

"Artículo 2º Queda en esta forma interpretado el Decreto número 1420 de 17 de julio de 1943".

Y el Decreto número 2645 consigna en su artículo segundo una disposición más terminante al respecto. Dice así:

"El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General, ejercerá todas sus funciones con una completa independencia y tendrá la personería activa y pasiva de la Nación, *con exclusión del Ministerio Público* —se subraya—, en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades, y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios, gozando en materias judiciales y administrativas, de todos los privilegios concedidos a la Nación".

Los artículos que se dejan transcritos, vienen, pues, a confirmar la doctrina sustentada por la mayoría de esta Sala con anterioridad a la expedición de dichos Decretos, en cuanto se establece que la representación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales en los juicios que comprometan por una u otra causa el patrimonio que por ley se le ha confiado a su cuidado, corresponde única y exclusivamente al Administrador General, con exclusión del Ministerio Público.

De todo lo dicho puede y debe sacarse la siguiente conclusión:

Si a la fecha en que se decide el presente recurso, en que se dictó la providencia de reposición y en la de la demanda, la personalidad jurídica en los juicios relacionados con los Ferrocarriles Nacionales la llevaba y lleva, únicamente, el Administrador del Consejo de los Fe-

rrocarriles, por delegación del Gobierno Nacional, quien a su vez la tiene a nombre de la Nación, la demanda de autos es procedente por este aspecto de forma, aunque no se hubiera expresado la frase sacramental de que se demandaba al Consejo como representante de la Nación, pues era aquella entidad, según las doctrinas de la Corte hasta entonces vigentes con relación a la Ley 29 de 1931, la que debía comparecer en el juicio por conducto de su Administrador en todos los actos relacionados con la administración de los bienes manejados por el Consejo, actos de administración entre los cuales se cuentan aun aquellos que hagan relación a la responsabilidad por cualquiera clase de hechos ejecutados en el manejo de tales bienes por el citado Consejo.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, *revoca* la providencia apelada y en su lugar ordena darle el curso legal correspondiente a la demanda de que se trata.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Título ejecutivo

1—Es inaceptable la tesis de que para hacer efectivas las obligaciones provenientes de providencias administrativas, que prestan mérito ejecutivo, debe esperarse la aceptación de la persona contra quien la obligación se deduce, o el fallo contencioso administrativo que así lo declare. El artículo 1059 del Código Judicial otorga a las copias de las Resoluciones de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos, el mismo mérito ejecutivo que tienen los actos y documentos mencionados en el artículo 982 ibídem. Si esa tesis se aceptara habría que considerarla procedente también para todos aquellos instrumentos de que trata el artículo últimamente citado, previniendo que para su utilización en las ejecuciones habría que someterlos por anticipado a la aceptación expresa o tácita del deudor, o al trámite de un juicio ordinario que así lo declare, ya que sobre ellos no sería posible entablar acciones ante la justicia administrativa. Los requisitos de exigibilidad de los actos y documentos de que trata el artículo 982 —dentro de los que están incorporados los que se enumeran en el 1059— no pueden ser otros que los allí mismo previstos: ser clara, expresa y actualmente exigible. Agregar otros requisitos sería adicionar una ley que taxativamente hizo la enumeración e impuso el límite.

2—La legitimidad del título ejecutivo no puede controvertirse, en lo esencial, sino en el momento de las excepciones; entonces se establece por las pruebas y contrapruebas el hecho en que el título se afianza o el que sirva para destruírlo. Antes no es posible por la índole misma del procedimiento ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El doctor Gualberto Rodríguez Peña, como apoderado del "Almacén Morales, S. A.", solicita reposición de la anterior providencia tomada por la Sala en que se confirmó el mandamiento de pago librado contra sus poderdantes:

Las observaciones hechas por el señor abogado pueden resumirse así:

1ª Al dictarse el mandamiento ejecutivo se cometió un error que implica para el ejecutado un gravamen de diez pesos ya que la primitiva Resolución le imponía una multa de $ 2.985.00 y la segunda Resolución la modificó bajando la cuantía a la suma de $ 2.975.00.

2ª Las Resoluciones administrativas que implican obligaciones que pueden cobrarse ejecutivamente, están subordinadas a la aceptación expresa o tácita de la persona contra quien la obligación se deduce, o al fallo contencioso administrativo que así lo declare.

3ª La providencia que resuelva sobre la apelación del auto ejecutivo debe considerar la fuente de donde la obligación proviene, y no remitir al interesado a la controversia de excepciones.

Los puntos anteriores se consideran por la Corte separadamente y en su orden:

1º La Sala encuentra razonable la primera observación hecha por el señor abogado, por las razones que él expone, y que la Sala resumió arriba, y la parte resolutiva de esta providencia modificará la apelada en el sentido aludido.

2º Es inaceptable la tesis de que para hacer efectivas las obligaciones provenientes de providencias administrativas, que prestan mérito ejecutivo, debe esperarse la aceptación de la persona contra quien la obligación se deduce, o el fallo contencioso administrativo que así lo declare.

El artículo 1059 del Código Judicial otorga a las copias de las Resoluciones de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos, el mismo mérito ejecutivo que tienen los actos y documentos mencionados en el artículo 982 ibídem. Si la tesis del señor apoderado se aceptara, habría que considerarla procedente también para todos aquellos instrumentos de que trata el artículo últimamente mencionado, previniendo que para su utilización en las ejecuciones habría que someterlos por anticipado a la aceptación expresa o tácita del deudor, o al trámite de un juicio ordinario que así lo declare, ya que sobre ellos no sería posible entablar acciones ante la justicia administrativa.

Los requisitos de exigibilidad de los actos y documentos de que trata el artículo 982 —dentro de los que están incorporados los que se enumeran en el 1059— no pueden ser otros que los allí mismo previstos: ser clara, expresa y actualmente exigible. Agregar otros requisitos sería adicionar una ley que taxativamente hizo la enumeración e impuso el límite.

Y no puede decirse que con ello se viola "un principio constitucional inmutable conforme al cual *nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio*" —como lo afirma el señor apoderado del ejecutado— porque la ley colombiana ha previsto para esta clase de juicios los sistemas de defensas que se pueden ejercitar, y ha señalado también el momento procesal de interponerlos. Quien quiera hacer uso de ellos debe sujetarse a las disposiciones legales que regulan la materia en vez de escoger una ocasión inoportuna dentro de la acción.

Además, es característica especial del juicio ejecutivo la de que se inicie con una orden perentoria de pago cuando se llenan los requisitos arriba enumerados, sin que por esto se viole el concepto constitucional enunciado por la parte ejecutada ya que dentro del mismo juicio tiene amplia oportunidad de defenderse.

3º En el auto reclamado se dijo que es impropio dentro de la apelación del auto ejecutivo considerar la legitimidad de la fuente de la obligación que se cobra por ser propia esta cuestión del incidente de excepciones que está previsto en el artículo 1025 del Código Judicial.

Considera el señor apoderado que una obligación expresa, clara y actualmente exigible sólo puede tener existencia cuando el juzgador encuentra legítima la fuente de donde la hace provenir, y concluye que, por tanto, esta última cuestión debe considerarse en la apelación del auto ejecutivo.

Para la Sala la observación del señor apoderado es acertada en principio pero no puede llevarse hasta el límite que él pretende. Es claro que el Juez ha de encontrar legítima formalmente la fuente de la obligación; pero la legitimidad del título no puede controvertirse, en lo esencial, sino en el momento de las excepciones; entonces se establece por las pruebas y contrapruebas el hecho en que el título se afianza o el que sirva para destruírlo. Antes no es posible por la índole misma del procedimiento ejecutivo. En el auto reclamado se consideró inoportuna la alegación del ejecutado porque en ella se estima que la ley no exige para las sociedades anónimas de familia la agregación a los títulos de las estampillas que echó de menos el empleado recaudador. Es éste un hecho claramente exceptivo puesto que constituye una circunstancia que, de acuerdo con las leyes, si se prueba, destruye la existencia de la obligación, y debe tramitarse como tal. No habiendo llegado el momento procesal de hacerlo no puede considerarse.

—

Por tanto, debe modificarse el auto reclamado en la forma señalada en el punto 1º de esta providencia.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte *confirma* la providencia reclamada y advierte que la ejecución contra el "Almacén Morales, S. A." debe seguirse por la suma de dos mil novecientos setenta y cinco pesos ($ 2.975.00) moneda corriente.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Se confirma el auto apelado

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Pedro A. Quintero demandó ejecutivamente al Departamento de Caldas ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales para que mediante los trámites del juicio en mención la entidad primeramente nombrada fuese obligada a lo siguiente:

"Primero—A que construya el trayecto o acequia que, con motivo de la construcción de la carretera Manizales-Aguadas, fue destruída, acequia que se encontraba en finca de mi propiedad, y que conducía el agua para mi establecimiento de caña;

Segundo—A que me indemnice de los perjuicios derivados por la falta de cumplimiento, por parte del Departamento de Caldas, de su obligación; esta indemnización se discrimina así:

"a) *Daño emergente* consistente: 1º en la pérdida del establecimiento de caña de mi propiedad, el valor del cual asciende a la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda corriente, suma en que se estima el valor de tal establecimiento de caña, ya que toda la caña se perdió en la imposibilidad de beneficiarla, por falta de agua, lo mismo que toda la cepa de la caña; 2º El valor del tanque que fue destruído y cuyo valor de costo fue aproximadamente de trescientos pesos moneda corriente ($ 300.00).

"b) *Lucro cesante,* que se computará desde el día diez y seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941), época desde la cual fue constituído en mora el Departamento de Caldas, y cuyo valor asciende a la cantidad de dos mil seiscientos sesenta y seis pesos con sesenta centavos ($ 2.666.60), o sea a razón de doscientos pesos mensuales ($ 200.00), valor igual al producto líquido que rendía el próspero establecimiento de caña de mi propiedad y que, debido al incumplimiento de las obligaciones del Departamento de Caldas no puedo percibir desde la destrucción de la acequia susodicha, con motivo de la construcción de la carretera Manizales-Aguadas".

Como principal fundamento de hecho fue aducida la escritura número 480 otorgada ante el Notario de Salamina y registrada en la misma ciudad, en la que se relaciona un contrato celebrado entre el demandante y el doctor Juan de Dios Velásquez, Ingeniero Jefe de la Carretera Manizales-Aguadas, por medio del cual el primero transfiere al Departamento a título de venta con destino a la construcción de la carretera mencionada, en el sector Salamina-Pácora, en dos lotes situados en el pasaje de La Frisolera, jurisdicción del Municipio de Salamina, y que se encuentran delimitados en el título aludido, una faja de cuatrocientos cincuenta y cinco metros lineales de longitud, por veinte de latitud. Una de las estipulaciones de esta escritura dice textualmente en su parte final: "..... Es condición de este contrato que el Departamento se obliga a arreglar la acequia que conduce el agua para el servicio del establecimiento de caña del vendedor señor Quintero en el trayecto que coge la faja de la carretera por terreno del vendedor.

También acompañó a la demanda el contrato celebrado por la Nación el 25 de enero de 1935, por medio del cual el Departamento obraba como delegado de la Nación, para la construcción de varios tramos de la carretera, en los cuales se cuenta el trayecto Salamina-Pácora; y copia de la entrega hecha por el Departamento a la Nación del de la carretera Salamina-San Lorenzo, el 1º de septiembre de 1942.

El Tribunal negó las peticiones de la demanda y de esta providencia se solicitó reposición. Durante el trámite de este recurso se allegaron al expediente dos declaraciones tomadas extrajuicio, y que no fueron ratificadas ante el Tribunal. La reposición fue negada, y concedido el recurso de apelación que ha sido tramitado totalmente en la Corte y ahora se falla.

El artículo 982 del Código Judicial determina los requisitos que debe llenar una obligación para que pueda exigirse ejecutivamente, así: "Se requiere, además, que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación 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".

Los elementos probatorios aportados a este juicio no establecen con claridad qué clase de obligación ha contraído el Departamento por

medio de la escritura número 480 mencionada. Solamente se tiene conocimiento que adquirió el compromiso de arreglar una acequia de propiedad del ejecutante.

El vacío que se observa fue contemplado también por el Tribunal, y la Sala reproduce la parte pertinente del auto respectivo, por hallarse de acuerdo con lo allí expresado y como fundamento de esta providencia en atención a que el estado jurídico del asunto no ha sufrido ningún cambio ante la Corte, donde no se allegó comprobación alguna nueva.

"Como en el auto en mención se agrega, además, que entre las deficiencias de que adolece el título acompañado como prueba y del que se quiere hacer desprender la obligación de hacer que fue objeto del requerimiento hecho al Departamento, no es claro, porque no se dan las especificaciones de la acequia que dañó la carretera, el actor acompañó a su memorial sobre reposición las declaraciones de los señores Juan de Dios Cardona y Lisandro Rivera tendientes a llenar dicho vacío, las cuales se analizarán luégo.

"Manifiesta el recurrente, que las dimensiones y calidades de dicha acequia 'fueron lo bastante conocidas por el Departamento, ya que el Ingeniero representante de éste al hacer el negocio de la faja de terreno, perteneciente a la finca, no iba a firmar una escritura relativa a un negocio que no conocía'. Este argumento se vuelve contra el mismo recurrente porque si ellas fueron conocidas por el representante del Departamento han debido dejarse relacionadas en la escritura de venta de la faja, puesto que el Departamnto es una persona jurídica que subsiste a través del tiempo con independencia de sus agentes o representantes y por tanto, en forma general, no puede atenerse sino a las constancias oficiales, en cada caso, según las normas legales.

"Por consiguiente, la claridad de la obligación debe estar no sólo en la forma exterior del documento, sino también en su contenido jurídico según su naturaleza sin que haya necesidad de recurrir en el presente caso a pruebas adicionales y que no emanan del deudor.

"Pero en el caso presente, se han presentado diversos documentos con los cuales se pretende aparejar la prueba suficiente para la ejecución, los cuales sin embargo no satisfacen las exigencias legales porque siempre queda latente la indemnización de la obligación de hacer en relación con la forma o condiciones en que se han de ejecutar las referidas reparaciones de la acequia. Pues aún, si fuera procedente el recibo de declaraciones tomadas extrajuicio para completar la prueba que exige el artículo 982 del Código Judicial, las dos declaraciones presentadas por el recurrente no hacen prueba para el caso, porque hablan de una acequia en la región de 'La Frisolera', de la jurisdicción de Salamina, en fundo del señor Pedro A. Quintero, sin que se le determine expresamente; en cuanto a las especificaciones de la referida acequia no están de acuerdo, pues aun Rivera manifiesta no conocer las dimensiones del tanque de agua, máxime que el dicho declarante no expresa la manera como tuvo conocimiento de los hechos que afirma, pues la expresión "por haber conocido suficientemente el establecimiento de caña....'. 8 es muy usual, y equivale ordinariamente a esta otra: 'por el conocimiento personal que tengo', etc., expresiones que nada dicen en cuanto a las formas de percepción que tuvieron para adquirir el conocimiento de los hechos sobre que deponen; por tanto dichas declaraciones no harían plena prueba en el caso de que fueran conducentes en esta clase de juicios (artículo 698 del Código Judicial)".

Por otra parte, la Sala se encuentra en perfecto acuerdo con el señor Procurador al observar que según lo estipulado en la escritura número 480 el Departamento demandodo se obligó "a *arreglar* convenientemente la acequia que conduce el agua para el servicio del establecimiento de caña del vendedor Quintero" y no a lo que pretende la demanda que solicita la condena del Departamento a que "*construya* el trayecto de acequia" que fue destruído. Existe una notoria diferencia entre la obligación que el Departamento contrajo y las pretensiones de la parte demandante.

Las consideraciones anteriores ponen de presente que la obligación que el Departamento de Caldas contrajo con el demandante, y cuyo cumplimiento éste reclama, no es clara, por lo cual no puede hacerse efectiva en un juicio ejecutivo al tenor de lo dispuesto en el artículo 982 del Código Judicial.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia *confirma* la providencia apelada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Acción petitoria de pago de perjuicios por la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana

1—Mientras una incapacidad de la persona no se ponga en relación con determinada actividad productiva de la vida, es imposible representarla en cifras numéricas a fin de obtener reparación pecuniaria. La actividad o el negocio de que se ocupaba el individuo o en que iba a ocuparse, y que una lesión o incapacidad determinada le obliga a abandonar, temporal o definitivamente, es el elemento primordial e imprescindible para valorar las repercusiones de orden económico que la incapacidad total, relativa, temporal o perpetua, va a producir en el patrimonio del lesionado. El procedimiento contrario, edificado sobre meras conjeturas y suposiciones, termina en la arbitrariedad. Conduce a avaluar las lesiones, no por las pérdidas efectivas de dinero que éstas producen o van a producir, sino por lo que las lesiones valen en sí mismas consideradas; es decir, se le pone precio a las heridas, a las desfiguraciones, al defecto funcional. Y esto es inadmisible porque semejante cálculo tiene que descansar necesariamente en la fantasía de quien lo concibe.

2—De acuerdo con el régimen actual de la sociedad conyugal cada uno de los cónyuges es, mientras subsiste el matrimonio, dueño de los bienes que adquiera por cualquier título. Son dos patrimonios, manejados por personas distintas, que se confunden al disolverse la sociedad conyugal, para el solo efecto de su liquidación. De consiguiente, cuando la mujer explota durante el matrimonio un negocio, a los ojos de la ley ella es la única que tiene derecho a las utilidades. El marido es como tercero respecto del patrimonio de la mujer; su interés en ese patrimonio sólo surge al morir aquélla, al través de la confusión del patrimonio de los dos cónyuges. Por tanto, el hecho de que la mujer casada tenga su propio patrimonio, no induce a reputar las pérdidas o utilidades que ella tenga en su explotación como pérdidas o utilidades del marido. Este reportará beneficio efectivo del capital o de las ganancias de la mujer, cuando ella lo esté sosteniendo o reemplazando en las cargas que al marido le corresponden en el hogar. Fuera de esa hipótesis el marido participa del patrimonio de la mujer, cuando ésta fallece, pero a través, como ya se dijo, de la liquidación del haber conjunto de los cónyuges. Pero, como es obvio, se requiere que el marido sobreviva a su mujer. Mas semejante evento es muy incierto. Sobre ese supuesto nada aceptable se puede edificar.

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor José H. Benítez en escrito presentado ante el Tribunal Superior de Bogotá demanda a la Nación, para que en juicio ordinario se declare:

"Primera—Que la Nación o Estado colombiano es civilmente responsable de los perjuicios, tanto morales como materiales, causados por el daño que sufrí con ocasión de las heridas y quemaduras que recibí personalmente, con ocasión de la muerte de mi esposa Resfa Granados de Benítez y con ocasión de la muerte de mi hija legítima Ana Pepa Benítez de Domínguez, hechos ocurridos todos en el accidente aéreo que tuvo lugar en el Campo de Santa Ana, jurisdicción del Municipio de Usaquén, el día 24 de julio de 1938, durante la revista militar que se verificó en la fecha y lugar indicados; y

"Segunda—Que la Nación o Estado colombiano está obligado a pagarme tales perjuicios, los cuales estimo desde ahora en la suma de cincuenta mil pesos o en lo que dentro de este juicio o en uno separado, se compruebe como monto de la indemnización demandada".

El demandante funda su demanda en los siguientes hechos:

"1º El día 24 de julio de 1938 se verificó en el Campo de Santa Ana, jurisdicción del Municipio de Usaquén, una revista militar ordenada por el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Guerra;

"2º Durante la mencionada revista un avión de propiedad del Gobierno Nacional, piloteado por el aviador militar señor César Abadía, que volaba sobre el terreno en el cual se verificaba la revista, cayó sobre el campo de ésta, causando con su caída y con el incendio que ella produjo numerosas víctimas, entre las cuales nos contamos mi esposa Resfa Granados de Benítez, mi hija legítima Ana Pepa Benítez de Domínguez y yo;

"3º El Teniente César Abadía, quien piloteaba o conducía el avión mencionado, era empleado o agente del Gobierno Nacional, y se hallaba en el momento en que dicho avión vino a tierra, desempeñando las funciones que le correspondían como miembro, en ejercicio activo, del Ejército de la República, en las maniobras militares que se verificaban en el Campo de Santa Ana;

"4º El suscrito, quien concurrió a la revista militar del Campo de Santa Ana, como espectador, recibió en el siniestro del avión graves heridas y quemaduras que le han dejado deformidades físicas de carácter permanente e incapacidad total para escribir y parcial para otra clase de trabajos; y mi esposa Resfa Granados de Benítez y mi hija Ana Pepa Benítez de Domínguez, quienes también concurrieron a la misma revista, como espectadores, fallecieron a consecuencia de las heridas y quemaduras que allí recibieron;

"5º El siniestro que sufrió el avión del Teniente Abadía se debió a errores, negligencias, descuidos o culpas de los agentes o empleados subalternos del Gobierno encargados de organizar y llevar a cabo la mencionada revista militar;

"6º Tanto yo como mi esposa y mi hija nombradas, gozábamos de buena salud antes del accidente, pertenecemos a una familia de distinguida posición social, y todos vivíamos dedicados al trabajo para nuestro sostenimiento y el de nuestras familias".

El Tribunal corrió traslado de la demanda al Fiscal respectivo en representación de la Nación, funcionario que se opuso a ella. Vencido el término de prueba, el de los traslados para alegar y ejecutoriado el auto de citación para sentencia, el Tribunal pronunció ésta absolviendo a la Nación, por razón de que en la instancia quedó sin demostrar el acaecimiento del accidente en que perdieron la vida la esposa del demandante y su hija.

Contra el fallo interpuso el recurso de apelación el demandante. Llegado el negocio a la Corte, aquí se abrió nuevamente a pruebas, se corrió en traslado para alegar y se citó para sentencia.

* * *

En la segunda instancia el demandante mejoró la prueba, quedando demostrado que el accidente de aviación del Campo Militar de Santa Ana, del 24 de julio de 1938, ocurrió en la forma relatada en los hechos 1º, 2º, 3º, 4º y 5.º del libelo de demanda. Del acaecimiento de ese accidente es responsable la Nación, según lo ha demostrado ya la Corte en numerosos fallos, por culpa de los agentes del Estado que prepararon la revista y luégo la ejecutaron; y por culpa del aviador César Abadía, que manejaba el avión que se estrelló e incendió, arrollando y quemando a numerosas personas, de las que asistían como espectadores a la revista.

De consiguiente, supuesta la responsabilidad del Estado en el mencionado accidente de Santa Ana, resta por averiguar en este juicio la verdad de las afirmaciones de la demanda respecto a las lesiones del señor Benítez, y muerte de su esposa Resfa Granados y de su hija Ana Pepa Benítez.

* * *

Con las declaraciones de Jesús H. Sandoval, Jesús Sandoval Valcárcel y Agustín Estrada Castro, se comprueba que José H. Benítez en compañía de su esposa Resfa Granados concurrió a la revista militar de Santa Ana el 24 de julio de 1938; y con las declaraciones de los mismos testigos y además de los médicos doctores Plinio Cifuentes y Nicolás Fajardo, quienes asistieron a los heridos y les hicieron las primeras curaciones, se comprueba que los referidos esposos resultaron con graves quemaduras en el accidente.

A consecuencia de esas quemaduras murió la señora Resfa, dos meses después del accidente, el 26 de septiembre, en el Hospital Militar de la ciudad. La señora Resfa permaneció en dicho Hospital desde que fue herida, atendida por los médicos oficiales. El documento oficial de folios 17 y 18 suministra la historia de la enfermedad de la mencionada señora, desde que fue lesionada hasta que murió, hecha por aquellos médicos.

Con la demanda se presentó además copia del acta de defunción de Resfa Granados de Benítez, expedida por el Notario Cuarto de Bogotá.

Con respecto a las quemaduras que recibió el señor Benítez consta en el expediente, según los exámenes que le practicó la Oficina Central de Medicina Legal que "presenta cicatrices muy visibles en el pabellón del oído derecho y en la mejilla derecha que en parte son queloidianas, y son consecutivas a quemaduras de tercer grado. En el pabellón del oído izquierdo y en la región preauricular izquierda, cicatrices consecutivas a quemaduras de segundo grado. En el dorso de la mano izquierda cicatrices retráctiles consecutivas a quemaduras de tercer gradodo. En el dorso de la mano derecha cicatrices retráctiles consecutivas a quemaduras de tercer grado. En las regiones maliolares de am-

bas piernas, cicatrices consecutivas a quemaduras de segundo grado.

"Estas lesiones debieron producirle una incapacidad para trabajar de noventa (90) días, si hubo tratamiento adecuado y no se presentaron complicaciones.

"Las cicatrices de la cara que son en parte queloidianas, constituyen una desfiguración facial permanente. A consecuencia de las cicatrices de la mano izquierda le han quedado totalmente suprimidos los movimientos de los dedos a excepción del pulgar. A consecuencia de las cicatrices del dorso de la mano derecha le quedan notablemente limitados los movimientos de los dedos a excepción del pulgar. Estas lesiones constituyen una perturbación funcional permanente e irreparable".

Respecto de la señora Pepa Benítez de Domínguez apenas se sabe por el acta de defunción ocurrida el 27 de julio de 1938 que murió en el Hospital Militar de Bogotá a causa de quemaduras. Pero no hay ninguna otra prueba tendiente a establecer que esas quemaduras las recibiera en el accidente de Santa Ana.

* * *

Probadas las lesiones de José H. Benítez, según queda relatado, y la muerte de su esposa, a consecuencia de las quemaduras que recibió en el accidente de Santa Ana, corresponde ahora examinar qué clase de perjuicios concretos y determinados se establecieron, para ordenar su indemnización.

Tres son los hechos de los cuales pretende deducir perjuicios concretos el actor, y para mayor claridad se analizan separadamente:

A—*Las heridas y quemaduras recibidas personalmente por el actor.*

Los médicos legistas conceptúan al respecto que el señor Benítez sufrió una desfiguración facial permanente, la supresión de los movimientos de los dedos de la mano derecha, y que todo ello constituye una incapacidad permanente.

El perjuicio se presenta aquí en su doble aspecto de patrimonial y moral.

1—El moral proveniente de las lesiones en el rostro y en las manos, consideradas esas lesiones en relación con el detrimento que ellas representan para la personalidad del lesionado, en el aspecto de sus relaciones sociales y en la disminución general y abstracta de su capacidad productiva, por cuanto aquellas lesiones conllevan, según el concepto médico, una perturbación funcional permanente e irreparable, originada en la limitación del movimiento de los dedos de las manos.

Tales lesiones consideradas en sí mismas, y por efecto de su prolongación durante la vida de Benítez, le ocasionan una constante y continuada pena, que deprimirá su espíritu; esta es una pena moral, un dolor subjetivo, que merece ser reparado, pero en la forma y medida que según doctrinas de la Corte, es posible para esa clase de daño.

Por este daño se otorgará al señor Benítez una indemnización por valor de $ 2.000.00.

2—En cuanto al perjuicio de orden propiamente patrimonial irrogado al señor Benítez, por causa de las lesiones que recibió, se tiene:

Ni en la demanda ni en el curso del juicio el demandante ha hecho mérito de los gastos originados en el tratamiento para obtener su curación. Posiblemente estos gastos los hizo el Estado, y de ahí que se abstenga de cobrarlos.

En la primera instancia el actor presentó el testimonio de los señores Jesús H. Sandoval, Alvaro Quijano Medina, José Joaquín Casseres, Jesús Saldoval Valcárcel, quienes afirman que antes del accidente del 24 de julio de 1938 en que fue lesionado, el señor Benítez tenía establecida y en perfecto funcionamiento una fábrica de jabón, la cual explotaba en esta ciudad mediante un procedimiento químico de su invención; y que por motivo de las lesiones que sufrió, así como por el fallecimiento de su esposa y permanencia en el Hospital Militar por más de tres meses, tal empresa quedó terminada, viéndose privado el señor Benítez de los beneficios que recibía en la fábrica, los cuales excedían de ciento cincuenta pesos ($ 150) mensuales.

En opinión de la Corte no hay motivo para rechazar las declaraciones anteriores, en cuanto ellas tienden a comprobar cuál era la clase de negocio u ocupación que tenía el actor antes de ser lesionado, y que suspendió por causa de las lesiones. Mas en lo referente a la utilidad líquida o renta que derivaba el dueño en la explotación de la empresa, que los testigos dicen era de ciento cincuenta pesos mensuales, la prueba carece de fuerza de convicción, tanto debido a que los testigos omiten detallar los medios que tuvieron en cuenta para llegar a aquella conclusión, como porque la deducción referente al producido de un negocio no se hace sino después de examinar todos los factores que intervienen en él, como capital invertido, gastos de la empresa, consumo del artículo, etc. Y en el expediente no hay ninguna prueba sobre esos factores que confirme la aseveración de los testigos.

En el término de prueba de la segunda instancia, se produjo por el actor un experticio, en el que los peritos, basados en el informe que dan los testigos de que el señor Benítez ganaba ciento cincuenta pesos mensuales, calculan que su capacidad productiva ha quedado reducida a la

mitad de la renta anterior, de donde infieren que el detrimento material sufrido por Benítez, a virtud de las incapacidades de que adolece, vale $ 900 al año, y como su edad debe calcularse en 52 años, concluyen proponiendo la suma de $ 15.300 en calidad de indemnización en función de perjuicios patrimoniales.

La partida anterior la suman los peritos a la cantidad de $ 6.120, quinta parte de la "productibilidad anterior del damnificado", valor en que ellos estiman lo que llaman perjuicios morales objetivados, derivados de la incapacidad en que ha quedado Benítez por causa de las desfiguraciones o deformaciones físicas que se le ven en el rostro, especialmente las del pabellón del oído derecho y la de la mejilla izquierda, como también las que le cubren las manos, todo lo cual entraña "psicológicamente una nueva causa cierta de la disminución de su productibilidad económica, por el fatal y muy humano complejo de inferioridad que ha de crear en su espíritu para afrontar, en todas sus contingencias sociales la lucha vital".

Para la Corte, las conclusiones del dictamen pericial son inaceptables, porque tienen por fundamento apreciaciones caprichosas y arbitrarias, alrededor de hipótesis y conjeturas inciertas.

En primer lugar los peritos aceptan la afirmación de los testigos —rechazada atrás por la Corte— de que la empresa de fabricación de jabón, que explotaba Benítez antes de ser lesionado, le producía una renta de $ 150.

En segundo lugar, esa cifra caprichosa la toman los peritos como índice absoluto de la capacidad productiva de Benítez antes de ser herido. Y la reducen luégo a la mitad, después de las lesiones, con el fin de representar en la suma de $ 900 anuales, las pérdidas que en adelante tendrá el damnificado a consecuencia de las incapacidades relativas con que ha quedado.

Todas estas deducciones, como se ve, se fundan en bases irreales y necesariamente imaginativas. No responden a ningún dato procesal cierto, y siendo así deben ser rechazadas.

En el expediente lo único que consta es que el señor Benítez tenía una fábrica de jabón, desde hacía bastante tiempo; y que esa fábrica se suspendió a consecuencia de la situación material y moral a que el actor quedó reducido, por las heridas que recibió y la muerte de la esposa. Este es el único dato cierto que existe en orden al perjuicio patrimonial sufrido por el demandante. Pero con este único elemento no es posible inferir la utilidad que percibía Benítez con la explotación de su fábrica. Se requieren, conforme ya quedó expresado, otras bases objetivas del negocio, que suministren el dato cierto de la pérdida que sufrió el actor.

Respecto a la partida de $ 6.120 que los peritos agregan por concepto de lo que ellos llaman *perjuicios morales objetivados*, representados por las desperfecciones del rostro y de las manos, que le aparejarán en el curso de la vida un complejo de inferioridad, que le disminuye su capacidad productiva, se observa:

Mientras una incapacidad de la persona no se ponga en relación con determinada actividad productiva de la vida, es imposible representarla en cifras numéricas a fin de obtener reparación pecuniaria. La actividad o el negocio de que se ocupaba el individuo o iba a ocuparse, y que una lesión o incapacidad determinada le obliga a abandonar, temporal o definitivamente, es el elemento primordial e imprescindible para valorar las repercusiones de orden económico que la incapacidad total, relativa, temporal o perpetua, va a producir en el patrimonio del lesionado.

El procedimiento contrario edificado sobre meras conjeturas y suposiciones termina en la arbitrariedad. Conduce a avaluar las lesiones no por las pérdidas efectivas de dinero que éstas producen o van a producir, sino por lo que las lesiones valen en sí mismas consideradas; es decir se les pone precio a las heridas, a las desfiguraciones, al defecto funcional. Y esto es inadmisible porque semejante cálculo tiene que descansar necesariamente en la fantasía de quien lo concibe.

Descartado pues el dictamen pericial, pero demostrado que el damnificado señor Benítez sufrió un daño, susceptible de ser traducido a cifras consistente en la suspensión de la fábrica de jabón, la liquidación de este daño debe someterse al incidente previsto en el artículo 553 del Código Judicial, sobre las bases que en la sentencia se darán. Dicha suspensión se refiere a dos períodos: el primero, correspondiente al tiempo en que el señor Benítez estando enfermo y hospitalizado, no pudo explotar la fábrica; y el segundo período, correspondiente al tiempo en que ya restablecido de sus heridas el señor Benítez, éste, por causa de la imposibilidad que las lesiones le hubiesen dejado, quedara físicamente impedido para restablecer el antiguo negocio. El segundo período dará lugar a perjuicios siempre que en dicho incidente el actor pueda comprobar, caso de exigírselo la contraparte, que las lesiones le han dejado tal incapacidad que no podrá en el curso de los días que le quedan de vida volver a explotar el negocio en la misma forma en que lo venía haciendo antes del accidente. Porque es claro que si no obstante las lesiones, el señor Benítez está en aptitud de reanudar en cualquier momento su negocio, la circunstancia de que éste continúe paralizado obedece entonces más a la voluntad del interesado que a otra causa.

B—*Perjuicios por la muerte de la esposa*—El actor cobra perjuicios morales y materiales por la muerte de su esposa Resfa Granados.

1. Los perjuicios morales de orden subjetivo son evidentes. Por ello la Corte le concede $ 2.000, de acuerdo con la forma de indemnización que compete a esta clase de daño, según sus doctrinas.

2. El perjuicio material lo deriva el actor de que al decir de los mismos testigos Sandoval, Quijano, Casseres y Sandoval Valcárcel la señora Resfa Granados tenía un taller de costura y modistería en esta ciudad, en el cual ocupaba varias obreras, taller que gozaba de muy buen crédito y de numerosa clientela, del cual derivaba ella una utilidad mensual líquida de doscientos pesos ($ 200).

Los peritos, dándole pleno crédito a esta afirmación de los testigos formulan por este aspecto el avalúo del daño en la suma de doce mil doscientos cuarenta pesos ($ 12.240). Dicen que ninguna forma más adecuada de reparar el daño en el cónyuge que adoptando para ello la ficción hereditaria, mediante la liquidación de la sociedad conyugal que se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges. La edad probable del cónyuge fallecido por la extraña culpa y su derecho a gananciales, en aquella sociedad así disuelta, sirven en tal caso para precisar esas prestaciones y dar bases de justiciera realidad a la cuantía de la reparación. Adoptado este criterio de avaluación, los peritos descuentan de la utilidad líquida que al decir de los testigos obtenía la señora Resfa en el taller de modistería, la suma de $ 80 destinada a la congrua subsistencia de la misma. El saldo de $ 120 mensuales, deja a favor del cónyuge sobreviviente por razón de su mitad de gananciales los $ 12.240 correspondientes a los 17 años de vida en que el marido hubiera recibido apoyo efectivo de su esposa.

Para la Corte es inaceptable el fundamento y la conclusión anterior de los peritos.

De acuerdo con el régimen actual de la sociedad conyugal cada uno de los cónyuges es, mientras subsiste el matrimonio, dueño de los bienes que adquiera por cualquier título. Son dos patrimonios, manejados por personas distintas, que se confunden al disolverse la sociedad conyugal, para el solo efecto de su liquidación.

De consiguiente, cuando la mujer explota durante el matrimonio un negocio, a los ojos de la ley ella es la única que tiene derecho a las utilidades. El marido es como tercero respecto del patrimonio de la mujer; su interés en ese patrimonio sólo surge al morir aquélla, al través de la confusión del patrimonio de los dos cónyuges.

Por tanto, el hecho de que la mujer casada tenga su propio patrimonio, no induce a reputar las pérdidas o utilidades que ella obtenga en su explotación, como pérdidas o utilidades del marido. Este reportará beneficio efectivo del capital o de las ganancias de la mujer, cuando ella lo esté sosteniendo o reemplazando en las cargas que al marido le corresponden en el hogar. Que no es el caso del señor Benítez porque él también tuvo durante el matrimonio patrimonio propio, con el cual es de suponer atendía al hogar.

Fuera de esa hipótesis, el marido participa del patrimonio de la mujer, cuando ésta fallece, pero a través, como ya se dijo, de la liquidación del haber conjunto de los cónyuges. Pero como es obvio se requiere que el marido sobreviva a su mujer.

Mas semejante evento es muy incierto. Sobre ese supuesto nada aceptable se puede edificar. Y menos tratándose de dos personas con iguales probabilidades de vivir los mismos años, como es el caso, según los peritos, de los esposos Benítez-Granados, pues a la segunda le calcularon 17 años de vida más, si no hubiera fallecido, o sea el mismo término de supervivencia que le calculan al señor Benítez. En estas condiciones la partida de $ 12.240, que los peritos le cargan al Estado por concepto de una supuesta liquidación de la sociedad conyugal en el futuro, es producto de la mera imaginación, sin apoyo en nada firme. Es un hecho de incierta realización, del cual es injurídico deducir nada práctico, menos para fundar una indemnización.

Siendo lo anterior así el demandado debe ser absuelto de los perjuicios patrimoniales reclamados por la muerte de la señora Resfa Granados.

C—*Perjuicios por la muerte de la señora Ana Pepa Benítez de Domínguez.*

Según la partida de folio 65, cuaderno número 2, esta señora al morir tenía 32 años, pues nació el 28 de septiembre de 1906. Tal como la menciona el actor parece como si hubiera sido casada. En el expediente no hay ningún dato tendiente a establecer las relaciones económicas que ella tenía con su padre, que al ser rotas le hubieran causado a éste un perjuicio.

Además, para la Corte tampoco hay prueba completa de que la dicha señora hubiera muerto a consecuencia de las quemaduras recibidas el 24 de julio de 1938. Como ya se anotó, sobre el particular no hay más que el dato que suministra la respectiva partida de defunción, de haber ocurrido la muerte en el Hospital Militar el 27 de julio siguiente, por consecuencia de quemaduras. Pero este solo dato es incompleto para fundar sentencia en un proceso judicial.

Por ende la Nación debe ser absuelta de los perjuicios morales y materiales reclamados por la muerte de la señora Pepa Benítez de Domínguez.

Sentencia.

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, resuelve de la siguiente manera el recurso de apelación pendiente contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha catorce de marzo de 1942 pronunciada en este juicio:

1º La Nación colombiana es responsable de los perjuicios morales y materiales, causados por el daño que sufrió el señor José H. Benítez, con ocasión de las heridas y quemaduras que recibió en el accidente aéreo que tuvo lugar en el Campo de Santa Ana, jurisdicción del Municipio de Usaquén, el día 24 de julio de 1938, durante la revista militar que allí se celebró aquel día.

2º La Nación colombiana es responsable igualmente de los perjuicios morales de orden subjetivo sufridos por el mismo señor Benítez, a consecuencia de la muerte de su esposa Resfa Granados de Benítez, ocurrida por causa de las graves quemaduras que recibió en el mismo accidente de aviación.

3º Condénase a la Nación colombiana a pagar al señor Benítez la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) así: dos mil pesos por los perjuicios morales de orden subjetivo provenientes de la muerte de su esposa Resfa Granados de Benítez; y dos mil pesos, provenientes del daño moral a él irrogado por las deformaciones físicas y las incapacidades de carácter permanente, que las quemaduras y heridas le dejaron. Dicha cantidad de cuatro mil pesos debe pagarse al demandante inmediatamente después de la ejecutoria de esta orden, previo descuento de lo que el señor Benítez haya recibido en concepto de auxilio, según lo dispuesto en la Ley 100 de 1938 y su Decreto reglamentario número 1664 del mismo año.

4º Los perjuicios materiales que recibió el señor José H. Benítez a consecuencia del accidente de que fue víctima, son los causados en la explotación de su fábrica de jabón; y esos perjuicios serán liquidados en el incidente previsto en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las siguientes bases: 1º La utilidad líquida que efectivamente le producía a Benítez dicha fábrica, según la bondad del artículo, su consumo, los precios de venta, el capital invertido, usos a que se destinaba dicho artículo, obreros, etc.; 2º Tiempo en que la fábrica estuvo suspendida por la enfermedad y hospitalización de Benítez; y 3º En caso de que Benítez no haya vuelto a restablecerla se liquidará el perjuicio respectivo siempre que esa suspensión tenga el carácter de definitiva, debido a que haya quedado, por causa de las lesiones, físicamente imposibilitado de por vida para reanudar el mismo trabajo.

5º Se absuelve a la Nación de los demás cargos de la demanda.

Queda en estos términos *reformada* la sentencia materia del presente recurso de alzada.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Liquidación de perjuicios

Cuando el dictamen pericial sobre monto de perjuicios no está debidamente fundado, es injurídico aceptarlo en una parte para desecharlo en la otra. Si la prueba testimonial, en la que a su vez se ha basado el avalúo, es ineficaz, este último carece, por la misma causa, de una debida fundamentación; y si los testimonios ni el avalúo de los peritos son susceptibles de producir efecto como elementos de prueba, la estimación hecha por el Tribunal carece de apoyo en el proceso.

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

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá puso término al incidente sobre liquidación de perjuicios, en el juicio de Manuel Rodríguez y Ricarda Avila de Rodríguez contra la Nación, por providencia que en su parte resolutiva dispone:

"1º Acoger las conclusiones del dictamen pericial anteriormente estudiado en lo que respecta a la respuesta que dio a la pregunta tercera, o sea que no hay lugar a fijar monto de indemnización alguna especial por concepto de auxilio de Domingo de Guzmán Rodríguez para sus hermanos, o hijos de los actores por concepto de perjuicios materiales. 2º Desestimar las demás conclusiones del dictamen pericial, y en su lugar fijar como fija el Tribunal a título de perjuicios materiales las siguientes cantidades de dinero que se deben pagar a los actores, tres días después de la ejecutoria del presente fallo, por la Nación, con la advertencia de que si se hubiere hecho reclamo alguno ante el Consejo de Estado por el mismo motivo y por la misma parte actora, deben ser descontadas: a) A Manuel Rodríguez, mayor de edad y vecino de Susa, como monto de indemnización por los perjuicios materiales recibidos en su condición de padre legítimo con motivo de la muerte de su hijo Domingo de Guzmán Rodríguez la suma de dos mil veintiún pesos treinta centavos ($ 2.021.30); b) A Ricarda Avila de Rodríguez, mayor de edad y vecina de Susa, como monto de indemnización de los perjuicios materiales recibidos en su condición de madre legítima, con motivo de la muerte de su hijo Domingo de Guzmán Rodríguez, la suma de tres mil ciento cincuenta y un pesos treinta centavos ($ 3.151.30)".

De la decisión proferida por el Tribunal apelaron el demandante y el demandado, por medio de sus representantes en el juicio, por lo cual el asunto vino a la Corte, donde recibió el trámite legal.

* * *

Durante la primera instancia del incidente sobre liquidación se produjeron ante el Tribunal, como únicas pruebas, dos declaraciones, de Alfredo Cristancho y Senén Cristancho, y un dictamen pericial de avalúo de perjuicios. Tanto las declaraciones como el avalúo se refieren al jornal que Domingo de Guzmán Rodríguez ganaba como pintor-albañil y a las sumas que de ello aplicaba a la sustentación personal y a la de sus padres; el dictamen de los peritos, con base en las últimas declaraciones recibidas, de que se ha hecho mérito, y en las que se habían allegado en las instancias del juicio ordinario, hace la estimación del monto de los perjuicios. El Tribunal, como se ha visto, admitió una de las conclusiones periciales, la de que no hay lugar a fijar el monto de indemnización separada por concepto de auxilio de Domingo de Guzmán Rodríguez a sus hermanos, sino solamente a la que corresponde a los padres de la víctima del siniestro, en quienes se hallan indirectamente representados los otros hijos; y desestimó las demás conclusiones a que llegaron los avaluadores, sobre fijación de unas cantidades por perjuicios a favor de los demandantes, y en su lugar el Tribunal entró directamente a fijar la indemnización. Conviene por tanto ver las razones que tuvo para abstenerse de admitir las conclusiones sobre avalúo a que llegaron los peritos y los fundamentos para señalar de modo directo el valor del perjuicio.

Refiriéndose el Tribunal a los testimonios aducidos como prueba se expresa así: "Ellos nos dicen que Domingo de Guzmán Rodríguez era maestro albañil-pintor de casas, y en cuanto al valor de su jornal diario Belarmina de Rodríguez se expresa así: 'Y es igualmente cierto que en dicha profesión ganaba un jornal diario que fluc-

tuaba entre tres y cuatro pesos, afirmación que hago con seguridad por la circunstancia de vivir dicho señor Domingo de Guzmán Rodríguez en la misma casa de nosotros en donde comía y le veíamos su ropa'. Leopoldo Rodríguez depuso en sentido igual, pero respecto al motivo por el cual tuvo conocimiento, lo indicó (sic) a que vivían juntos, es decir, con Domingo de Guzmán Rodríguez y a que fueron compañeros de trabajo. En el mismo sentido depuso Velásquez explicando como causa de su conocimiento, que vivió también en la casa de Belarmina y Leopoldo Rodríguez. Todos tres testigos son contestes en afirmar que el jornal que éste ganaba lo enviaba a sus padres y hermanos, a Susa, donde vivían, la mayor parte, 'dejando para él únicamente lo necesario para sus gastos personales'. Haciendo la crítica legal correspondiente a los tres testimonios enunciados se tiene: Que Belarmina de Rodríguez y Tomás Velásquez no dan como razón de sus testimonios el que hubieran presenciado y que por esto les constara personalmente que Domingo de Guzmán Rodríguez efectivamente hubiera ganado un jornal diario entre tres y cuatro pesos sino que achacan la causa de su conocimiento a que vivían con él, lo cual permite inferir que ese conocimiento lo originó el que el mismo Domingo de Guzmán Rodríguez se lo hubiera referido a ambos deponentes; que sólo Leopoldo Rodríguez es quien afirma que su conocimiento lo obtuvo por haber sido compañero de trabajo de Domingo de Guzmán Rodríguez. Y respecto a la cuantía que éste les enviara a sus padres y hermanos como participación de su jornal para auxiliarlos, el testimonio de todos tres testigos es vago e incierto porque no expresan cantidad ninguna fija. Pero no es esto sólo, sino que en relación a que la profesión fuera de maestro-albañil y pintor de casas es impreciso el testimonio de los tres testigos, pues, sabido es que un maestro albañil de esta ciudad es de varias categorías: maestro director de construcciones, maestro albañil de segunda clase u oficial, y finalmente, simplemente albañil. Que los pintores albañiles son también de varias jerarquías: así hay pintores de brocha gorda y enlucidores de pintura ordinaria o al temple; y pintores al óleo o de pintura fina, etcétera. Los testigos no deponen en qué obras o pertenecientes a qué personas, ni en qué epocas o tiempo presenciaron que hubiera trabajado Domingo de Guzmán Rodríguez; ni determinaron en qué lapsos hubiera ganado $ 4 y en cuáles otros $ 3; en qué clase de trabajos se le hubiera ocupado, en qué categoría se le hubiera aceptado, etc., etc., para en vista de toda esta clase y conjunto de circunstancias no vacilar el juzgador para apreciar el grado de verosimilitud de los testigos como la certeza de sus afirmaciones. La flojedad de los testimonios analizados como su deficiencia no puede ser más grande. Otro tanto cabe decir respecto a los testimonios de Alfredo Cristancho y Cenén Cristancho producidos dentro del término probatorio del incidente".

Y más adelante el Tribunal dice: "Los peritos expresamente anotan que tomaron en cuenta los testimonios de Leopoldo Rodríguez, Belarmina P. de Rodríguez y Tomás Velásquez, para hacer la fijación de que el salario promedial diario sería de tres pesos cincuenta centavos ($ 3.50). Y tal testimonio sería aceptable para el Tribunal si los testimonios de los testigos expresados no presentaran las fallas que se hicieron valer en la parte correspondiente a la crítica legal de la prueba testimonial en que los peritos se fundaron, pues conforme a la flojedad de esa prueba, a la falta de certeza con que declararon por haber omitido todas las circunstancias indicadas en las glosas que el Tribunal ha hecho valer, tan caprichoso es aceptar que la víctima ganaba cuatro pesos diarios ($ 4) como caprichoso sería decir que ganaba tres, y todavía más caprichoso fijar dos pesos para su sustento personal, como un peso cincuenta centavos o un peso nada más, y así en ese orden para señalar la suma con que diariamente proveyera en parte al sustento de sus padres y hermanos. La vida para un obrero en el campo y para un Municipio como Susa es de un costo notoriamente más bajo que en Bogotá, donde tiene que pagar habitación, mejor vestido y alimentación más cara. Luego no es verosímil y no es aceptable que Domingo de Guzmán Rodríguez en el supuesto de que ganara $ 3 y $ 4 enviara $ 2 y $ 2.50 o $ 3 y dejara para sí sólo $ 1. De la confrontación de todas estas fallas que presentan los testimonios que los peritos tomaron como fundamento para hacer sus cálculos y deducir las conclusiones de su dictamen, cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, fuera de ser uniforme, ha de ser explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, y como el fundamento allegado por la prueba testifical que adoptaron los peritos Murcia y Gaitán no ofrece el mérito probatorio de plena prueba sobre el valor diario del salario y el valor de lo que la víctima pasaba a sus padres, se abre el campo al Tribunal para con los elementos de juicio aportados, que permitan inferir, presumir al menos, ya de los mismos testimonios, o ya del dictamen mismo para fijar como fija que el salario fuera de $ 3 diarios y lo que recibieran los actores como auxilio diario fuera un peso cincuenta centavos ($ 1.50), pues Domingo de Guzmán Rodríguez para subvenir en Bogotá a sus necesidades no podía dejar menos de $ 1.50, y entonces se tiene que lo que los actores recibirían de auxilio sería $ 1.50 diarios".

Está de acuerdo la Corte con la crítica que el Tribunal le hace a los testimonios aducidos como

prueba y que lo llevan en su fallo a desestimarlos, aunque no comparte la conclusión a que llega cuando por la debilidad de la prueba testimonial desestima el dictamen de los peritos y entra directamente a fijar el monto del perjuicio que estima justo. Esto último es arbitrario, porque si la prueba testimonial, en la que a su vez se basa el avalúo, es ineficaz, este último carece, por la misma causa, de una debida fundamentación; y si los testimonios ni el avalúo de los peritos son susceptibles de producir efecto como elementos de prueba, la estimación hecha por el Tribunal carece de apoyo en el proceso. La conclusión a que ha de llegarse es distinta.

Observa la Sala cómo el acervo probatorio del expediente no sufrió modificación alguna importante durante el término del incidente de liquidación. Los únicos testimonios recibidos en ese lapso en modo alguno constituyen elementos nuevos que permitan a la Corte considerar que la prueba que encontró deficiente cuando falló el juicio ordinario haya cambiado favorablemente a los intereses de los demandantes. Conviene examinar sus partes pertinentes: "4º Yo conocí de vista, trato y comunicación a Domingo de Guzmán Rodríguez, quien trabajaba como pintor y por las mismas relaciones me consta que era magnífico miembro de familia y que de lo que ganaba con su trabajo que era un jornal diario de cuatro pesos, la mayor parte lo destinaba para suministrárselo a sus padres para que atendieran a sus propias necesidades y a las de sus pequeños hermanos; esto último lo supe porque así me lo refirieron el propio Domingo de Guzmán Rodríguez y sus padres". (Declaración de Alfredo Cristancho). "4º Conocí de muchacho en la población de Susa a Domingo de Guzmán Rodríguez, hijo legítimo de Manuel Rodríguez y Ricarda Avila; luégo lo traté y vi aquí en Bogotá, frecuentemente trabajando como maestro en albañilería y pintura, componía casas. Por ese conocimiento y trato me consta que el mencionado Domingo de Guzmán Rodríguez destinaba el fruto de su trabajo a su propia subsistencia y a la de sus padres. El dejaba aquí para sus gastos y lo demás que ganaba se lo enviaba a sus padres porque era magnífico hijo, persona de muy buenas condiciones. El dinero fruto de su trabajo que Rodríguez consumía siempre era menor que el que enviaba a sus padres, pues él para sus gastos sólo quitaba lo indispensable". Estas declaraciones simplemente repiten, con la vaguedad anotada por el Tribunal, los hechos afirmados por los primeros declarantes. Los reparos formulados por el Tribunal le son aplicables. Y ellos dejan en pie la omisión, también observada, de la ausencia de la prueba específica y directa, que podría ser las certificaciones de las empresas a quienes venía prestando sus servicios de pintura y albañilería Domingo de Guzmán.

Sobre el valor probatorio de los testimonios mencionados expresa lo que sigue el apoderado de los demandantes: "Leopoldo Rodríguez dice que fue compañero de trabajo de Domingo de Guzmán Rodríguez, vivió con él, y en su casa le suministraban la alimentación y le atendía las demás necesidades personales. ¿Quién puede dudar que un compañero de trabajo no sepa qué gana y qué hace su compañero? Si a lo anterior se agrega que el testigo convivía con Domingo de Guzmán Rodríguez, a quien se le atendía en su propia casa, ¿por qué se ha de poner en duda que en esta intimidad de familia se ignore cuánto ganaba Domingo de Guzmán Rodríguez y qué hacía con el dinero producto de su trabajo? A nadie se le oculta que en la intimidad de vida que llevaban los testigos con Domingo de Guzmán Rodríguez, vieron a diario lo que éste ganaba, el dinero que tenía en su poder y la forma como lo gastaba. Las observaciones precedentes son aplicables a los otros dos testimonios, o sea a lo declarado por Belarmina Rodríguez y Tomás Velásquez". Esta argumentación, en concepto de la Sala, no es bastante a demostrar que los testimonios comentados tienen la fuerza probatoria que pretende el señor apoderado de los actores. Evidentemente, como él lo observa, la vida en común de varias personas las coloca de ordinario en situación de tener un recíproco conocimiento de las circunstancias económicas en que se desenvuelven las actividades de las otras cuyo trato se frecuenta. Sin embargo ello sólo no es razón necesaria para que en la realidad ese conocimiento, acerca de tales circunstancias, se produzca siempre. Y por tanto, para que la regla general tenga aplicación, con aceptables perspectivas de verosimilitud y certeza de que no se está en presencia de esos otros casos —de aquellos en que aun viviendo en común varias personas las unas ignoran las circunstancias de orden económico en que las demás actúan— es preciso que se complete el dicho de los declarantes, si ello es posible y natural, como en el presente caso, con comprobaciones colaterales. Leopoldo Rodríguez afirma haber sido compañero de trabajo de Guzmán Rodríguez, pero no dice en qué obras, en qué tiempo ni a qué personas prestaron o prestaban sus servicios. Esto hace sospechoso su testimonio, porque es lo natural que quien depone en un caso como el de Leopoldo Rodríguez, para dar seguridad o respaldo a sus afirmaciones las acompaña, como es común cuando una persona refiere a otras situaciones como la afirmada por Leopoldo, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se han producido los hechos en que le ha tocado intervenir. Y si Leopoldo Rodríguez guardó silencio sobre estas circunstancias, a los demandantes correspondía traer a los autos esos elementos que naturalmente debían completar la

prueba, los que echó de menos el Tribunal y que la Corte considera indispensables para robustecer la debilidad de los testimonios aducidos.

Y como las declaraciones a que se ha hecho mención son las únicas que sirven de apoyo al dictamen de los peritos, es claro, como ya se expresó, que dicho experticio no tiene la debida fundamentación, y que por lo mismo carece de valor probatorio. El Tribunal desestimó acertadamente el avalúo, pero haciendo, como el mismo lo expresa "el esfuerzo de equidad de procurar la reparación buscada dentro de lo más aproximado a lo justo y lo legal", entró a fijar él mismo, con prescindencia del avalúo, el monto de la indemnización. No está de acuerdo la Corte con esta conclusión del Tribunal, plausible en el campo de la equidad, pero injurídica a la luz de las normas y los principios que regulan en nuestro derecho positivo la comprobación de los hechos que se presentan en los litigios como base de la acción y cuya prueba corresponde a quien demanda.

Está conforme la Sala con lo que en particular expone el señor Procurador Delegado en lo Civil en los siguientes pasajes de su alegato: "El honorable Tribunal critica acertadamente el valor probatorio de los testimonios allegados a los autos, mostrando su imprecisión, su falta de concordancia, la ausencia de un claro respaldo a las respuestas, concluyendo que 'tan caprichoso es aceptar que la víctima ganaba cuatro pesos diarios como caprichosos (sic) sería decir que ganaba tres, y todavía más caprichoso fijar dos pesos para sustento personal, como un peso cincuenta centavos o un peso nada más'. Sin embargo, incurriendo en la misma arbitrariedad que censura el honorable Tribunal fija, sin ninguna base probatoria, en tres pesos el salario diario devengado por la víctima Domingo de Guzmán Rodríguez y en un peso cincuenta centavos la participación diaria enviada por aquél a sus padres. ¿Por qué estimar que el señor Domingo de Guzmán Rodríguez devengaba tres pesos diarios? ¿Por qué hallar demostrado que enviaba a sus padres la mitad de tal cantidad? El honorable Tribunal no lo dice. Ni son aquellos hechos que se hallen acreditados en los autos. En asuntos como éste, la carga de la prueba corresponde en su totalidad a la parte demandante; si no suministró la prueba, es culpa suya y debe sufrir las consecuencias. Debe advertirse, además, que suministrar una prueba de esta naturaleza es extremadamente sencillo, con declaraciones de los jefes de trabajo de la víctima, con planillas de trabajo, lo primero, y lo segundo, con el envío periódico de las sumas que se dice enviaba la víctima a sus padres. Si estas pruebas no obran en el informativo, ello es muy significativo y en ningún caso es dable aceptar que esa ausencia de prueba se vuelva en contra de la parte demandada y en beneficio de los demandantes que han debido suministrarla.... ¿Qué sucede entonces? ¿Cuál es la única solución posible cuando, habiendo sentencia definitiva no se puede fijar la cuantía de la indemnización? La honorable Corte lo ha dicho ya en varias ocasiones. En tales hipótesis debe absolverse definitivamente a la parte demandada, ya que si no es posible fijar el monto de la indemnización, ello se debe a culpa o impericia de la parte demandante, la cual debe sufrir los efectos. En el juicio ordinario seguido por Rómulo Peñuela contra la Nación, la honorable Corte Suprema dijo: 'Así, hecha la condena de 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 la liquidación, que debe ser motivada, los allegue la parte vencida, pensando que 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....*' (Subraya la Procuraduría). Y en realidad ésta es la única posible. Por lo demás, es evidente que ésta es, precisamente, la situación planteada en el caso de autos. Baste observar que después de proferida la sentencia de la honorable Corte Suprema, la parte demandante no presentó, dentro del incidente respectivo, prueba alguna válida y suficiente para que el juzgador pudiera justipreciar los perjuicios. En efecto, las únicas pruebas allegadas han sido dos declaraciones testimoniales, también inconexas y sin respaldo en sus afirmaciones, y un dictamen pericial desprovisto de fundamento. Ya el honorable Tribunal hizo la crítica de estos dos medios probatorios y en el punto que actualmente nos interesa los halló insuficientes e imposibles de acoger. Debe, pues, considerarse que los demandantes no presentaron la prueba que, implícitamente, se les exigió con el fallo de la honorable Corte y, por tanto, aplicando la doctrina antes expuesta, debe librarse definitivamente a la Nación. De lo contrario sería tanto como estimar que la honorable Corte sí tenía fundamento suficiente para dictar su sentencia de segunda instancia para fijar la indemnización, y no quiso hacerlo; fijarla ahora

sin nuevos medios probatorios aceptables es atacar directamente aquella sentencia de la honorable Corte y caer en una contradicción evidente. De esta manera la conclusión lógica y jurídica en este caso debe ser la liberación completa de la parte demandada".

También en otro incidente sobre liquidación de perjuicios, en la demanda de Cecilio Martínez y María Antonia Barbosa de Martínez contra la Nación, esta Sala de la Corte, en auto de treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, declaró por razones análogas, como aquí lo declara, que la estimación de los peritos "carece de apoyo en la realidad probatoria del juicio y por ende no es admisible y no la admite la Corte".

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, *revoca* la providencia que fue objeto del recurso de apelación y en su lugar *absuelve* a la parte demandada del pago de los perjuicios cobrados en el incidente de liquidación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario, en propiedad.

Acción de indemnización de perjuicios por la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana

1—Los perjuicios de orden patrimonial que el padre de familia recibe a consecuencia de la eliminación violenta de la esposa, que cuidaba de hijos menores, pueden asumir proporciones incalculables. La desaparición de una de las dos columnas en que reposaba el hogar, podrá traer como consecuencia la ruina y disolución de éste, pues basta considerar el padre a quien le quedan hijos pequeños o en estado de educar, que se ve obligado a separarlos de su lado para entregarlos a parientes o a personas de confianza que velen por ellos. Esto ocasiona mayores erogaciones pecuniarias, por dispersión de gastos, falta de oportunos cuidados y una serie de numerosas ocurrencias adversas difíciles de enumerar porque sólo las ofrece el caso concreto. Y ni aún en presencia de éste será fácil precisar mil aspectos presentes y futuros de la gravedad del daño patrimonial que la muerte ocasiona a la madre o al padre que pierde definitivamente el compañero que le daba la felicidad en la vida. El padre herido ante la tragedia de la compañera que sucumbe, está expuesto a que sus negocios se afecten en mayor o menor grado, según sea la desorganización que ellos sufren, por la falta de consejo y colaboración de la esposa, necesarios cambios de domicilio, gastos imprevistos y cuantiosos, enfermedades, abandono de actividades por el estado de depresión moral en que la violencia del choque sume a quien lo recibe, pérdida de oportunidades lucrativas, etc., etc. Tan extensa variedad de males hace que las indemnizaciones otorgadas en juicio a tales víctimas necesariamente tengan que resentirse de deficientes e incompletas, por la dificultad para precisar y probar los hechos. Porque en juicio no es dable mandar indemnizar sino aquellos daños precisos y concretos que se demuestren. La indemnización es un derecho. Emana por ende de hechos palpables. Donde los hechos no están acreditados por sus circunstancias reales y tangibles, no hay modo de sacar conclusiones prácticas, debido a que el campo procesal repudia el criterio meramente conjetural, aun cuando la hipótesis sea en realidad de acaecimiento probable pero difícil su demostración. Está dentro de lo posible que el interesado acredite que determinados bienes se perdieron; que un buen negocio en perspectiva fracasó; o que la actividad económica de la cual vivía tuvo que abandonarla en todo o en parte; o la pérdida de la salud más las repercusiones consiguientes de ello en el patrimonio; o la proporción en que el sostenimiento del hogar y la educación de los hijos se le ha vuelto más costosa; y que se vea claro que todos o cualquiera de esos males sean la secuela inevitable del infortunio que se cernió en el hogar desde el momento en que el marido quedó viudo y los hijos huérfanos. Pero en cambio hay otra clase de daños como los futuros y contingentes difíciles de concretar; y otros que, aunque actuales y presentes, son imposibles de reducir a cifras numéricas, por su vaguedad e indeterminación, como en el caso de la muerte de la esposa. El daño material en tal caso es evidente e inmensas sus repercusiones. Pero, ¿cómo concretarlo en una medida que lo represente siquiera aproximadamente? Tan vagos e imponderables son los factores integrantes de esos perjuicios, que seguramente ni el mismo interesado que los recibe puede apreciar su cuantía en ningún momento. Estas dificultades generalmente insalvables conducen a que, como al principio se dijo, las indemnizaciones correspondientes tengan que ser deficientes. Concretarse a lo que se vea más palpable y objetivado. A lo que el interesado haya logrado convertir en hechos tangibles, llevándolos demostrados a los ojos del Juez. Y no será posible, con excusa de la mencionada dificultad, otorgar indemnizaciones a base de meras hipótesis y de afirmaciones indemostradas, de hechos desprovistos del necesario vínculo de relación con la causa a la cual se atribuyen. Entonces hay que demostrar que determinada pérdida tuvo en realidad por causa exclusiva la muerte de la esposa; la proporción de gastos mayores que en el hogar produjo la falta de la esposa; que este hecho ha obligado al padre a efectuar mayores erogaciones por la educación

de los hijos, como teniendo que cambiar su acostumbrado domicilio por otro donde la vida será más costosa; que se ha tenido que recurrir a buscar quién cuide de los hijos menores, mediante erogaciones desacostumbradas en la anterior situación de normalidad, etc.

2—Bien conocida es la doctrina sentada por la Corte a propósito de perjuicios morales repetida en innumerables fallos. Y toda argumentación contra esa doctrina se estrella contra la imposibilidad física, sea dentro de un proceso, sea fuera de él, de valorar y graduar el choque psicológico que en su parte afectiva sufre una persona por la muerte de un sér querido, con el objeto de traducir ese sentimiento a dinero y otorgar una adecuada indemnización que repare el daño.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo diez de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Abbas P. Turbay, hablando en nombre propio y en representación de sus menores hijos Nelly, Silvia, Guillermina y Luis Hernando Turbay Turbay, inició el presente juicio ordinario de mayor cuantía contra la Nación, representada por el respectivo Agente del Ministerio Público, para que se hagan contra la entidad demandada las siguientes declaraciones:

"Primera—Que la Nación es responsable y debe pagar al señor Abbas P. Turbay, personalmente y a sus menores hijos Nelly, Silvia, Guillermina y Luis Hernando Turbay Turbay, representados por el primero de los nombrados, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, los perjuicios, tanto materiales como morales, ocasionados a los demandantes por razón de la muerte de la señora Judith Turbay de Turbay, ocurrida el 24 de julio de 1938, a consecuencia del siniestro aéreo que tuvo lugar el día citado en el Campo de "Marte" o "Santa Ana", en jurisdicción del Municipio de Usaquén, perjuicios que serán tasados por peritos en el término probatorio de este juicio, separadamente, y según el perjuicio sufrido por cada uno de los demandantes.

"Segunda—Que la Nación es responsable y debe pagar a la sucesión ilíquida de la menor Cecilia Turbay Turbay, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, los perjuicios tanto morales como materiales recibidos por la menor citada, por la muerte de su madre la señora Judith Turbay de Turbay, ocurrida el 24 de julio de 1938, a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el día citado en el Campo de "Marte" o "Santa Ana" perjuicios que serán fijados por peritos en el término probatorio de este juicio.

"Tercera—Que la Nación es responsable y debe pagar a la sociedad conyugal ilíquida que formaron los señores Abbas P. Turbay y Judith Turbay de Turbay, representada por el cónyuge sobreviviente, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, el valor de las siguientes joyas que fueron sustraídas al cadáver de la señora Judith Turbay de Turbay el día de su muerte: un anillo solitario con un brillante de 2.65 quilates de peso; un pendentif con un brillante grande, un par de zarcillos de un brillante grande cada uno, al precio que estimen peritos, en el término probatorio del juicio".

La primera instancia fue fallada por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 30 de noviembre de 1940, mediante la cual se resolvió:

"1º Declarar que la Nación colombiana es civilmente responsable de la muerte de la señora Judith Turbay de Turbay, ocurrida el 24 de julio de 1938 en el campo denominado de 'Santa Ana', a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el citado día.

"2º Condenar a la misma entidad de derecho público a pagar al señor Abbas P. Turbay personalmente y a sus menores hijos Nelly, Silvia, Guillermina y Luis Hernando Turbay Turbay, representados por el mismo señor Turbay, ejecutoriado este fallo, el valor de los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes por razón de la muerte de la expresada señora.

"Parágrafo—La cuantía de estos perjuicios se fijará conforme al procedimiento que indica el artículo 553 del Código Judicial y se dará cumplimiento al 554, oportunamente.

"3º Se niegan las demás peticiones de la demanda".

Contra la precedente resolución interpusieron apelación los representantes de las dos partes, motivo por el cual los autos fueron remitidos a esta Sala de la Corte, donde están agotadas las formalidades de la segunda instancia.

CAPITULO I

Los hechos acreditados.

Con las partidas de estado civil adjuntas a la demanda se establece el matrimonio del señor Abbas P. Turbay con la señora Judith Turbay, celebrado el 17 de abril de 1920; el nacimiento de Judith Cecilia verificado el 1º de noviembre de 1937; el de Nelly del Perpetuo Socorro que

tuvo lugar el 15 de mayo de 1921; el de Guillermina que se presentó el 9 de abril de 1924; el de María Silvia que ocurrió el 13 de marzo de 1926, y el de Luis Hernando que tuvo lugar el 1º de septiembre de 1930, nacidos todos dentro del expresado matrimonio. (Folios 2, 3, 4, 5 y 6 del cuaderno número 1).

A los folios 7 y 8 del mismo cuaderno obran las partidas de defunción de la señora Judith Turbay de Turbay y de la niña Cecilia Turbay Turbay.

Con las pruebas allegadas a la primera instancia se estableció además:

1g Que la revista militar del Campo de Santa Ana, realizada por el Ejército en cooperación con la aviación militar, el día 24 de julio de 1938, fue ordenada por el Gobierno Nacional en conmemoración de la fiesta nacional de ese día, y a ella se invitó al Cuerpo Diplomático, los altos funcionarios públicos y al público en general.

2º Que dentro del programa de la revista figuraron unas pruebas de acrobacia a cargo de una escuadrilla de caza de la aviación militar, comandada por el Teniente César Abadía.

3º Que cuando este aviador ejecutaba una maniobra de "rollo lento" sobre las tribunas, a una altura inferior a 150 metros, el avión que piloteaba chocó contra el borde occidental de la tribuna que ocupaba el Cuerpo Diplomático, a consecuencia de lo cual se vino a tierra, rodando incendiado por espacio de muchos metros.

4º Que en el Ministerio de Guerra existe un Reglamento de Vuelos y Acrobacias, con las siguientes prescripciones:

"4º Altura mínima—Toda maniobra acrobática debe terminar a una altura no menor de 500 metros.

"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.

"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".

5º Que la orden de operaciones dictada por el Capitán García Bonilla, en su carácter de Comandante del escuadrón aéreo que tomaba parte en la revista, contenía los siguientes números que los aviadores debían ejecutar:

"Orden del desfile y maniobras.

"1º Se hará una pasada del conjunto de máquinas por sobre las tribunas así: 'Aviones P. T. 150 metros. Aviones Falcon 250 metros. Aviones Hawk 350 metros. Aviones Ju-52 450 metros. Las formaciones serán de acuerdo con el esquema anterior.

"2º Terminada la primera pasada en conjunto del escuadrón, los aviones Ju- procederán a aterrizar.

"3º Después de la primera pasada los aviones P. T. regresarán a las tribunas en escalón de máquinas y a una altura de 300 metros iniciará un Lufberry de cuatro vueltas, saliendo de él las máquinas una tras otra y procederán a aterrizar.

"Los Falcon, también después de la primera pasada y en escalón de máquinas regresarán a las tribunas e iniciarán un Lufberry de cuatro vueltas y en sentido opuesto al de las P. T. Saldrán las máquinas una tras otra y procederán a aterrizar. Altura para esta maniobra 600 metros.

"Los señores Comandantes de las escuadrillas de P. T. y Falcon cuidarán de que se mantenga la altura de 300 y 600 metros, respectivamente, durante la ejecución del Lufberry.

"4º Terminado el Lufberry de los P. T. y Falcon, el Comandante y ala número 2 de la tercera patrulla de Hawks se separarán del conjunto y ejecutarán maniobras de combate sobre las tribunas. Altura mínima 500 metros. Tiempo 10 minutos.

"Terminadas estas maniobras las tres máquinas de la 3ª patrulla formarán de nuevo en —V—, en espera de que las máquinas de que trata el punto 5º terminen su demostración.

"5º Seguidamente, la primera patrulla de Hawks más el Comandante y ala número 3 de la segunda patrulla, quienes formarán en —V— de máquinas, ejecutarán Loops en formación y Fleur de Lis, a una altura que en ningún caso debe ser menor de 500 metros. Tiempo, 10 minutos.

"6º A continuación, la tercera patrulla y el ala número 2 de la segunda patrulla se unirán a las cinco máquinas de acrobacia y en formación de escalón de máquinas, los nueve Hawks vendrán sobre las tribunas y ejecutarán una carrera de ratón a una altura no menor de 500 metros. Tiempo 15 minutos. Terminadas estas maniobras las máquinas procederán a aterrizar. (Fdo.) *Jesús M. García B.*, Jefe Sección Operaciones".

6º Que el Director General de Aviación, momentos antes de iniciarse la revista, dirigió al Comandante del Escuadrón, Capitán García Bonilla, el siguiente radiograma: "Campo de Santa Ana, 24 de julio de 1938—Capitán García—Techo—Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque Estación Usaquén altura no menor de ciento cincuenta metros. Informarásele permanentemente estado revista. Mayor Méndez, Dirgenav."

7º En la hoja de servicios del Teniente Abadía figuraba como uno de los mejores pilotos de la aviación militar, pero con esta advertencia:

"Le falta seriedad para comandar.... Es un verdadero militar en campaña; en paz es muy *juguetón*".

8º En uno de los ensayos preliminares de la revista el Teniente Abadía violó el reglamento de vuelos y por tal causa se le aplicaron sanciones disciplinarias.

9º Una de las personas que murieron a consecuencia del siniestro aéreo de Santa Ana, fue la señora Judith Turbay de Turbay.

CAPITULO II

Las causas de la tragedia.

Bien conocido es el pensamiento de esta Sala en lo tocante a la responsabilidad que al Estado corresponde en la tragedia de Santa Ana. Esa responsabilidad ha sido examinada en numerosos fallos ya publicados, a los cuales se remite ahora la Corte, para no estar repitiendo innecesariamente razones que ya están ampliamente expuestas. Sobre el particular puede verse, entre otros, el fallo de 30 de junio de 1941, *Gaceta Judicial* número 1977, tomo LII, páginas 109 a 122.

CAPITULO III

Las indemnizaciones.

Perjuicios materiales.

La primera súplica de la demanda se encamina a obtener que se indemnice a Abbas P. Turbay, y a cada uno de sus hijos Nelly, Silvia, Guillermina y Luis Hernando Turbay de los perjuicios morales y materiales que ellos recibieron con motivo de la muerte de la señora Judith Turbay de Turbay, esposa del primero y madre de los segundos.

De los perjuicios morales se ocupará posteriormente la Sala en capítulo especial y último.

Los perjuicios materiales, bajo cuya denominación genérica, la Corte se referirá también a los de orden moral, pero objetivados, provienen pues del daño causado al esposo por la muerte de la esposa, y a cada uno de los hijos por la muerte de su madre. Son de consiguiente perjuicios sustancialmente distintos. El esposo reclama por el quebranto patrimonial que sufrió a consecuencia de la pérdida de su compañera de vida, guardián del hogar y vigilante y educadora de sus hijos; y los hijos menores por conducto de su padre, reclaman los que ellos recibieron por la ausencia definitiva de su progenitora.

Los perjuicios materiales del padre.

Los perjuicios de orden patrimonial que el padre de familia recibe a consecuencia de la eliminación violenta de la esposa, que cuidaba de hijos menores, pueden asumir proporciones incalculables. La desaparición de una de las dos columnas en que reposaba el hogar, podrá traer como consecuencia la ruina y disolución de éste, pues basta considerar el padre a quien le quedan hijos pequeños o en estado de educar, que vese obligado a separarlos de su lado para entregarlos a parientes o a personas de confianza, que velen por ellos. Esto ocasiona mayores erogaciones pecuniarias, por dispersión de gastos, falta de oportunos cuidados y una serie de numerosas ocurrencias adversas difíciles de enumerar porque sólo las ofrece el caso concreto. Y ni aún en presencia de éste será fácil precisar mil aspectos presentes y futuros de la gravedad del daño patrimonial que la muerte ocasiona a la madre o al padre que pierde definitivamente el compañero que le daba la felicidad en la vida. El padre herido ante la tragedia de la compañera que sucumbe, está expuesto a que sus negocios se afecten en mayor o menor grado, según sea la desorganización que ellos sufran, por la falta de consejo y colaboración de la esposa, necesarios cambios de domicilio, gastos imprevistos y cuantiosos, enfermedades, abandono de actividades por el estado de depresión moral en que la violencia del choque sume a quien lo recibe, pérdida de oportunidades lucrativas, etc., etc.

Tan extensa variedad de males hace que las indemnizaciones otorgadas en juicio a tales víctimas necesariamente tengan que resentirse de deficientes e incompletas, por la dificultad para precisar y probar los hechos.

Porque en juicio no es dable mandar indemnizar sino aquellos daños precisos y concretos que se demuestren. La indemnización es un derecho. Emana por ende de hechos palpables. Donde los hechos no están acreditados por sus circunstancias reales y tangibles, no hay modo de sacar conclusiones prácticas, debido a que el campo procesal repudia el criterio meramente conjetural, aun cuando la hipótesis sea en realidad de acaecimiento probable pero difícil su demostración.

Está dentro de lo posible que el interesado acredite que determinados bienes se perdieron; que un buen negocio en perspectiva fracasó; o que la actividad económica de la cual vivía tuvo que abandonarla en todo o en parte; o la pérdida de la salud más las repercusiones consiguientes de ello en el patrimonio; o la proporción en que el sostenimiento del hogar y la educación de los hijos se le ha vuelto más costosa; y que se vea claro que todos o cualquiera de esos males sean la secuela inevitable del infortunio que se cernió en el hogar desde el momento en que el marido quedó viudo y los hijos huérfanos.

Pero en cambio hay otra clase de daños como los futuros y contingentes difíciles de concretar. Y otros que, aunque actuales y presentes, son imposibles de reducir a cifras numéricas, por su vaguedad e indeterminación. Por ejemplo: ¿cómo es posible, no obstante que el daño existe, concretar materialmente la pérdida que el hombre experimenta en el campo económico y patrimonial, con la muerte de la esposa ejemplar, madre solícita y vigilante de sus hijos, consagrada al cuidado del marido, sabia orientadora de la formación moral e intelectual de aquéllos, celosa por la conservación y acrecentamiento del patrimonio familiar, excelente consejera además en la actividad comercial del marido? El daño material en tal caso es evidente e inmensas sus repercusiones. Pero, ¿cómo concretarlo en una medida que lo represente siquiera aproximadamente? Tan vagos e imponderables son los factores integrantes de esos perjuicios, que seguramente ni el mismo interesado que lo recibe, puede apreciar su cuantía en ningún momento.

Estas dificultades generalmente insalvables conducen a que, como al principio se dijo, las indemnizaciones correspondientes tengan que ser deficientes. Concretarse a lo que se vea más palpable y objetivado. A lo que el interesado haya logrado convertir en hechos tangibles, llevándolos demostrados a los ojos del Juez.

Y no será posible, con excusa de la mencionada dificultad, otorgar indemnizaciones a base de meras hipótesis y de afirmaciones indemostradas, de hechos desprovistos del necesario vínculo de relación con la causa a la cual se atribuyen. Entonces hay que demostrar, que determinada pérdida tuvo en realidad por causa exclusiva la muerte de la esposa; la proporción de gastos mayores que en el hogar produjo la falta de la esposa; que este hecho ha obligado al padre a efectuar mayores erogaciones por la educación de los hijos, como teniendo que cambiar su acostumbrado domicilio por otro donde la vida sea más costosa; que se ha tenido que recurrir a buscar quién cuide de los hijos menores, mediante erogaciones desacostumbradas en la anterior situación de normalidad, etc.

En el presente caso el señor Turbay indica en la demanda (numerales 14 y 15) los daños más concretos que recibió por la muerte de su esposa: 1º "con el fin de suplir hasta donde es posible la falta de su esposa para la atención personal de sus hijos, contrató y tiene que sostener los servicios de una señora a quien tiene que pagarle un sueldo crecido"; 2º "por la falta de la madre la educación de sus hijos tiene que costearla con pensión de internos".

El padre que pierde a la madre de sus hijos menores de edad, como en el caso del señor Turbay, la única medida que puede tomar, si quiere mantener a su lado los hijos pequeños, procurándoles alguna atención en el hogar, y en un esfuerzo porque éste se desorganice lo menos posible, es obtener los servicios de una señora para que dirija y administre la casa. También puede optar por pensionar a los hijos en colegios de internos, si ellos están en edad de empezar a educarse.

El señor Turbay dice que optó por ambos sistemas. Pero tal como está la situación procesal existe alguna exclusión entre las dos medidas. Es decir que en el presente caso, probada como está la segunda, y ante otras circunstancias dignas de tener en consideración, las dos medidas no son acumulables para los efectos de la indemnización correspondiente.

En efecto. Está acreditado ampliamente, con la respetable declaración de los doctores Gustavo Esguerra Serrano, José Domingo Leiva y Liborio Cuéllar Durán (folios 11, 13 y 25 del cuaderno número 2), conocedores del matrimonio Turbay Turbay que desde la muerte de la señora Judith el marido se vio obligado, por razón de que él vive en la ciudad de Neiva, a colocar a sus hijos internos en los colegios de Bogotá; al efecto se trajeron varios comprobantes de pago de pensiones de internos.

Si el hogar estaba en Neiva y los hijos tuvieron que ser internados en Bogotá, el padre tuvo que separarse de ellos para educarlos. En estas condiciones no se ha demostrado que aún en las circunstancias anotadas siempre necesitaron los hijos o necesitan de los cuidados de una señora que los atienda. Por eso la indemnización proveniente de esta causa no parece justificarse, mayormente si se atiende a que respecto al hecho postulado de la contratación de la dicha señora no hay constancia alguna.

Con la declaración de los mismos testigos expresados también se comprueba que la señora Judith era persona de elevada cultura intelectual, con amplios conocimientos literarios que comprendían los idiomas español, francés e inglés, y además sabía pintura y era aplicada al piano; y que ella, fuera de la crianza y cuidado material de sus hijos fue quien atendió personalmente a la educación de éstos, llevando a cabo esta labor de enseñanza hasta el día de su muerte.

Con estas comprobaciones se deduce que la muerte de la señora Judith, constituyó para su esposo una grave pérdida material concerniente a la educación de los hijos, quienes de ella recibían instrucción, por lo cual el gravamen representado en su educación, estaba aligerado por la instrucción que su madre les daba. Desaparecida ella desapareció también la institutriz, lo cual obligó al padre a asumir la totalidad de la obligación educativa con sus hijos. Y para cumplirla los internó en colegios de Bogotá.

Pero es claro que la reparación por este aspecto no debe comprender en su totalidad el cos-

to de educación de los hijos. La labor de la madre por su naturaleza limitada, podía reemplazar la de los colegios, apenas en pequeña parte, reducida a las materias que ella dominaba, que eran castellano, y otros idiomas. La instrucción restante, viva o muerta la madre, siempre era un deber para el padre, en la medida de sus capacidades económicas y costeada fuera de la casa.

De consiguiente, al Estado sólo le corresponde reparar el daño que le ocasionó al señor Turbay privándolo de la educadora de sus hijos en las materias que ella dominaba según las tres declaraciones que se vieron. Y como esa enseñanza debe tener un límite, dentro de la menor edad de los hijos, en el incidente posterior de regulación de perjuicios, se fijará ese límite, teniendo en cuenta la edad de cada uno de los menores, pues no será el mismo lapso el que se necesita, a partir de la muerte de la señora Judith, para instruir a Nelly, que cuando murió la madre en 1938, tenía ya 17 años, y por ende tenía que haber concluído o estaba en situación de concluir la instrucción que la madre le daba, que el tiempo que requería Luis Hernando, el menor, quien en 1938 tenía ocho años, edad en que apenas se estaría preparando la madre para instruírlo en lo que ella sabía.

El demandante señor Turbay se vio precisado a internar a sus hijos en un colegio de Bogotá, en razón de que él vive en Neiva. Eso también está acreditado. De consiguiente por este aspecto la indemnización debe corresponder, no al costo total de los internados, sino a la suma que se calcule que es la diferencia entre lo que él hubiera erogado educando a los hijos en colegios en calidad de externos y la erogación efectiva que para él representa el internado en establecimientos de educación secundaria, dentro de los razonables límites de tiempo que cada hijo necesita desde 1938 para concluir su educación en tales establecimientos, pues la educación profesional no debe entrar en ese concepto.

Por lo que toca al padre en calidad de tal, los mencionados son los únicos daños susceptibles de suministrar bases de avaluación. Todo lo demás es incierto, vago e indeterminado. No susceptible de concretarse en datos precisos y definidos.

Los perjuicios materiales de los hijos.

En la misma petición primera de la demanda los hijos, como está visto solicitan indemnización de perjuicios materiales por la muerte de la madre.

¿Qué perjuicio de orden estrictamente patrimonial sufrieron los hijos del señor Turbay causados por la muerte de su madre? Ningún quebranto de esa índole encuentra la Sala demostrado. Por razón de su edad y de sus circunstancias familiares los hijos no eran personas que con la muerte de la madre experimentaran un quebranto económico. La pérdida que ellos sufrieron es por consiguiente toda de orden moral, para cuya satisfacción no hay en dinero sumas que la representen. Ninguna riqueza admite siquiera parangón con la pena moral y el quebranto familiar a que el hijo se somete con la muerte de la madre ejemplar que velaba por él, lo cuidaba y lo orientaba moral y espiritualmente. Y precisamente por esa causa el daño no es avaluable como los demás perjuicios susceptibles en cualquier forma de objetivarse.

Todo el perjuicio patrimonial por la muerte de la madre de hijos todavía menores, como los del señor Turbay, recae indudablemente sobre el padre. Y sin negar que en el futuro los hijos menores pueden estar expuestos a sufrir perjuicios materiales por la muerte de la madre, provenientes, por ejemplo, de las consecuencias de la falta de la dirección inteligente y acertada que ella le estaba imprimiendo al hijo, por cuyo motivo éste a la postre resulte deficientemente educado y con capacidades en la vida inferiores a las que hubiera tenido si la madre hubiera concluído su formación, es también evidente que un hecho semejante, es de tal carácter eventual e incierto, que no se presta a un resarcimiento satisfactorio ni justificado.

De consiguiente, en lo concerniente a los hijos no cabe más satisfacción judicial que la que la Corte tiene prevista para el daño situado dentro de la zona meramente moral.

Perjuicios causados a la niña Cecilia Turbay.

La súplica segunda de la demanda tiende a que se condene al Estado a pagarle a la sucesión ilíquida de la menor Cecilia Turbay, representada por su padre Abbas Turbay los perjuicios tanto materiales como morales a ella causados por la muerte de su madre doña Judith.

La niña Cecilia era hija legítima del matrimonio Turbay Turbay, y no alcanzaba el año de edad cuando la muerte trágica de su madre. A los pocos días de este acontecimiento, el 8 de septiembre de 1938, murió también la niña, debido, según está acreditado en el expediente a que amamantándola la madre, hubo que cambiarle bruscamente la alimentación, lo cual hízola enfermar de acidosis, y sucumbir.

De consiguiente, el perjuicio que la niña sufrió fue superior a todo daño: la muerte. Desaparecida la niña desapareció también con ella todo sujeto de derecho, y nada le queda posterior a la muerte. Su sucesión, pues, no ha podido transmitir derechos que en ella no se alcanzaron a radicar, debido a su definitiva ausencia de la vida jurídica. Es muy distinto el daño causado a terceros por la muerte de una persona, que el daño ocasionado a la persona por su propia

muerte, el cual no existe como derecho susceptible de transmitirse.

Ahora, si la acción se refiere y comprende el daño que en vida alcanzó a recibir la niña Cecilia, resulta entonces inexistente. El material por la misma razón dada con relación a los otros hijos. Y el moral, porque como con razón lo anota el señor Procurador, una niña de tan tierna edad carecía todavía de conciencia reflexiva y era incapaz por ende de sentir un daño moral.

La petición segunda de la demanda debe ser negada.

La pérdida de las joyas de la señora Judith.

En la petición tercera de la demanda pídese que se declare que la Nación es responsable y debe pagar a la sociedad conyugal ilíquida que formaron los señores Abbas Turbay y Judith Turbay representada hoy por el primero el valor de las siguientes joyas que en el momento del accidente llevaba doña Judith, y que luégo le fueron sustraídas al cadáver: un anillo solitario con un brillante de 2,65 quilates; un pendentif con un brillante grande; y un par de zarcillos de un brillante grande cada uno.

El Tribunal sentenciador dijo al respecto de la pérdida de las joyas lo siguiente:

"De la causa aparece que el señor Carlos J. Camargo Caballero afirmó bajo juramente que el 15 de julio de 1938 se presentó a su establecimiento de joyería la señora Judith Turbay de Turbay, con el fin de hacer revisar los montajes de un aderezo de brillantes consistentes en un anillo, un par de aretes y un pendentif, cuyo respectivo valor calcula el testigo en $ 2.000.00, $ 1.800.00, $ 1.200.00; que el doctor Carlos Samper Sordo vendió al señor Abbas P. Turbay el 30 de marzo de 1920 un par de zarcillos de brillantes finos por un precio de $ 1.200.00 moneda corriente; los testigos Capitolino Hernández, Manuel Carrizosa, Nur v. de Name y Victoria Name y Luis Jiménez declaran por propia percepción que el día 24 de julio de 1938, en el Campo de Santa Ana, momentos antes de la tragedia la señora Judith llevaba las siguientes joyas: un anillo solitario de brillantes, un pendentif solitario de brillantes y un par de aretes de brillantes. Con estos datos y con las certificaciones de la Casa Bauer & Cía. y Samper Sordo & Cía. (folios 25 y 26, cuaderno 1º) queda establecida la preexistencia y propiedad de las joyas a que se refiere la petición".

Pero no obstante el anterior reconocimiento el Tribunal se abstuvo de formular la respectiva condena, en razón de que no existía prueba legal alguna que demuestre la consiguiente falta o sustracción de las joyas del cadáver de la señora Judith.

Conforme lo acepta el representante de la Nación, esta prueba se produjo en la segunda instancia del juicio.

En efecto. El señor Jorge Vargas Cualla declara que él vio en estado agonizante, momentos después de la tragedia de Santa Ana, a la señora Judith, que era recogida en una de las camillas del servicio de Sanidad Militar para ser trasladada al hospital, y quien todavía llevaba un pendiente de brillantes, un anillo de brillantes grande y dos aretes de brillantes; que después acompañó al señor Napoleón Turbay al Hospital de San José, el mismo día del accidente aéreo, con el fin de averiguar por el estado de salud de doña Judith y allí se le informó que había fallecido; y que en seguida, al encontrar el cadáver, lo hallaron despojado de las joyas que la señora llevaba.

Esta declaración, complementada con el acta de levantamiento del cadáver en el Hospital San José, donde fue encontrado por el funcionario investigador, y la constancia de que de la señora Judith sólo se encontró una cartera con unos retratos, acredita la sustracción de las joyas.

El precio de éstas en el momento en que desaparecieron se establecerá también en el incidente posterior de liquidación de perjuicios, teniendo por base lo que declaren los testigos, de que se trataba de joyas de buen tamaño y los demás datos que al respecto figuran en el expediente, fuera de los demás que se quieran allegar para establecer claramente el precio.

Perjuicios morales.

Además de los perjuicios objetivados se reclaman también los meramente morales. Es decir la indemnización por la pena y el dolor espiritual en que el esposo y los hijos quedaron sumidos con la muerte de la esposa y madre.

Bien conocida es la doctrina sentada por la Corte a propósito de perjuicios morales repetida en innumerables fallos. Y toda argumentación contra esa doctrina se estrella contra la imposibilidad física, sea dentro de un proceso, sea fuera de él, de valorar y graduar el choque psicológico que en su parte afectiva sufre una persona por la muerte de un sér querido, con el objeto de traducir ese sentimiento a dinero y otorgar una adecuada indemnización que repare el daño. Esta misma Sala en sentencia de fecha 30 de noviembre del año pasado pronunciada en el juicio ordinario de Luis Eduardo Acevedo Torres contra la Nación, contestó extensamente las críticas a su doctrina, y entre otras cosas dijo:

"En la zona del daño puramente subjetivo la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque los afectos

de amor en la familia y la estimación social y pública no son artículos de comercio; y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por una lesión emanada de esta clase de daño. Admitir el *proetium doloris* para compensarlo económicamente, como daño moral subjetivo, es aceptar un absurdo moral y 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 Demogue, pero que es más bien la necesaria afirmación de la injusticia cometida, al quebrantarse un derecho ajeno, que la indemnización civil del daño. 'Nuestro sistema permite así fácilmente evitar —dice Demogue— que el debate tome el carácter de un regateo del honor y del afecto, puesto que se trata de reaccionar contra el acto dañoso y en manera alguna de hacerlo desaparecer con una compensación'. (*Traité des Obligations en General*, par René Demogue, tomo IV, números 409 y 411).

"Ni cabe afirmar, como lo hace el propio Josserand —cuando dice, refiriéndose al daño moral subjetivo, que si los perjuicios avaluados no son la exacta representación del dolor, 'son al menos una contrapartida aproximada'; ni que la dificultad de apreciación del daño tampoco justifica el que se declare sin lugar la demanda, como lo anota Planiol; ni que —como se dijo en la sentencia de 1922 ya citada— 'el hecho de que en muchos casos sea difícil determinar el *quantum* de la reparación de un daño moral.... no puede ser óbice para fijarlo, aunque sea aproximadamente'; pues las consideraciones que aquí se han hecho, sobre la naturaleza del perjuicio moral subjetivo y la imposibilidad de medirlo económicamente, ponen de manifiesto que es equivocada la tesis conforme a la cual se pretende conceder o reconocer 'una contrapartida aproximada', o fijar aproximadamente el daño de esta clase, porque no puede decirse con fundamento que una suma de dinero *se aproxime* al monto de una justa reparación, cuando se desconocen por completo los contornos que encierran ese daño, si se contempla en su pretendido valor económico. Es imposible aproximarse al daño para fijar la indemnización, porque el daño no se conoce.

"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', párte de la base de la imposibilidad que existe de reconocer una indemnización completa del perjuicio, que no podría darla el dictamen de terceros, sino la estimación del lesionado. En el orden material el perjuicio se avalúa mediante un criterio general y humano; en el subjetivo, para que la reparación fuese aceptada, debería basarse en la estimación del perjudicado. Pero si ésta rigiese, el *quantum* de la indemnización sería el que por aquél se señalase, lo que es inadmisible. Como la reparación no puede alcanzarse aplicando las reglas ordinarias para fijar su monto, se pronuncia la justicia ordenando una satisfacción, como se ha expresado, o haciendo la simple afirmación del quebrantamiento del derecho. Y por ser procedente la satisfacción de que se habla, y no la reparación común establecida en la ley civil como norma para todos los daños, el concepto de modicidad de la suma que ha de entregarse, según la ley nacional, es acertado. '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'. (*Gaceta Judicial*, tomo LI, página 471).

"Las apreciaciones que en esta sentencia se han hecho respecto al daño moral y que aparecen en fallos de esta misma Sala —dictados el 23 de abril de 1941, con la ponencia de cada uno de los Magistrados que entonces la integraban— fueron acogidas como doctrina por la Sala de Casación Civil en sentencia del veinte de junio del mismo año, y reiteradas posteriormente en otras decisiones de ambas Salas. (*Gaceta Judicial*, tomo LI, páginas 292, 424, 437 y 457)".

Fallo:

Por las consideraciones expuestas la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *resuelve:*

1º Declarar que la Nación colombiana es civilmente responsable de la muerte de la señora Judith Turbay de Turbay, ocurrida el 24 de julio de 1938 en el campo denominado "Santa Ana", a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el citado día;

2º En consecuencia, condénase a la misma entidad de derecho público a pagar al señor Abbas P. Turbay, esposo de la occisa, los perjuicios materiales y morales objetivados, que aquél sufrió con la muerte de su citada esposa. Tales perjuicios se liquidarán en el incidente previsto en el artículo 553 del Código Judicial, sobre las bases que se dan en la parte motiva de este fallo, en la sección denominada *"Los perjuicios materiales del padre"*.

3º Condénase a la misma entidad de derecho público a pagar a la sociedad conyugal ilíquida que existió entre los señores Abbas P. Turbay y Judith Turbay de Turbay, representada hoy por el primero, como cónyuge sobreviviente, el valor de las siguientes joyas que desaparecieron del cadáver de la señora Judith: un anillo solitario con un brillante; un pendentif con un brillante grande; y un par de zarcillos con un diamante grande cada uno. El valor de estas joyas se determinará también en el mismo incidente a que se refiere el punto anterior, teniendo en cuenta las bases generales que se indican en la parte motiva de esté fallo, en la sección denominada *"La pérdida de las joyas de la señora Judith"*.

4º Condénase también a la Nación colombiana a pagar al señor Abbas P. Turbay y a sus hijos Nelly Turbay, Silvia Turbay, Guillermina Turbay y Luis Hernando Turbay, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) a cada uno, por razón del daño moral que las personas indicadas recibieron a consecuencia de la muerte de la señora Judith Turbay de Turbay, esposa del primero y madre legítima de los últimos.

5º Se absuelve a la Nación colombiana de todos los demás cargos que contra ella se deducen en el libelo de demanda.

Queda en los presentes términos *reformada* y *reemplazada* la sentencia apelada.

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

Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Tacha de falsedad de documentos.—Ineficacia de la prueba testimonial en relación con la pericial.—Carácter de auténticos que las partes pueden darles a los documentos no pedidos por el fallador a las oficinas de origen

La Sala conceptúa que del hecho de que los artículos 632 y 634 del Código Judicial expresen que los instrumentos públicos insertos en periódicos oficiales se presuman auténticos, y que hacen plena prueba como auténticos, en su contenido, los provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, no se sigue que la presentación de tales documentos en juicio no deba efectuarse en la forma que expresa el artículo 636 ibídem; pero siendo el fundamento o alcance de esta última disposición el de que la parte contra quien se opone el documento tenga mayor garantía acerca de la autenticidad de éste por haberlo pedido directamente a la oficina o archivo de origen, el Juez que conoce de la causa, claro es que si esa parte le da su asentimiento expreso o tácito a la presentación directa que del documento haga la otra parte y lo considera auténtico, por tál hay que tenerlo, porque en asuntos en que no estén interesados el orden público y las buenas costumbres, el interés del Juez en los procesos civiles no puede ir más allá del demostrado por las mismas partes ni mucho menos contrariar su espíritu.

Las modificaciones que se introducen en un documento hacen parte de la esencia contractual del mismo instrumento, y por lo mismo el alcance y proyecciones de ellas constituyen elemento integrante del grupo de características ideológicas controvertidas y sometidas a la decisión del juzgador. A los peritos sólo les incumbe puntualizar los hechos físicos sometidos a su investigación, para señalar una orientación probable a quien ha de cumplir las funciones de fallador.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, treinta y uno de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El auto del Magistrado ponente, que a continuación se inserta, contiene, en síntesis, los hechos que constituyen los antecedentes de la controversia que por la presente sentencia se decide:

Díjose en tal auto de 24 de febrero del presente año:

"El señor Oliverio Morales, por medio de apoderado, promovió demanda ordinaria contra la Nación para que se la condene a tenor de los siguientes pedimentos:

'.... a pagar a Oliverio Morales el valor que resulte por perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato celebrado entre éste y aquélla con fecha primero de septiembre de 1924 y publicado en el *Diario Oficial* con fecha 16 de junio de 1925 (número 19924). b) Se declare previamente resuelto el contrato aludido por incumplimiento de las obligaciones que la Nación en virtud del mismo tenía de cumplir y que no ha cumplido hasta hoy. Este contrato se refiere a los trabajos de corte y terraplén comprendidos entre las abscisas kilometrales 122 a 123-300 y 126-820 a 129-500, de la vía que se dirige a Chiquinquirá, Sección Segunda del Ferrocarril Central del Norte. c) Que se condene a la Nación a pagar el valor de las herramientas entregadas al Gobierno posteriormente a la entrega de las obras contratadas'.

"Como hechos el demandante alegó los siguientes:

'1º Con fecha primero de septiembre de 1924, Oliverio Morales contrató con Daniel E. de Márquez a nombre de la Nación y en su condición de Superintendente del Ferrocarril Central del Norte, debidamente facultado por el señor Ministro de Obras Públicas, la ejecución de los trabajos de corte y terraplén comprendidos entre las abscisas kilometrales K. 122 a 123-300 y K. 126-820 a 129-500.

" '2º Que las obras contratadas de corte y terraplén dentro de las abscisas indicadas del Ferrocarril Central del Norte, vía Bogotá a Chiquinquirá, se llevaron a efecto por el Contratista Morales en la forma prevista por las cláusulas segunda, tercera, cuarta y según los planos de construcción.

'3º Que el señor Oliverio Morales entregó las obras contratadas, ceñidas a los planos y niveles, a satisfacción del representante del Gobierno Nacional designado en el contrato y de acuerdo con la cláusula 4ª del mismo.

'4º Que el Gobierno Nacional no ha cumplido por su parte y ha violado por consiguiente las cláusulas 5.ª, 6.ª, 7.ª, 9.ª, del contrato de fecha primero de septiembre de 1924 celebrado entre el Gobierno Nacional y el señor Oliverio Morales a que se refiere la parte petitoria de esta demanda.

'5º Que el Gobierno Nacional no ha cumplido igualmente con ordenar las clasificaciones y pago de las tierras removidas como lo expresa el Decreto número 55 de 1925 (24 de octubre) por el cual se dispone en el artículo primero que los transportes de tierras en canoas se pagasen aplicando la fórmula P. D. sobre 125.

'6º Que el Gobierno Nacional no ha cumplido con ordenar la liquidación total de las obras contratadas.

'7º Que el Gobierno Nacional no ha pagado el precio total de dichas obras.

'8º Que el mismo Gobierno no ha pagado el valor de las herramientas entregadas a él por intermedio de sus ingenieros.

'9º Que el Gobierno Nacional está en mora de cumplir con las obligaciones contractuales que surgen del contrato firmado el primero de septiembre de 1924 entre él y el señor Oliverio Morales.

'10º Que el señor Oliverio Morales ha sufrido perjuicios surgidos por el incumplimiento del contrato por parte de la Nación'.

"Con la demanda de que se trata, el actor presentó un ejemplar del *Diario Oficial* número 19924 de 16 de junio de 1925 en el cual está publicado el contrato cuya resolución se pide, de fecha primero de septiembre de 1924.

"Admitida la demanda, el señor Procurador Delegado en lo Civil, dio contestación a ella en escrito presentado el 27 de agosto de 1941, escrito en el cual dijo lo siguiente:

'En nombre de la parte demandada me opongo a las súplicas de la demanda por cuanto la conducta del Gobierno en la ejecución del contrato a que la demanda se refiere no hace a la Nación civilmente responsable como lo pretende el demandante.

' En cuanto a los hechos en que se apoya la demanda digo:

'Acepto el primero en los términos del respectivo contrato.

'No acepto los demás mientras no se prueben en forma legal.

'Dejo así contestada la demanda'.

"Fue abierto a pruebas el juicio por auto de fecha ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

"Según consta al folio 1º vuelto del cuaderno número 1, por el informe respectivo de la Secretaría, el término de pruebas principió a correr el once de septiembre del citado año 1941 y venció el día veintidós del mismo mes, razón por la cual, después de haberse informado por la Secretaría sobre este particular y de haber pasado el negocio a este Despacho el cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en cuatro de diciembre de este último año se ordenó dar traslado a las partes para que alegaran, habiéndolo hecho solamente el señor Procurador Delegado en lo Civil en escrito presentado el 25 de febrero de 1943 (folios 12 a 16 del cuaderno número 1), después de lo cual también y de la actuación que allí aparece, se citó para sentencia por auto del tres de diciembre del mismo. Se registró proyecto de sentencia el primero de febrero del presente año.

"Pero observándose que es oportuna la decisión previa del incidente de que va a hablarse (artículos 649 y 393 del Código Judicial), por cuanto aún no se ha pronunciado la sentencia, a ello se procede, mediante las siguientes consideraciones que se apoyan en los hechos precitados y en los siguientes:

"Según consta al folio uno del cuaderno número 4, el demandante, con apoyo en el artículo 649 del Código Judicial, manifestó en escrito presentado el diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y uno (1941), que tachaba de falso el 'documento de liquidación del contrato de primero de septiembre de 1924 publicado en el *Diario Oficial* número 20418 y protocolizado en la Notaría 5ª de esta ciudad por medio de la escritura pública número 1656 de 20 de septiembre del año en curso (mil novecientos cuarenta y uno)'.

"Se anota que aunque copia de este mismo instrumento de protocolización, por auto de 8 de octubre de 1941, se había ordenado que viniera al expediente a solicitud del señor Procurador (folio 1, cuaderno número 3), no llegó, a pesar de que aparece (folio 3 vuelto) que se libró por la Secretaría el correspondiente despacho al Notario 5º de Bogotá el 26 de mayo de 1942.

"Como en el mismo aludido escrito de tacha de falsedad manifestara el demandante que para probar dicha tacha se practicara, con peritos grafólogos, una inspección ocular en la Notaría 5ª de este Circuito y así lo ordenara este Despacho en auto de 24 de noviembre de ese año, el señor Procurador, en escrito del dos de diciembre del mismo, pidió reposición de tal proveído a fin de que se revocara 'y en su lugar se abra a prueba el incidente de conformidad con lo que dispone el inciso 2º del artículo 649 del

Código Judicial, disposición —dijo— en la cual sustento este recurso'.

"Encontrando este Despacho ajustado al precitado artículo tal solicitud, por medio de auto de siete de febrero de 1942 accedió a la reposición pedida. Dijose en este auto lo siguiente:

'El artículo 649, inciso 2º, del Código Judicial, para el solo efecto de que la parte respectiva pueda ejercer el derecho de probar la tacha de falsedad opuesta contra los documentos que contra ella se presenten como prueba por su contraparte, permite, si ya está vencido o está para vencerse el término probatorio, otorgar uno adicional de diez días; y como este es el caso aquí, según se observa por el informe de la Secretaría obrante al folio 10 vuelto del cuaderno principal, y por la fecha en que fue presentado el escrito, sobre tacha de falsedad, la petición de reposición del señor Procurador Delegado en lo Civil es legal, y por ello se resuelve:

'Primero—Revocar, como en efecto revoca, el auto de 24 de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno.

'Segundo—Otorgar, como en efecto se otorga, el término adicional probatorio de diez días, para los fines del inciso segundo del artículo 649 del Código de Procedimiento Civil'.

"La sustanciación del incidente de tacha de falsedad que, en realidad, es de carácter especial visto lo dispuesto para el caso en el artículo 649 del Código Judicial, quedó admitida por ambas partes en esa forma, ya que no sólo se ejecutorió, sin reclamo alguno, el precitado auto de siete de febrero de 1942, sino que en uso del término adicional de pruebas de diez días en él concedido a las partes, la actora, según consta al folio 5 del cuaderno número 5, en escrito del trece de febrero de 1942, entre otras peticiones, repitió, para que se tuviera como prueba, su solicitud de que se ordenara la práctica de la inspección ocular sobre el documento tachado de falso y protocolizado en la Notaría 5ª de Bogotá por medio de la escritura número 1656 de 20 de septiembre de 1941. Sobre el particular, en tal escrito determinó las cuestiones sobre las cuales debían dar su dictamen los peritos grafólogos, y agregó, acompañando un ejemplar del *Diario Oficial* número 20418 de 10 de febrero de 1927, que los peritos, en lo pertinente al documento tachado de falso y publicado en tal diario, hicieran un cotejo entre éste y el documento protocolizado en la Notaría 5ª 'con el objeto —dijo— de que se establezcan las discrepancias de ambos textos y por ende saber su autenticidad'.

"Este Despacho, en auto de veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y dos (folio 6) expresó lo siguiente sobre la confrontación o cotejo pedido en relación con el *Diario Oficial* de que se trata:

'En cuanto a la confrontación que se solicita respecto del texto del documento referido que se dice publicado en el *Diario Oficial* número 20418 de 10 de febrero de 1927, con el original que está protocolizado en la Notaría dicha, no podrá efectuarse mientras el citado *Diario Oficial* no sea traído al expediente en la forma prescrita en el artículo 636 del Código Judicial, y su concordante el 634 del mismo Código. Como el artículo 636 precitado se refiere a que se pida copia del documento, en el caso que aquí se contempla, no puede admitirse dicho *Diario Oficial* como prueba mientras su autenticación no se efectúe por conducto de este Despacho y directamente por la oficina correspondiente del Ministerio de Gobierno, todo ello dentro del respectivo término de prueba de este incidente'.

"Se observa que también en forma en que no debió ser presentado figura en el expediente, como consta en el cuaderno número 2, folio 5, un ejemplar del *Diario Oficial* número 20035 del 30 de octubre de 1925 sobre publicación de la Resolución número 55 de 24 de octubre de 1925 del Ministerio de Obras Públicas 'relacionada, entre otras, con un contrato celebrado con el señor Oliverio Morales'.

"El señor Magistrado que entonces era ponente en el presente negocio, en autos de octubre ocho de mil novecientos cuarenta y uno (folios 3 y 5 vuelto del mencionado cuaderno), autos que tuvieron el asentimiento de las partes, ordenó que el mencionado *Diario Oficial* se agregara al expediente y que se tuviera como prueba la Resolución número 55 de 24 de octubre de 1925 que aparece publicada en dicho Diario. Debe anotarse también sobre el particular (folio 13 del cuaderno número 1) que el señor Procurador en su alegato manifiesta que este *Diario Oficial* presentado por el actor, está '*debidamente* autenticado' y que a él se remite como prueba.

"A la vez, en el mismo auto, del 7 de febrero de 1942, que fue notificado a las partes el dos y el cuatro de marzo, respectivamente (folios 6 y 8) se dispuso tener como perito del actor al nombrado por éste; se requirió al señor Procurador para que nombrara el que le correspondía, lo que hizo en el acto de ser notificado, y se señaló para la práctica de la inspección ocular, el catorce del mismo mes, a las diez de la mañana.

"El catorce del mismo mes, día señalado para la inspección ocular, vino el negocio al Despacho (folio 8), con informe de la Secretaría de que estaba pendiente aceptar como perito al nombrado por el demandado.

"Debido al interés de las partes en que se verificara la inspección ocular en el día señalado, seguidamente se dictó un auto en el sentido de tener como perito al nombrado por el señor Procurador, quien estaba presente en este Despacho, y se notificó personalmente de tal acto, así como

el demandante, quien en el mismo acto de ser notificado renunció al término de la ejecutoria de esta providencia. En el acto de la diligencia fue juramentado y posesionado el perito nombrado por el señor Procurador, y junto con el del demandante, procedieron al examen del documento materia de la inspección, la que terminó y se firmó sin objeción alguna de las partes interesadas, según consta en el expediente.

"Debe recalcarse sobre estos puntos, por cuanto se observa que, antes de la actuación correspondiente al dos, al cuatro, al siete y al catorce de marzo de que ya se hizo mérito (folios 6 vto., 8 y 9) aparece al folio siete del mismo cuaderno número 5, un escrito del demandante con atestación de la Secretaría de que pasó a este Despacho el nueve de marzo. En el correspondiente libro de la Secretaría aparece que fue el diez de marzo cuando tal escrito pasó a este Despacho.

"En ese escrito pide el demandante que se solicitara al Ministerio de Gobierno el *Diario Oficial* número 20418 para que se hiciera el cotejo en la inspección ocular decretada.

"Tal escrito reza así:

'Para dar cumplimiento a su providencia última en el incidente de tacha de falsedad, respetuosamente pido que por conducto del Ministerio de Gobierno se solicite el *Diario Oficial* número 20418 autenticado, como lo solicitó el señor Procurador General de la Nación en memorial de pruebas que éste presentó y pido en el término respectivo del juicio. De suerte, pues, que estando tenido como prueba por haberlo solicitado el Procurador y haberla decretado el señor Magistrado, es el caso que se allegue a los autos tal *Diario Oficial* que es del 10 de febrero de 1927 y se haga el cotejo que solicito en el memorial de prueba sobre tacha. Así queda cumplido el artículo 636 del Código Judicial, en armonía con el 634 ibidem'.

"En primer lugar, se observa que en el memorial de pruebas presentado por el señor Procurador el 22 de septiembre de 1941, que aparece al folio uno del cuaderno número 3, aquél no pidió que se solicitara del Ministerio de Gobierno el *Diario Oficial* número 20418, sino —reza la petición— 'que se libre despacho al Ministerio de Gobierno a fin de que por quien corresponda se certifique si el contrato de liquidación del de fecha 1º de septiembre de 1924, liquidación llevada a efecto entre el contratista señor Oliverio Morales y el Superintendente del Ferrocarril Central del Norte, doctor Edmundo Merchán, aparece publicado en el número 20418 del *Diario Oficial* correspondiente al 10 de febrero de 1927, y si de igual modo aparece publicada en el número 20035 del *Diario Oficial* del 30 de octubre de 1925 la Resolución número 55 de dicho año, dictada por el Ministerio de Obras Públicas en relación con el contrato de primero de septiembre de 1924 celebrado con el señor Oliverio Morales'.

"Tal certificación llegó en la forma siguiente:

' El infrascrito Secretario General del Ministerio de Gobierno en obedecimiento del auto que antecede, *certifica:*

'1º Que en el *Diario Oficial* número 20035 de 30 de octubre de 1925 aparece publicada la Resolución número 55, de 24 de octubre de 1925, del Ministerio de Obras Públicas, relacionada, entre otros, con un contrato celebrado con el señor Oliverio Morales, y

'2º Que en el *Diario Oficial* número 20418, de 10 de febrero de 1927, se halla publicado un contrato celebrado entre la Superintendencia de la Sección 2ª del Ferrocarril Central del Norte y Josué Eliseo y Oliverio Morales, sobre reconocimiento y pago de unas obras ejecutadas por éstos, no previstas en el contrato de fecha 1º de septiembre de 1924'.

"Lo expuesto es lo que consta en autos: y se ha hecho de todo ello una relación pormenorizada, para destacar que con el beneplácito de las partes, especialmente con el del demandante, quien era el interesado en la demostración de la tacha de falsedad opuesta contra el documento protocolizado en la Notaría 5ª de Bogotá por medio de la escritura número 1656 de 20 de septiembre de 1941, se efectuó la inspección ocular en el expresado documento sin que los peritos grafólogos hubieran hecho el cotejo con el *Diario Oficial* número 20418 mencionado en el escrito del demandante que se dice pasó a este Despacho el nueve o diez de marzo, o sea, cuatro o cinco días antes del catorce de ese mes, día en que se practicó la inspección ocular previa la actuación simultánea de que ya se hizo mérito y previo el informe de la Secretaría acerca de que estaba pendiente la aceptación y posesión del perito designado por el señor Procurador. No se informó también en la atestación que corre al folio 8 vuelto del cuaderno número 2, que estuviera pendiente de resolución el citado memorial del demandante, ni éste, ni la contraparte, ni los peritos llamaron la atención sobre ello, por lo que debe deducirse que no lo debieron tener como elemento de convicción de importancia en la práctica de la inspección ocular en cuanto al mencionado cotejo pudiera referirse el contrato inserto en tal *Diario Oficial* y el protocolizado en la Notaría Quinta de Bogotá.

"En corroboración de lo que viene expuesto, no sólo se encuentra como una de las razones el haber permitido las partes que la inspección ocular se hubiera llevado a efecto en el día y hora prefijados, y haber firmado luégo el acta sin ninguna observación, por la omisión del cotejo en que parecía estar interesado el actor, sino que

existen con relación a este punto y en el mismo sentido otros hechos procesales consumados de que da cuenta también el expediente, tales como no haber sido objetado el dictamen pericial; haber pagado al demandante los honorarios de los peritos (folios 13 a 15 del cuaderno número 5); haber tenido en su poder el expediente para alegar y no haber presentado alegato alguno (folio 11 vuelto, cuaderno número 1) y, por último, haber pedido en escrito presentado el diez y siete de febrero de 1943 (folio 16, cuaderno número 4) que se falle la articulación sobre la tacha de falsedad de que se trata.

"Terminado el examen de esta primera cuestión, hay que decir que el mismo asentimiento que las partes le han prestado a que se llevara a efecto la inspección ocular, sin el cotejo aludido, se lo han prestado también en cuanto a que sea apreciado como prueba auténtica en tal incidente el ejemplar del *Diario Oficial* número 20418, a pesar de lo que este Despacho expresó en su auto del 28 de febrero de 1942 en cuanto a la forma de presentación de ese documento.

"Sobre el particular, el señor Procurador, refiriéndose a este incidente de tacha exprésase así en su alegato (folio 14, cuaderno número 1):

'El demandante tachó de falso el documento contentivo de tal contrato y solicitó que se desestimara como prueba, por cuanto que en su concepto existían en él adulteraciones fundamentales. Se tramitó el correspondiente incidente de tacha y dentro de él se practicaron las pruebas que el demandante solicitó.

'Sea lo primero hacer notar que el contrato de fecha 11 de junio (folio 1º, cuaderno número 5) de 1926, es un instrumento público por cuanto que proviene de un funcionario que ejercía un cargo por autoridad pública, y porque lo perfeccionó en el desempeño de sus funciones oficiales (artículo 632, Código Judicial) y comoquiera que se halla inserto en un periódico oficial, se presume auténtico (artículo 634 ibídem) y por tanto, toca al demandante destruir tal presunción de autenticidad'.

"Este Despacho conceptúa que del hecho de que los artículos 632 y 634 del Código Judicial expresen que los instrumentos públicos insertos en periódicos oficiales se presuman auténticos, y que hacen plena prueba como auténticos, en su contenido, los provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, no se sigue que *la presentación* de tales documentos en juicio no deba efectuarse en la forma que expresa el artículo 636 ibídem; pero siendo el fundamento o alcance de esta última disposición, el de que la parte contra quien se opone el documento tenga mayor garantía acerca de la autenticidad de éste por haberlo pedido directamente a la oficina o archivo de origen el Juez que conoce de la causa, claro es que si esa parte le da su asentimiento expreso o tácito a la presentación directa que del documento haga la otra parte y lo considera auténtico, por tal hay que tenerlo, porque en asuntos en que no estén interesados el orden público y las buenas costumbres, el interés del Juez en los procesos civiles no puede ir más allá del demostrado por las mismas partes ni mucho menos, contrariar su propósito.

"Este, el caso de autos. En la providencia del 28 de febrero de 1942, en desarrollo de las ideas que quedan expresadas en el párrafo precedente, el suscrito Magistrado, consideró que en vista de lo dispuesto en el artículo 636 del Código Judicial, no debía admitirse como prueba el ejemplar del *Diario Oficial* número 20418 presentado directamente por el demandante, pero como el señor Procurador, lo mismo que lo hace con el número 20035 de ese periódico oficial, le reconoce su calidad de auténtico, no existe ya razón para que esos documentos no sean apreciados como tales, y así se procederá a estimarlos en la decisión del presente incidente de tacha de falsedad.

"El dictamen pericial.

"Examinado este segundo aspecto, se pasa a estudiar el dictamen de los peritos grafólogos con relación al documento tachado de falso, dictamen que rindieron de común acuerdo y cuyo tenor es el siguiente:

'Conforme a la solicitud de la parte interesada en la prueba decretada, los puntos sobre los cuales tenemos que dictaminar son, en su orden, los que siguen:

'a) Si la fecha del documento privado que se protocolizó en la Notaría 5ª de Bogotá con escritura pública número 1656 de 20 de septiembre de 1941, está adulterado o nó.

'b) Si tal documento adolece de otras alteraciones.

'c) Si tales alteraciones están salvadas debidamente o nó.

'd) Si el salvamento que existe al pie del documento fue hecho en el momento de firmarse o mucho después de firmado, por razón de que el salvamento está en manuscrito superpuesto sobre el sello que allí aparece.

'e) Si hay palabras tachadas, borradas o adulteradas, y si estas palabras están debidamente salvadas o nó.

'f) Si las alteraciones versan sobre lo sustancial del documento redargüido de falso.

'Como lo expondremos a continuación, la mayor parte de las cuestiones que se nos proponen obran dentro del radio de acción de nuestras capacidades técnicas. Dos de ellas parece que se sustraen a nuestra experiencia, para caer bajo

la competencia teórica y legal de la honorable Corte, que es la única entidad que puede entrar a dirimir tales puntos. Para no apartarnos del derrotero que se nos ha trazado taxativamente, enunciaremos individualmente cada uno de los temas relacionados en la solicitud de la prueba pericial.

'a) El documento privado a que nos referimos se halla extendido en papel sellado de la edición contratada por el Estado con la casa *Waterlow & Sons Ltd.* de Londres, con máquina de escribir corriente, provista de cinta de tono violeta. Su texto comienza con las palabras *'entre* los suscritos, Edmundo Merchán, etc....' y concluye en la página siguiente, con las palabras 'once de junio de mil novecientos veintiséis'. Suscriben tal instrumento los señores Edmundo Merchán, Oliverio Morales y Josué Eliseo Morales, como contratantes; y Carlos García S. y Arturo Losada, como testigos instrumentales.

'La palabra *'veintiséis'* con la cual termina el texto mecanográfico, aparece escrita con la misma máquina o con máquina similar, con cinta de tono violeta más intenso que el del texto general, sobre un campo que fue sometido al tratamiento eliminatorio del caucho de borrar, con el fin de hacer desaparecer la primitiva palabra 'veinticinco' cuyas características son fácilmente discernibles por el procedimiento óptico de lentes adecuados. Aunque hubiese duda en cuanto al sentido y valor de la palabra tachada, no sería posible admitir que lo escrito originalmente fuese la palabra 'veintisiete' porque a continuación del documento viene la aprobación del Ministro de Obras Públicas, doctor Laureano Gómez, impartida el 30 de julio de 1926. Tampoco podría dejarse de considerar la palabra 'veinticinco' que indudablemente se estampó en un principio, como un error de máquina, si se advierte que dentro del texto del contrato se hace mérito de la Resolución número 55 de 24 de octubre de 1925, fecha ésta anterior a la que hoy se lee claramente como fecha del documento examinado. Tampoco podría lo borrado ser 'veintisiete' por cuanto allí se ven actuaciones del Presidente de la República y del Consejo de Ministros, correspondientes al año de 1926.

'Sin embargo, advertimos que, dentro de las convenciones legales para salvar tachas de un escrito que ha de prestar mérito probatorio, no se halla en su lugar la constancia de haberse realizado la rectificación del error inicial.

'b) En la línea once de la primera página del documento aparecen testadas, con el procedimiento incongruente de un doble paréntesis y una subraya, las palabras '(nueve de mayo)', y entre líneas y en la parte superior de lo tachado, se leen escritas a mano con tinta azul, las palabras 'primero de septiembre'.

'En la sexta línea de la segunda página del documento aparece tachada fuertemente, con tinta azul y a mano, la palabra 'explosivos', sin que al final del instrumento se haya tomado nota de la tacha marcada allí.

'En la línea séptima se advierte un amago de tacha sobre las palabras 'favor de', que podría lógicamente atribuirse a un error de colocación de la pluma, pues ocupa el campo inmediatamente inferior a la palabra 'explosivos', eliminada. Tampoco se hace de este conato ningún mérito en los renglones finales del texto, para asegurar su validez.

'También en las líneas 17 y 18 de la segunda página se tachan por el improcedente sistema del doble paréntesis y de la subraya, las palabras '(nueve de mayo)', impresas originalmente. Encima de ellas, y entre líneas, se leen, escritas a mano, con tinta azul, las palabras 'primero de septiembre'.

'c) Las varias alteraciones que se dejan relacionadas en el punto anterior, figuran parcialmente salvadas así: en el restante espacio libre de la línea final del texto y en la línea siguiente, aparecen con manuscrito del sujeto que introdujo las modificaciones, con tinta azul, las siguientes palabras: '—Entre líneas— 'primero de septiembre — valen'. A continuación de ellas se leen estas otras palabras: 'Testados — 'nueve de mayo' no valen'.—

'Fuera de estas salvedades no existen otras constancias.

'd) A nuestro modo de ver, las salvedades a que se contrae el punto anterior fueron escritas con posterioridad a la estampación del sello semicircular que reza *'F. C. Central del Norte' — 'Sección Segunda' 'Superintendente'*, marcado con tinta de color violeta, puesto en las sílabas manuscritas 'embre' y 'va' se distinguen claramente trazadas a pluma sobre las palabras del sello de caucho *'Central del'*.

'Sobre este particular debemos advertir que tanto la firma del Superintendente doctor Edmundo Merchán que suscribe el documento, como otras dos firmas que del propio empleado puestas en la hoja siguiente, aparecen estampadas sobre el sello de caucho de la Superintendencia del Ferrocarril, lo que indica la costumbre o norma de suscribir los actos oficiales después de aplicado el sello correspondiente, al menos en esa dependencia del Ministerio de Obras Públicas. Así, pues, hallándose notoriamente trazadas con posterioridad a la estampación mecánica del sello, tanto la anotación de enmiendas como la firma del Superintendente Merchán, no nos es posible determinar el orden cronológico de los dos trazados manuscritos, ni cuánto tiempo medió entre el acto de la estampación del sello y el de la escritura manuscrita de las salvedades, superpuestas al sello.

'Las otras firmas que suscriben el contrato se hallan a tanta distancia del sello, que con ellas es menos posible la determinación de la prioridad, puesto que no hubo el menor contacto entre ellas y el sello.

'Cuando la tinta de un sello se encuentra aún fresca, los trazados a mano que se ejecutan sobre la impresión de aquél, producen un efecto de penetración de los pigmentos colorantes, de fácil apreciación, cosa que no se observa en el presente caso.

'e) La cuestión que se enuncia dentro de este punto quedó ya contestada al desarrollar el marcado con la letra b), motivo por el cual declinamos su repetición.

'f) Las modificaciones que se introducen en un documento hacen parte de la esencia contractual del mismo instrumento, y por lo mismo el alcance y proyecciones de ellas constituyen elemento integrante del grupo de características ideológicas controvertidas y sometidas a la decisión del juzgador. A los peritos sólo les incumbe puntualizar los hechos físicos sometidos a su investigación, para señalar una orientación probable a quien ha de cumplir las funciones de fallador. La palabra 'explosivos', tachada y no salvada, quizá ofrezca a las partes un aspecto sustancial en la contienda suscitada con el ejercicio de la acción o planteada con el recurso defensivo de la excepción. Sin embargo, a los peritos les está vedado mezclarse en las consecuencias que de la tacha apuntada puedan desprenderse en estricto derecho contractual.

'Por las consideraciones que dejamos expuestas aquí, tenemos el honor de someter a su estudio las siguientes conclusiones:

'Primera—La fecha del documento protocolizado con escritura número 1656 de 20 de septiembre de la Notaría 5ª de Bogotá (1941) aparece rectificada en la palabra 'veintiséis', sin que se haya salvado tal enmienda en el final del texto.

'Segunda—En el documento referido aparecen varias alteraciones hechas a mano, en la cantidad y en la forma que se anotan en el cuerpo de este informe.

'Tercera—Dos de las alteraciones introducidas al texto del documento examinado aparecen normalmente salvadas.

'Cuarta—Las dos anotaciones finales de salvedad a que se refiere la conclusión anterior fueron introducidas con posterioridad a la estampación del sello que acompaña a la firma del Superintendente doctor Edmundo Merchán, pero no puede establecerse con certeza si con posterioridad a las firmas de los contratantes'.

"No debe omitirse para los fines del presente estudio, que a solicitud del demandante se recibieron, en el mismo acto de la inspección ocular, las declaraciones de los testigos Carlos A. García, Rafael M. Galvis y Pedro León Monroy, quienes declararon lo siguiente:

'b) Que el documento que han tenido a la vista está adulterado, adulteración que consiste en varios borrones y entre renglones se lee: 'primero de septiembre', leyenda que está en manuscrito, habiéndose tachado 'nueve de mayo'. Al final del dicho documento aparece salvada la fecha primero de septiembre como válida y tachada nueve de mayo. Estas salvedades están en manuscrito. c) Que el documento que han tenido a la vista se refiere a la liquidación del contrato de nueve de mayo de 1924, en cuanto a los trabajos ejecutados antes de que este contrato se dividiera entre otros contratistas. d) Que no tienen conocimiento de que haya otra liquidación con relación al contrato de 9 de mayo de 1924, fuera de la que se hizo constar en el documento protocolizado que tienen a la vista, pues con relación a este contrato ni a otro alguno en que fue parte el contratista Oliverio Morales existe otra liquidación'.

"Son, pues, tres, según el dictamen pericial que se deja transcrito, los errores hallados en el documento protocolizado por medio de la escritura número 1656 de la Notaría 5ª de Bogotá, documento otorgado entre el señor Edmundo Merchán, Superintendente del Ferrocarril Central del Norte, Sección 2ª (Construcción), a nombre del Gobierno, y los señores Oliverio Morales y Josué Eliseo Morales.

"En dicho contrato, en síntesis, se expresa que el Gobierno contrajo la obligación de reconocer y pagar a los contratistas 'las obras ejecutadas por éstos y no previstas en el contrato de fecha primero de septiembre de mil novecientos veinticuatro, celebrado entre las mismas partes, de acuerdo con los precios y fórmulas propuestos por la Comisión liquidadora del mencionado contrato y aprobados por el Ministerio de Obras Públicas mediante Resolución número 55 de 24 de octubre de 1925', precios y fórmulas que los contratistas manifestaron que aceptaban conforme a la mencionada Resolución y conforme a la respectiva liquidación detallada que se lee en la cláusula tercera. Tal liquidación —se lee también en dicho contrato— arrojó en favor de los contratistas un saldo de cuatro mil setecientos cuarenta y nueve pesos con treinta centavos ($ 4.749.30), el cual saldo debería pagar el Gobierno a los contratistas tan pronto como el aludido contrato quedara debidamente aprobado y con el pago de dicho saldo —reza la cláusula quinta— 'las partes se declaran mutuamente a paz y salvo por razón de los derechos y obligaciones adquiridas en el contrato de fecha pri-

mero de septiembre de mil novecientos veinticuatro, antes citado'.

"El primero de los errores que mencionan los peritos, se refiere a la palabra 'veintiséis', año del contrato de liquidación, que se ha dejado citado y cuya fecha es según el *Diario Oficial* número 20418 (a que las partes le han reconocido su carácter de auténtico) once de junio de mil novecientos veintiséis.

"Los peritos dicen que la palabra primitivamente escrita fue 'veinticinco', cuyas características son fácilmente discernibles por el procedimiento óptico de lentes adecuados. Y admiten, tácitamente, que en ese año de 1926, se celebró el contrato aludido, según se desprende del razonamiento de que se valen, para no aceptar la palabra testada 'veinticinco' que 'indudablemente se estampó en un principio, *como un error de máquina* —subraya este Despacho—, si se advierte que dentro del texto del contrato se hace mérito a la Resolución número 55 de 24 de octubre de 1925, fecha ésta anterior a la que hoy se lee claramente como fecha del documento examinado. Tampoco podría lo borrado ser 'veintisiete', por cuanto allí se ven actuaciones del Presidente de la República y del Consejo de Ministros, correspondientes al año de 1926'.

"La anterior corrección no fue salvada al final del texto del documento, como claramente lo dicen los peritos. Pero por las razones expuestas se desprende que la actuación corresponde al año de veintiséis. De ello no queda la menor duda; y, por otra parte, esta palabra no constituye una adulteración de fondo del documento tachado de falso por el apoderado del actor, para que por ello se desestime como prueba.

"Estas mismas razones se aplican en cuanto al segundo error cometido y no salvado, relativo a las palabras 'favor de', en donde, según los peritos, 'se advierte *un amago* —subraya este Despacho— de tacha'.

"Por último, el tercer error cometido, es el que hace relación con las palabras 'nueve de mayo', el cual, según los peritos se encuentra dentro de un doble paréntesis y subrayado, y entre líneas se lee, escrito a mano y en tinta azul, 'primero de septiembre'.

"Este error sí constituiría una enmienda de fondo que cambiaría sustancialmente el propósito que tenían las partes al celebrar el contrato protocolizado en la escritura aludida. Pero los mismos expertos reconocen, que al final del cuerpo del documento, aparecen salvadas parcialmente las alteraciones mencionadas, 'por el mismo sujeto que introdujo las modificaciones, con tinta azul, las siguientes palabras: 'Entre líneas: —primero de septiembre —valen.— Testados: —nueve de mayo— no valen'. Y agregan los peritos, que tanto las salvedades como 'las firmas del Superintendente doctor Merchán y otras dos que suscriben el documento, fueron estampadas sobre el sello de caucho de la Superintendencia del Ferrocarril, lo que indica la costumbre o norma de suscribir los actos oficiales después de aplicado el sello correspondiente. Así, pues, hallándose notoriamente trazadas con posterioridad a la estampación mecánica del sello, tanto la anotación de enmiendas como la firma del Superintendente Merchán, no nos es posible determinar el orden cronológico de los dos trazados manuscritos, ni cuánto tiempo medió entre el acto de la estampación del sello y el de la escritura manuscrita de las salvedades, superpuestas al sello'.

"Estas enmiendas introducidas al documento de que se trata, por formar parte de lo sustancial de su contenido, si no se hubieran salvado, sí habrían constituído un motivo suficiente para que se desestimara el documento aducido como prueba por la parte demandada, ya que se presenta la coincidencia de haberse celebrado entre las mismas partes y con el mismo objeto, dos contratos: uno, el nueve de mayo de 1924, y otro, el primero de septiembre del mismo año.

"Pero como no se ha demostrado, que las salvedades hayan sido hechas con posterioridad a la firma del contrato, unilateralmente, a espaldas de la contraparte y con intención dolosa, no puede desestimarse la prueba aducida por la parte demandada y, en tal virtud, se le concede el valor probatorio de los documentos oficiales.

"Además de lo expuesto, cabe añadir que, refiriéndose al contrato de once de junio de 1926, el Consejo de Estado emitió concepto favorable con fecha diez y ocho de enero de mil novecientos veintisiete, en esta forma que consta en el *Diario Oficial* número 20418:

'Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, estima que el contrato *de fecha once de julio (sic) de mil novecientos veintiséis,* celebrado entre el señor Ministro de Obras Públicas y los señores Josué Eliseo y Oliverio Morales, *sobre liquidación de las obligaciones del contrato celebrado entre las mismas partes el primero de septiembre de mil novecientos veinticuatro, está ajustado a la ley*'. (Los subrayados son de este Despacho).

"Como en la Resolución de que se trata, según consta en el mismo *Diario Oficial* número 20418 se hace referencia 'al contrato que antecede' y el que figura allí inserto es el de once de *junio* de mil novecientos veintiséis, aparece claro que se trata de un simple error de imprenta o en la copia cuando se estampó la palabra '*julio*', en lugar de 'junio' en la parte resolutiva

de la decisión del Consejo de Estado que aparece inserta en el citado *Diario Oficial*.

"Había, pues, sin lugar a dudas, un contrato sobre liquidación de las obligaciones emanadas del contrato de primero de septiembre de mil novecientos veinticuatro, y aquel contrato era de fecha once de junio de mil novecientos veintiséis, que es lo único que ahora se necesita para concluir que ésta y no otra, era la fecha de tal contrato.

"Agrégase también, finalmente, que las declaraciones de los testigos Carlos A. García, Rafael M. Galvis y Pedro León Monroy rendidas en el acto de la inspección ocular y relacionadas con el documento de que se trata, no sólo no invalidan lo expuesto por los peritos grafólogos, sino que no puede ser materia de lo testifical, lo que, como aquí, es propio de lo pericial, ni viceversa. Cada una de esta clase de pruebas debe moverse dentro de la órbita que le es peculiar.

"El dictamen pericial rendido en el presente negocio, queda examinado y calificado, en el sentido ya expuesto y de acuerdo con lo que establecen los artículos 722, 723 y 730 del Código de Procedimiento Civil.

"En virtud de todo lo dicho, este Despacho declara que no se ha probado la tacha de falsedad a que se refiere el presente incidente, y en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 649 del mismo Código condena al demandante a pagar las costas de este incidente y una multa de treinta pesos ($ 30.00), a favor de la Nación".

* * *

Concediéndole, como se le concede por la Corte, el valor de plena prueba al contrato de once de junio de 1926, por no haberse probado la tacha de falsedad que contra él propuso el demandante resulta de autos establecido que entre el Gobierno Nacional y el demandante se celebraron varios contratos: el de primero de septiembre de 1924, contrato éste que en su cláusula primera hace referencia al de fecha nueve de mayo del mismo año, para dejar establecida la liquidación de este último, según se desprende de su tenor literal, el cual reza así:

"Primera—Que por contrato de fecha mayo 9 de 1924, los señores Josué Eliseo Morales y Oliverio Morales, se comprometieron para con el Gobierno Nacional a ejecutar los trabajos de corte y terraplén entre los kilómetros 122 a 126-900; que en ejecución de dicho contrato los mencionados Contratistas han verificado la explanación en parte de algunos de esos kilómetros; que han recibido del Gobierno Nacional cantidades de dinero que, puestas en relación con el trabajo ejecutado, arrojan un saldo en contra de los Contratistas por valor de cuatro mil ciento ochenta y un pesos, veinticuatro centavos ($ 4.181.24) moneda legal; que estimando el Gobierno Nacional ser más eficaz para la Empresa del Ferrocarril la subdivisión de dicho contrato, pero de tal manera que quede convenientemente garantizado el saldo deducido a cargo de los Contratistas, y conviniendo éstos en dicha subdivisión, han resuelto de común acuerdo verificarla en la forma siguiente:

"De los metros o kilómetros del primitivo contrato que faltan por hacer, los señores Eliseo y Oliverio Morales se harán cargo de una tercera parte, o sea la comprendida entre las abscisas K. 122 a K.123-300 y K.126-820 a K.129-500; que el señor Rafael Mariño se hace cargo de otra tercera parte que es la comprendida entre las abscisas K.123-300 a K. 124-240, y K.124-340 a K.125-1230; y que el señor Salvador Ruiz se hace cargo de otra tercera parte, o sea la que se halla entre las abscisas K.125-130 a K.125-340, y K.125-680 a K. 126-820, entendiéndose cada uno de estos compromisos en la forma que luégo se dirá.

"Que en cuanto al saldo de cuatro mil ciento ochenta y un pesos, veinticuatro centavos ($ 4.181.24) moneda legal a cargo de los señores Eliseo Morales y Oliverio Morales, estos señores, el señor Rafael Mariño y Salvador Ruiz, convienen en hacerse cargo por separado cada uno de la tercera parte de dicho saldo, pero constituyéndose unos a otros recíprocamente fiadores solidarios de la tercera parte de la deuda a cada uno correspondiente y a favor del Gobierno Nacional. En consecuencia, cada uno de los señores Eliseo Morales, Oliverio Morales, Rafael Mariño y Salvador Ruiz se obligan a que la tercera parte de dicho saldo, o sea la suma de mil trescientos noventa y tres pesos, setenta y cinco centavos ($ 1.393.75) moneda legal, se le impute desde ahora como ya recibida y a cuenta del contrato que cada uno toma sobre sí según las cláusulas siguientes".

No puede, pues, decirse, como lo alega el demandante, que el contrato de nueve de mayo de 1924, no fue liquidado previamente por el Gobierno Nacional.

Y en cuanto a la liquidación del contrato de fecha primero de septiembre de 1924, obra en autos con el valor de plena prueba, el contrato de once de junio de 1926, ya que contra él no prosperó la tacha de falsedad propuesta, tacha que en incidente separado se tramitó y falló en la forma que ya queda conocida. De manera inequívoca, este contrato hace referencia a la liquidación del contrato de primero de septiembre, que el actor alega no haberse hecho por parte del Gobierno Nacional. Las partes pertinentes de este convenio dicen así:

"Primera—El Gobierno Nacional se compromete a reconocer y pagar a los Contratistas las obras ejecutadas por éstos y no previstas en el contrato de fecha primero de septiembre de mil novecientos veinticuatro, celebrado entre las mismas partes, de acuerdo con los precios y fórmulas propuestos por la Comisión Liquidadora del mencionado contrato y aprobados por el Ministerio de Obras Públicas mediante Resolución número 55 de 24 de octubre de 1925.

"Segunda—Los contratistas aceptan los precios y fórmulas establecidos por la Comisión Liquidadora y aprobados por medio de la Resolución antes mencionada".

En la cláusula tercera de este contrato se detalla con bastante minuciosidad la liquidación que hizo el Gobierno Nacional, por intermedio de sus agentes, de los trabajos ejecutados por los contratistas, consistentes en excavaciones para cuyo efecto se clasificaron las tierras removidas en cinco clases con el fin de pagar el metro cúbico de acuerdo con lo estipulado en la cláusula quinta del contrato de fecha primero de septiembre de 1924; asimismo se encuentra en detalle la tierra transportada en carretillas y canoas con destino a terraplenes, y cuyo valor fue liquidado de acuerdo con la Resolución 55 de 1925 y demás cláusulas contractuales. También se encuentran en esta liquidación dos partidas: una, por $ 4.539.91 que corresponde al 10% sobre el valor del contrato por aumento en el precio de jornales, y otra, de $ 787.90 como valor de las herramientas devueltas por los contratistas al Almacén de la Empresa.

La liquidación en referencia arrojó un saldo a favor de los contratistas, que asciende a la suma de $ 4.749.30, de la cual el demandante recibió el cincuenta por ciento que le correspondía.

Finalmente, la cláusula quinta del mismo contrato, como se vio ya, es del tenor siguiente:

"Quinta—Con el pago de dicho saldo, las partes se declaran mutuamente a paz y salvo por razón de los derechos y obligaciones adquiridos en el contrato de fecha primero de septiembre de mil novecientos veinticuatro, antes citado".

Por lo expuesto, la demanda no puede prosperar, ya que, según se desprende de los documentos precitados, el Gobierno cumplió con todas las obligaciones que resultaron de las diferentes estipulaciones contractuales.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *niega* las pretensiones del actor y *absuelve* a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

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

José M. Blanco Núñez, Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Doctrinas sobre aplicación de los artículos 64, 85, 153 y 277 del Código de Procedimiento Penal (Circulares de la Procuraduría)

SOBRE CONTROL DE MONEDA FALSA

República de Colombia—Procuraduría General de la Nación—Bogotá, febrero 18 de 1944.

Señores Jueces Penales, Jueces de Instrucción, funcionarios de investigación, Prefectos y Alcaldes.

El Gerente del Banco de la República ha enviado al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público una nota por medio de la cual plantea un problema que se roza directamente con los encargados de conocer los procesos criminales por falsificación o circulación de moneda falsa, nota de la cual me permito copiar los siguientes apartes:

"Por conducto de ese Despacho, nos permitimos llamar la atención del Ministerio de Gobierno y de la Procuraduría General de la Nación, sobre la necesidad de controlar, en alguna forma, los billetes falsos que logran recuperar las autoridades encargadas de las correspondientes investigaciones.

"Conforme a la costumbre y seguramente de acuerdo con la interpretación de textos legales, tales especies se conservan con las diligencias que se siguen contra los presuntos responsables de los delitos de falsificación.

"Pero como los Juzgados y especialmente los locales donde reposan los expedientes archivados, carecen de seguridades adecuadas, bien puede ocurrir que, después de transcurrido algún tiempo de iniciados los procesos, los billetes falsos sean sustraídos y que se intente ponerlos en circulación".

Planteado así el problema por la Gerencia del Banco Emisor, este Despacho considera que los billetes y monedas falsos que se recuperen dentro de las investigaciones, son en cierto modo especies de valor, por cuanto pueden afectar el medio circulante y llevan en sí el peligro de la comisión de nuevos delitos contra la fe pública y que por consiguiente dichas especies quedan cobijadas por las formalidades que para la administración de los valores en las oficinas judiciales y de investigación, establece y fija el Decreto ejecutivo número 1115 de 1940.

Por consiguiente, cualesquiera de los funcionarios a quienes se dirige esta Circular y que se halle en las circunstancias que expresa la Gerencia del Banco de la República en los apartes transcritos, deberá depositar en custodia los billetes o monedas falsos que figuren dentro de un proceso criminal en las entidades u oficinas que enumera el precitado Decreto, a saber:

En el Banco de la República, la Caja de Crédito Agrario, la Caja Colombiana de Ahorros, Bancos Hipotecarios o Comerciales, en su orden, y en su defecto, en la Administración de Hacienda Nacional, Recaudaciones de Hacienda Nacional y en último caso, en las Tesorerías Municipales respectivas.

Del depósito que se haga se extenderá un acta en la cual se detallará el número y calidad de la moneda que se deposita, acta que se extenderá por triplicado, debiéndose dejar una copia dentro del respectivo expediente, otra en poder de la entidad depositaria y otra copia será remitida a la Gerencia del Banco de la República en Bogotá.

Los Jueces o Investigadores, en general, deberán dejar adheridos al expediente, previa perforación o marca que los inhabilite para la circulación, los ejemplares de la moneda falsa que se juzgue indispensable hacer figurar en autos para el éxito de la investigación y la probanza del delito. Del número de ejemplares que se dejen con este objeto, quedará constancia en el acta de que se habló, así como de la circunstancia de haber sido debidamente perforados o marcados.

En la providencia que ponga fin al proceso, o en cualquiera otra circunstancia en que no fuere ya necesaria la conservación de las especies falsificadas, debe ordenarse la incineración o destrucción de los billetes o monedas falsos, hecho que debe verificarse por el funcionario que conozca del proceso, por quien hubiere sido el depositario y ante el respectivo Alcalde Municipal, de lo cual se dejará constancia en un acta que conservará cada una de dichas personas, enviando una copia de ella al Banco de la República.

Los Fiscales y Personeros, así como los superiores de los diversos funcionarios que deben

conocer de las investigaciones ya dichas, quedan en la obligación de exigir el cumplimiento de las instrucciones dadas en la presente Circular.

Los Tribunales, Gobernadores, Prefectos o Jefes de investigación, cuando conocieren por alzada o por cualquier otro motivo de procesos penales en los cuales deban cumplirse las instrucciones aquí dadas, quedan en la obligación de sancionar a los inferiores que hubieren omitido hacer los depósitos de que se ha hablado en el curso de la presente Circular, la cual se hará conocer profusamente, así como publicar en los periódicos oficiales nacionales o departamentales.

Atento servidor,

Rafael Escallón,
Procurador General de la Nación.

República de Colombia—Procuraduría General de la Nación—Bogotá, junio 2 de 1944.

FUNCIONARIOS QUE PUEDEN APLICAR EL ARTICULO 153 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Señores Jueces y funcionarios de instrucción:

Son constantes las consultas que se hacen a la Procuraduría sobre el alcance del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, y más frecuentes son los errores que cometen los funcionarios de investigación sobre la interpretación de dicho artículo. Con notable periodicidad llegan a este Despacho quejas de las partes interesadas cuandoquiera que se ha desatendido su solicitud, tendientes a que se termine el proceso porque se considera que no hay comprobación sobre la existencia del acto criminoso, o que su pretendido agente no lo ejecutó en realidad. Otras veces, los reclamos se fundan en que fue el funcionario instructor y no el Juez del conocimiento quien determinó finalizar la investigación y conceptuar sobre sus resultados, al tenor de lo que dispone el citado artículo 153.

Para que en lo sucesivo no se ocasionen irregularidades que perjudican ostensiblemente la justicia, asegurando la impunidad de los delincuentes al arrebatar la competencia de sus administradores legítimos, la Procuraduría desea expresar en esta Circular su opinión sobre los casos en que puede aplicarse acertadamente aquella disposición procedimental y sobre la jurisdicción encargada de hacerlo.

Dice la Ley 94 de 1938:

Artículo 153. "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.

"La sentencia a que se refiere el inciso anterior deberá ser consultada".

Esta disposición de carácter excepcional sólo puede aplicarse en situaciones de excepcional claridad, cuando, como su texto mismo lo indica, aparezca comprobado plenamente que el hecho no existió; o que si existió, su ejecución no correspondió al procesado; o que si el acto realizado fue obra de éste, la ley no lo ha erigido en delito; o que en caso de concurrir todas las circunstancias reveladoras de la actividad criminal y los elementos exigidos por el Código como integrantes del ilícito, la acción no podía iniciarse, como cuando se requiera querella de parte o se ha consumado la prescripción, o no podía proseguirse, como cuando sobreviene la muerte del sumariado o procesado, o la prescripción misma.

En el fondo, algunas de las circunstancias que origina la aplicación del artículo 153, se confunden con los motivos que para dictar auto de sobreseimiento definitivo prescriben los numerales 1º y 2º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal. Pero existe una gran diferencia en cuanto a la oportunidad para aplicar uno u otro de dichos preceptos, pues el artículo 153, fundado en el principio de la economía del procedimiento, tiende a impedir actuaciones judiciales inútiles, porque han perdido la virtualidad que les señalan los artículos 293 y siguientes y 346 y siguientes del mismo Código.

Por otra parte, el artículo 153 no puede aplicarse sino por medio de sentencia, como expresamente lo dice el texto legal y previo concepto favorable del Ministerio Público, lo que no sucede cuando se trata de dictar auto de sobreseimiento definitivo.

Además, las facultades que consagra aquel artículo 153, implican una garantía en favor de las personas que sean víctimas de alguna acusación temeraria, o de alguna imputación mal intencionada, como por desgracia sucede con frecuencia. Sería contrario a la rapidez que debe presidir las decisiones judiciales; inconveniente para los intereses de la justicia y para la garantía del derecho que asiste a todos los asociados, tener que esperar a que finalice la investigación para obtener la declaratoria de que el hecho que originó el proceso no existió, o que no está definido ni sancionado en la ley penal.

Es decir, que el auto de sobreseimiento definitivo presupone agotadas las formalidades del

sumario que la legislación procesal determina para investigar los delitos y sus autores sin que se haya obtenido alguno o algunos de los requisitos que el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal exige para llamar a juicio, comprobación plena del cuerpo del delito, una declaración del testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o graves indicios de que el procesado es penalmente responsable y que al mismo tiempo hayan quedado comprobadas algunas de las tres hipótesis previstas en el artículo 437 del mencionado Código.

También es de la mayor importancia saber con precisión qué funcionario es el que puede aplicar el artículo 153. Se ha venido sosteniendo y practicando por algunos funcionarios de investigación, que tal artículo puede aplicarse indistintamente por ellos o por los Jueces del conocimiento. Tal teoría y tal práctica son por completo equivocadas, pues la providencia que obliga a dictar el artículo 153, es una sentencia de carácter jurisdiccional que toca la esencia misma del asunto y por lo tanto, resuelve el fondo o mérito del negocio. Con ese acto finaliza la vigencia de una imputación y concluye, consiguientemente, toda actividad procesal. No puede, por elementales motivos de lógica procedimental, estar encomendada una intervención de esta naturaleza sino a los funcionarios encargados de juzgar los respectivos delitos.

Conviene advertir lo que dispone el inciso 2º, que dice: "La sentencia a que se refiere el inciso anterior deberá ser consultada". Y el inciso 1º le da, igualmente, al proveído que deba dictarse, el carácter de sentencia.

El numeral 1º del artículo 156 define qué debe entenderse por sentencia, de esta manera:

"Las resoluciones que se dicten en el proceso penal se denominan sentencia y se clasifican así:

"1º Sentencias si deciden definitivamente sobre lo principal del juicio, sea que se pronuncien en primera o segunda instancia o a virtud del recurso extraordinario".

Al designar con el nombre de sentencia la providencia que se dicta en virtud del artículo 153, está diciendo el legislador que su contenido tiene un alcance tan sustantivo, que sólo pueden apreciar los Jueces o Tribunales competentes, de acuerdo con las normas que señala el Capítulo II del Título II, Libro I, de la Ley 94 de 1938. (Código de Procedimiento Penal).

Por otra parte, con el procedimiento adoptado por algunos funcionarios de instrucción, de aplicar ellos el artículo 153 comentado, se pretermitirían instancias y se le quitaría en definitiva el conocimiento privativo de muchos asuntos a los verdaderos Jueces competentes para calificarlos, como ocurriría en todos aquellos negocios que corresponde conocer a los Tribunales Superiores y a la honorable Corte Suprema de Justicia. Y tan grave irregularidad constituiría nada menos que un claro caso de usurpación de jurisdicción en materia penal, lo que implicaría una causal de nulidad, al tenor de lo que dispone el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

La Procuraduría espera que ustedes se sirvan tener en cuenta las razones expuestas antes para evitar los errores apuntados, y pide atentamente a los funcionarios de instrucción que cuando se presente uno de los casos definidos en el referido artículo 153, bien sea porque se note espontáneamente su existencia, o porque haya solicitud de parte para que así se declare, remitan el expediente a los Jueces del Circuito, tal como lo ordena el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal, para que este funcionario proceda a calificar la competencia de acuerdo con el artículo 420 de la misma obra.

De ustedes atento, seguro servidor,

Rafael Escallón,
Procurador General de la Nación.

(*Diario Oficial* número 25568).

VISITAS A LAS NOTARIAS Y REGISTRADURIAS

Señor Juez Civil del Circuito.

Este Despacho ha recibido del Ministerio de Gobierno una nota en la cual asevera que son muy pocos los Jueces de Circuito que dan cabal cumplimiento al precepto contenido en el artículo 55 del Decreto número 190 de 1934, sobre el deber de practicar visitas semestrales a las Oficinas de Notariato y Registro de sus respectivas jurisdicciones. Asimismo a esta Procuraduría llegan constantes quejas de particulares sobre irregularidades sucedidas en tales oficinas. El cumplimiento por parte de los Jueces de Circuito del referido precepto, constituye por ahora la principal manera de llevar un control permanente sobre las Oficinas de Notariato y Registro, y el medio más eficaz de proveer a la normal prestación de servicios de tánta trascendencia social como son los de Notarios y Registradores sobre quienes descansa la fe pública.

Por tales razones y por medio de la presente Circular, la Procuraduría recuerda a los señores Jueces Civiles de Circuito la obligación en que están de practicar visitas semestrales a las Oficinas mencionadas, según los términos de los artículos 2621 y siguientes del Código Civil en

concordancia con la Ley 40 de 1932 y los Decretos número 457 de 1933 y 190 de 1934.

Además de las copias de que habla el artículo 6º de la Ley 40 de 1932, los señores Jueces se servirán hacer sacar otra, con destino a la Procuraduría General de la Nación.

Para los efectos de control de las visitas a que se ha hecho referencia, el Despacho a mi cargo abrirá un libro especial en donde se anotarán las visitas que los Jueces vayan practicando, así como las omisiones a la obligación que les imponen las disposiciones antes transcritas.

Sírvanse acusar recibo de la presente Circular.

Soy su atento servidor,

Ignacio Ruiz Ospina,
Jefe de la Sección de Vigilancia Judicial y Administrativa.

SALAS DE DECISION
DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES

Bogotá, junio 27 de 1944.

Señores Presidente y honorables Magistrados del Tribunal Superior.

Ha podido observarse en las visitas practicadas últimamente por este Despacho, que en la mayor parte de los Tribunales no se tienen reglamentadas las reuniones de las Salas de Decisión. Como fácilmente comprenden ustedes, este vacío trae consigo muchos inconvenientes de orden práctico, para la buena marcha de los Tribunales, y es causa de tropiezos que a la larga se convierten en fuente de demoras y en motivo de que en un momento dado, no pueda precisarse con justicia si una demora en el fallo debe imputarse al Magistrado ponente o al resto de los que integran la Sala, lo cual es necesario, para proceder con equidad, ya que tanto aquél como éstos tienen señalados términos precisos para decidir, al tenor de lo que se dispone en los incisos 3º y 4º del artículo 376 del Código Judicial.

Por otra parte, según lo establece claramente el artículo 85 del Código Judicial, en relación con los artículos 50, 51 y 52 de la misma obra, las providencias que deben dictarse en Sala han de ser *discutidas y votadas,* lo cual significa que el legislador quiere que dichas providencias sean leídas en la sesión de la Sala, y en seguida discutidas y votadas. Además, una de las atribuciones del Presidente del Tribunal (artículo 88 del Código Judicial, en armonía con el artículo 53 —ordinal 8º— de la misma obra), es la de "velar por que los Magistrados concurran puntualmente al Despacho ordinario y *a las sesiones* y audiencias, pudiendo compelerlos en caso de obstinada renuencia, por medio de multas sucesivas hasta de cincuenta pesos". Ahora bien: la única forma justa de cumplir esta atribución es la de que, previamente y en virtud de Acuerdo del Tribunal, permanente y obligatorio para todos, se haya señalado de antemano la fecha de las reuniones ordinarias de la Sala o Salas de Decisión, de modo que cada Magistrado sepa en qué días está obligado a concurrir a sesión; entonces sí será fácil, también, precisar, en caso de demoras, si éstas son a cargo del ponente o si la Sala es la responsable de ellas. Asimismo, cada uno de los Magistrados sabrá de antemano y con seguridad, para qué días debe tener sus proyectos, y tendrá oportunidad de exponer ante sus compañeros la cuestión de hecho debatida, los puntos de vista de las partes, los suyos propios, de oír las argumentaciones de los otros Magistrados, se aclararán y unificarán las tesis del Tribunal y se alejará el peligro de que, por falta de explicaciones orales que no pocas veces son necesarias para precisar el alcance y sentido de los conceptos contenidos en un proyecto escrito, resulten confusas o incongruentes las decisiones de las diversas Salas de Decisión de un mismo Tribunal.

Es natural que este sistema de discusión en Sala haga más ordenado y expedito el trabajo, pues en un mismo momento quedarán enterados del problema y de la resolución propuesta por el ponente, los Magistrados restantes; en cambio, el sistema usado, de pasar los proyectos de mesa en mesa, se traduce en una pérdida de tiempo para el Magistrado, quien debe dedicarse a la lectura de todo el expediente y del proyecto elaborado, en lugar de oír de viva voz la exposición de los hechos y de los puntos de vista del ponente; y no es raro que ciertas frases o conceptos, que a primera lectura aparecen confusos, adquieran completa claridad al oír las razones por las cuales el ponente las ha estampado.

Seguramente habrá una gran cantidad de providencias que no suscitarán discusión dentro de la sesión de la Sala, por tratarse, por ejemplo, de puntos muy claros cuya resolución es suficientemente conocida y aceptada por el Tribunal. En tales hipótesis, el sistema legal de celebrar sesiones implica una innegable economía de tiempo, porque entonces bastarán unos pocos minutos, en la lectura de la respectiva providencia, para que, en un mismo momento, queden enterados de ella los otros dos Magistrados de la Sala de Decisión. En aquellos casos, en cambio, en que se plantean puntos nuevos, no tratados antes por el Tribunal, o en que se debaten negocios especialmente delicados por su

materia, su cuantía, etc., sí debe haber discusión en la sesión ordinaria de la Sala, procediéndose entonces en la forma expresada atrás: exposición sucinta del caso debatido, puntos de vista de los litigantes, los del ponente y sentido de la resolución que debe darse.

Ruego a los señores Magistrados se sirvan proceder a organizar por medio de acuerdo la reunión, regular y ordinaria de las Salas de Decisión, en la seguridad de que, una vez que tal acuerdo se esté cumpliendo, podrán anotar una mejor y más rápida marcha del Tribunal, una apreciable economía de tiempo y una más eficiente organización del trabajo, como lo ha querido la ley al establecer y reglamentar los fallos.

Sírvanse acusar recibo de la presente y tenerme al tanto de lo que ustedes resuelvan, en relación con lo que acabo de expresarles.

Aprovecho esta oportunidad para suscribirme de ustedes atento, seguro servidor,

Rafael Escallón,
Procurador General de la Nación.

APLICACION DE LOS ARTICULOS 64 Y 277 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Bogotá, junio 27 de 1944.

Señores Jueces Superiores y de Circuito y Agentes del Ministerio Público.

Las circulares que ha comenzado a enviar la Procuraduría sobre el significado preciso de varias disposiciones de nuestra Ley Penal y del Código de Procedimiento, tienen por objeto colaborar directamente con los Jueces y funcionarios de instrucción, así como con los Agentes del Ministerio Público, en sus diversos órdenes jerárquicos, en la interpretación de las normas que se han de aplicar en los casos concretos. Es seguro que con la referencia que se les suministra en el texto de estas breves exposiciones, la actividad judicial encontrará bases más firmes y adecuadas. Además, así podrán unificarse fácilmente los criterios de interpretación de muchos artículos que no siempre son bien comprendidos y que por lo mismo son desviadamente aplicados.

Al seguir esta labor, la Procuraduría no aspira sino a ser un auxiliar eficaz en la nobilísima función que tienen de su cargo los juzgadores, sin que trate de imponer puntos de vista ni de sujetar a los funcionarios judiciales a una rígida y exclusivista manera de pensar. Se trata, sencillamente, de presentar aspectos que en ocasiones se olvidan, en cuyo significado y alcance no se repara con suficiente detenimiento.

La presente Circular versa sobre la aplicación de los artículos 64 y 277 del Código de Procedimiento Penal.

Dicen tales artículos:

"Artículo 64. El Juez del Circuito en el ramo Penal es el jefe de instrucción en todos los procesos que se adelanten dentro del territorio de su jurisdicción. Esto no impide que el Juez Superior en los delitos cuyo conocimiento le corresponda, pueda aprehender directamente la instrucción del sumario o designar el funcionario competente que deba encargarse de la investigación".

"Artículo 277. Todo funcionario de instrucción que inicie un sumario dará cuenta de ello, inmediatamente después de su iniciación, al respectivo Juez de Circuito, quien podrá pedirlo en cualquier tiempo u ordenar que se pase a otro funcionario competente; sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 64 respecto de los Jueces Superiores".

Tanto los Jueces de Circuito, a quienes el artículo que acaba de transcribirse concede amplísimas facultades en la etapa investigadora, como los Jueces Superiores, a quienes autoriza en los negocios de su competencia, para aprehender directamente la instrucción del sumario o para designar el que deba proseguirla, extralimitan en la práctica esa atribución, perturbando el normal desarrollo de las diligencias y perjudicando con ello el resultado que se persigue.

Es explicable el que la ley reconozca a los Jueces de Circuito un puesto preeminente en la investigación criminal. Ello se funda en la necesidad de que exista una autoridad central responsable, un director encargado de supervigilar los sumarios por infracciones cometidas en territorio de su jurisdicción, haciendo cumplir los términos de que disponen los investigadores para perfeccionarlo y distribuyendo los negocios que lleguen al Juzgado, bien porque la competencia esté atribuída a otros Jueces, o porque convenga más que los siga instruyendo otro funcionario.

El aviso que debe darse al Juez de Circuito por parte de quien inicia un sumario, tiene un valioso sentido de organización judicial. Ese aviso obligatorio tiende a informar al Jefe de los investigadores sobre el hecho delictuoso y sus presuntos responsables, para que sea tenido en consideración y pueda ejercer sobre el negocio la cuidadosa vigilancia e inspección que la ley le atribuye.

Esa jefatura, pues, no puede entenderse sino para dirigir la acción de la justicia, para orientarla hacia el descubrimiento del delincuente y hacia la búsqueda de explicaciones sobre su acto antisocial. Esa posición destacada, esos pode-

res discrecionales del Juez, no pueden convertirse en embarazo para la gestión de otros funcionarios que han iniciado la averiguación de un delito y que están procediendo recta y adecuadamente en la aplicación de las normas legales.

Exactamente sucede lo mismo con los Jueces Superiores. Estos, como aquéllos, sin consideraciones válidas, sin más fundamento que la queja de una de las partes, parcializada de ordinario en forma que no es del caso recordar aquí, están adoptando la imprudente costumbre de quitar el expediente al funcionario que ha comenzado a instruírlo en el propio lugar en donde se cometió el delito. Y el uso inmoderado de esa facultad llega al extremo de hacer dictar providencias en las que se ordena telegráficamente la remisión del proceso, "en el estado en que se encuentre", sin verificar la razón o sinrazón que asiste a la parte interesada en el traslado, sin preocuparse siquiera por saber si el negocio es de su competencia o nó, ni averiguarle al funcionario instructor cuál es el estado y alcance de la investigación.

Naturalmente, mientras llega el expediente a la oficina del Juez que con tánta ligereza lo ha reclamado, ha transcurrido un término precioso que en ocasiones es de varias semanas, durante el cual se desaprovecharon las ventajas que inicialmente se ofrecen a toda investigación. Después es difícil, si no imposible, anudar el proceso por el punto en que fue sorpresivamente suspendido, o reconstruír la prueba que dejó de tomarse en la oportunidad precisa.

La inconveniencia de estos sistemas no sólo se relieva al considerar los móviles simplistas con que pretende justificarse el traslado del expediente sino porque se arrebata el sumario a quien lo está perfeccionando con serenidad e inteligencia, para pasarlo en comisión a otro funcionario que carece de esas cualidades o que complacientemente, lo que es peor, no prosigue la investigación.

Este es un segundo error, tan grave como el ya apuntado. No sólo se pierde tiempo, sino que se pone en peligro el éxito de la investigación, colocándola en poder de quien ignora la ley y la doctrina, o de quien no tiene práctica ninguna y no puede, por lo mismo, aducir razones lógicas para analizar los hechos o formarse juicios exactos sobre las aspiraciones de las personas actuantes en el proceso, o sobre las mismas finalidades de éste.

La facultad concedida a los Jueces Superiores y a los de Circuito, representa una garantía para los individuos y para la sociedad, que debe ser ejercida en casos especiales, como cuando en el proceso se descubren hechos de extraordinaria gravedad que exijan gran cuidado, a fin de asegurar un científico desarrollo; o como cuando se teme que el encargado de instruír el sumario está faltando a sus deberes, por inhabilidad o negligencia, o por simpatía o antipatía hacia una de las partes. En cualquiera de estos casos, o cuando concurran todos, el Juez está obligado a averiguar los fundamentos del hecho que se alegue para solicitar su intervención. Más aún: debería trasladarse al sitio de los acontecimientos para observar personalmente muchas circunstancias que en la distancia escapan a la humana percepción y decidir, con conocimiento de causa, y mediante providencia motivada, que es forzoso asumir la dirección de la investigación o confiarla a funcionarios diferentes de quien la inició. Este es el proceder adecuado. Lo indebido es limitarse a dirigir despachos telegráficos en solicitud del sumario, sin pruebas que sirvan de antecedente legal a esa actitud.

Si el Juez por cualquier motivo no pudiere moverse del lugar de su residencia, por lo menos está en el premioso deber de preguntar qué clase de delito se ha cometido para determinar su competencia o incompetencia; qué irregularidades sufre la investigación, no remediables en otra forma, o qué consecuencias nocivas para la sociedad pueden ocasionarse al no abocar el conocimiento personal del negocio. De todas maneras es necesario el informe que dé el propio funcionario a cuyo cargo está la investigación, sobre las circunstancias anteriormente expuestas, los datos que sobre los hechos alegados puedan suministrar las otras autoridades locales.

Sobre esos antecedentes escritos, que deberán ser agregados al proceso, ya puede tomarse una decisión, en un sentido o en otro, sin grandes riesgos de menoscabar los derechos del sindicado, los de la parte contraria, o los de la sociedad. Sería de desear que se oyera a la persona o al grupo de personas no recurrentes en solicitud del traslado, porque a éstas pueden asistirles motivos mucho más respetables para oponerse.

En fin: para que un Juez de Circuito, o un Juez Superior se decidan a hacer uso de las facultades que les otorgan los artículos 64 y 277 del Código de Procedimiento Penal, deben estar en posesión de razones suficientemente justificativas de su actitud. La Procuraduría aspira a que se elimine la ligereza que ha venido caracterizando estos procederes, y que los señores Jueces reparen en los grandes trastornos que ella está ocasionando en los procesos penales.

De ustedes atento servidor,

Rafael Escallón,
Procurador General de la Nación.

DELITOS CONTRA EL SUFRAGIO

República de Colombia—Procuraduría General de la Nación—Bogotá, julio 27 de 1944.

Señores Magistrados, Jueces y Fiscales—E. S. D.

Por propia percepción de la Procuraduría, verificada a través de las diversas quejas y reclamaciones que se han tramitado en sus Secciones, así como por la comprobación directa que del problema han hecho los señores Inspectores Nacionales de Cedulación, ha podido establecerse que los delitos contra el sufragio no han merecido hasta hoy, por lo general, la atención que los señores Jueces prestan a las demás categorías de delitos, y que tal parece —como lo afirma el Inspector de Cedulación doctor Cosme R. Acuña, en comunicación dirigida al suscrito— que "los atentados contra el sufragio tan variados en su forma y tan graves en su fondo, gocen de un fuero especial para la impunidad".

En efecto, el caso común en la investigación de esa clase de delitos es el de la prescripción de la acción, fenómeno que se cumple ante la indiferencia de los encargados de adelantarla, y de los respectivos Fiscales. No desconoce este Despacho la complejidad que apareja casi siempre el perfeccionamiento del sumario en tales delitos, así como el recargo de negocios penales en casi todos los Juzgados y Fiscalías del país. Pero al mismo tiempo considera necesario pedir a ustedes el reflexionar sobre la urgencia de llevar a cabo un común esfuerzo, a fin de obtener que los procesos en curso sean adelantados y definidos, sin que el correr de los días venga a paralizar la acción de la justicia para reprimir una de las más graves ofensas al régimen democrático y a la organización social, y evitar que la falta de sanciones penales para los responsables de delitos contra el sufragio, incite a los demás ciudadanos a contrarrestar los efectos del delito con nuevos actos similares, lo cual acarrearía un estado permanente de revancha colectiva, ya que esos actos se caracterizan por la violencia, el dolo o la coacción ejercidos contra uno de los más importantes derechos del ciudadano y vienen a desfigurar y a falsear la voluntad de la sociedad, cuyo modo de expresión es el sufragio.

No se oculta, además, al buen criterio de ustedes, que esa clase de delitos se comete, por regla general, con gran escándalo social y que la atención pública se fija en ellos de manera excepcional. Por consiguiente, la no represión de los mismos trae males sin cuento para la comunidad, afecta gravemente la moral de ella, y es incentivo para seguir delinquiendo, puesto que el escarnio público de la ley en este caso, ha tenido siempre como desenlace la preponderancia del responsable y la burla impune del orden jurídico.

Es decepcionante, pero imperioso, anotar el concepto rendido por Inspectores de Cedulación, quienes afirman que, en desarrollo de su misión, han visitado buena parte de Tribunales y Juzgados del país "sin encontrar en esta clase de investigaciones ni un solo auto de proceder, mucho menos una sentencia". Y lo más grave de todo, es que no puede permitirse que el Organo Judicial cargue con la responsabilidad histórica de haber propiciado que el delito contra la libre expresión electoral del pueblo, se convierta en un vicio que el correr del tiempo haga indesarraigable y llegue a ser morbo que corrompa los cimientos de nuestras instituciones republicanas, infeste y destruya la organización esencialmente jurídica de Colombia.

Es por esta razón, y no ya como un simple llamado al cumplimiento del deber, sino invocando los solidarios sentimientos del patriotismo, como hoy quiere la Procuraduría General de la Nación, hacer una cordial invitación a todo el Organo Judicial y Ministerio Público del país, para que, cada cual dentro de la órbita de sus funciones, se proponga obtener que los procesos que actualmente existen y los que en el futuro hayan de iniciarse por delitos contra el sufragio, sean tramitados sin demora alguna, haciendo posible la acción punitiva del Estado, y librando al Organo Judicial de una responsabilidad para la cual no pueden aducirse realmente factores exculpativos y que la Patria del mañana calificaría severamente.

Por su parte la Procuraduría en sus visitas reglamentarias pondrá especial cuidado en la rigurosa inspección de dichos negocios y lo habrá de exigir así a los demás funcionarios encargados de practicar visitas judiciales.

Soy de ustedes muy atento servidor,

Rafael Escallón,
Procurador General de la Nación.

RESERVA DEL SUMARIO

(Artículos 274 y 276 del Código de Procedimiento Penal, y 33, 34 y 35 del Decreto número 1900 de 1944).

Bogotá, agosto 24 de 1944.

Señores Magistrados, Jueces y funcionarios de instrucción y Agentes del Ministerio Público.

En el Decreto 1900 del año en curso, el Gobierno Nacional ha establecido severas normas para lo que se relaciona con la reserva del su-

mario y señalado sanciones eficaces, de aplicación inmediata, para los que violen "en cualquier forma" las prohibiciones impuestas. En la debida oportunidad el señor Ministro de Gobierno explicó al país la imperiosa necesidad en que se hallan de establecer límites precisos a los funcionarios del Organo Judicial, lo mismo que a las demás personas que intervienen en los procesos penales y a los periodistas, para evitar que en lo sucesivo sigan fracasando las investigaciones, a causa de la publicidad dada a hechos que la ley y la técnica procesal quieren que se adelanten con el mayor cuidado y el más escrupuloso secreto.

Quiere ahora la Procuraduría recomendar a ustedes, de manera especial, las disposiciones de dicho Decreto no sólo para que sean cumplidas por ustedes mismos, sino también para que se sirvan hacerlas cumplir, a todas aquellas personas que permanente o transitoriamente tienen que intervenir en el desarrollo regular de la investigación, bien en su calidad de sindicados o apoderados, peritos o testigos o bien en la de representantes de la parte civil. También desea este Despacho hacer algunos breves comentarios sobre la manera como se haya de proceder para que las nuevas normas promulgadas en esta materia tengan aplicación uniforme y eficaz.

Los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 1900, concretan una larga aspiración del país y de los encargados de administrar justicia en el territorio nacional. Por medio de sus mandatos, se interpreta también el pensamiento que guió a los miembros de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios al presentar el proyecto que más tarde habría de convertirse en la Ley 94 de 1938. Desde entonces se procuró impedir en forma absoluta la divulgación y publicación en la prensa hablada o en la escrita, o por medio de hojas volantes o de carteles, o de cualquiera otra manera, de los datos allegados en el curso de un sumario y se propusieron las sanciones en que debería incurrir el divulgador de aquellos datos procesales. La Comisión redactora, especialmente respetuosa de la libertad de palabra y de prensa, estableció su criterio en los siguientes términos que no está por demás recordar para que se vea que las medidas tomadas por el Ejecutivo corresponden a la necesidad puntualizada desde hace varios años por los que prepararon la reforma de nuestras leyes penales y de procedimiento en materia penal.

"El sumario no es reservado para el procesado o su apoderado, como no lo es para la parte civil, ni para los funcionarios que intervienen en su formación; pero debe serlo para las demás personas en una forma rigurosa, protegida por eficaces sanciones penales, como son las que se establecen en el artículo 276 del proyecto.

"El espectáculo que a diario se presencia de investigaciones penales en curso, con la publicación pormenorizada en la prensa periódica, de lo que está haciendo o va a hacer el funcionario de instrucción, de lo que han pedido o van a pedir los interesados, de incidentes de la investigación que deberían permanecer en secreto, es sencillamente alarmante y escandaloso y no puede continuar si realmente se quiere hacer algo que consulte los intereses de la recta administración de justicia. Satisfaciendo la morbosa curiosidad del público, es imposible llevar adelante la lucha del Estado contra la delincuencia".

Estas palabras, expresadas como sustento de los artículos 274, 276 y 277 del proyecto de Código de Procedimiento Penal, no lograron impedir las modificaciones que un espíritu de excesiva amplitud y tolerancia por los llamados fueros de la publicidad, sugirió en el seno de las Cámaras Legislativas.

El artículo 276, original del proyecto, prescribía:

"*El que en cualquier forma* (se subraya) violare la reserva del sumario, antes de que se hubiera dictado auto calificador, incurrirá en multa de cincuenta a quinientos pesos, que impondrá disciplinaria y sumariamente el Juez o funcionario del conocimiento.

"Si la violación se llevare a cabo por medio de la prensa, incurrirán en la multa tanto el Director del periódico o de la imprenta donde se hubiere hecho la publicación, como el autor de esta última; además, el Director del periódico o dueño de la imprenta o empresa responsables de la violación deberán pagar al sindicado o sindicados, o a aquellas personas cuyos nombres fundada o infundadamente se hubieren publicado, una indemnización de quinientos a mil pesos, que será decretada de plano por el funcionario que conociere del proceso con la simple comprobación de la publicación. La providencia del Juez prestará mérito ejecutivo".

La disposición definitivamente aprobada como texto del artículo 276 introdujo serias y fundamentales reformas al artículo original elaborado por la Comisión. Entre tales reformas se distinguen: la que creó un procedimiento especial (el establecido en los artículos 623 a 632) para juzgar las infracciones, en lugar del trámite disciplinario que consagraba el proyecto, y la que quitó a la decisión del Juez el mérito ejecutivo.

El artículo 33 del Decreto 1900 reconstruye el pensamiento de la comisión, comoquiera que su texto es el siguiente:

"El que en cualquier forma violare la reserva del sumario, antes de que se hubiere dictado auto calificador, incurrirá en multa de $ 50.00 a $ 500.00, que impondrá disciplinaria y sumariamente el Juez o funcionario del conocimiento o que adelante la investigación. Si la violación se llevare a cabo por alguno de los medios indicados en el artículo 334 del Código Penal, incurrirá también en la sanción el director del periódico, de la imprenta o de la empresa radiodifusora o cinematográfica que hubiere hecho la publicación o divulgación y su autor. Además, el director del periódico o el dueño de la imprenta o empresa responsable de la violación deberán pagar al sindicado o sindicados o a aquellas personas cuyos nombres fundada o infundadamente se hubieren publicado como comprometidos en el sumario, una indemnización de $ 500.00 a $ 1.000.00, que será decretada de plano por el funcionario que conociere del proceso con la simple comprobación de la publicación".

Por regla general, todos y cada uno de los incidentes del sumario antes de ubicar penalmente la responsabilidad por el delito o los delitos cometidos, son reservados. Este es el concepto principal que se desprende del artículo 33 transcrito antes. Desde el auto cabeza del proceso hasta la expedición del de proceder debe existir una gran zona que sólo puede ser explorada por el Juez instructor o el funcionario del conocimiento; por el Agente del Ministerio Público respectivo; por el sindicado o su apoderado, o por el vocero de la parte civil; y, parcialmente, por los funcionarios comisionados para la práctica de alguna diligencia especial; por los peritos a quienes se entere de cualquier prueba o incidente procesal, para obtener de ellos su colaboración, lo mismo que por los testigos que depongan o por los que hayan de ser careados, de acuerdo con lo que disponen los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Penal.

Cualquiera de las personas anteriormente nombradas que hayan de enterarse total o parcialmente de las diligencias integrantes del sumario, debe saber la prohibición en que está de divulgar los hechos que hayan conocido o las cuestiones sobre que hubiere versado su intervención. Por eso es conveniente que se les lea el texto del artículo 33 del Decreto 1900, haciéndoles la advertencia de las sanciones que acarrea la violación de la reserva, sea por los medios que menciona el artículo 334 del Código Penal, o por simples conversaciones particulares que en la mayoría de los casos ponen alerta a algún sindicado contra quien se va a dirigir la justicia, o a un testigo a quien se va a citar, o a los interesados en que no se esclarezca determinado hecho en el curso de la investigación.

Los peritos no pueden repetir su concepto ante ninguna persona distinta del Juez que haya solicitado su opinión, ni el sindicado hablar de su indagatoria o las demás actuaciones del proceso que vaya conociendo, ni los testigos sobre el contenido de su declaración, ni el Agente del Ministerio Público sobre el sentido de sus peticiones dentro del proceso o sobre sus opiniones jurídicas respecto de ciertos incidentes que se estudian dentro del sumario, como son: el auto de detención preventiva, las solicitudes sobre excarcelación y sobre el mismo traslado que se les corre para la calificación de las diligencias.

De manera que la reserva se viola por los informes pasados a los órganos o elementos de publicidad a que se refiere el artículo 334 del Código Penal, sin que quede exento de responsabilidad quien da el informe y quien lo divulga; sobre el texto de las declaraciones, peritazgos, citaciones de testigos, comparecencia de sindicados, órdenes de captura, diligencias de reconstrucción, así como sobre los nombres de los presuntos comparecientes, peritos, testigos, etc.

El principio general de que sea sancionado el infractor de estas normas se agrava cuando el responsable es un periodista, o Director de imprenta, o de radiodifusoras o de empresas cinematográficas; y cuando el violador es un abogado de los que hayan intervenido en el proceso, se entiende. En el primer caso, deberá imponerse una multa en favor de los individuos que hubieren aparecido como comprometidos en el proceso y a quienes se conoce por el hecho mismo de la violación de la reserva del sumario. En el segundo caso, se impondrá al abogado la suspensión de la matrícula por un período de seis meses a dos años. La suspensión sólo puede decretarla el Tribunal Superior respectivo.

También la reserva puede extenderse hasta después del momento en que quede ejecutoriado el auto de proceder, y esto por disposición expresa del Juez o Magistrado de la causa, según el artículo 35 del Decreto, que dice:

"Los Tribunales y Jueces podrán prohibir, bajo las mismas sanciones establecidas en el artículo 33, la publicación de las piezas y documentos de un proceso civil, penal, *aunque no sea sumario*, o militar, en todo o en parte, en los casos en que la ley exija la reserva de ellos".

Es decir, que siendo la ley la que establece la reserva sólo para el sumario, cuando quiera extenderla a la causa debe exigirlo de manera concreta y formal. Los Jueces y Magistrados deben reconocerlo así en providencia motivada.

Quizá la parte más decisiva del Decreto, es la que se relaciona con el procedimiento para imponer la sanción al que aparezca como autor de la violación. El inciso 3º del artículo 276 de la

Ley 94 de 1938 prescribía el procedimiento señalado en los artículos 623 y siguientes del Código, esto es, que adoptaba la tramitación propia de los juicios seguidos ante los Jueces Municipales y las autoridades de Policía, lo que implicaba serios inconvenientes promovidos por la necesidad de perfeccionar un sumario, calificarlo, ventilar el auto de proceder en dos instancias, seguir con la causa, practicar las pruebas solicitadas durante ésta, y finalmente citar para sentencia. A pesar de los esfuerzos y de los constantes estímulos de la Procuraduría para que los Jueces y funcionarios de instrucción dieran aplicación a estas disposiciones, en la práctica no se obtuvo ningún resultado de provecho por las causas apuntadas ya.

Ahora se ha creado el procedimiento breve que tiene el carácter de disciplinario. El funcionario que crea fundadamente que se ha violado la reserva del sumario, está en el deber inmediato de iniciar la averiguación oficiosamente, e imponer las sanciones respectivas, so pena de incurrir en las responsabilidades que define el Capítulo VI, del Título III, Libro 2º del Código Penal.

Las leyes de procedimiento penal no indican lo que debe entenderse por procedimiento disciplinario, ni cuál es la tramitación a que debe ajustarse, ni señala tampoco la manera como debe ser oída la persona que haya incurrido en responsabilidad por violación de la reserva del sumario. Existen dos procedimientos para imponer esta clase de sanciones: el indicado en los artículos 309 y siguientes del Código de Régimen Político y Municipal, y el que enumera el artículo 1203 de la Ley 105 de 1931.

Desde luégo, lo natural, en ausencia de disposición expresa en el Decreto 1900, es aplicar la medida a que se refiere el Código Judicial, en cuanto dijo:

"Artículo 1203—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".

La característica esencial del procedimiento disciplinario es su rapidez. El funcionario encargado de aplicar las saciones del Decreto 1900 puede adoptar en este sentido una tramitación sencilla que consiste en recibir declaraciones a los testigos a quienes constaren los hechos que motivan la averiguación y en allegar al expediente un ejemplar de la hoja o periódico por medio del cual se consumó la violación, etc.; en seguida se interrogará al presunto responsable sobre los cargos que le aparecen. Inmediatamente después el Juez estimará el valor de la prueba recogida, de acuerdo con las normas de nuestra ley procesal y dictará su resolución.

Esta resolución es apelable para ante el inmediato superior, quien examinará su contenido y de plano resolverá sobre él.

La Procuraduría espera que ustedes se sirvan tomar nota de la importancia que tienen las disposiciones comentadas en cuanto dice relación a la defensa de la administración de justicia. No otro es su espíritu. Sin menoscabar los derechos individuales ni las garantías otorgadas a la prensa, es necesario entender que con ellas se trata de hacer efectivo el derecho de la sociedad para perseguir los delitos y aplicar las penas a los delincuentes sin interferencias que perturben el ejercicio de ese sagrado ministerio.

Soy de ustedes atento y seguro servidor,

Rafael Escallón,
Procurador General de la Nación.

LA CORTE SUPREMA
Y EL ATENTADO DEL 10 DE JULIO

(*Proposición aprobada por unanimidad en la sesión extraordinaria del* 10 *de julio de* 1944).

La Corte Suprema de Justicia, como la más alta entidad que es uno de los Organos del Poder Público de la Nación, ante la noticia de que un grupo de militares ha pretendido subvertir el orden público, impidiendo al Excelentísimo señor Presidente de la República, señor doctor Alfonso López, el ejercicio constitucional de sus funciones,

RESUELVE:

Manifestar de la manera más vehemente su reprobación contra aquel hecho, reñido con los precedentes eminentemente cívicos que enaltecen a nuestra Patria y la caracterizan a lo largo de su historia, para orgullo de la democracia, y reñido asímismo con la categoría y los merecimientos del Primer Mandatario, y renovar su fe democrática y reafirmar dentro del orden jurídico su adhesión y apoyo a las instituciones nacionales.

La Corte Suprema de Justicia se trasladará en corporación al Palacio Presidencial a hacer presentes al Excelentísimo señor doctor Darío Echandía, quien como Primer Designado para ejercer la Presidencia de la República, ha asumido hoy este cargo, los sentimientos antedichos, así como sus votos fervorosos por la pronta cesación de la anormalidad y consternación del país, determinadas por aquel atentado contra el orden público de la nación.

CONSEJO DE ESTADO
Biblioteca

INDICE

SALA PLENA

Págs.

El artículo 11 del Decreto número 1707 de 15 de julio de 1942, acusado como inconstitucional.—Se resuelve que no es el caso de decidir, por sustracción de materia, acerca de la exequibilidad o inexequibilidad del artículo 11 del Decreto número 1707 de 15 de julio de 1942. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 1

Salvamento de voto. Magistrado doctor José Antonio Montalvo 5

Salvamento de voto. Magistrado doctor Arturo Tapias Pilonieta 5

El artículo 19 de la Ley 21 de 1931, sobre abogacía, no es inconstitucional.—Se declara exequible el artículo 19 de la Ley 21 de 1931, que reglamenta el ejercicio de la abogacía, acusado de inconstitucional. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 7

Noción jurídica de servicio público.—Decretos acusados, números 400 y 700 de 1942.—Se decide que son exequibles el artículo 2º, ordinal b), y el artículo 11 del Decreto número 400 de 1942, y el artículo 8º del Decreto número 780 del mismo año, en cuanto dichas disposiciones establecen la revisión de las tarifas y reglamentos de los agentes de aduana y de los comisionistas de transportes. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 9

Los Oficiales del Ejército, retirados, no pueden pertenecer a Directorios, Comités o Asociaciones Políticas.—Se declara exequible el ordinal 1º del artículo 8º de la Ley 88 de 1935, "por la cual se adicionan, aclaran y modifican las Leyes 71 de 1915, 23 de 1916, 75 de 1925, 115 de 1928 y 15 de 1929". Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 14

Salvamento de voto. Magistrado doctor José M. Blanco Núñez 18

Salvamento de voto. Conjuez doctor Eduardo Rodríguez Piñeres 21

Salvamento de voto. Magistrados doctores Cock, Escallón, Lequerica Vélez y Tapias Pilonieta 21

Salvamento de voto. Magistrado doctor José Antonio Montalvo 21

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Reivindicación de una finca raíz perteneciente a la sociedad conyugal ilíquida, y que fue enajenada por el marido.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de reivindicación instaurado por Francisco López Aguiar y Emiliana Alarcón contra la sucesión de Julia Sanín Santos. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 23

Acción sobre pago de perjuicios.—Responsabilidad civil por culpa.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de responsabilidad civil seguido por Julio Restrepo Toro y otros contra el Municipio de Tuluá. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 28

Acción petitoria de dominio de cancelación del registro de unos títulos.—No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de petición de dominio de unos bienes, instaurado por Sinforosa Orjuela contra José Ramos. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 31

Salvamento de voto. Magistrado doctor Hernán Salamanca 37

Recurso de revisión de una sentencia.—Se declara inadmisible el recurso de revisión intentado por Isabel Cortés viuda de Guzmán y Alvaro Guzmán Cortés, contra la sentencia de la Corte, de quince de abril de mil novecientos cuarenta y dos. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 38

Acción petitoria de revisión de unas sentencias.—Acumulación de autos.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el diez y ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario sobre revisión de unas sentencias que propusieron Ramón Quintero, Ernesto Zapata y José de J. Lince contra Emilia Gómez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón.. 41

Incompatibilidad de las acciones de simulación de un contrato y de nulidad absoluta del mismo.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de simulación seguido por Eloísa Flórez v. de Mariño y Alfonso Mariño Flórez, contra Ignacio Dulcey Flórez. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 44

Acción sobre pago de perjuicios.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de responsabilidad civil adelantado por Nicolás Camargo Guerrero contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 48

Págs.

Reivindicación de bienes sociales vendidos por el marido sin anuencia de la mujer.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez y ocho de junio de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ordinario de reivindicación seguido por María del Carmen Montaña de Alfaro contra la Compañía de Cemento Portland Diamante. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango. 52

Acción de nulidad de un contrato.—Síndico Recaudador de Impuestos de Donaciones y Sucesiones.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el siete de abril de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de nulidad de un contrato de venta seguido por Pedro N., Celedonia y Concepción Hernández contra Eleuterio Angarita Bonilla. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 57

Reivindicación.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ordinario de reivindicación promovido por Midia Elena Amador contra Antonia Santos. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 60

Cuentas.—No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de cuentas entre Gabriel Quevedo y Antonio Beltrán Viana. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 63

Acción petitoria de dominio.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de petición de unos derechos, promovido por Víctor Manuel Rodríguez contra la señora Leonor Franco v. de Rodríguez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 67

Seguro de incendio.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el tres de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio que para el pago de una suma de pesos instauraron Alejandro Motlak y Benjamín Motlak contra las Compañías Commercial Union Assurance Co., Ltd., y Guardian Assurance Co., Ltd., domiciliadas en Londres. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón.. 69

Acción petitoria de pago de perjuicios materiales y morales por denuncio criminal.—Teoría del abuso del derecho.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el catorce de julio de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de responsabilidad civil seguido por Enrico Maggiar contra Ana R. de Royo. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 74

Acción de simulación de un contrato y de reivindicación.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de simulación adelantado por Ignacio Tovar B. contra María Leyva de Buraglia y la sociedad anónima "Federico Tovar & Cía., S. A." Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 81

Págs.

Acción de simulación.—Acción de nulidad.—Soberanía del Tribunal sentenciador en la apreciación de los indicios.—No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el veinticinco de enero de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ordinario de simulación y nulidad seguido por Fernando Durán contra Félix María Reina. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 86

Acción petitoria de pago de una suma de pesos. Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de pago de una suma de pesos, instaurado por Martín Vásquez P., Gerente de la Sociedad Empresa de Vapores Lindemeyer, S. A., contra la Sociedad Compañía Slip, de Barranquilla, S. A. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 95

Complemento de voto. Magistrado doctor Hernán Salamanca 98

Acción de nulidad de un testamento.—Principio sobre validez de los actos jurídicos.—Presunción legal de sanidad mental de las personas.—Revaluación de la doctrina sobre apreciación de indicios.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de nulidad seguido por Joaquín Barrientos contra Ana Almanzán Alvarez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 100

Abuso del derecho.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el diez y seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de indemnización de perjuicios, iniciado por Diógenes Baca Gómez contra Juan Martínez Martelo. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. 109

Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición.—Inventarios.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio que aprobó la partición de los bienes de la sucesión de la señora Silveria Quintero de Oliveros. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 115

Compra de derechos hereditarios.—Nulidad de los juicios ejecutivos.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el veintisiete de abril de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ordinario de Ricardo Campos L. contra Alejandro González y otros. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 118

Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el catorce de abril de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de partición de unos terrenos, iniciado en el Juzgado del Circuito del Guamo por Eustasio Villoria. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 122

Prescripciones de corto tiempo.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el pri-

Págs.

mero de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio que para el pago de una suma de pesos inició el señor Francisco Luque Huerta contra Eduardo Uribe Ospina. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 130

Acción de nulidad de un juicio ejecutivo.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de nulidad seguido por Luis Felipe Marroquín y otros contra Manuel A. Hincapié. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 133

Acción petitoria de uso de las aguas de un río. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de María Teresa García de García y J. Honorato García contra Tomás de Jesús Díaz, Francisco y Raimundo Forero R. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda.... 137

Acción petitoria de dominio.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el quince de julio de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ordinario de petición de propiedad de unos lotes de terreno, iniciado por Abelardo González contra Moisés Angel. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 141

Acción de responsabilidad por culpa.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el primero de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de indemnización de perjuicios, instaurado por Tomás Guerrero y Celestina Mumpaqué de Guerrero, contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 145

Responsabilidad por delitos y culpas.—Ejercicio de actividades peligrosas.—Culpa in vigilando y culpa in eligendo.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de responsabilidad civil iniciado por Ester Vargas Villamil contra la Empresa de Taxis Rojos. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 148

Acción petitoria de declaración de una usucapión extraordinaria.—Posesión entre comuneros.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de prescripción extraordinaria seguido por María Antonia Hernández v. de Alvarez y otros contra el doctor Antonio J. Ospina. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 153

Acción de dominio.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el trece de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ordinario de Leopoldo Martínez y otros contra Juan María del Castillo y Lucrecia Isaza de Del Castillo. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 158

Págs.

Acción petitoria de declaración de bienes vacantes.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de declaración de vacancia de unos bienes, promovido por el Municipio de Sonsón, el señor Ernesto Medina Mallarino y el Personero Municipal de Cocorná. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 162

Acción de dominio.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de Elisa Coral de Bravo contra Juan Vivas. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 166

SALA DE CASACION PENAL

La notoria injusticia del veredicto como causal de casación en la antigua legislación.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que impuso a Pedro Pablo Hernández Suárez diez y ocho años de presidio como reo de asesinato y heridas. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 169

Admisibilidad del recurso de casación según la cuantía de la pena.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, fechada el primero de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Juan Bautista Hoyos la pena de un año de presidio por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 171

Indebida aplicación de la ley penal más rigurosa.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, fechada el diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a Alfonso Alvarez del Pino a la pena de seis años y ócho meses de presidio por falsedad y bigamia. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 175

Estudio acerca de las contravenciones y su influjo sobre la pena en caso de reincidencia. Se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, el seis de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, que impuso a Marco Aurelio Díaz la pena de seis años de presidio como responsable de robo y reincidente. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 180

Recurso de hecho.—Se resuelve que fue bien denegada la apelación que el doctor C. Alfonso Ramírez Torres, defensor de Daniel Marín Cardona, interpuso contra el auto de veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre. 185

Caracteres formales de los autos interlocutorios.—Noción de incidente en derecho procesal.—Se conceptúa favorablemente a la solicitud del abogado señor Pedro Luis Jiménez. para que sea juzgado en un Distrito Judicial distinto a aquel en que cometió las infracciones de estafa y falsedad,

Págs.

por las cuales ha sido sindicado. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 188

Aclaración del auto anterior. Magistrado doctor Francisco Bruno 192

La infracción penal del funcionario comisionado no es imputable al superior que ordenó la comisión.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor José B. Vives, ex-Gobernador del Departamento del Magdalena, por los delitos de prevaricato, abuso de autoridad y detención arbitraria, que le fueron imputados. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 193

El cambio de radicación de los procesos criminales, sin excepción, requiere el concepto favorable de la Corte.—Se emite concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso adelantado con motivo de los sucesos de Gachetá, y que se encuentra al conocimiento del Juez 1º Superior de Medellín. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 196

Colisión de competencias en relación con el abuso de confianza de un conductor de correos.—Se declara que es Juez competente para conocer de la acción penal contra Marco A. González, por el delito de abuso de confianza, el Juez Municipal de La Unión (Nariño), y no el de Mercaderes (Cauca). Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 200

Noción de amistad íntima como causal de impedimento o de recusación.—Se decide que el Magistrado del Tribunal Superior de Buga doctor Ramón Suárez Candela no está impedido para conocer del proceso seguido contra el doctor Jorge Cedeño por el homicidio perpetrado en la persona del señor Absalón Zafra. Magistrado ponente, doctor Jorge Gtiérrez Gómez 203

Competencia de los Jueces de leprocomio en negocios atribuídos a Jueces Superiores.—Se dictamina favorablemente sobre el cambio de radicación del proceso adelantado contra Pablo Antonio Pérez Pinto por el delito de homicidio en la persona de Clemente Gómez Fonseca. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 205

La aceptación o rechazo del recurso de casación no es función de los Secretarios de los Tribunales.—Se resuelve remitir las diligencias verificadas en el proceso contra Joaquín M. Salcedo, adelantado en el Juzgado 1º del Circuito Penal de Neiva, al Juzgado de su origen y de éste al Tribunal correspondiente, para que se decida sobre el recurso de casación interpuesto por Salcedo, en memorial de once de octubre de mil novecientos cuarenta y tres. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 207

Cómputo de tiempo para la prescripción penal en procesos iniciados cuando regían los antiguos Códigos.—Se declara prescrita la acción penal en el proceso seguido al señor Miguel Canales Gómez, por delito contra la Hacienda Pública. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 209

Condiciones requeridas para que un delito sea militar.—Se dirime la competencia suscitada entre el Comando de la 1ª Brigada del Socorro y el Juez 1º Penal del Circuito del mismo lugar, en favor de este último, por considerar que se trata de delitos comunes que corresponde juzgar a la justicia ordinaria. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 213

Impedimento de un Magistrado de Tribunal—Se declara infundado el impedimento manifestado por el doctor Samuel Barrientos Restrepo con el fin de que se le declare separado del conocimiento del proceso contra Antonio Valencia Restrepo. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 215

Casos en que los Jueces de leprocomio tienen atribuciones de Jueces Superiores.—Se resuelve que sea el Juez 2º Superior de Bucaramanga quien continúe conociendo del proceso contra varias personas, entre las cuales se encuentra el enfermo Angel María Rodríguez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 216

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Se confirma el fallo apelado.—Se confirma el auto de diez y ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio de Francisco C. Soler contra la Nación y el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 218

Conocimiento de una acción de indemnización de perjuicios que no pudo ejercitarse oportunamente ante los Tribunales Administrativos.—Se condena al Departamento de Cundinamarca a pagar al señor Joselyn Rodríguez Daza el valor de los perjuicios que le ocasionó con el Decreto número 52, de diez y siete de enero de mil novecientos treinta y cuatro, anulado por el Tribunal Administrativo de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 220

Responsabilidad civil de la Nación por culpa en el siniestro de aviación del Campo de Marte. Daño moral.—Se revoca la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de perjuicios adelantado por Casimiro Abondano y Polonia Pacheco de Abondano contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 224

Se accede a la solicitud de aclaración del fallo anterior. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 231

Determinación del quantum de una indemnización de perjuicios ocasionados en la tragedia de aviación del Campo de Marte.—Concepto económico del perjuicio material.—Se revocan los apartes A y B de la declaración segunda de la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de indemnización de perjuicios promovido por Horacio Valencia Arango contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 233

Salvamento de voto. Conjuez, doctor José A. Gutiérrez Ferreira 243

Se confirma la sentencia que declaró no probadas unas excepciones.—Se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de catorce de

Págs.

octubre de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ejecutivo de Alberto Benavides Guerrero contra el Departamento de Nariño. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 249

Se confirma el auto apelado.—Se confirma la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con fecha catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ejecutivo de Samuel Tcherassi contra el Departamento del Atlántico. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 252

Repetición por pago de lo no debido.—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio seguido por la sociedad anónima "La Colombiana de Cervezas" contra el Departamento de Caldas. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 255

Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.—Se revoca la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ordinario de perjuicios iniciado por el señor Luis Sáenz Fetty contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 262

Título ejecutivo.—Se confirma la providencia dictada en el juicio ejecutivo de la Nación contra el "Almacén Morales, S. A.", con la advertencia de que la ejecución debe seguirse por la suma de dos mil novecientos setenta y cinco pesos. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 266

Se confirma el auto apelado.—Se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio ejecutivo iniciado por el señor Pedro A. Quintero contra el Departamento de Caldas. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 268

Acción petitoria de pago de perjuicios por la tragedia de aviación del Campo de Marte. Se reforma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de indemnización de perjuicios, adelantado por José H. Benítez contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 270

Liquidación de perjuicios.—Se revoca la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el incidente especial de liquidación de unos perjuicios, promovido por Manuel Rodríguez y Ricarda Avila de Rodríguez contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 276

Acción de indemnización de perjuicios por la tragedia de aviación del Campo de Marte. Se resuelve declarar a la Nación colombiana civilmente responsable de la muerte de la señora Judith Turbay de Turbay, y, por tanto, indemnizar a su esposo, Abbas P. Turbay, y a sus hijos, Nelly, Silvia, Guillermina y Luis Hernando Turbay Turbay, de los perjuicios que se les ocasionaron. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 281

Tacha de falsedad de documentos.—Ineficacia de la prueba testimonial en relación con la pericial.—Se absuelve a la Nación de los cargos formulados por el señor Oliverio Morales, en el juicio ordinario que para obtener indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato, adelantó contra aquella entidad. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 290

Doctrinas de la Procuraduría 300

Aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal 301

Notarías y Registradurías (visitas) 302

Salas de Decisión de los Tribunales 303

Aplicación de los artículos 64 y 227 (Código de Procedimiento Penal) 304

Delitos contra el sufragio 306

Reserva del sumario 306

GACETA JUDICIAL

"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., Título 1.o, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:
JULIAN MOTTA SALAS

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

(Proemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LVII — BOGOTA - COLOMBIA, MAYO A SEPTIEMBRE DE 1944 — NUMEROS 2010 A 2014

[illegible]

SALA PLENA

Demanda de inexequibilidad del artículo 2°. del Decreto número 756 de 1942

Comparado el texto del Decreto con las precisas facultades extraordinarias que se le otorgaron al Gobierno por la Ley 128 de 1941, hay que concluír indefectiblemente que él no tiene apoyo en ninguna de esas autorizaciones ni con él se toman las medidas a que se refieren esas autorizaciones, ni se conjura el desequilibrio fiscal, ni se atiende a los servicios públicos ni a gastos militares, ni se protegen los intereses colombianos, y por esto se considera que el Gobierno extralimitó las autorizaciones extraordinarias y dictó medidas fuera de la órbita de aquellas autorizaciones sobre materia que no estaba sujeta a su jurisdicción.

Respecto del primer inciso de ese artículo su inconstitucionalidad consiste en haber variado la manera de computar el bienio modificando el punto de partida: registro y no ejecutoria. En relación con la parte final del mencionado artículo 2º, es igualmente inconstitucional, ya se le estudie desde el punto de vista de las facultades extraordinarias porque no encaja dentro de ellas, o ya se mire en relación con las ordinarias que constitucionalmente corresponden al Organo Ejecutivo, porque lo allí estatuído con el nombre de reglamentación, entra a definir e interpretar un plazo legal, tarea que es del resorte del Organo Judicial, no del Ejecutivo. En otras palabras: en la situación jurídica de las cosas, la calidad de ese plazo y todo lo concerniente al ejercicio de las acciones a que se refiere —en lo tocante al mismo— es tema para decidirse en cada caso por la respectiva autoridad judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, quince de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

El doctor Luis Felipe Latorre solicitó de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de inexequibilidad o inconstitucionalidad del artículo 2º del Decreto número 756 dictado por el Presidente de la República el 26 de marzo de 1942. Ejercita el doctor Latorre por medio de esta demanda la facultad que le confiere a todo ciudadano el artículo 149 de la Constitución Nacional.

El artículo acusado dice: "Artículo 2º Las acciones que consagra el derecho común en relación con los terrenos sobre los cuales haya recaído resolución administrativa o sentencia judicial proferida en juicio breve y sumario por la Sala de Negocios Generales de la Corte, sólo podrán iniciarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de su registro en el Ministerio.

"Se entiende oportunamente iniciada una acción ordinaria y por tanto interrumpida la *prescripción de corto tiempo* establecida para estos casos por las leyes de petróleos, cuando la demanda ha sido presentada y admitida antes de vencerse el término de la prescripción."

Las disposiciones que se consideran infringidas son las siguientes: Artículos 54, 72, 73 y ordinal 3º del artículo 115 de la Constitución Nacional.

Para fundamentar su acusación el doctor Latorre, se coloca en dos puntos de vista distintos, a saber: que el decreto se haya dictado en virtud de facultades extraordinarias o en ejercicio de la potestad reglamentaria.

Considera que el Decreto en cuestión no encaja dentro de las facultades extraordinarias que le concedió el Congreso por la Ley 128 de 1941, ya que estas facultades se habían concedido: a) Para tomar medidas relativas al orden internacional o interno indispensables para mantener en forma leal y completa la política de solidaridad y comprensión interamericana; b) Para dictar medidas económicas y fiscales a fin de conjurar el desequilibrio fiscal, allegar recursos para el normal funcionamiento de los servicios públicos, para atender a los gastos militares y de orden público y proveer al desarrollo de la producción nacional; y c) Para vigilar y reglamentar la actividad de los extranjeros en el país, proteger los intereses de los accionistas colombianos en sociedades extranjeras y tomar otras providencias del mismo carácter.

Comparado el texto del Decreto con las precisas facultades extraordinarias que se le otorgaron al Gobierno por la Ley 128, hay que concluír indefectiblemente, que él no tiene apoyo en ninguna de esas autorizaciones ni con él se toman las medidas a que se refieren esas autorizaciones, ni se conjura el desequilibrio fiscal, ni se atiende a los servicios públicos ni a gastos militares, ni se protege los intereses colombianos, y por esto se considera que el Gobierno extralimitó las autorizaciones extraordinarias y dictó medidas fuera de la órbita de aquellas autorizaciones sobre materia que no estaba sujeta a su jurisdicción.

Este concepto, que es del demandante y que prohija la Corte, concuerda en un todo con el del señor Procurador General de la Nación, quien en su respectiva vista dice:

"En el Decreto acusado solamente se legisló sobre una materia puramente civil, y en una forma que no conducía al mantenimiento leal y completo de la política de solidaridad y cooperación interamericanas, según los compromisos internacionales adquiridos, ni con él se buscaba la finalidad de obrar en el campo económico o fiscal para conjurar un posible desequilibrio fiscal ni para allegar fondos, ni tampoco implicaba una forma de vigilancia, control y reglamentación de actividades de extranjeros o nacionales."

Estudiado el Decreto a la luz de la facultad constitucional que tiene el Presidente para reglamentar las leyes para su fiel ejecución, tampoco puede considerarse como constitucional.

La Corte, en resolución del 4 de marzo de 1943, ha interpretado de la siguiente manera esa atribución presidencial y ha fijado las lindes dentro de las cuales ella puede ejercerse, constitucionalmente, por el Presidente de la República:

"Ejercer la potestad reglamentaria (dice la Constitución) expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones para la cumplida ejecución de las leyes."

"Es decir, los requisitos que han de llenarse, la manera como ha de ejecutarse para que el pensamiento del legislador se cumpla; y si acaso hay algún vacío, cómo ha de llenarse.

"Pero en ningún caso se ha de contrariar el espíritu de las disposiciones legales, y menos aún sustituirlo, decretar nuevas normas, ampliar o restringir el alcance de la ley, pues que entonces se invade la órbita del Organo Legislativo, ya que el reglamento sólo tiene por objeto asegurar la aplicación de la ley que por él se completa y debe hallarse por lo mismo en la ley a que se refiere."

La Ley 160 de 1936, que modificó algunas disposiciones de la 37 de 1931 y dictó otras sobre petróleos, en el inciso final del artículo 7º, ordenó que las acciones que consagra el derecho común, en relación con los terrenos a que se refieren, ya las resoluciones del Ministerio, ora las sentencias de la Corte Suprema en juicios breves y sumarios, en los casos allí previstos, sólo podrán intentarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de su ejecutoria o del registro en el Ministerio.

No cabe duda que los dos años a que se refiere la ley, han de contarse, si se trata de resoluciones, desde su registro en el Ministerio y si de sentencias de la Corte, en juicios breves y sumarios, desde su ejecutoria. Esta interpretación es la correcta, porque las sentencias de la Corte no tienen por qué registrarse en el Ministerio de Minas y Petróleos para su eficacia; no así las resoluciones del Ministerio. En los in-

cisos anteriores, el plazo de dos años para establecer las respectivas acciones se cuenta a partir de la fecha de la sentencia; pero ha de aplicarse el último inciso citado de esta Ley, que es posterior, porque es lo jurídico, siendo así que para su cabal cumplimiento e imperio, en lo general una sentencia ha de estar ejecutoriada.

Pero aunque tanto las resoluciones del Ministerio como las sentencias de la Corte han de registrarse, es lo cierto que el Decreto acusado fijó como fecha inicial para contarse los dos años de que habla la ley, la de su registro, alterando, por consiguiente, el texto expreso de ella y extralimitando así en esto su facultad reglamentaria.

Es, pues, evidente que el Presidente de la República, al dictar el Decreto acusado, extralimitó la facultad reglamentaria e invadió un campo de acción privativo del Organo Legislativo, cual es proveer por medio de leyes al establecimiento y desarrollo de las acciones judiciales que puedan establecer los particulares ante la justicia ordinaria.

Estos conceptos también están respaldados con la opinión del Agente del Ministerio Público, que al respecto se expresa así:

"La norma general es la de que los Organos del Poder Público son limitados, y tienen funciones separadas que son ejercidas en la forma prevista para cada uno; la potestad legislativa reside esencialmente en el Congreso, pero excepcionalmente puede delegar esa potestad en el Organo Ejecutivo revistiendo al Presidente de la República, *pro tempore*, de precisas facultades extraordinarias; si al ejercitar esa facultad el Presidente de la República pretende legislar sobre materias distintas de las contempladas en esas precisas facultades, viola en primer término la ley de autorizaciones, so pretexto de cumplirlas; y en segundo término viola la Constitución Nacional al invadir, escudándose en una ley, un campo que le estaba reservado al Organo Legislativo."

En síntesis: la Corte considera que está *sub judice* la totalidad del artículo 2º.

Respecto del primer inciso su inconstitucionalidad consiste en haber variado la manera de computar el bienio modificando el punto de partida: registro y no ejecutoria.

En relación con la parte final del mencionado artículo, él es igualmente inconstitucional ya se le estudie desde el punto de vista de las facultades extraordinarias porque no encaja dentro de ellas, o ya se mire en relación con las ordinarias que constitucionalmente corresponden al Organo Ejecutivo, porque lo allí estatuído con el nombre de reglamentación entra a definir e interpretar un plazo legal, tarea que es del resorte del Organo Judicial, no del Ejecutivo. En otras palabras: en la situación jurídica de las cosas, la calidad de ese plazo y todo lo concerniente al ejercicio de las acciones a que se refiere —en lo tocante al mismo— es tema para decidirse en cada caso por la respectiva autoridad judicial.

Pudiera presentarse la cuestión de si la ley, al señalar en una de sus disposiciones la fecha de la sentencia misma y en otras la de su ejecutoria, como punto de partida del bienio en referencia, atendió a casos distintos o simplemente puso esta última fecha para todos los casos de sentencia en juicio breve y sumario, defiriendo a la ejecutoria en unas y otras; pero para el presente fallo es inoficioso estudiar ese tema, porque, cualquiera que sea su solución, acontece que, siendo el registro algo obligadamente posterior, tanto a la ejecutoria como a la sentencia misma, es claro que al señalar el Decreto como fecha inicial la del registro, aumenta el bienio en todo el tiempo, largo o breve, que precisamente ha de mediar sea entre la sentencia y su registro, sea entre la ejecutoria y el registro, y queda visto que esta discrepancia del lapso de tiempo que ocurre entre el decreto y la ley, es lo que, desde este punto de vista, lo hace inexequible.

A virtud de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, *resuelve:*

Declárase inexequible por inconstitucional el artículo 2º del Decreto número 756, de 26 de marzo de 1942, por el cual se dictan algunas disposiciones sobre petróleos.

Comuníquese esta resolución al señor Ministro de Minas y Petróleos.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Ricardo Hinestrosa Daza, Campo Elías Aguirre, José Miguel Arango, Miguel Arteaga, José M. Blanco Núñez, Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Isaías Cepeda, Víctor Cock, Liborio Escallón, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

El Decreto 756, artículo 2o. de 1942, sobre petróleos, es inconstitucional

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno).

El señor Pedro Ignacio Uribe —fundado en el artículo 149 de la Constitución Nacional— solicitó de la Corte Suprema de Justicia se declarara inexequible, por causa de inconstitucionalidad, el artículo 2º del Decreto 756 del 26 de marzo de 1942, por el cual se dictaron algunas disposiciones sobre petróleos "en uso —dice el Decreto— de sus facultades constitucionales y legales, y en especial de las extraordinarias de que está investido por la Ley 128 de 1941".

La norma acusada de inconstitucionalidad está concebida, textualmente, en los siguientes términos:

"Las acciones que consagra el derecho común en relación con los terrenos sobre los cuales haya recaído resolución administrativa o sentencia judicial proferida en juicio breve y sumario por la Sala de Negocios Generales de la Corte, sólo podrán iniciarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de su registro en el Ministerio."

"Se entiende oportunamente iniciada la acción ordinaria, y por tanto interrumpida la prescripción de corto tiempo, establecida para estos casos por las leyes de petróleos, cuando la demanda ha sido presentada y admitida antes de vencerse el término de la prescripción."

Obtenido el concepto del Procurador General de la Nación —al cual posteriormente se hará referencia— procede la Corte a dictar su fallo en consideración a las tesis de la demanda, de la Procuraduría, y especialmente a la doctrina y jurisprudencia.

I.—Tesis de la demanda.

Mediante la expedición del artículo 2º del Decreto 756 —afirma el actor— se han violado los siguientes preceptos constitucionales:

"a) El artículo 52, según el cual los Organos del Poder Público son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado;

"b) El artículo 69 (numeral 9º), según el cual corresponde al Congreso hacer las leyes, y por medio de ellas ejercer las atribuciones en aquella norma consignadas, entre las cuales la de revestir *pro tempore* al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen, y

"c) El artículo 115 (numeral 3º), según el cual corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes."

El actor explica la violación de las anteriores normas constitucionales en una jurídica y razonada exposición, que puede concretarse y sintetizarse en los términos siguientes:

a) El artículo 62, porque hubo —de parte del Presidente— extralimitación de funciones, al excederse en el ejercicio de la potestad reglamentaria y de las autorizaciones que le confirió la Ley 128 de 1941, asumiendo así poderes que sólo corresponden al Organo Legislativo;

b) El artículo 69 (numeral 9º), porque entre dichas autorizaciones —precisas en cuanto al mantenimiento de la política de solidaridad y cooperación interamericanas, a la adopción de medidas necesarias para conjurar un eventual desequilibrio fiscal, al control, vigilancia y reglamentación de los extranjeros y de sus propiedades y a la prevención de actividades contrarias a la seguridad pública, y finalmente, a la protección de intereses colombianos en empresas extranjeras— entre estas precisas autorizaciones, se repite, no se halla ninguna para modificar el plazo de prescripción de las acciones de derecho común en los juicios de petróleos ni para establecer normas civiles distintas interruptivas de la prescripción.

c) El artículo 115 (numeral 3º), porque la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad

administrativa, se limita a expedir las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, pero no para cambiar la esencia de las disposiciones legales ni para dictar normas que modifiquen o alteren la voluntad del legislador, como el Presidente —mediante la norma acusada— lo hizo, al establecer nuevo plazo de prescripción de las acciones de derecho común y nuevos modos de prescripción.

El actor, en seguida, estudia separadamente la norma acusada, en relación con la potestad reglamentaria y con el alcance de la institución de las facultades extraordinarias.

En relación con el inciso primero del artículo, el que estatuye que las mencionadas acciones "sólo podrán iniciarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de su registro en el Ministerio"; razona así:

"Esta disposición es un conato de reglamentación de la Ley del petróleo. Pero este reglamento excede a la ley reglamentada, porque el artículo 5º y el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, establecen que las acciones referidas sólo podrán iniciarse dentro de los dos años siguientes a la fecha del fallo o a su ejecutoria, pero no desde el registro en el Ministerio, como lo determina el artículo 2º del Decreto número 756. Conforme al artículo 7º de la Ley 160 de 1936, las declaraciones del Ministerio sobre los avisos para explorar terrenos de propiedad particular, deben registrarse en el libro respectivo. A estas declaraciones se refiere el inciso final del mismo artículo cuando dice que las acciones de derecho común sólo podrán iniciarse dentro de los dos años siguientes al registro. Pero con relación a las sentencias de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, los dos años se cuentan desde la fecha del fallo, según el inciso final del artículo 5º de la Ley citada, y el inciso 6º del artículo 7º, o desde su ejecutoria con arreglo al inciso final del artículo 7º del texto tántas veces mencionado."

En relación con el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 756 —según el cual "se entiende oportunamente iniciada la acción ordinaria y por tanto interrumpida la prescripción de corto tiempo establecida para estos casos por las leyes de petróleos cuando la demanda ha sido presentada y admitida antes de vencerse el término de la prescripción"— el actor razona en la forma siguiente:

"En esta disposición, la usurpación por el Ejecutivo de las atribuciones del Congreso, llega a términos increíbles. En ella se dictan normas para la interrupción de la prescripción que se llevan de calle los preceptos del Código Civil sin consideraciones de ninguna clase. Conforme al artículo 2524 del Código Civil, se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción 'si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal'. Esta norma se modifica por el Ejecutivo al determinar que basta que la demanda haya sido presentada y admitida para que se interrumpa la prescripción.

"Bastaría —dice en otra parte— la presentación de una demanda temeraria contra una persona para por ese solo hecho conseguir la suspensión del derecho de adquirir una cosa por prescripción y sin que aquélla pudiera tomar las medidas legales necesarias para la defensa de sus derechos."

En cuanto a las facultades extraordinarias, se expresa el demandante en la forma siguiente:

"La Ley 128 de 1941 le dio facultades extraordinarias al Presidente de la República, pero entre ellas no está comprendida la de modificar los términos de la prescripción civil ni la de modificar las normas establecidas por la ley para los juicios sumarios que se siguen en la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia en asunto de petróleos."

Y después de transcribir el artículo 16 de la Ley 128 de 1941, termina así el mismo demandante:

"En la disposición copiada no se encuentran las facultades extraordinarias invocadas por el Presidente de la República para dictar el artículo 2º del Decreto 756 de 1942, y es obvio que esa disposición es inconstitucional por apartarse de las atribuciones que le corresponden al Presidente, las cuales extralimitó al variar el plazo de la prescripción de las acciones de derecho común de los juicios tántas veces mencionados, y al establecer normas civiles distintas para la interrupción de la prescripción."

III.—Tesis de la Procuraduría General.

El concepto del Procurador General comprende tres partes:

a) La respuesta del Ministro de Minas y Petróleos a la consulta que le formuló aquel alto funcionario sobre la demanda del señor Uribe, y en la que el mencionado Ministro reafirma —después de algunas consideraciones— la constitucionalidad y legalidad del Decreto 756 acusado;

b) La tesis del mismo Procurador en relación con la demanda —tesis favorable a ésta— que ante la Corte Suprema presentó el doctor Castor Jaramillo Arrubla, sobre inconstitucionalidad de los artículos 5º, 6º y 14 del Decreto número 564 de 1942, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias de la misma Ley 128 de 1941, y finalmente,

c) Análisis de las instituciones de la potestad reglamentaria y de las autorizaciones extraordi-

narias, precisas y *pro tempore* —en general— y también en relación con la Ley 128 y los Decretos expedidos en su ejercicio.

Aunque el Procurador no emite un concepto preciso sobre la inconstitucionalidad del Decreto número 756, lógicamente puede concluirse que la referencia a los expuestos en cuanto a las demandas presentadas por los doctores Mauricio Mackensie y Castor Jaramillo Arrubla contra los Decretos 380 y 544 de 1942, fundados en la mencionada Ley 128, y que ratifica, puede concluirse —se repite— que el Procurador comparte los fundamentos de la demanda contra el Decreto número 756, en desacuerdo con el Ministro de Minas y Petróleos, quien —en la respuesta a la consulta del Agente del Ministerio Público— sostiene su constitucionalidad y legalidad.

"Expuestos como quedan los puntos de doctrina que profesa esta Procuraduría —dice— los somete respetuosamente a la ilustrada consideración de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, para que esa alta entidad decida concretamente sobre la demanda de inexequibilidad que contra el artículo 2º del Decreto número 756 de 1942, tiene propuesta el señor Pedro Ignacio Uribe, en oposición a la categórica afirmación del Ministro de Minas y Petróleos de que 'el Decreto número 756 de 1942, por el cual se dictan algunas disposiciones sobre petróleos', es perfectamente legal y constitucional".

Además, el mismo funcionario, en su vista sobre la demanda del doctor Luis Felipe Latorre, dirigida a obtener la inexequibilidad del mismo artículo del Decreto 756, se expresa en los términos siguientes, después de sintetizar el artículo 16 de la Ley 128 de 1941, sobre facultades extraordinarias:

"Basta comparar —dice el Procurador— el contenido del Decreto acusado con el del artículo 16 citado, para ver que lo dispuesto por aquél no encaja ni remotamente en ninguna de las tres facultades otorgadas.

"En el Decreto acusado —continúa— solamente *se legisló* (subraya el Procurador) sobre una materia puramente civil, y en forma tal que no conducía al mantenimiento leal y completo de la política de solidaridad y cooperación interamericanas según los compromisos internacionales adquiridos, ni con él se buscaba la finalidad de obrar en el campo económico o fiscal para conjurar un posible desequilibrio fiscal ni pará allegar fondos, ni tampoco implicaba una forma de vigilancia, control, reglamentación de actividades de extranjeros o nacionales.

"No cree la Procuraduría —dice en otra parte de su concepto— que para conceptuar sobre la inexequibilidad del Decreto acusado, sea preciso distinguir si se trataba de modificar o reformar el fenómeno jurídico de la prescripción o de otro análogo en sus efectos jurídicos. Basta lo anterior para concluir que con tal Decreto se invadió la órbita de acción del Organo Legislativo, en materia para la cual no se había facultado al Presidente de la República y que se ejercitó por el Organo Ejecutivo una función que es privativa del legislador, con lo cual se violaron los artículos 52 y 54 de la Carta Fundamental.

"Al reformar esa legislación existente —termina— sobre términos para ejercitar ciertas acciones en relación con la propiedad del petróleo —de que se habló al principio— el Gobierno no estaba legislando sobre ninguna de las materias para las cuales estaba autorizado, ni buscaba la realización de ninguno de los fines tenidos en cuenta para dar las autorizaciones, sino que simplemente estaba invadiendo el campo propio del legislador, sin que sea preciso determinar cuál fue la naturaleza jurídica de la reforma que se quiso hacer."

IV—La cosa juzgada.

Como la demanda del señor Uribe persigue los mismos fines —la inexequibilidad del artículo 2º del Decreto 756— que la presentada por el doctor Latorre, y una y otra, por esta razón, fueron estudiadas conjuntamente y en la misma forma adoptadas las respectivas resoluciones de acuerdo con el concepto del Procurador General, favorable a ambas demandas, la Corte se limita a hacer referencia al fallo recaído sobre la segunda, previas algunas consideraciones sobre el fenómeno jurídico de la cosa juzgada en relación con el control constitucional.

Antes de la vigencia de la Ley 96 de 1936, cuando la Corte debía decidir sobre dos o más demandas que persiguen la inexequibilidad de las mismas normas (leyes o decretos) y con fundamento en idénticas razones constitucionales —como es el caso presente— fue principio consagrado por la jurisprudencia que el fallo que se adoptara sobre la primera demanda no causaba tránsito a cosa juzgada para con la otra u otras aún no decididas cuando éstas contengan —además de los cargos y razones en que coincidan con la primera— otros cargos fundados también en otras razones.

Pero al entrar a regir la Ley 96 de 1936 la situación vino a ser distinta, porque, no habiéndose de limitar el fallo a la confrontación con las disposiciones constitucionales citadas por el acusador, sino teniendo la Sala que extender su estudio a cuantos preceptos de la Carta sean pertinentes, hoy precisamente una sentencia sobre inexequibilidad cierra, con la fuerza de la cosa juzgada, la posibilidad de nueva sentencia sobre la misma disposición o disposiciones de ley o decreto que fueron materia de aquélla.

La Sala, en su sentencia del quince del pasado mes de mayo, recaída a la demanda del doctor Latorre, expuso lo siguiente:

En cuanto a la violación del artículo 69 (numeral 9º) de la Constitución, también alegado por el señor Uribe, en relación con el artículo 16 de la Ley 128 de 1942, dijo:

"Comparado el texto del Decreto con las precisas facultades extraordinarias que se le otorgaron al Gobierno por la Ley 128, hay que concluir indefectiblemente que él no tiene apoyo en ninguna de las autorizaciones, ni con él se toman las medidas a que se refieren esas autorizaciones, ni se conjura el desequilibrio fiscal, ni se atiende a los servicios públicos ni a gastos militares, ni se protegen los intereses colombianos, y por esto se considera que el Gobierno extralimitó las autorizaciones extraordinarias y dictó medidas fuera de la órbita de aquellas autorizaciones sobre materia que no estaba sujeta a su jurisdicción."

"Respecto del primer inciso del artículo 2º del Decreto acusado —continúa la sentencia— su inconstitucionalidad consiste en haber variado la manera de computar el bienio, modificando el punto de partida: registro y nó ejecutoria."

En cuanto a la violación del artículo 115 (numeral 3º) de la Constitución, dice la misma sentencia, en lo pertinente:

"En relación con la parte final del mencionado artículo (el que se refiere a la interrupción de la prescripción), él es igualmente inconstitucional, ya se le estudie desde el punto de vista de las facultades extraordinarias, porque no encaja dentro de ellas, o ya se mire en relación con las ordinarias que constitucionalmente corresponden al Organo Ejecutivo, porque lo allí estatuído con el nombre de reglamentación, entra a definir e interpretar un plazo legal, tarea que es del resorte del Organo Judicial, no del Ejecutivo. En otras palabras: en la situación jurídica de las cosas, la calidad de ese plazo y todo lo concerniente al ejercicio de las acciones a que se refiere —en lo tocante al mismo— es tema para decidirse en cada caso por la respectiva autoridad judicial".

A lo dicho se agrega —y esto bastaría— que la jurisdicción de la Corte Suprema quedó ejercida y agotada con haber pronunciado sobre las disposiciones aquí acusadas su referida sentencia del quince de mayo último.

V.—El fallo.

Tratándose, como se trata, de una demanda idéntica en su objeto y en las normas constitucionales alegadas, a la decidida mediante el fallo referido, y habiéndose declarado la inexequibilidad de las normas que fueron objeto de la acusación, la Corte, en vista de que se está enfrente del fenómeno de la cosa juzgada, y de que —en consecuencia— no sería jurídico declarar dos o más veces la inexequibilidad de un mismo Decreto o ley, sólo puede en esta providencia referirse a su propio fallo del quince de mayo del año en curso.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, *decide:*

Estése a lo resuelto en la sentencia del quince de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, pronunciada por esta Sala en la acusación del doctor Luis Felipe Latorre contra las mismas disposiciones de que se ha hablado.

Cópiese, notifíquese y comuníquese al Ministerio de Minas y Petróleos. Insértese en *Gaceta Judicial.*

Ricardo Hinestrosa Daza, Campo Elías Aguirre, José Miguel Arango, Miguel Arteaga, Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Isaías Cepeda, Víctor Cock, Liborio Escallón, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán J., Fulgencio Lequerica V., José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario.

Parágrafo único del artículo 172 de la Ley 85 de 1916 (Código Electoral), acusado como inconstitucional

La palabra "período" de cuatro años, tocante con el Presidente de la República, a que se refiere el artículo 109 de la Constitución (artículo 25 del Acto legislativo número 3 de 1910), significa lapso de cuatro años, a contar desde una fecha inicial, determinada y cierta del calendario, toda vez que, cuando fue expedido el Acto legislativo número 3 de 1910, regía el precepto legal del artículo 317 de la Ley 149 de 1888, en forma tal que si ese lapso ya se principió, y hay lugar a elegir nuevo Presidente, esa elección se entiende necesariamente hecha sólo por el resto del período en curso. Aparece así el período presidencial como un período estrictamente cronológico por cuatro años. Así, pues, el parágrafo único del artículo 172 de la Ley 85 de 1916, no sólo no contraría los preceptos constitucionales, sino que, por el contrario, es la más genuina y exacta interpretación de ellos.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, julio cuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Víctor Cock).

El doctor Hermenegildo Bonilla Gómez, vecino de Popayán y ciudadano colombiano, en escrito de trece de marzo del año en curso, suscrito en la ciudad de Popayán, y recibido por la Corte el día quince del expresado, solicitó la declaración de ser inexequible, por inconstitucionalidad, el parágrafo único del artículo 172 de la Ley 85 de 1916 (Código Electoral), que a la letra dice:

"En el caso del artículo 27 del Acto legislativo número 3 de 1910, el ciudadano que sea elegido Presidente de la República ejercerá solamente por el resto del período que esté en curso."

Adujo el demandante como razón fundamental para su solicitud sobre inexequibilidad el infringir la disposición legal acusada, y que se acaba de transcribir, el artículo 25 del Acto legislativo número 3 de 1910, que dispone:

"El Presidente de la República será elegido en un mismo día, por el voto directo de los ciudadanos que tienen derecho a sufragar para Representantes, y para un período de cuatro años, en la forma que determine la ley."

Y agrega luégo el demandante para fundamentar, en forma más detallada, su demanda:

"a) El constituyente del Régimen Federal, el de 1886 y el de 1910, determinaron de manera expresa y sin ambigüedades lo relacionado con los períodos presidenciales;

"b) El primero fijó el período presidencial en dos años, el segundo en seis y el último en cuatro;

"c) El constituyente de 1910 al fijar en cuatro años el ejercicio del mando por un ciudadano, no tuvo otro pensamiento que el de dar oportunidad a ese ciudadano para desarrollar su programa de gobierno, ya que —es indudable— los períodos demasiado cortos colocan al Estado en situación desventajosa, en cuanto a lo que respecta a la buena y ordenada marcha de los negocios públicos;

"d) El hecho mismo previsto en la Constitución (artículo 27), de que faltando un año o menos para concluir el período de cuatro años, está diciendo que si no se puede convocar al pueblo a elecciones en este caso, es obvio que al convocarlo debe ser para que elija al ciudadano que debe ejercer el Poder por cuatro años;

"e) La Constitución en ninguna de sus disposiciones autoriza la elección de Presidente de la República para un período menor de cuatro años;

"f) Siendo tan clara la letra del artículo 25 del Acto legislativo número 3 de 1910, no acepta interpretación alguna, por prohibición expresa del artículo 27 del Código Civil, que dice:

'Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.'

"g) El constituyente de 1910, al fijar en cuatro años el período presidencial, no estableció cosa distinta a la de impedir las agitaciones electorales que trastornan la estabilidad económica, social y moral del país;

"h) La disposición acusada viola, pues, flagrantemente, la disposición constitucional mencionada, porque ésta no dice que cuando falta en forma absoluta quien ejerce el Poder Ejecutivo se convoque a elecciones para elegir su sucesor para el resto del período de cuatro años ya iniciado, e

"i) Porque si a la disposición constitucional violada se le da aplicación distinta a lo que su letra dispone, se falsifica ésta, lo mismo que su espíritu; se desconoce su intención; se le hace servir de instrumento para atropellar la justicia, la libertad y el orden."

Finalmente, el demandante citó expresamente como disposiciones legales relacionadas de manera especial con la competencia de la Corte para conocer del asunto, el artículo 30 del Código Judicial y los artículos 1º, 2º y siguientes de la Ley 96 de 1936.

Corrido el traslado que corresponde dar en este género de asuntos al señor Procurador General de la Nación, éste hubo de contestarlo en escrito de veinticinco del mes de abril próximo pasado, escrito en el cual el señor Procurador "estima que el parágrafo único del artículo 172 de la Ley 85 de 1916, no sólo no contraría los preceptos constitucionales, sino que, por el contrario, es la más genuina y exacta interpretación de los mismos y que por tanto no es el caso de acceder a las pretensiones de la demanda".

Llega el señor Procurador a esta conclusión después de un detenido estudio del tema debatido. Habrá lugar, por consiguiente, a transcribir en este fallo las razones en que se funda aquel alto funcionario para llegar a la conclusión que se acaba de indicar. Dice así:

"Considera el demandante que la disposición legal transcrita infringe de manera expresa el artículo 25 (hoy 109 de la Constitución Nacional) del mismo Acto legislativo número 3 de 1910; pero al indicar las razones que le asisten para sostener su pretensión, en realidad no presenta ninguna que demuestre su aserto ni que lleve a la conclusión anhelada por el demandante, de que existe contradicción entre lo que dispone la disposición acusada y lo que preceptúan los textos constitucionales que señala como violados.

"En efecto: el sistema adoptado sobre el particular, por el artículo 114 de la Constitución de 1886, y el que acogió el constituyente de 1910, no son sustancialmente diversos, aunque tengan algunas discrepancias de detalle, que en ningún caso justifican la tesis del demandante doctor Bonilla Gómez.

"El primitivo artículo 114 decía:

'El Presidente de la República será elegido por las Asambleas Electorales en el mismo día y en la forma que determine la ley, para un período de seis años.'

"Y el actual artículo 109 (25 del Acto legislativo número 3 de 1910), dice:

'El Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos que tienen derecho a sufragar para Representantes, y para un período de cuatro años, en la forma que determine la ley.'

"Debe anotarse, desde luégo, que la expresión 'en la forma que determine la ley' se refería sólo a la elección en el artículo 114 original, y que en el 109 actual comprende tanto la elección como el período de cuatro años; que, por tanto, cuando la Ley 85 de 1916, en su artículo 172, parágrafo único, señaló una de las modalidades de ese período, no sólo no contrarió la Carta Fundamental, sino, por el contrario, le dio el desarrollo más adecuado, en armonía con la letra y el espíritu de la misma.

"Tanto el artículo 114 como el 109, establecen una regla general con respecto a la duración del período presidencial; pero de ninguna de tales disposiciones por sí solas, se desprende ni se puede desprender, que tal período sea de orden simplemente cronológico a partir de una fecha determinada o de orden personal a partir de determinala elección.

"El primitivo artículo 114, y el actual 109, consagran una regla general con respecto a la duración del período presidencial; pero nada dicen, ni con respecto a su iniciación, ni en relación con el hecho anormal de que en dado momento se interrumpa dicho período por la presentación de una falta absoluta del Presidente elegido y en ejercicio, y digo hecho anormal, porque afortunadamente para la vida de Colombia y la consolidación de nuestro régimen democrático, en la historia del país, son muchos los casos en que un Presidente que ha entrado a ejercer la Primera Magistratura no termine normalmente su período.

"Con todo, si únicamente existiera la regla general del artículo 109 (25 del Acto legislativo número 3 de 1910), el demandante podría tener razón en sus pretensiones; el período de los Presidentes en Colombia sería personal —como lo era en la tercera República Francesa— pero como además del artículo en cuestión existe el *A* de las disposiciones transitorias, que pasa por alto el demandante, y que dice:

'Las fechas iniciales de los próximos períodos de las corporaciones y funcionarios de que trata la Constitución y el presente Acto reformatorio de ella, serán las siguientes:

'. . . . . .'

"La del Presidente de la República, el 7 de agosto de 1914"; no cabe la menor duda que el período presidencial debe principiar cada cua-

tro años a partir de 1914, el 7 de agosto; y que no es, por tanto, un período personal, sino de orden cronológico, es decir, 7 de agosto de 1918, de 1922, 1926, 1938, 1942, 1946, etc.

"Y el constituyente no escogió caprichosamente el 7 de agosto como fecha para la transmisión del mando cada cuatro años. Quiso que este acto trascendental y solemne en la vida de una democracia, estuviera vinculado a la conmemoración de una de las efemérides más gloriosas de la historia patria, como quiso vincular la conmemoración del 20 de julio con la reunión de las Cámaras Legislativas.

"Es natural y obvio, de simple y elemental interpretación que lo transitorio de esta disposición, no se refiere a que el período presidencial deba principiar cada cuatro años el 7 de agosto, sino a la iniciación del primer período en 1914, fecha que sí era fugaz y transitoria.

"No debe olvidarse además que la fijación de las demás fechas de que trata el artículo *A*, de las disposiciones transitorias, no es una cuestión enteramente adjetiva, que pudiera cambiarse caprichosamente sin resultados perturbadores en la vida política del país, comoquiera que tales fechas determinan la coordinación y engranaje que debe existir entre los diversos ramos de la Administración Pública o entre las diversas manifestaciones de la vida oficial del país. Así, por ejemplo, si el Presidente de la República, como norma constitucional general, debe tomar posesión de su empleo ante el Presidente del Congreso, es indiscutible que el constituyente ha querido que el período presidencial principie cuando esté reunido el Congreso.

"Que el período presidencial en la Constitución de Colombia no es un período personal para cualquiera de los ciudadanos elegidos a tal dignidad, sino de tiempo entre dos fechas preestablecidas por el mismo constituyente: 7 de agosto de 1942 a 7 de agosto de 1946, y así sucesivamente, se desprende además de las prescripciones constitucionales establecidas para el caso de falta absoluta del Presidente en ejercicio.

"El artículo 125 (27 del Acto legislativo número 3 de 1910) de la Carta Fundamental dice:

'En caso de falta absoluta del Presidente de la República el Encargado del Poder Ejecutivo convocará a elecciones para dentro de los sesenta días siguientes.'

'El Encargado del Poder Ejecutivo continuará ejerciendo cuando falta un año o menos para terminar el *período*, sin convocar a nuevas elecciones.'

"Si el constituyente hubiera tenido en mente un período de carácter personal, como el que pretende el demandante, le hubiera bastado la prescripción contenida en la primera parte del artículo 125, que acabo de transcribir: al presentarse la falta absoluta del Presidente, el Encargado del Poder Ejecutivo convocaba a elecciones para que se designara el sucesor para un nuevo período de cuatro años; pero desde el momento en que el inciso del mismo artículo agrega: 'El encargado del Poder Ejecutivo continuará ejerciéndolo cuando faltare un año o más *(sic)* para terminar el período', no cabe la menor duda que el período presidencial no es de carácter personal, sino simplemente cronológico, de fecha a fecha, de un 7 de agosto a la misma fecha, cuatro años después. De lo contrario, ¿a qué período por terminar se refiere el constituyente?

"Debe observarse que el demandante, doctor Bonilla Gómez, no hace la menor alusión a lo establecido en este inciso del artículo 125, lo que no deja de llamar la atención, y que las diversas razones en que trata de apoyar su tesis, como las que sobre el particular se han presentado por la prensa en los últimos tiempos, podrán ser de *jure condendo* para que el constituyente proceda a modificar el derecho establecido; pero jamás de *jure condito*, o sea para que el jurista pueda fijar el alcance y extensión del mismo.

"Es necesario tener en cuenta por último que en los problemas constitucionales, no hay materia leve y que se comprometería la estabilidad del régimen democrático si se pretendiera retorcer o forzar la interpretación de los textos constitucionales para acomodarlos a la exigencia de las vicisitudes políticas, cuando lo único que puede aceptarse es que toda la vida política del país, se amolde leal y decididamente a los preceptos de nuestra Carta Fundamental."

Se ha hecho la observación acerca del argumento del señor Procurador, basada en el artículo *A* de las disposiciones transitorias del Acto legislativo número 3 de 1910, que se trata allí de una disposición simplemente adjetiva; y así las cosas, no puede dársele a esa disposición adjetiva una interpretación según la cual lo fugaz y transitorio es la iniciación del primer período en el año de 1914, y ya que lo que sería transitorio y fugaz, de acuerdo con esa disposición, es la fecha de la iniciación del período presidencial, como lo han sido las fechas prescritas en la disposición mencionada, y por cuanto en ella no sólo se habla de la iniciación del período presidencial sino también de la iniciación de las funciones de cuerpos colegiados, por ejemplo, como las Asambleas Departamentales, fechas que en la práctica han llegado a ser cambiadas según lo que rezan los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 7ª de 1934.

Para la mejor inteligencia de este nuevo aspecto, que a la cuestión debatida pudiera dársele, interesa transcribir en primer lugar y en

su integridad el artículo *A* aludido de las disposiciones transitorias del Acto legislativo número 3 de 1910. Tal precepto está, en efecto, concebido así:

"Artículo *A*. Las fechas iniciales de los próximos períodos de las corporaciones y funcionarios de que tratan la Constitución y el presente Acto reformatorio de ella serán las siguientes:

"La del Congreso Nacional, el 20 de julio de 1911;

"La del Presidente de la República, el 7 de agosto de 1914;

"La de las Asambleas Departamentales, el 1º de marzo de 1911;

"La de la Corte Suprema de Justicia, el 1º de mayo de 1915. La presente Asamblea elegirá los dos Magistrados que completan el número de nueve, señalado por este Acto, y el período de todos terminará el 30 de abril de 1915;

"La de los Tribunales Superiores, el 1º de mayo de 1911."

Mas ocurre ahora que, en armonía con lo establecido en los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 7ª de 1934, citados por el demandante, como se acaba de ver en la transcripción anterior, en el año de 1935 las Asambleas Departamentales debían instalarse el 1º de mayo de tal año, en lugar de hacerlo el 1º de marzo, atendiendo al contenido del artículo *A*, copiado antes, del Acto legislativo número 3 de 1910.

Igualmente podría observarse que, según el artículo 4º la referida Ley 7ª de 1934, la Corte Suprema para el año de 1935 debía hacer la elección de Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en la última quincena del mes de junio de dicho año de 1935, no obstante que, en armonía con las fechas indicadas al respecto por el artículo *A* del Acto legislativo número 3 de 1910, necesariamente dicha elección debía estar hecha ya para el 1º de mayo del expresado año de 1935.

De manera que podría quizás argüirse que la fecha del 7 de agosto, a partir del año de 1914 como fecha inicial para el cómputo de cada período presidencial, señalada en el expresado artículo *A* de las disposiciones transitorias del Acto legislativo número 3 de 1910, no tiene el valor de convicción para los efectos de esta controversia ni la trascendencia que le atribuye el señor Procurador en su vista, lo cual se evidencia por el hecho demostrado de que desde luégo el legislador en una simple ley ordinaria varió la fecha de instalación de las Asambleas Departamentales, por lo que respecta al año de 1935; y no obstante las fechas iniciales de los períodos que aparecen también consignadas en el artículo *A* tántas veces citado del Acto legislativo de 1910.

Mas en verdad que este antecedente legislativo que ofrecen los artículos 1º a 4º de la Ley 7ª de 1934, no alcanza a demostrar, por lo que toca desde luégo al período presidencial, que tal período no sea un período estrictamente cronológico, como sostiene serlo el señor Procurador, de cuatro años contaderos a partir siempre y sucesivamente del 7 de agosto de 1914, sino un período cuatrienal, con fecha de iniciación variable, según las alegaciones de la parte demandante; ni que, dentro de este mismo orden de ideas, ese antecedente de carácter excepcional contenido en los artículos citados de la Ley 7ª de 1934 pueda estimarse como la interpretación incontrovertible de la verdadera mente del propio constituyente sobre los temas aludidos.

Pasando ahora al estudio del argumento del señor Procurador, basado en el artículo 125 de la Carta (antiguo artículo 27 del Acto legislativo número 3 de 1910), cumple anotar que se ha hecho una observación, para tratar de rebatir tal argumento, diciendo que el hecho de que el inciso segundo del artículo 125 de la Constitución establezca que, cuando faltare un año o menos para terminar el período presidencial, no habrá lugar a que el Encargado del Poder Ejecutivo convoque a nuevas elecciones, no suministra base para deducir que, al haber estas elecciones, por faltar más de un año para terminar los cuatro que correspondían al ciudadano que venía ejerciendo en propiedad, el nuevo elegido lo sea sólo para terminar esos cuatro años ya comenzados, porque el ciudadano que se elija Presidente de la República habrá de serlo "para un período de cuatro años en la forma que determine la ley."

Parece que este razonamiento sea aceptable en cuanto combate el preciso argumento aludido del señor Procurador, ya que del contexto del artículo 125 (inciso 2º) de la Constitución no se deduce sino que en caso de que falte un año o menos de un año para terminar el período presidencial dentro del cual ocurrió la vacancia no habrá lugar a nuevas elecciones, y el Encargado continuará en ejercicio del Poder, hasta el vencimiento de ese período, pero por el solo mandato de ese precepto no queda en verdad establecido que si hay lugar a convocar a nuevas elecciones y precisamente por faltar más de un año para el vencimiento del período, sea inadmisible que el nuevo Presidente que se elija entonces haya de durar en el ejercicio de su cargo por un lapso menor de cuatro años.

No le habría bastado al constituyente, como lo sostiene el señor Procurador, haber dicho que "en caso de falta absoluta del Presidente, el Encargado del Poder Ejecutivo convocará a elecciones para dentro de los sesenta días siguientes", ya que al haber dicho sólo eso, el Encargado en ningún caso habría podido conti-

nuar ejerciendo el Poder por el consabido término máximo de un año; y ya se conoce que el segundo inciso del mismo artículo constitucional expresamente establece la posibilidad de que, en caso de falta absoluta, el Encargado del Poder Ejecutivo continúe ejerciendo el Poder hasta por el referido lapso de un año.

De manera que es necesario concluír que el argumento del señor Procurador, basado en el artículo 125 de la Constitución no puede mirarse como razón suficiente para sustentar la constitucionalidad de la disposición legal acusada.

Por consiguiente, para poder llegar a la conclusión de la exequibilidad del artículo 172 de la Ley 85 de 1916, precisa hallar alguna razón que, de manera directa, demuestre la constitucionalidad de tal precepto, vigorizando al propio tiempo la razón sustentada en el contenido del artículo *A* de las disposiciones transitorias del Acto legislativo número 3 de 1910, de la cual se habló antes en esta providencia.

En otros términos: es necesario determinar lo que significa en sí mismo considerado el término "período", denominación jurídica ésta que trae el referido artículo 109 de la Constitución (artículo 25, Acto legislativo número 3 de 1910), y cuya duración esa misma disposición determina en relación con el ejercicio de la Presidencia de la República.

Ahora bien: cuando fue expedido el Acto legislativo número 3 de 1910 regía en el país la Ley 149 de 1888, o sea el Código Político y Municipal anterior al actual. El artículo 317 del referido Código era del siguiente tenor:

"Artículo 317. Siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha para el resto del período."

El contenido de este precepto legal, que forma parte integrante del Capítulo III (Título VIII, sobre *Administración Pública)*, o sea del Capítulo denominado allí mismo "Períodos de duración de los empleados", es un contenido que, relacionándolo con otras disposiciones del mismo Capítulo, implica la definición de lo que normalmente se entiende por período de un funcionario, o sea un lapso determinado a contar desde una fecha cierta, indicada por día, mes y año, es decir, por todo concepto referida de manera cierta al calendario.

Se explica entonces que el período tocante al Presidente de la República lo determinaba también la ley en consideración (149 de 1888), en los siguientes términos: "El período de duración del Presidente de la República será de seis años, a contar del 7 de agosto de 1886"; disposición que agrega luégo: "Lo propio se dice del Vicepresidente, de los Ministros y demás empleados del Despacho Ejecutivo."

Y determinaba esa Ley igualmente en la forma expresada, el período de los Senadores y Representantes, ya que estatuía en el artículo 307:

"Los Senadores durarán en sus destinos seis años y los Representantes cuatro, contados para cada uno desde el 20 de julio del año siguiente a su elección."

Y en igual forma, a base de la indicación de una fecha precisa del calendario, señalaba los períodos de duración de los Consejeros de Estado y de sus Secretarios y subalternos, de los Diputados de las Asambleas Departamentales, de los Gobernadores de Departamento, de los Prefectos y sus subalternos, de los Alcaldes, de los Fiscales de los Tribunales y Juzgados, de los Personeros Municipales (artículos 308 a 314).

Y luégo el artículo 316 estatuía:

"Artículo 316. Los períodos de los empleados no comprendidos en las reglas de los artículos anteriores se computarán en la forma siguiente:

"Si son nacionales, durarán seis años; si son departamentales o de provincia, tres años, y si son municipales, un año. En los primeros, la fecha inicial es el 7 de octubre de 1886; en los segundos, el 7 de noviembre de 1886, y en los otros, el 1º de enero de cada año."

Y precisamente el artículo siguiente, el 317, que ya se transcribió, era el que establecía, para la época de la expedición del Acto legislativo número 3 de 1910, que siempre que se hiciera una elección después de principiado un período se entendía hecha ésta para el resto del período.

De manera que, jurídicamente hablando, cuando fue expedido el Acto legislativo número 3 de 1910 debía entenderse por "período" de un funcionario público, uno comprendido a partir de una fecha cierta y precisa del calendario, fecha inicial del tracto de tiempo constitutivo del período mismo.

Si dentro de ese período perfectamente definido, por todo concepto, ocurría una nueva elección, tal elección no originaba cambio en los períodos y, por consiguiente, en sus fechas iniciales, sino que, simplemente, debía cubrir la parte que faltara del período ya iniciado.

La norma de interpretación que trae el artículo 28 del Código Civil, según el cual las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, tiene aplicación, como es manifiesto, no solamente para las leyes ordinarias, sino también para las leyes de carácter constitucional, salvo el caso de que en éstas se disponga cosa distinta.

De manera que, merced a la aplicación de esta norma de hermenéutica, la palabra "período" de cuatro años tocante con el Presidente de la

República, a que se refiere el artículo 109 de la Constitución (artículo 25 del Acto legislativo número 3 de 1910), significa lapso de cuatro años a contar desde una fecha inicial, determinada y cierta del calendario, toda vez que, cuando fue expedido el Acto legislativo número 3 de 1910, regía el precepto legal del antes transcrito artículo 317 de la Ley 149 de 1888, en forma tal que si ese lapso ya principió y hay lugar a elegir nuevo Presidente, esa elección se entiende necesariamente hecha sólo por el resto del período en curso.

No está por demás observar que el sistema implantado sobre el tema que se viene estudiando por el Código Político y Municipal del año de 1913 (Ley 4ª de 1913), no difiere del instituído en su antecedente inmediato, o sea en la mencionada Ley 149 de 1888.

En efecto, en el capítulo del Código de 1913, intitulado también "Períodos de duración de los empleados", se encuentra, en primer término, un artículo que es el 270, el cual, expresamente establece que "el período de duración del Presidente será de cuatro años, a contar del 7 de agosto de 1910".

Y en las disposiciones subsiguientes, de igual manera que en los citados preceptos de la Ley 149 de 1888, se fija el período de duración de los altos funcionarios, con el señalamiento de una fecha determinada del calendario, como fecha inicial para contar el período (artículos 271 a 278).

Se llega así al artículo 279 (Código Político y Municipal de 1913), que es del siguiente tenor:

"Artículo 279. Los períodos de los empleados no comprendidos en las reglas de los artículos anteriores se computarán en la forma siguiente:

"Si son nacionales, durarán cuatro años; si son departamentales o de provincia, tres años, y si son municipales, un año. En los primeros la fecha inicial es el 7 de octubre de 1910; en los segundos, el 7 de noviembre de 1910, y en los otros, el 1º de enero de cada año."

Y es el artículo 279, esto es, el siguiente al que se acaba de transcribir, el que estatuye:

"Artículo 280. Siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso." (Véase también artículo 178 de la Ley 85 de 1916).

De manera que a la luz del nuevo Código Político y Municipal, como a la luz del anterior, o sea del de 1888, hay lugar a contemplar y reglamentar una serie de casos en los cuales se fija fecha cierta y precisa como inicial para los períodos de duración de los empleados; y, si inmediatamente después de señalados esos casos, un precepto de carácter general como el del artículo 317 del Código Político y Municipal de 1888 y el 280 del actual, establece que, siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha sólo por el resto del período en curso, tal declaración de carácter general, unida a los casos definidos inmediatamente antes por el mismo estatuto legal, implica la definición cierta, definición aplicable dentro del alcance mismo de las normas constitucionales, que no es presumible se separaran de ella, acerca de que, por ejemplo, en el caso de elección de Presidente de la República hecha después de iniciado, según el calendario, su período constitucional propio, el Presidente que se elija sólo tiene derecho a servir por el resto de ese período ya iniciado, es decir, por el resto del período en curso.

Y aparece así el período presidencial como un período estrictamente cronológico por cuatro años, que es la tesis sostenida por el señor Procurador General de la Nación.

Se sigue de la exposición que precede que la Corte cree, con el señor Procurador General que el parágrafo único del artículo 172 de la Ley 85 de 1916, no sólo no contraría los preceptos constitucionales, sino que, por el contrario, es la más genuina y exacta interpretación de esos preceptos.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en uso de la atribución que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional, y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara exequible el parágrafo único del artículo 172 de la Ley 85 de 1916, "sobre elecciones".

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

Ricardo Hinestrosa Daza, Campo Elías Aguirre, José Miguel Arango, Miguel Arteaga H., Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Isaías Cepeda, Víctor Cock, Isaías Chaves, Liborio Escallón, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Secretario.

Delimitación entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso - administrativa.

Artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943, sobre apelaciones, excepciones y tercerías en juicios seguidos por jurisdicción coactiva, acusados como inconstitucionales.--Norma para conocer los límites propios de una y otra jurisdicción.—Competencia para el conocimiento de las excepciones propuestas en juicios por jurisdicción coactiva.—Competencia para el conocimiento de las tercerías en esos juicios.

1.—Según doctrinas de la Corte, en Sala Plena, cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad o de poder, y en forma unilateral, las decisiones que dicte son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversias, la contención es de carácter contencioso-administrativo y caen bajo la jurisdicción de los Tribunales correspondientes. Por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada, y en forma bilateral, entonces sus actos son de gestión, y si sobre ellos hubiere controversia, de la contención correspondería conocer a los Tribunales ordinarios. Tal doctrina de la Corte es la que más armoniza con el conjunto de las disposiciones constitucionales y legales del país. De manera que la materia objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa la determina la calidad del acto que origina la contención (acto de imperio de la administración), y no aquello que jurídicamente haya de ser objeto de la controversia. Concuerda con tal doctrina el precepto contenido en el inciso 2º del artículo 1854 del Código Civil, en el cual se dice que el empleado con jurisdicción coactiva es juez y acreedor, retiñendo el carácter de actos de imperio que corresponde al ejercicio de esa jurisdicción especial. En forma que si para juzgar sobre la legalidad de un acto de imperio de la Administración debe examinarse la posesión, o cualquier otro derecho real o personal, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo puede acometer legalmente el estudio. Se ha estimado que por hacerse efectivo un crédito ante el funcionario con jurisdicción coactiva, ya el asunto es de la justicia ordinaria, porque el estudio sobre créditos es materia privativa de la justicia ordinaria, olvidando que la materia jurídica en sí misma no es la que fija la jurisdicción contencioso-administrativa, o la ordinaria, sino la procedencia del acto que origina la controversia, en tal forma que si el acto contencioso se origina de un acto de poder de la Administración, el asunto corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, y no a la ordinaria o civil.

2.—Admite la Corte que los autos dictados por funcionarios con jurisdicción coactiva son actos de poder de la Administración, y que de la contención acerca de ellos corresponde conocer a los Tribunales Contencioso-Administrativos, sin excepción alguna, ya se trate del mandamiento ejecutivo, de lo resuelto respecto a la solicitud de desembargo de un bien, formulada por un tercero, de lo dispuesto sobre rebaja de intereses pedida por el ejecutado, etc.

3.—El recaudo en los juicios por jurisdicción coactiva puede consistir en un acto de poder de la Administración, verbigracia, un alcance o un reconocimiento; o en un acto de gestión de la misma Administración, verbigracia, un contrato. En ambos casos las excepciones que se propongan en el juicio se dirigen a discutir la existencia y eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que si aquella obligación emana de un contrato, o sea, de un acto de gestión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, conforme antes se expuso, ha de concluírse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria. Lo contrario sucede en el caso de que la excepción se proponga en un juicio por jurisdicción coactiva, en que trate de hacerse efectivo un acto de poder de la Administración.

Por lo cual estima la Corte que de las excepciones propuestas en juicios por jurisdicción coactiva, cuando el recaudo sea un acto de gestión del Estado, o de los Departamentos o Municipios, el Juez competente debe ser el correspondiente funcionario de la justicia ordinaria, de acuerdo con las reglas dadas al respecto en el Libro I del Código Judicial. Los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943 son, por tanto, inexequibles en cuanto se refieren a las excepciones en los juicios de jurisdicción coactiva originados en un acto de gestión de la Administración, pues en tal caso contravienen a lo dispuesto en los artículos 148, ordinal 3º, y 164 de la Constitución. La Corte señala como violado el ordinal 3º del artículo 148, aunque esta disposición no fue mencionada con tal fin por el demandante, en aplicación del inciso 2º del artículo 2º de la Ley 96 de 1936. Por el contrario, los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943 no se oponen a precepto alguno de la Constitución, en cuanto se refieren a excepciones propuestas en juicios por jurisdicción coactiva originados en un acto de poder de la Administración.

4.—El tercero que introduce una tercería puede ser una entidad de derecho público, u otra persona que no tenga tal carácter; en el primer caso, la persona de derecho público puede fundarse en un acto de gestión, o en un acto de poder. Cuando procede la entidad de derecho público fundada en un acto de poder, es manifiesto, según lo antes expuesto, que se trata de una contención administrativa, y entonces el conocimiento de la tercería correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero si la tercería es provocada por una entidad de derecho público fundada en un acto de gestión, o bien si la tercería es promovida por persona que no sea una entidad de derecho público, entonces la contención no es puramente administrativa, y su conocimiento correspondería a la justicia ordinaria, según las reglas dadas en el libro I del Código Judicial. Basta que en un juicio por jurisdicción coactiva se provoque una sola tercería de las indicadas en el aparte anterior, para que la sentencia de prelación deba ser proferida por la justicia ordinaria, pues los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación están atribuídos a la Corte Suprema, por el artículo 148, ordinal 3º, de la Constitución; y además, del artículo 164 de la Carta se deduce qué no son de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa los asuntos contenciosos no administrativos, como serían los ocurridos entre particulares, o cuando la Administración procede fundada en un acto de gestión. En resumen, y por lo que se refiere a las tercerías propuestas en juicios por jurisdicción coactiva, debe tenerse en cuenta lo siguiente: si la tercería o tercerías propuestas se fundan todas ellas en actos de poder de la Administración, el incidente debe ser fallado por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo; en tales casos los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943 no se oponen a precepto alguno constitucional. Pero si la tercería propuesta, o alguna de las tercerías que se propusieren, se funda en un acto de gestión de la Administración, o es una tercería promovida por un particular, entonces sería inconstitucional que del incidente conocieran los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

El artículo 5º de esa Ley es exequible y debe, por tanto, aplicarse por los funcionarios y entidades que él indica respecto de las apelaciones, excepciones y tercerías que fueren de su competencia, en conformidad con las consideraciones precedentes.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, veintiséis de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Miguel Arteaga H.).

El doctor Mauricio Mackenzie, en ejercicio del derecho que conceden los artículos 41 y 149 de la Constitución Nacional, acusó ante esta Corte como inconstitucionales, a fin de que sean declarados inexequibles, los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943.

Admitida la demanda y corrido el correspondiente traslado al señor Procurador General de la Nación, quien la contestó en la forma que adelante se dirá, es el caso de resolver el asunto y a ello procede la Corte:

Los artículos de la Ley 67 de 1943, acusados como inconstitucionales, disponen lo siguiente:

"*Artículo 3º* El conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos ($ 500.00) o más. En los demás casos corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de la vecindad del funcionario ejecutor".

"*Artículo 4º* En los mismos juicios, referentes a asuntos departamentales o municipales, conocerá de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías, en única instancia, el correspondiente Tribunal Administrativo, cuando la cuantía de la acción sea de menos de quinientos pesos ($ 500.00),

"Habrá lugar a segunda instancia en los incidentes de excepciones y tercerías cuando la cuantía del negocio sea de quinientos pesos ($ 500.00) o más".

"*Artículo 5º* Los funcionarios con jurisdicción coactiva, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado procederán en estos juicios mediante la observancia del procedimiento establecido en el Código Judicial y demás leyes sobre la materia".

El doctor Mackenzie señala como violados por las disposiciones transcritas, los siguientes artículos de la Constitución:

"*Artículo 2º* La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece".

"*Artículo 52.* Son Organos del Poder Público: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

"Los Organos del Poder Público son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado".

"*Artículo 53.* El Organo Legislativo es el Congreso, y lo forman el Senado y la Cámara de Representantes.

"El Organo Ejecutivo lo constituyen el Presidente de la República y los Ministros del Despacho.

"El Presidente y los Ministros, y en cada negocio particular, el Presidente con el Ministro del respectivo ramo, constituyen el Gobierno.

"El Organo Judicial lo constituyen la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito, y los demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley.

"El Senado ejerce determinadas funciones judiciales".

"*Artículo 164.* La ley establecerá y organizará la jurisdicción contencioso-administrativa".

Las razones por las cuales el actor considera violados los citados textos constitucionales, son las que aparecen de los siguientes pasajes que se transcriben de la demanda:

"El artículo 164 de la Constitución de 1886, decía: 'La ley podrá establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo Tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los Departamentos y atribuyendo al Consejo de Estado la reolución de las promovidas por los centros superiores de administración'.

"El artículo 42 del Acto Legislativo número 3 de 1910 (artículo 164 de la Codificación), dice: 'La ley establecerá y organizará la jurisdicción contencioso-administrativa'.

"De tal suerte que el Constituyente de 1886 previó la necesidad de crear Tribunales Administrativos cuya finalidad era la de conocer y decidir de los conflictos entre los particulares y la Administración Pública, lo cual obedecía desde luégo al espíritu de la nueva Carta Fundamental que determina la centralización política y la descentralización administrativa.

"Pero la reforma constitucional del año de 1910 ya no facultó simplemente al legislador claramente: 'La jurisdicción contencioso-administrativa, sino que imperativamente se ordenó por el Constituyente de este año, que la ley estableciera y organizara esa jurisdicción. Se sustituyó la facultad por una orden perentoria y terminante.

"De modo que el conocimiento de los Organismos de lo Contencioso-Administrativo recae necesariamente sobre materias administrativas, sobre actos administrativos, basándose en éste el principio científico en que se funda la institución de la justicia administrativa.

"Precisamente el artículo 1º de la Ley 130 de 1913, primera ley sobre estas materias, estatuía claramente: 'La jurisdicción contencioso-administrativa tiene por objeto 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 señalados en la presente ley'.

"El artículo 93 de la citada Ley 130, decía: 'Las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo son obligatorias y no están sujetas a revisión, por parte de la justicia ordinaria'.

"Al establecer que las sentencias de la justicia administrativa no son revisables por la justicia ordinaria, consagró la independencia de los Tribunales Administrativos.

"La jurisdicción contencioso-administrativa no es una jurisdicción de excepción; no representa una denominación de la ordinaria; es más bien un *poder autónomo,* que impone a la administración activa el respeto al derecho, de donde se deduce que es fin primordial de la jurisdicción contencioso-administrativa, el servir de control a los actos administrativos; ésta es su misión y con esta finalidad la Constitución ordenó establecerla y organizarla. Dice la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de febrero de 1941, página 658, números 1966 a 1968: *'La justicia administrativa, destinada a buscar un control de legalidad a los actos de la administración estatal'.*

"Todo acto que se aparte de la naturaleza misma de acto de la administración, es ajeno al resorte de la jurisdicción contencioso-administrativa, no compete a la justicia administrativa

conocerlo y decidir sobre los posibles conflictos que suscite.

"La honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 20 de febrero de 1941 *(Gaceta Judicial* números 1966 a 1968, página 658), dijo lo siguiente, que relieva el carácter de poder autónomo que tiene la institución de lo contencioso administrativo; dice así la Corte:

'De acuerdo, en efecto, con las atribuciones que al Consejo de Estado señala el artículo 137 de la Constitución, le corresponde actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, cooperar con las Cámaras Legislativas en la preparación de los proyectos de ley y de códigos y en la proposición de reformas en todos los ramos, y desempeñar, además, las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, fuéra de las demás actividades que legalmente le corresponden, como la relacionada con el Poder Electoral, que no permiten la catalogación exclusiva de esa jurisdicción especial dentro de la nomenclatura constitucional de los Organos del Poder. Acorde con la noción y significación jurídica de la justicia administrativa, destinada a buscar un control de legalidad a los actos de la administración estatal, sus órganos jurisdiccionales, dentro de nuestro sistema institucional al respecto, *forman en realidad un poder independiente y especial integrado por entidades distintas de la administración misma y de las que otorgan la justicia ordinaria propiamente dicha*'.

"El nuevo Estatuto de lo Contencioso-Administrativo —Ley 167 de 1941— ha conservado la fisonomía de la institución de la justicia administrativa, desde luégo que la misión principal de ésta es la de conocer de la acusación de los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad; así lo reza el artículo 62 de dicha Ley 167.

"La jurisdicción contencioso-administrativa entraña el concepto de litigio producido por la actividad de la administración; y de ahí que esa jurisdicción contencioso-administrativa no pueda conocer de cuestión alguna sobre derecho privado, porque tal conocimiento desnaturalizaría la esencia misma de esa jurisdicción, su fundamento, su finalidad y su razón de ser.

"Por esto la honorable Corte Suprema de Justicia en repetidos y constantes fallos ha sostenido la doctrina de que las entidades de lo contencioso-administrativo —Consejo de Estado y Tribunales Administrativos— no pertenecen a la jerarquía denominada por la Constitución Poder Judicial (hoy Organo), y por esto se les han rebajado varias veces los sueldos a esas entidades, pues, de lo contrario, es decir, si formaran parte del Organo Judicial, esa rebaja hubiera pugnado ostensiblemente contra el artículo 160 de la Carta Fundamental, que prohibe suprimir y disminuír los sueldos de los Magistrados y de los Jueces". (Folios 10 a 11 vuelto).

Agrega la demanda:

"Se concluye de lo dicho que la jurisdicción contencioso-administrativa constituye un poder autónomo, un poder independiente y especial al cual no se le pueden atribuír asuntos que no le competen, que no son del resorte y de la índole misma de su esencia y naturaleza, que consiste en un poder controlador de los actos de la Administración.

"Todo acto que no obedezca a esa finalidad ponderadora, escapa a la justicia administrativa, es extraño a esta clase de jurisdicción.

"La norma que contienen los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943, que acuso en esta demanda, establecen que los organismos de lo contencioso-administrativo, conozcan actos extraños a la finalidad de la justicia administrativa; esas normas violaron por tanto el principio constitucional de la separación de los Poderes Públicos, de la limitación y separación de los Organos del Poder, hoy, principio éste que consagra el artículo 52 de la Constitución Nacional (21 del Acto legislativo número 1º de 1936), que así reza: 'Son Organos del Poder Público: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Los Organos del Poder Público son limitados, tienen funciones separadas, perô colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado'.

"Este principio de la separación y limitación de los Organos del Poder Público, aparecido por primera vez en Inglaterra e iniciado por el publicista inglés Locke, fue desarrollado y completado por Montesquieu y ha sido tradicionalmente consagrado en todas las Constituciones de Colombia, desde la Constitución de Cundinamarca expedida por el Serenísimo Colegio Constiuyente el 30 de marzo de 1811. El Constituyente de 1936 cambió en los artículos 52 y 53 la palabra *Poder* por la expresión *Organo*, siguiendo las teorías de Duguit.

"Cada Organo en su función cumple un cometido en la vida colectiva. Si a los Organos de lo contencioso-administrativo, se les atribuye el conocimiento de asuntos de índole extraña a los actos de la Administración, se viola ostensiblemente el precepto constitucional de la separación y limitación de los Organos del Poder Público (artículo 52 de la Constitución Nacional).

"Igualmente se viola con esa atribución el artículo 164 de la Constitución Nacional, que consagra el principio que ordenó establecer y organizar la jurisdicción contencioso-administrativa con la finalidad de revisar los actos de la Administración, porque ésta es la razón de su esta-

blecimiento como se desprende del artículo 164 de la Constitución de 1886, que le da a la jurisdicción contencioso-administrativa la finalidad de *conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas*.

"La Ley 67 de 1943 atribuye al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos, el conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva.

"Las relaciones que originan los juicios por jurisdicción coactiva no pueden considerarse como actos de la Administración, que caigan bajo el control jurisdiccional de los organismos de lo contencioso-administrativo. En asuntos de impuestos hay que contemplar dos etapas: mientras se trata de la resolución que liquida el impuesto, es indudable que se está en presencia de una cuestión contencioso-administrativa, si se demanda esa resolución; pero cuando se cobra ya ejecutivamente el impuesto respectivo, se trata ya no de una resolución administrativa, sino de un crédito que el Estado cobra al contribuyente, es decir, de una cuestión de simple derecho privado, ajena por tanto al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa". (Folios 12, 12 vuelto y 13).

Dice por último el demandante:

"En esa clase de juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, caben tercerías para hacer efectivos créditos de particulares, es decir, relaciones de puro derecho privado, que se ventilan y se fallan por las normas de ese derecho, verbigracia: la prelación de créditos que establece el Código Civil, desde luégo que gozan de prelación los créditos del Fisco y de las Municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados (artículo 2495, numeral 6º, del Código Civil).

"Otro aspecto que demuestra que los impuestos y deudas fiscales que se cobran por medio de la jurisdicción coactiva, constituyen créditos de derecho privado, es el de que los créditos dichos para su prescripción están sometidos al derecho civil, desde luégo que por haber derogado el artículo 81 de la Ley 42 de 1923 el 257 del Código Fiscal, quedaron en vigencia los artículos 2517 y 2536 del Código Civil. El artículo 2517 del Código Civil dice: 'Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra de la Nación, del territorio, de las Municipalidades, de los establecimientos y corporaciones y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo'.

"Como la Ley 67 de 1943, atribuye a las entidades de lo contencioso-administrativo el conocimiento de las apelaciones en los juicios por jurisdicción coactiva, llegará el caso de que el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos tengan que fallar en articulaciones sobre desembargo y levantamiento de secuestros, esto es, en cuestiones sobre dominio y posesión que desde luégo dicen relación al derecho privado, y que por ende escapan al control jurisdiccional de lo contencioso-administrativo.

"Tampoco debe perderse de vista que las sentencias de excepciones son revisables en juicio ordinario; así lo estatuye el artículo 1030 del Código Judicial, que es del tenor siguiente: 'La sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundan la excepción de cosa juzgada, y, en consecuencia, pueden revisarse por la vía ordinaria'.

"Tiénese, pues, que la sentencia de excepciones que profiere el Consejo de Estado o el respectivo Tribunal Administrativo en juicios ejecutivos con jurisdicción coactiva, es revisable por la vía ordinaria, es decir, por los Jueces civiles desde luégo que ante lo contencioso-administrativo no existen los juicios ordinarios o por vía ordinaria señalada por el Código Judicial. ¿Podrá darse un mayor desacierto procedimental?

"Si los organismos jurisdiccionales de la justicia administrativa, como lo ha dicho la Corte en sentencia de 20 de febrero de 1941, *Gaceta Judicial* números 1966 a 1968, página 658: 'forman en realidad un poder independiente y especial integrado por entidades distintas de la administración misma y de las que otorgan la justicia ordinaria propiamente dicha', ¿por qué se les atribuye el conocimiento de asuntos propios de esa justicia ordinaria, desde luégo que se refieren a cuestiones y relaciones de puro derecho privado?

"En síntesis: los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943, acusados por esta demanda, violan los artículos 2º, 52, 53 y 164 de la Constitución Nacional. El 2º, porque con tales artículos de la citada Ley 67 de 1943 no se ejercen los Poderes u Organos del Poder en los términos que la Constitución establece; los artículos 52 y 53 de la Constitución, porque se quebranta la limitación y separación de los Organos del Poder Público, atribuyendo a los organismos de lo contencioso-administrativo lo que por esencia y naturaleza corresponde al Organo Judicial encargado de resolver los conflictos que se suscitan sobre las cuestiones de derecho privado; y el artículo 164 de la Constitución, porque se desnaturaliza la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, atribuyéndole el conocimiento de cuestiones de puro derecho privado.

"La aplicabilidad de la ley traerá estas consecuencias absurdas: 1º Que se falle sobre tercerías en que se persiguen créditos de particula-

res, profiriendo sentencias de prelación de acuerdo con el Código Civil; 2º Que se dicten sentencias de excepciones revisables por la justicia ordinaria, y 3º Que se conozca de apelaciones de autos que fallen articulaciones sobre desembargos o secuestros, definiendo así sobre dominio y posesión, cuestiones de mero derecho privado. Además al conocer de tercerías se conocerá de los incidentes de acumulación de juicios ejecutivos". (Folios 13 vuelto a 14 vuelto).

El señor Procurador General de la Nación, al contestar el traslado, expone valiosos conceptos, entre los cuales se transcriben los que siguen:

"Normalmente los dos únicos Organos del Poder Público que tienen jurisdicción son el Judicial y el Ejecutivo, que tiene como misión fundamental aplicar y ejecutar las leyes; sólo excepcionalmente alguna de las Cámaras tiene ese atributo.

"Aclarado lo que significa el concepto genérico y amplio de jurisdicción, se ve que pueden existir diversas especies de jurisdicciones, según la materia especial respecto de la cual el correspondiente funcionario tiene poder o autoridad, para ejecutar, aplicar las leyes, y aun respecto de la forma especial como se ejerce esa autoridad. Así se habla, póngase por caso, de jurisdicción voluntaria, contenciosa, privativa, prorrogable, improrrogable, etc.

"Especie muy importante de la jurisdicción es la llamada *contenciosa,* concepto éste que viene a caracterizar una forma especial de ese poder o autoridad genérico, según la forma como se ejerce, o sea, cuando el poder o autoridad se ejerce como culminación de una contienda, lucha o disputa de intereses opuestos, y el funcionario correspondiente declara de cuál de las partes en lucha está el derecho. El concepto de contencioso aplicado a la jurisdicción sirve para distinguir el poder en que éste consiste, cuando se ejercita en reemplazo de las voluntades individuales, que se presentan en pugna.

"Se puede, pues, concluír diciendo que cuando se habla de jurisdicción contenciosa se está dando a entender que el poder o autoridad en que consiste la jurisdicción en general, se va a ejercer en presencia o con motivo de una lucha o contienda de intereses.

"Esta especie de jurisdicción tiene una subespecie que es la *administrativa,* y entonces aparece la llamada *jurisdicción contencioso-administrativa,* de la cual va a hablarse en seguida, con el objeto de caracterizarla en su naturaleza y en sus fines.

"La calificación de administrativa que se da a esta clase de jurisdicción lleva lógicamente a precisar qué sea, en sus lineamientos generales, el derecho administrativo. En la base del derecho administrativo se encuentra la actividad del Poder Público, que actúa en una de estas dos formas principales: como poder reglamentario y por medio de decisiones ejecutivas, entendida esta expresión no en el sentido en que se usa tratándose de los derechos privados, sino como la ejecución forzosa y, hasta cierto punto unilateral, de las leyes, por medios puramente administrativos.

"La Administración Pública, por su naturaleza y por los fines que persigue, es titular de ciertos derechos que le son propios sin los cuales no podría cumplir su misión; para realizar esos derechos, para hacerlos eficaces, debe, en principio, emplear un procedimiento de ejecución inmediata de manera que no requiera acudir ante los Jueces ordinarios en demanda de su protección, sino que comienza por hacerse justicia por su mano, usando para ello de los medios legales que se han puesto a su disposición, con lo cual obliga al particular a constituírse demandante, si no quiere aceptar la situación jurídica creada unilateralmente por la Administración. Esto se explica, porque si no fuera así, la Administración no podría llenar a cabalidad y oportunamente sus fines.

"Pero, supuesto el estado de derecho en que se mueve el Estado moderno, esa actividad de la Administración no podría ser arbitraria y entonces surge la idea del Derecho Administrativo, como reglamentación de los poderes de la Administración, convertidos en derechos del Poder Público, o del ejercicio de esos poderes por actos administrativos o por operaciones administrativas, tanto en sí mismos, como cuando se hallan en conflicto con los derechos de los particulares, y que Salandra en su curso de Derecho Administrativo define así: 'Es el conjunto de normas jurídicas que regulan la ordenación de la Administración Pública, la acción administrativa y las relaciones con las personas físicas o jurídicas que viven en el Estado'.

"Parte muy importante del Derecho Administrativo es la que tiene por objeto la reglamentación de las prerrogativas de la Administración Pública, entre las cuales figura como primordial, la de usar un procedimiento privilegiado que comporta la acción oficiosa, la decisión unilateral con fuerza ejecutiva y la consiguiente ejecución forzosa por los propios agentes de la Administración. La intervención de un Juez o Tribunal ordinario o especial, sólo tiene lugar posteriormente con base en el reclamo del particular afectado por los actos administrativos.

"El Derecho Administrativo, como todo derecho público, es a la vez autónomo y excepcional en relación con el derecho común: es autónomo entre otras cosas, porque posee una jurisdicción propia, distinta de la que tiene el Juez ordinario común. Del hecho de que en algunas actuaciones

administrativas se apliquen algunos principios generales de derecho común, no puede deducirse rectamente que se confundan, comoquiera que esos principios del derecho común son principios de razón, válidos también para el campo administrativo, como cuando se trata de pruebas, etc.; es precisamente por esto, por lo que la jurisprudencia común influye en la jurisprudencia administrativa, y ésta en aquélla, en materias, póngase por caso, de responsabilidad, de culpa, de imprevisión.

"La primera idea de la jurisdicción contencioso-administrativa surge cuando la actividad jurídica de la Administración da nacimiento a hechos anormales que originan a su vez situaciones contenciosas que no pueden perpetrarse y que requieren una solución jurídica adecuada; para esto se presentan dos vías, a saber: la administrativa que se desenvuelve dentro de la jerarquía de funcionarios del mismo orden administrativo y que ofrece dos aspectos: la reposición por el mismo funcionario que ha actuado y la apelación ante el inmediato superior; y la *contencioso-administrativa,* que se desenvuelve ante un funcionario distinto, que tiene la facultad mediante determinados trámites, de anular o dejar sin efecto la situación anormal o ilegal.

"Esta última vía da lugar a lo que se llama la jurisdicción contencioso-administrativa que el constituyente colombiano en el artículo 42 del Acto legislativo número 3 de 1910 —hoy 164 de la Carta— ordenó al legislador que estableciera; la ley, dice el artículo en cuestión, establecerá y organizará la jurisdicción contencioso-administrativa, con lo cual el constituyente, además de disponer en forma imperativa el establecimiento y organización de la mencionada jurisdicción, implícitamente y en una fórmula general, señala los límites de la misma.

"Desde un punto de vista racional y técnico, dice el mismo tratadista Salandra, la competencia de un órgano jurisdiccional cualquiera puede establecerse, sea dictando una norma general de derecho que sirva para circunscribir toda la competencia del órgano de que se trata y que al mismo tiempo venga a ser la regla para todos los casos concretos, sea con un sistema diverso enumerando específicamente toda la serie de cuestiones y de hipótesis que expresamente se confían al juicio del órgano jurisdiccional de que se trata. *(Corso di Diritto Administrativo.* C. Salandra. Página 139).

"Al ordenar el constituyente al legislador que estableciera y organizara la jurisdicción contencioso-administrativa fijó en una fórmula general los límites de la misma que no pueden ser traspasados por el legislador, sin violar la Carta Fundamental.

"Ahora bien: ¿hasta dónde puede extender su actividad la jurisdicción contencioso-administrativa? ¿Puede entrar a decidir sobre el mérito de controversias en que entran en juego cuestiones de derecho privado?

"En sus nociones de Derecho Administrativo Hauriou formula sobre el particular los siguientes principios, que tienen plena aplicación dentro de nuestro régimen constitucional y legal:

"1º Todo lo que en gestiones administrativas implica apreciación de los actos y de las actuaciones del poder público debe ser de competencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos; y

"2º Todo lo que en las gestiones administrativas no implique aquella apreciación debe dejarse a los Tribunales Judiciales.

"Aplicando estos principios al caso que nos ocupa podemos decir en Colombia: todo lo que en las controversias administrativas implique el examen y apreciación de los actos y actuaciones del poder administrativo, constitucionalmente es de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; todo lo que no implique esta apreciación corresponde constitucionalmente a los Tribunales ordinarios.

"Constitucional y doctrinariamente la jurisdicción contencioso-administrativa no es una jurisdicción excepcional, es una jurisdicción especial ajena por completo al conocimiento de las cuestiones o controversias de derecho privado que se suscitan entre los particulares o entre éstos y la administración pública.

"En lo que toca concretamente al caso planteado en la demanda relacionada con los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943, no estoy de acuerdo con el demandante en cuanto afirma que los juicios de jurisdicción coactiva no pueden considerarse como actos de la Administración que caen bajo el control jurisdiccional de los organismos de lo contencioso-administrativo, ni menos que cuando se cobra coactivamente un impuesto, por ejemplo, se trata de una simple cuestión de derecho privado, porque como se ha dicho anteriormente, una de las características del poder administrativo es la de que se hace justicia por sí mismo, ejecutando o poniendo en vigencia sus providencias en contra de la opinión del particular interesado. Los juicios por jurisdicción coactiva son actuaciones administrativas sometidas en general al control de los Tribunales Contencioso-Administrativos; pero sí estoy de acuerdo con el demandante en que en tales juicios pueden presentarse incidentes de mero derecho privado que escapan a la jurisdicción contencioso-administrativa y que constitucionalmente corresponde resolver o desatar a la justicia ordinaria.

"No parece que tales cuestiones de derecho privado puedan presentarse en el incidente de apelación, porque en ésta por la misma naturaleza del asunto se discutiría el valor y alcance de la actuación administrativa que dio origen a la ejecución coactiva; pero sí pueden presentarse en los incidentes de excepciones y tercerías cuando la excepción se funda en una cuestión de derecho privado como sucedería en la de compensación por ejemplo fundada en una acreencia del ejecutado procedente de un contrato celebrado con el Estado.

"De la misma manera sucedería en las tercerías presentadas por particulares, aunque no así en las que propusieran otras entidades de derecho público, como los Departamentos o Municipios por actuaciones de carácter administrativo.

"Por estas razones no podría decirse que en general y para todos los casos las disposiciones acusadas son contrarias a la Constitución, lo son únicamente en cuanto llevan al conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo cuestiones de derecho privado que corresponde resolver a la justicia ordinaria, con lo cual se violan directamente los artículos 2º y 164 de la Carta Fundamental del país".

El señor Procurador termina su vista fiscal, así:

"Sintetizando:

"1º Los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943 no son inconstitucionales en cuanto someten a la competencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos las apelaciones en los juicios de jurisdicción coactiva, porque en éstas necesariamente se analizan y estudian actuaciones de la Administración como tál.

"2º Los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943, tampoco son contrarios a la Constitución en cuanto someten a la competencia de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo los incidentes de excepciones y tercerías cuando en tales incidentes se ventilan o discuten actos o actuaciones del Poder Público, y

"3º Los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943 son inconstitucionales en cuanto atribuyen a la competencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos los incidentes de excepciones y tercerías, cuando tales incidentes o tercerías se motivan por cuestiones de derecho privado".

* * *

Para precisar conceptos, la Corte empieza por señalar los antecedentes de los artículos acusados de la Ley 67 de 1943.

La Legislatura del año de 1941 dictó la Ley 167, "sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa", la cual se basó en el proyecto redactado por el Consejo de Estado, y que fue presentado al Congreso de 1939 por el Ministro de Gobierno.

El Congreso negó las disposiciones del Capítulo XXII del proyecto original, "De los juicios por jurisdicción coactiva", a moción de la Comisión informante del Senado, las cuales eran del tenor siguiente, según transcripción que de ellas hace el doctor Tulio Enrique Tascón en su obra sobre "Comentarios a la Ley 167 de 1941":

"Artículo.... El conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva, en asuntos nacionales, corresponde al Consejo de Estado, cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos o más. En los demás casos, corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de la vecindad del funcionario ejecutor.

"Artículo.... En los mismos juicios, referentes a asuntos departamentales, municipales o de una Intendencia o Comisaría, conocerá de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías, en única instancia, el correspondiente Tribunal Administrativo, cuando la cuantía de la acción sea de menos de quinientos pesos.

"Habrá lugar a segunda instancia en los incidentes de excepciones y tercerías cuando la cuantía del negocio sea de quinientos pesos o más.

"Artículo.... Los funcionarios con jurisdicción coactiva, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado procederán en estos juicios mediante la observancia del procedimiento establecido en el Código Judicial y demás leyes sobre la materia". (Obra citada, página 218).

En la exposición de motivos del proyecto, el Consejo de Estado justificaba las disposiciones transcritas, con las siguientes razones:

"La jurisdicción coactiva es jurisdicción en lo administrativo, y los funcionarios que la ejercen —Jueces de Rentas, Administradores de Hacienda, Tesoreros de Departamento, Tesoreros Municipales, etc.— pertenecen a la rama ejecutiva del Poder Público. De donde surge lógicamente que cuanto hace relación a los conflictos de derecho, suscitados con ocasión de los asuntos en que se procede coactivamente para la efectividad de los créditos deducidos a favor del Fisco, escapa a la esfera de acción de la justicia ordinaria y cae dentro de la órbita de las actividades propias de la jurisdicción administrativa. Si de los recursos en materia de impuestos y de cuentas, en las cuales se elevan alcances contra los responsables de los fondos públicos, conocen los organismos de lo contencioso-administrativo, y sus decisiones forman, o contribuyen a formar, el instrumento apto para la ejecución, no hay razón para que el inci-

dente de excepciones que se encamina a destruír el derecho o a negar su existencia, no puede sometido a la misma jurisdicción.

"La controversia que de esta suerte se provoca sigue siendo de naturaleza administrativa y tiene como parte al Estado. Otro tanto ocurre con las tercerías y con los recursos contra las providencias dictadas por el funcionario ejecutor. De manera que no se trata de ventilar cuestiones en que se controvierten simples derechos privados, y, por tanto, no hay motivo para excluírlas de la jurisdicción especial encargada de dirimir los conflictos en que entran en juego los intereses públicos de la Administración y que se producen u originan por actos jurídicos que nada tienen que ver con los que hacen surgir obligaciones entre particulares en el campo del derecho privado". (Obra citada, página 63).

La Comisión del Senado suprimió las disposiciones en cuestión por las razones que siguen:

"De los negocios que se atribuyen privativamente al Consejo de Estado hemos considerado necesario suprimir aquéllos a que se refieren los ordinales 9º y 13, o sean los relativos al incidente de excepciones en los juicios por jurisdicción coactiva y a las controversias sobre contratos celebrados por la Administración Nacional, por estimar, en nuestro concepto, que tales atribuciones pugnan con la Constitución, la cual atribuye a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de los juicios contenciosos en que tenga interés la Nación. Y es indudable que tanto en las controversias sobre contratos celebrados por el Gobierno Nacional como en los incidentes de excepciones en los juicios ejecutivos en que se persigan créditos a favor del Tesoro de la Nación se ventilan cuestiones civiles en que tiene interés la Nación, debiendo corresponder su conocimiento por lo tanto a la justicia ordinaria". (Obra citada, página 62).

En el artículo 34 de la Ley 167 de 1941, las disposiciones transcritas del proyecto quedaron suprimidas.

El legislador de 1943 consideró de nuevo el asunto de las apelaciones, excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva, y aceptó los puntos de vista expuestos por el Consejo de Estado en el proyecto de 1939, ya que dictó los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de dicho año, iguales en general a los del proyecto, y los cuales son materia de la presente demanda de inexequibilidad.

Conviene agregar que actualmente el Consejo de Estado ha venido a defender la doctrina del legislador de 1941, y por ello provocó una competencia negativa a la Corte Suprema, fundándose en la inconstitucionalidad de los mismos artículos a que la demanda del doctor Mackenzie se refiere.

Las razones de aquella indecisión en el legislador y en el Consejo de Estado son bien explicables por el motivo de que el propio Consejo señala en el proveído en que provocó la competencia a la Corte: "Es verdad, dice aquella honorable corporación, que entre lo puramente administrativo y lo civil hay una zona oscura en que las dos jurisdicciones confunden sus dominios, por lo cual Kelsen (Teoría General del Estado) hubo de decir: 'La delimitación entre los asuntos judiciales y administrativos es más o menos una arbitrariedad histórica'. Mas, si en ocasiones no puede decirse precisamente, matemáticamente, hasta dónde llega lo administrativo, sí puede asegurarse sin temor a errar en la mayoría de las veces, *hasta dónde no llega*".

La *zona oscura* entre las jurisdicciones civil y administrativa proviene también de que el Derecho Administrativo, y principalmente el Derecho Contencioso-Administrativo, por el cual el Estado *autolimita* su soberanía, es de aparición relativamente reciente, como observa el doctor Tascón en el estudio antes citado. La jurisdicción contecioso-administrativa se estatuyó primeramente en Francia a principios del siglo XIX, por la influencia de las ideas de Montesquieu; en Colombia dicha jurisdicción tan sólo vino a establecerse en el año de 1913, por medio de la Ley 130, dictada en cumplimiento del artículo 42 del Acto legislativo número 3 de 1910. Ello en parte explica la indecisión que subsiste en tan delicadas materias.

Origen de múltiples teorías ha sido la determinación de cuáles actos de las autoridades administrativas deben ser de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, y cuáles de la justicia ordinaria.

El doctor Carlos H. Pareja, en el Capítulo décimotercero del Tomo I de su obra "Curso de Derecho Administrativo", las resume y explica, y allí puede verse la teoría que Laferrière sostenía en 1887, hasta los nuevos conceptos de Duguit y de Jèze.

En el capítulo en cuestión se encuentra el siguiente aparte: "Una segunda teoría, fundada en la personalidad del Estado, afirmaba que esa personalidad tiene dos formas: una de *persona pública* y otra de *persona privada*. Esta es la teoría que en Colombia ha tenido más boga. Según esta teoría, el Estado obra unas veces como persona pública, y en tal caso sus actos son de autoridad, de mando, y generalmente *unilaterales*, como que proceden exclusivamente de una voluntad, la del Estado; otras veces obra como persona privada, es decir, como los particulares, y en tales casos, sus actos son *bilaterales*, y resultan del acuerdo de dos voluntades iguales, la del Estado y la de los particulares que con él convienen". (Op. cit., tomo I, página 347).

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 20 de febrero de 1941 (*Gaceta Judicial* números 1966 a 1968, página 658), estimó que la jurisdicción contencioso-administrativa es un poder independiente y especial "destinado a buscar un control de legalidad a los actos de la administración estatal".

La misma Corte, en sentencia del 31 de agosto de 1943, en que se declaró inexequible el artículo 258 de la Ley 167 de 1941, dice: "El artículo acusado forma parte del Capítulo XXI de la Ley 167 de 1941, en donde se trata de los contratos de la Administración, celebrados con los particulares, se dan las normas para su existencia jurídica, se señala la tramitación a que están sometidos antes de ser aprobados definitivamente, se estatuye la inserción de ciertas cláusulas y se le da poder al Gobierno para declararlos caducados.

"Contra esa resolución de caducidad, que equivale a la terminación de un pacto bilateral, el artículo acusado concede un recurso ante el Consejo de Estado para que ante esa corporación se ventile el asunto de fondo, un asunto contencioso, integrado por varios factores, de derecho y de hecho, cuyo planteamiento, trámites, pruebas y discusión, constituye un asunto de naturaleza contenciosa, atañedera al cumplimiento o no cumplimiento de un contrato, asunto que es de competencia privativa del Organo Judicial... ..... Cree oportuno observar y subraya la Corte, que el numeral 3º del artículo 148 citado, se refiere en su primera parte, a los negocios que celebra la Nación, como persona jurídica, con los particulares, negocios en los cuales surge o existe una relación contractual y sinalagmática, de derecho privado, y de ahí que, como queda expresado, las controversias que puedan suscitarse al respecto caen bajo la jurisdicción privativa de la Corte, de acuerdo con dicha norma constitucional, que no puede ser modificada por la ley".

De las doctrinas transcritas de la Corte en Sala Plena, se deduce que esta corporación tiene admitido que cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad o de poder, y en forma unilateral, las decisiones que dicte son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversias, la contención es de carácter contencioso-administrativo y caen bajo la jurisdicción de los Tribunales correspondientes. Por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada, y en forma bilateral, entonces sus actos son de gestión, y si sobre ellos hubiere controversia, de la contención corresponderia conocer a los Tribunales ordinarios.

Tal doctrina de la Corte es la que más armoniza con el conjunto de las disposiciones constitucionales y legales del país.

En dicha tesis está de acuerdo el señor Procurador General cuando dice en su vista: "Todo lo que en las controversias administrativas implique el examen y apreciación de los actos y actuaciones del *poder administrativo*, constitucionalmente es de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; todo lo que no implique esta apreciación corresponde a los Tribunales ordinarios".

También en parte aparece de acuerdo el Consejo de Estado con la mencionada doctrina, cuando en la providencia citada, en que provoca competencia negativa a la Corte, transcribe al expositor Chiovenda (Derecho Procesal Civil) cuando dice: "La jurisdicción que actúa en las relaciones públicas, esto es, que median entre el particular y la Administración como *poder* cualesquiera que sean los Organos a los cuales se confía puede llamarse con el nombre complexivo de *jurisdicción administrativa*, mientras que la jurisdicción civil en sentido estricto significa la jurisdicción que actúa en las relaciones entre particulares (comprendidas las relaciones en las cuales interviene la Administración, pero obrando como particular)".

Los conceptos de la definición y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa, expuestos por el señor Procurador General y por el Consejo de Estado, y respaldados por expositores como Chiovenda, Hauriou y Salandra, por ellos mencionados, vienen a coadyuvar las doctrinas de la Corte Suprema anteriormente transcritas. En forma que la materia objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa, la determina la calidad del acto que origina la contención (acto de imperio de la Administración), y no aquello que jurídicamente haya de ser objeto de la controversia.

Concuerda con tal doctrina el precepto contenido en el inciso 2º del artículo 1854 del Código Civil, en el cual se dice que el empleado con jurisdicción coactiva es juez y acreedor, retiñendo así el carácter de *actos de imperio* que corresponde al ejercicio de esa jurisdicción especial.

En forma que si para juzgar sobre la legalidad de un acto de imperio de la Administración, debe examinarse la posesión, o cualquier derecho real o personal, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede acometer legalmente el estudio.

Con razón dice el señor Procurador Delegado en lo Civil, en el alegato presentado el 26 de junio último con ocasión de una competencia negativa entre el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Tribunal Superior de Bogotá, lo siguiente: "Se cree que porque en los incidentes de la jurisdicción coactiva se estudian cuestiones civiles como la prescripción, los créditos civiles, etc., se está siempre en presencia de problemas civiles, entre particulares, y no de derecho administrativo. Estimo que esta

creencia es errónea. Lo que se discute, en tales incidentes, es, por regla generalísima, la legalidad del acto administrativo que da lugar al mandamiento ejecutivo. Se discute la legalidad de un alcance (acto legislativo), de una resolución que impone multa (acto administrativo), del reconocimiento de un impuesto (acto administrativo). Que en cada caso se presente la necesidad de aplicar los principios del Código Civil, es cosa distinta. Basta tomar un tomo de Jurisprudencia del Consejo de Estado y leer los índices respectivos, para ver cómo permanentemente se interpreta y aplica el Código Civil, sin que esto quiera decir que el Consejo ha fallado pleitos entre particulares. No. La jurisdicción coactiva la tiene la Administración; de modo que cuando contra ella se alza el particular ejecutado, se está en presencia del conflicto entre la Administración y el particular, que es, como muy bien lo dice el Tribunal Administrativo de Bogotá, el fin primordial, la razón de ser de la jurisdicción contencioso-administrativa".

Este aspecto de la cuestión fue desconocido por el doctor Mackenzie cuando en la demanda de que actualmente se trata, dice: "En asuntos de impuestos hay que contemplar dos etapas: mientras se trata de la resolución que liquida el impuesto, es indudable que se está en presencia de una cuestión contencioso-administrativa, si se demanda esa resolución; pero cuando se cobra ya ejecutivamente el impuesto respectivo, se trata ya no de una resolución administrativa, sino de un crédito que el Estado cobra al contribuyente, es decir, de una cuestión de simple derecho privado, ajena por tanto al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa".

Conviene también transcribir el siguiente pasaje del proveído del Consejo de Estado a que antes se hizo referencia:

"Generalmente, antes de que el Estado tenga un crédito a su favor y a cargo de un particular, precede una tramitación de carácter netamente administrativo, con sus recursos propios, ora a favor del Estado, ora a favor del particular. Así, v. gr., un Concejo Municipal establece el impuesto de industria y comercio y fija un máximo y un mínimo para hacer el gravamen individual, según el capital invertido por el contribuyente o el movimiento del negocio. El acuerdo creador del tributo es materia contencioso-administrativa. Cualquiera puede demandarlo alegando que el Concejo carece de facultad legal para imponer esa tributación. Si se anula el acuerdo, finaliza la etapa administrativa, sin que surja relación alguna entre la Administración y los ciudadanos. Si no se anula, prosigue la tramitación administrativa. Viene luégo la Junta de Aforos y fija en el máximum el impuesto que debe pagar determinado contribuyente. Si éste estima que la Junta procedió ilegalmente al fijarle el máximum y no el mínimum del impuesto, puede interponer el recurso gubernativo a que haya lugar, mas si fracasa en él, los actos que le negaron sus peticiones son materia contencioso-administrativa. Pueden demandarse ante el Tribunal competente. Lo mismo puede ocurrir, *mutatis mutandi*, con una ordenanza departamental. Y si los actos no se anulan, o no se interpone contra ellos recurso alguno, queda cerrada definitivamente la etapa administrativa, para empezar la judicial u ordinaria. Cerrada dicha etapa administrativa, se forma un crédito a favor del Estado y a cargo del particular, y en su cobro el Estado interviene como persona jurídica de derecho privado y no en ejercicio de su poder o soberanía propiamente hablando. Mejor, fenecida la etapa administrativa y establecido el derecho creditual, hay que tener presente no el aspecto subjetivo, la presencia del Estado en el cobro, sino el aspecto objetivo, o sea la naturaleza jurídica del derecho que se pretende hacer efectivo, derecho creditual de carácter netamente privado, patrimonial, reglamentado por el Código Civil.

Se ha estimado que por hacerse efectivo un crédito ante el funcionario con jurisdicción coactiva, ya el asunto es de la justicia ordinaria, porque el estudio sobre créditos es materia privativa de la justicia ordinaria, olvidando que la materia jurídica en sí misma no es la que fija la jurisdicción contencioso-administrativa, o la ordinaria, sino la procedencia del acto que origina la controversia, en tal forma que si el acto contencioso se origina de un acto de poder de la Administración, el asunto corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, y no a la ordinaria o civil.

* * *

Apelaciones.—Ahora bien: en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, todos los actos que dan origen a contención, provienen de los autos proferidos por el empleado que ejerce aquella jurisdicción. Sin el mandamiento ejecutivo proferido por dicho funcionario, no se habría originado la contención, siendo de observar además, como lo indica el Consejo de Estado, que al mandamiento ejecutivo proferido por la jurisdicción coactiva, precede generalmente otro acto de poder de la Administración.

Llevado el examen a este punto, resta por estudiar la siguiente importante cuestión: el mandamiento ejecutivo, y demás autos proferidos por un funcionario investido de jurisdicción coactiva, ¿son o nó actos de poder de la Administración?

Si la respuesta es afirmativa, esto es, si los actos dictados en un juicio por jurisdicción

coactiva son *actos de poder* de la Administración, síguese que la contención respecto de ellos es de conocimiento propio de los Tribunales Contencioso-Administrativos, y no de los Tribunales ordinarios. Si la respuesta fuere negativa, ocurriría lo contrario.

El asunto para la Corte queda situado en dicho punto de vista, pues entiende que cuando el artículo 164 de la Codificación Constitucional (artículo 42 del Acto legislativo número 3 de 1910), dispuso que la ley estableciera la jurisdicción contencioso-administrativa, ordenó que a tal jurisdicción se le atribuyeran las cuestiones de carácter contencioso-administrativo, las cuales por tanto deben corresponder al conocimiento de tales Tribunales, y no los ordinarios; y por el contrario, que a éstos corresponde el conocimiento de los asuntos que no fueren de carácter contencioso-administrativo.

Para definir dicho asunto la Corte considera:

En su vista fiscal el señor Procurador General dice: "La Administración Pública, por su naturaleza y por los fines que persigue, es titular de ciertos derechos que le son propios, sin los cuales no podría cumplir su misión; para realizar esos derechos, para hacerlos eficaces, debe, en principio, emplear un procedimiento de ejecución inmediata de manera que no requiera acudir ante los Jueces ordinarios en demanda de su protección sino que comienza por hacerse justicia por su mano, usando para ello de los medios legales que se han puesto a su disposición, con lo cual obliga al particular a constituirse en demandante, si no quiere aceptar la situación jurídica creada unilateralmente por la Administración. Esto se explica, porque si no fuera así, la Administración no podría llenar a cabalidad y oportunamente sus fines". Y más adelante agrega:

"Parte muy importante del derecho administrativo es la que tiene por objeto la reglamentación de las prerrogativas de la Administración Pública, entre las cuales figura como primordial, la de usar un procedimiento privilegiado que comporta la acción oficiosa, la decisión unilateral con fuerza ejecutiva y la consiguiente ejecución forzosa por los propios agentes de la Administración. La intervención de un Juez o Tribunal ordinario o especial, sólo tiene lugar posteriormente con base en el reclamo del particular afectado por los actos administrativos.

"El derecho administrativo, como todo el derecho público, es a la vez autónomo y excepcional en relación con el derecho común; es autónomo entre otras cosas, porque posee una jurisdicción propia, distinta de la que tiene el Juez ordinario común".

El Procurador Delegado en lo Civil en pieza antes citada, dice al respecto: "Los señores Jueces de Rentas, los Administradores de Hacienda, los Tesoreros, los Recaudadores investidos de la llamada jurisdicción coactiva, son funcionarios administrativos, que por uno de tántos privilegios del Estado pueden cobrar directamente ciertas deudas a favor del mismo Estado. Pero ellos son funcionarios administrativos de la rama Ejecutiva del Poder Público".

El Consejo de Estado en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado en 1939, de que antes se habló, dice al respecto: "La jurisdicción coactiva es jurisdicción en lo administrativo, y los funcionarios que la ejercen —Jueces de Rentas, Administradores de Hacienda, Tesoreros de Departamento, Tesoreros Municipales, etc.— pertenecen a la rama ejecutiva del Poder Público. De donde surge lógicamente que cuanto hace relación a los conflictos de derecho, suscitados con ocasión de los asuntos en que se procede coactivamente para la efectividad de los créditos deducidos a favor del Fisco escapa a la esfera de acción de la justicia ordinaria y cae dentro de la órbita de las actividades propias de la jurisdicción administrativa". (Obra citada, página 63).

También la Corte Suprema ha estimado el asunto en igual forma, como se expresa en el siguiente pasaje del *fallo* dictado por la Sala Plena con fecha 31 de agosto de 1943: "Cree oportuno observar y subraya la Corte, que el numeral 3º del artículo 148 citado, se refiere en su primeran parte, a los negocios que celebra la Nación, como persona jurídica, con los particulares, negocios en los cuales surge o existe una relación contractual y sinalagmática, de derecho privado, y de ahí que como queda expresado, las controversias que puedan suscitarse al respecto caen bajo la jurisdicción privativa de la Corte de acuerdo con dicha norma constitucional, que no puede ser modificada por la ley.

"No sucede lo mismo en tratándose de relaciones de derecho entre la Nación, como persona del Estado y los particulares, porque entonces procediendo aquélla unilateralmente, el vínculo contractual no existe, y la relación que surge entonces entre el Estado y los particulares, no es de derecho privado contractual. Tal acaece, entre otros casos que pueden citarse por vía de ejemplo, en los de la jurisdicción coactiva, en los de imposición de tributos, etc., en los cuales, se repite, la relación de derecho entre el Estado y los particulares no puede provenir de un pacto, no es contractual, sino que se deriva de la soberanía y del propio poder del Estado que impone unilateralmente normas legales a los ciudadanos y habitantes del territorio".

En fuerza de las razones que preceden, admite la Corte que los autos dictados por funcionarios con jurisdicción coactiva son *actos de poder de la Administración,* y que de la contención acerca de ellos corresponde conocer a los Tribunales Contencioso-Administrativos, sin excepción alguna, ya se trate del mandamiento ejecutivo; de lo resuelto respecto a la solicitud de desembargo de un bien, formulada por un tercero; de lo dispuesto sobre rebaja de intereses pedida por el ejecutado, etc.

* * *

Excepciones.—En cuanto a las excepciones propuestas por el ejecutado, el asunto merece consideraciones especiales:

El señor Procurador General dice en su vista:

"Los juicios de jurisdicción coactiva son actuaciones administrativas sometidas en general al control de los Tribunales Contencioso-Administrativos; pero sí estoy de acuerdo con el demandante en que en tales juicios pueden presentarse incidentes de mero derecho privado que escapan a la jurisdicción contencioso-administrativa y que constitucionalmente corresponde resolver o desatar a la justicia ordinaria.

"No parece que tales cuestiones de derecho privado puedan presentarse en el incidente de apelación, porque en ésta por la misma naturaleza del asunto se discutiría el valor y alcance de la actuación administrativa que dio origen a la ejecución coactiva; pero sí pueden presentarse en los incidentes de excepciones y tercerías cuando la excepción se funda en una cuestión de derecho privado como sucedería en la de compensación por ejemplo fundada en una acreencia del ejecutado procedente de un contrato celebrado con el Estado.

"De la misma manera sucedería en las tercerías presentadas por particulares, aunque no así en las que propusieran otras entidades de derecho público, como los Departamentos o Municipios por actuaciones de carácter administrativo".

El señor Procurador hace referencia a excepción fundada "en una cuestión de derecho privado", acerca de lo cual conviene recordar que según el criterio de la Corte, no es la *cuestión* en sí misma la que puede llamarse de derecho privado y de competencia de los Jueces ordinarios. Lo que fija la competencia administrativa u ordinaria, es el hecho de que la contención se origine o nó en un acto de poder de la Administración.

Sobre dicha base procede a examinarse el asunto:

Dice el artículo 329 del Código Judicial que "constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió".

Dentro de un juicio ejecutivo toda excepción tiene el carácter de perentoria, siendo así que si prospera "el Juez ordena cesar el juicio, y decreta el desembargo de los bienes, con costas a cargo del ejecutante", como dice el artículo 1026 del mencionado Código. Bien entendido que la excepción puede resultar, establecida no con respecto al total, sino a una parte de la obligación, y entonces el juicio tan sólo cesará en parte.

El artículo 982 ibidem dice: "Puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante, y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse".

El artículo 1059 de la misma obra, agrega: "Además de los actos y documentos mencionados en el artículo 982, en estos juicios (los de jurisdicción coactiva) prestan también mérito ejecutivo: 1º Los alcances líquidos y definitivos deducidos contra los responsables del Erario por el Departamento de Contraloría, los demás Tribunales de cuentas nacionales, departamentales o municipales; 2º Las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos; 3º Las copias de las resoluciones definitivas ejecutoriadas proferidas por funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal".

En forma que el recaudo en los juicios por jurisdicción coactiva, puede consistir en un acto de poder de la Administración, verbigracia, un alcance o un reconocimiento; o en un acto de gestión de la misma Administración, verbigracia, un contrato.

En ambos casos las excepciones que se propongan en el juicio, se dirigen a discutir la existencia y eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que si aquella obligación emana de un contrato, o sea de un acto de gestión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, conforme antes se expuso, ha de concluírse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria.

Lo contrario sucede en el caso de que la excepción se proponga en un juicio por jurisdicción coactiva, en que trate de hacerse efectivo un acto de poder de la Administración.

La Corte en sentencia del 31 de agosto de 1943, en que declaró inexequible el artículo 258 de la Ley 167 de 1941, fallo que anteriormente se transcribió en la parte pertinente, dijo res-

pecto a la resolución de caducidad dictada por el Gobierno, y contra la cual concedía la mencionada disposición un recurso para ante el Consejo de Estado, que dicho recurso era "para que ante esa corporación se ventilara el asunto de fondo, un asunto contencioso, integrado por varios factores de derecho y de hecho, cuyo planteamiento, trámites, pruebas y discusión, constituye un asunto de naturaleza contenciosa, atañedera al cumplimiento o no cumplimiento de un contrato, asunto que es de competencia privativa del Organo Judicial..... Cree oportuno obsevar y subraya la Corte, que el numeral 3º del artículo 148 citado (de la Constitución Nacional), se refiere en su primera parte a los negocios que celebra la Nación, como persona jurídica con los particulares, negocios en los cuales surge o existe una relación contractual y sinalagmática, de derecho privado, y de ahí que como queda expresado, las controversias que puedan suscitarse al respecto caen bajo la jurisdicción privativa de la Corte, de acuerdo con dicha norma constitucional, que no puede ser modificada por la ley".

Por las razones transcritas la Corte estima que de las excepciones propuestas en juicios por jurisdicción coactiva, cuando el recaudo sea un acto de gestión del Estado, o de los Departamentos o Municipios, el Juez competente debe ser el correspondiente funcionario de la justicia ordinaria, de acuerdo con las reglas dadas al respecto en el Libro I del Código Judicial.

Los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943 son por tanto inexequibles en cuanto se refieren a las excepciones en los juicios de jurisdicción coactiva originados en un acto de gestión de la Administración, pues en tal caso contravienen a lo dispuesto en los artículos 148, ordinal 3º, y 164 de la Constitución.

La Corte señala como violado el ordinal 3º del artículo 148, aunque esta disposición no fue mencionada con tal fin por el demandante, en aplicación del inciso 2º del artículo 2º de la Ley 96 de 1936. Por el contrario, los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943 no se oponen a precepto alguno de la Constitución, en cuanto se refieren a excepciones propuestas en juicios por jurisdicción coactiva originados en un acto de poder de la Administración.

La interpretación de la Corte concuerda al respecto con las siguientes disposiciones legales:

El artículo 73 del Código Contencioso-Administrativo, que dice en su ordinal 1º: "No son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa: 1º Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato".

El inciso 1º del artículo 40 del Código Judicial, que dice: "La Sala Civil de Unica Instancia (hoy Sala de Negocios Generales), conoce privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos".

De lo que se deja dicho se deduce el alcance que ha de darse al artículo 1030 del Código Judicial, citado por el demandante, y que dice: "La sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundan la excepción de cosa juzgada, y, en consecuencia, pueden revisarse por la vía ordinaria".

Si la sentencia de excepciones en los juicios por jurisdicción coactiva ha sido proferida por la justicia ordinaria, no fundará la excepción de cosa juzgada en vía ordinaria, y ante la misma justicia.

En la misma forma: si la sentencia de pregón y remate se dictó en un juicio por jurisdicción coactiva fundado en un acto de gestión de la Administración, tampoco hace excepción de cosa juzgada en vía ordinaria, ante la justicia ordinaria.

* * *

Tercerías.—Respecto de las tercerías propuestas en juicios por jurisdicción coactiva, son oportunas las siguientes consideraciones previas:

El Código Judicial vigente tan sólo se refiere a tercerías coadyuvantes, que consisten, según el artículo 1062 de dicha obra, en "la petición que hace un tercero para que con el producto de los bienes embargados en una ejecución, se le pague preferentemente, o a prorrata, un crédito contra el ejecutado cuyo título preste mérito ejecutivo".

El tercero que introduce la tercería puede ser una entidad de derecho público, u otra persona que no tenga tal carácter; y en el primer caso, la persona de derecho público puede fundarse en un acto de gestión, o en un acto de poder.

Cuando procede la entidad de derecho público fundada en un acto de poder, es manifiesto, según lo antes expuesto, que se trata de una contención administrativa, y entonces el conocimiento de la tercería correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero si la tercería es provocada por una entidad de derecho público fundada en un acto de gestión; o bien si la tercería es promovida por persona que no sea una entidad de derecho público, entonces la contención no es puramente administrativa, y su conocimiento correspondería a la justicia ordinaria, según las reglas dadas en el Libro I del Código Judicial.

Basta que en un juicio por jurisdicción coactiva se provoque una sola tercería de las indicadas en el aparte anterior, para que la sentencia de prelación deba ser proferida por la justicia

ordinaria, pues los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación están atribuidos a la Corte Suprema por el artículo 148, ordinal 3º, de la Constitución; y además, del artículo 164 de la Carta se deduce que no son de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa los asuntos contenciosos no administrativos, como serían los ocurridos entre particulares, o cuando la Administración procede fundada en un acto de gestión.

Cuando en un juicio por jurisdicción coactiva se promueva una tercería, conviene proceder como sigue, a juicio de la Corte:

Dice el artículo 1068 del Código Judicial: "El incidente sobre tercerías no suspende el curso del juicio ejecutivo, pero no se hace el pago a los acreedores sino una vez ejecutoriado el fallo sobre graduación de créditos".

El artículo 1025 ibídem, establece: "Desde la notificación del mandamiento ejecutivo, hasta que se ejecutorie 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.

"El incidente de excepciones no suspende el curso del juicio".

Como el funcionario que debe resolver la tercería ha de dictar sentencia sobre *graduación de créditos* (artículo 1067 del Código Judicial), para lo cual se requiere empezar por reconocer su *existencia*, es necesario que contra el crédito perseguido en la ejecución misma no se hayan propuesto excepciones, o que éstas ya estén falladas.

Por eso el empleado ejecutor con jurisdicción coactiva debería reservar el envío del proceso al funcionario competente, para cuando se halle ejecutoriado el auto de citación para sentencia de pregón y remate, y se hayan además resuelto las excepciones, si se hubieren propuesto.

En resumen, y por lo que se refiere a las tercerías propuestas en juicios por jurisdicción coactiva, el examen que precede lleva a la siguiente conclusión: si la tercería o tercerías propuestas se fundan todas ellas en actos de poder de la Administración, el incidente debe ser fallado por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo; en tales casos los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943, no se oponen a precepto alguno constitucional.

Pero si la tercería propuesta, o alguna de las tercerías que se propusieren, se funda en un acto de gestión de la Administración, o es una tercería promovida por un particular, entonces sería inconstitucional que del incidente conocieran los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

En el presente fallo no se ha hecho referencia especial al artículo 5º de la Ley 67 de 1943, porque la disposición mencionada nada tiene en sí de inexequible, ni contra ella es viable ninguno de los argumentos de la demanda. El citado artículo 5º debe por tanto aplicarse por los funcionarios y entidades que él indica respecto de las apelaciones, excepciones y tercerías que fueren de su competencia, en conformidad con las consideraciones precedentes.

* * *

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la atribución que le concede el artículo 149 de la Constitución Nacional, y en su mayor parte de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara lo siguiente:

Primero. Es exequible el artículo 5º de la Ley 67 de 1943.

Segundo. Los artículos 3º y 4º de la mencionada Ley son exequibles, salvo en cuanto dichas disposiciones se refieran: 1º A *incidentes de excepciones* cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la Administración; y 2º A *tercerías*, cuando la que se propusiere, o alguna de ellas, se fundare en acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares.

Comuníquese lo resuelto en este fallo al señor Ministro de Gobierno, al honorable Consejo de Estado y a los Tribunales Contencioso-Administrativos de la República.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

(Fdos.) *Ricardo Hinestrosa Daza, Campo Elías Aguirre, José Miguel Arango, Miguel Arteaga H., Isaías Chaves, Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Isaías Cepeda, Víctor Cock, Liborio Escallón, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Facultades extraordinarias al Presidente de la República

Demanda de inexequibilidad del artículo 16 de la Ley 128 de 1941, que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias; de los artículos 3º y 4º del Decreto ejecutivo número 2190 de 1941; de los artículos 1º, 2º, 3º, 5º, 8º y 9º del Decreto ejecutivo número 1500 de 1942, y de su reformatorio, el Decreto número 1552 del mismo año.—Significación del término precisas.

1.—Como lo dijo la Corte en otra ocasión, dada la relatividad del concepto de precisión, **para saber si unas autorizaciones son** precisas **o nó se ha de investigar ante todo si hubo posibilidad o nó de puntualizar, más o menos, las facultades conferidas al Presidente. Al admitir tal interpretación se sacrifica indudablemente el espíritu original del texto constitucional porque, según lo indica la simple lectura de la norma mentada, el requisito de la precisión debe tenerlo el acto** per se, **con independencia de las circunstancias meramente adjetivas de posibilidad, necesidad o conveniencia. Y esto es así, porque tanto en el uso común del idioma como en el léxico técnicamente jurídico la locución PRECISO, cuando como en el caso presente no equivale a necesario, significa puntual, fijo, exacto, determinado, distinto, claro y formal. El hecho de que por circunstancias excepcionales en la vida de la Nación o por falta de conocimiento anticipado de las medidas que hayan de adoptarse, sea difícil o imposible enumerar las facultades extraordinarias delegadas al Organo Ejecutivo, no autoriza por sí solo para suprimir o adulterar el requisito** sine qua non **de la** precisión, **que tiene la mayor importancia, dado que es el fundamento jurídico para aceptarse esta confusión de funciones en los dos Organos del Estado. Los antecedentes jurídicos que tiene este sistema en nuestro país confirman la tesis desarrollada en este fallo, de que el Congreso debe concretar y delimitar el objeto o la materia de las facultades extraordinarias, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 9º del artículo 69 del Estatuto. En los Gobiernos anteriores a 1863 se hizo muy frecuente la costumbre de conferir facultades extraordinarias e ilimitadas al Poder Ejecutivo, produciéndose así el natural desequilibrio en las dos grandes ramas del Poder Público, por el debilitamiento de la una y la omnipotencia de la otra. Contra tal hábito antidemocrático reaccionó el artículo 50 de la Constitución de 1863, que prohibía la delegación de las funciones del Congreso. Los constituyentes de 1886 consideraron que en ocasiones excepcionales era necesario salvaguardiar la vida del Estado o su marcha regular y conferir determinadas funciones legislativas en casos especiales, pero limitándolas dentro de una órbita de acción claramente prefijada. Con ese criterio taxativo y para evitar abusos redactaron el numeral 10 del artículo 76 de la Carta de aquèl año, en el cual exigieron que tales funciones conferidas fueran** precisas y pro tempore. **Esa norma fue textualmente reproducida en el artículo 69 del Estatuto de 1936, hoy vigente.**

2.—El artículo 16 de la Ley 128 de 1941, acusado, sí reúne la condición de ser precisas las autorizaciones concedidas al Ejecutivo, en el sentido antes reconocido a ese vocablo.

3.—Los artículos 3º y 4º del Decreto número 2190 de 1941 están conformes con la autorización que contiene el inciso 3º de la Ley 128 de 1941. Al encargar el Ejecutivo al Director de la Policía Nacional de cumplir las autorizaciones conferidas por esa Ley no delegó sus funciones, sino que se mantuvo dentro del normal ejercicio de sus atribuciones legales. Dentro de la estructura de nuestro derecho político interno no es posible ni científico hacer esas distinciones entre un Organo del Poder Público y un organismo que le está subordinado y que se ha puesto a su servicio y bajo su dirección para la conservación del orden interno de la República y el fiel cumplimiento de las leyes. La Policía Nacional es el instrumento natural y adecuado creado por el Estado

para auxiliar al Gobierno en todos los menesteres que se rozan con el orden y la tranquilidad de la Nación y la salvaguardia de la vida, honra y bienes de sus habitantes. Nada más acorde con la mecánica de estas funciones que poner en manos de tal organismo todo lo relativo a la vigilancia y control de las actividades de los extranjeros, en tiempos calamitosos en que se desarrolla un grave conflicto bélico universal; con tanta más razón cuanto que al proceder así no se ha desprendido el Jefe del Estado del constante y oportuno ejercicio de la facultad otorgada, lo que bien pudo hacer siempre que lo consideró necesario, por medio de decretos. Son exequibles, pues, las disposiciones acusadas.

4.—Por el aspecto rigurosamente jurídico de la cuestión, las autorizaciones conferidas al Presidente de la República por el inciso 3º del artículo 16 de la Ley 128 de 1941 sirven de fundamento sólido y de justificación a las medidas adoptadas por el Gobierno en los Decretos 1500 y 1552. Dentro de esas autorizaciones caben las disposiciones ejecutivas acusadas y cada una de sus determinaciones, sin que sea admisible el reparo de que el precepto legal acusado de la Ley 128 no hacía distinción de nacionalidad entre extranjeros; o de que no se había incluido expresamente a los inmuebles en el control de bienes; o de que sólo se había facultado para realizar un mero control de fondos y de cuentas, porque la simple lectura del artículo 16 de la Ley 128, inciso 3º, que contiene la autorización legislativa, convence de que sí se podían adoptar por el Gobierno las medidas decretadas. Fuera de esto, sirven de fundamento a esos decretos los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, tales como la Resolución número 15 de la reunión de consulta entre los Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas americanas, verificada en la ciudad de La Habana el día 30 de junio de 1940. Esa Resolución fue incorporada a nuestra legislación por la Ley 20 de 1941. Apoyado el Organo Ejecutivo en los compromisos internacionales de La Habana y Río de Janeiro, origen de las facultades extraordinarias que le fueron concedidas por las Leyes 128 de 1941 y 7ª de 1943, dictó las medidas sobre control y administración de los bienes de extranjeros y vigilancia de los mismos, contenidas en los Decretos acusados, acomodando tales normas a las modalidades que iba ofreciendo el desarrollo del conflicto internacional.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, agosto nueve de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

El doctor Rafael Tafur Guerrero, ciudadano colombiano, en ejercicio de la acción pública que le otorga el artículo 149 de la Constitución Nacional, presentó demanda de inexequibilidad del artículo 16 de la Ley 128 de 1941, que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio del mismo año; de los artículos 3º y 4º del Decreto ejecutivo número 2190 de 1941; de los artículos 1º, 2º, 3º, 5º, 8º y 9º del Decreto ejecutivo número 1500 de 1942, y de su reformatorio, el Decreto número 1552 del mismo año.

Corrido el traslado al señor Procurador General de la Nación y oído su respetable parecer, se pasa a estudiar y decidir separadamente sobre la constitucionalidad de cada uno de los textos acusados.

Ley 128 de 1941.

El artículo 16 de la Ley 128 de 1941, que invistió al Jefe del Estado de facultades extraordinarias, en su inciso 1º, es de este tenor:

"Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1942, para tomar las medidas que sean indispensables en el orden internacional o interno para el mantenimiento leal y completo de la política de solidaridad y cooperación interamericana, de acuerdo con los compromisos anteriores de la República".

Concepto del Procurador.

El señor Procurador General de la Nación se opone a la declartoria de inexequibilidad de ese texto legal, y para fundar su negativa se expresa en estos términos:

"Se comenta en esta parte el inciso primero del artículo 16 de la Ley 128 de 1941, en cuanto reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1942, *para tomar las medidas que sean indispensables en el orden internacional o interno, para el mantenimiento leal y completo de la política de solidaridad y cooperación interamericanas, de ACUERDO CON LOS COMPROMISOS ANTERIORES DE LA NACION.* (He subrayado lo que considero necesarió destacar). Pues bien: lo que reza esta disposición acerca del orden internacional, no es más que una redundancia del precepto constitucional consignado en el artículo 116, que da exclusiva competencia "al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, para dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás po-

tencias o soberanos; nombrar los Agentes Diplomáticos, recibir los Agentes respectivos y celebrar con potencias extranjeras tratados y convenios, que se someterán a la aprobación del Congreso".

"Conviene recalcar sobre la consideración de que el comentado inciso del artículo 16 habla expresamente del 'mantenimiento leal y completo de la política de solidaridad y cooperación interamericanas, *de acuerdo con los compromisos anteriores de la Nación*'. Es, pues, indudable que el mencionado inciso legal no agrega nada a la facultad de que constitucional y permanentemente está investido el Jefe del Estado en materias internacionales, máxime cuando se trata —como en el presente caso— del fiel cumplimiento de compromisos anteriores ya aprobados por el Congreso".

Fuera de lo dicho, considera el Procurador, al estudiar en su fondo la cuestión, que las autorizaciones conferidas en el texto acusado sí son precisas y acoge los conceptos de la sentencia de 26 de septiembre de 1933, pronunciada por la Sala Plena en un caso similar.

* * *

Considera la Sala Plena:

A.—*Cuestión de derecho.*

Todo lo relativo al problema de fijar el sentido, interpretación y alcance de la atribución excepcional contenida en el inciso 9º del artículo 69 de la Constitución Nacional fue materia del más largo y dilatado análisis tanto en el fallo de esta Corte, de 26 de septiembre de 1933, como en los extensos salvamentos de votos presentados por varios Magistrados. Es procedente hacer un estudio somero de tales antecedentes, para luégo poderse decidir con el debido conocimiento de causa sobre la cuestión de inexequibilidad del texto legal que aparece acusado en esta demanda.

De los conceptos expuestos en el citado fallo de 26 de septiembre de 1933, es pertinente reproducir los siguientes:

"Extensos razonamientos hacen los demandantes para demostrar que el término *precisas* no tiene en el numeral 10 del artículo 79 de la Constitución (hoy inciso 9º del artículo 69 de la Carta de 1936), la significación de indispensables, necesarias, urgentes, sino la de ser determinadas, específicas, fijas, detalladas las facultades. El contexto general de la disposición no deja duda alguna de ser esta última la verdadera acepción en que está empleado en el numeral 10 dicho vocablo, y en tal sentido ha sido siempre interpretado por la Corte el referido texto constitucional".

"Entendida así la palabra *precisas* en la disposición que se analiza, hay que admitir que tiene ella una marcada relatividad, y que lo que en un caso puede estimarse preciso, en otro es vago o indeterminado".

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

"Mas no siempre se puede obtener ese grado de perfección en la especificación de las facultades. Casos hay en que por lo excepcional de las circunstancias en que se conceden las autorizaciones, por la inminencia y gravedad de los peligros que con ellas se trata de conjurar, y particularmente por la falta de conocimiento anticipado de los remedios que hayan de adoptarse, no es posible exigir al Congreso una pormenorizada relación de las medidas que deba poner en práctica el Ejecutivo para sortear aquellos escollos. Cuando tal acontece, la precisión requerida por el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución, no puede ser otra que la que sea compatible con las circunstancias en que se dan las autorizaciones y con las necesidades que se trata de remediar. Una solución distinta equivaldría a exigir al Congreso que se traspasara los límites de lo posible en la determinación de las facultades, y semejante extremo no puede servir de criterio para la exégesis de los textos constitucionales, ya que habiendo sido expedidos éstos para asegurar el bienestar general, no se les puede interpretar en forma que sacrifique ese bienestar, cegando las fuentes de salud a que sea preciso recurrir en casos de excepcional gravedad. Exigir una especificación imposible de dar en razón de las circunstancias del momento, sería tanto como atar las manos del legislador, y hacerlo impotente ante el mal que se ve venir y que amenaza la colectividad". (*Gaceta Judicial*, tomo XL, página 3).

* * *

B.—Con el anterior razonamiento se parte de la base de que, dada la relatividad del concepto de *precisión*, para saber si unas autorizaciones son *precisas* o nó se ha de investigar ante todo si hubo posibilidad o nó de puntualizar o individualizar, más o menos, las facultades conferi-

das al Presidente. Al admitir tal interpretación se sacrifica indudablemente el espíritu original del texto constitucional porque, según lo indica la simple lectura de la norma comentada, el requisito de la *precisión* debe tenerlo el acto *per se*, con independencia de las circunstancias meramente adjetivas de posibilidad, necesidad o conveniencia.

Y esto es así, porque tanto en el uso común del idioma como en el léxico técnicamente jurídico la locución *preciso*, cuando como en el caso presente no equivale a necesario, significa puntual, fijo, exacto, determinado, distinto, claro y formal.

El hecho de que por circunstancias excepcionales en la vida de la Nación o por falta de conocimiento anticipado de las medidas que hayan de adoptarse, sea difícil o imposible enumerar las facultades extraordinarias delegadas al Organo Ejecutivo, no autoriza por sí solo para suprimir o adulterar el requisito *sine quo non* de la *precisión*, que tiene la mayor importancia, dado que es el fundamento jurídico para aceptarse esta confusión de funciones en los dos Organos del Estado.

Los antecedentes jurídicos que tiene este sistema en nuestro país confirman la tesis desarrollada en este fallo, de que el Congreso debe concretar y delimitar el objeto o la materia de las facultades extraordinarias, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 9º del artículo 69 del Estatuto. En los Gobiernos anteriores a 1863 se hizo muy frecuente la costumbre de conferir facultades extraordinarias e ilimitadas al Poder Ejecutivo, produciéndose así el natural desequilibrio en las dos grandes ramas del Poder Público, por el delibilitamiento de la una y la omnipotencia de la otra. Contra tal hábito antidemocrático reaccionó el artículo 50 de la Constitución de 1863, que prohibía la delegación de las funciones del Congreso. "Disposición nugatoria y de mera fórmula fue ésta, comentaba el señor Samper; pues de 1863 hasta 1884 no hubo Congreso que no prodigase al Poder Ejecutivo autorizaciones indebidas, que eran verdaderas delegaciones del Poder constitucional legislativo".

Los constituyentes de 1886 consideraron que en ocasiones excepcionales era necesario salvaguardiar la vida del Estado o su marcha regular, conferir determinadas funciones legislativas en casos especiales, pero limitándolas dentro de una órbita de acción claramente prefijada. Con ese criterio taxativo y para evitar abusos redactaron el numeral 10 del artículo 76 de la Carta de aquel año, en el cual exigieron que tales funciones conferidas fueran *precisas* y *pro tempore*. Esa norma fue textualmente reproducida en el artículo 69 del Estatuto de 1936, hoy vigente.

* * *

C.—El inciso 1º del artículo 16 de la Ley 128 de 1941, que es el único texto acusado ante esta Sala por inexequible, dice: "Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1942, para tomar las medidas que sean indispensables en el orden internacional o interno para el mantenimiento leal y completo de la política de solidaridad y cooperación interamericanas, de acuerdo con los compromisos anteriores de la República".

No puede sostenerse en sana lógica y con vista de los razonamientos antes expuestos que las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República tengan el carácter de indeterminadas y vagas y carezcan, por esa circunstancia, de la condición de precisas, en el sentido que le viene reconocido a dicho vocablo en esta providencia. De conformidad con la disposición legal acusada de inexequible el Organo Ejecutivo puede perfectamente, tanto dentro de la órbita del orden interno como internacional, adoptar todas las medidas que a su juicio y con tan clara y expresa delimitación fueren necesarias e indispensables para el mantenimiento leal y completo de la política de solidaridad y cooperación con las otras naciones del Continente americano. Y tales actividades gubernamentales, nacidas directamente de la autorización extraordinaria atribuida, ni siquiera las deja el legislador al arbitrio y a la iniciativa sin control del Gobierno, sino que en la misma norma señala y prefija con claridad tales límites al agregar que las medidas debe acordarlas y adoptarlas "de acuerdo con los compromisos anteriores de la Nación". En forma tal que si en realidad de verdad el Estado colombiano estaba ya previa y contractualmente obligado a la adopción de tales medidas de solidaridad, bien podría entenderse que sobraba la concesión de tal autorización en una ley de facultades extraordinarias, ya que el Organo Ejecutivo, en ejercicio de las funciones propias del Gobierno y de la Administración, debía cumplir fielmente tales compromisos internacionales y en desarrollo de ese deber de lealtad internacional poner en práctica las medidas a que alude el texto legal sometido al estudio de la Corte.

Pero hay algo más que robustece esta tesis sobre que las autorizaciones acusadas de la Ley 128 de 1841 sí reúnen la condición de ser precisas, en el sentido antes reconocido a este vocablo: el artículo 16 contiene tres incisos, que por su redacción y su contenido se refieren a proposiciones jurídicas íntimamente vinculadas y estrechamente relacionadas entre sí, por una relación de causalidad y de modo. De manera tal que el inciso 1º, único que está hoy bajo la censura constitucional de la Sala Plena de la

Corte, viene a constituír el enunciado genérico de la naturaleza y fines de las autorizaciones otorgadas al Gobierno; en tanto que los otros dos cuerpos del precepto citado no conceden facultades en realidad distintas del mantenimiento de la política de solidaridad continental, en los órdenes interno y externo, sino que se limitan a desarrollar esas autorizaciones y a prefijar algunas de éstas, sin querer establecer una regla taxativa. Tal parece como que el contexto de la disposición mencionada (artículo 16), contuviera en su primer inciso el género próximo, como primer elemento filosófico de una definición, y los otros dos las diferencias específicas. Y si esto es así, como no puede menos de interpretarse el pensamiento del legislador al conceder las facultades, habría que concluír que éstas no sólo están bien precisadas en su naturaleza y en su extensión en el inciso acusado de inexequible, sino que en los subsiguientes del mismo artículo 16, no sometidos al control constitucional de la Corte, se delimitan, concretan e individualizan para el efecto de dar una norma al Gobierno sobre su ejercicio.

Se deduce de lo expuesto que carece de fundamento el cargo de inexequible que se hace al texto legal acusado.

* * *

Demanda de inexequibilidad del Decreto número 2190 de 1941.

Las disposiciones que se acusan de este Decreto dicen:

"Artículo 3º En los términos de los artículos anteriores la Policía Nacional *ejercerá la vigilancia inmediata y directa de los extranjeros residentes* en el país, *con atribuciones para adoptar todas las medidas que considere necesarias* a fin de prevenir y sancionar, dentro de sus facultades legales, la violación de las disposiciones del presente Decreto y del 1025 de junio de 1940".

"Artículo 4º La Policía Nacional tendrá, además de sus facultades preventivas ordinarias, las de señalar a los extranjeros lugar de residencia fija o transitoria, en los casos previstos en el artículo anterior; determinar requisitos para su movilización dentro del país; prohibir o disolver reuniones públicas y privadas convocadas por elementos extranjeros o al servicio de éstos, cuyos fines se presumen contrarios al orden internacional y disolver o impedir asociaciones o clubes que se hallen en las mismas condiciones".

Consideraciones del demandante.

Funda el demandante su acusación a esos preceptos en la consideración primordial de que el Jefe del Estado no quiso ejercer personal y directamente las facultades que le delegó el Organo Legislativo, sino que las subdelegó, a su vez, en el Director General de la Policía Nacional, en todo lo relativo a la vigilancia inmediata y directa de los extranjeros residentes en el país, con violación de los artículos 115 y 131 de la Constitución Nacional.

Considera la Sala Plena:

Al Presidente de la República lo autorizó el artículo 16, inciso 3º, de la Ley 128 de 1941 para *"organizar la vigilancia, control y reglamentación de las actividades de los extranjeros en el país"*. Dentro de esas facultades delegadas, que no vienen acusadas en este negocio, debía el Gobierno adoptar todas las medidas que fueran necesarias para cumplir con la función de organizar la vigilancia, control y reglamentación de las actividades de los extranjeros. Medida ésta que está debidamente justificada por la circunstancia excepcional de que el conflicto bélico mundial y sus naturales repercusiones en el país podían dar motivo y origen a actividades peligrosas, subversivas y antisociales por parte de extranjeros que rompieran el orden jurídico o pusieran en peligro la paz pública.

No participa la Corte del concepto del demandante de que se abstuvo el Gobierno de ejercer esas funciones para delegarlas en el Director de la Policía Nacional. No existe tal delegación, sino el normal ejercicio de esas atribuciones directamente por el Organo Ejecutivo. Dentro de la estructura de nuestro derecho político interno no es posible ni científico hacer esas distinciones entre un Organo del Poder Público y un organismo que le está subordinado y que se ha puesto a su servicio y bajo su dirección para la conservación del orden interno de la República y el fiel cumplimiento de las leyes. La Policía Nacional es el instrumento natural y adecuado creado por el Estado para auxiliar al Gobierno en todos los menesteres que se rozan con el orden y la tranquilidad de la Nación y la salvaguardia de la vida, honra y bienes de sus habitantes. Nada más acorde con la mecánica de estas funciones que poner en manos de tal organismo todo lo relativo a la vigilancia y control de las actividades de los extranjeros, en tiempos calamitosos en que se desarrolla un grave conflicto bélico universal; con tanta más razón cuanto que al proceder así no se ha desprendido el Jefe del Estado del constante y oportuno ejercicio de la facultad otorgada, lo que bien pudo hacer siempre que lo consideró necesario, por medio de decretos. Retuvo en sus manos las atribuciones conferidas, y como no podía ejercitarlas día a día, en el tráfago diario, de manera personal, asoció al organismo auxiliar policivo en la potestad de colaborar en ese sentido.

De ahí que el Procurador, al rebatir los argumentos del demandante y oponerse a sus pretensiones, dijo lo que pasa a transcribirse:

"Es arbitrario a todas luces deducir que el Presidente de la República delega sus atribuciones porque ordena al organismo creado permanentemente para ello —como la Policía Nacional— la vigilancia inmediata y directa de los extranjeros residentes en el país, con atribuciones para adoptar todas las medidas que considere necesarias a fin de prevenir y sancionar, *dentro de sus facultades legales, la violación de las disposiciones previamente establecidas;* o cuando el mismo Presidente dispone que la Policía Nacional tiene, además de sus facultades preventivas ordinarias, las de señalar a los extranjeros lugar de residencia fija o transitoria, *en los casos previstos en el artículo anterior;* determinar requisitos para su movilización dentro del país; prohibir o disolver reuniones públicas o privadas convocadas por elementos extranjeros o al servicio de éstos, cuyos fines se presumen contrarios al *orden internacional,* o disolver e impedir asociaciones o clubes que se hallen en las mismas condiciones."

"Por otra parte, las medidas consignadas en los citados artículos 3º y 4º del Decreto 2190 puede tomarlas el Presidente de la República, sin necesidad de autorización del Congreso, en ejercicio de las atribuciones que como suprema autoridad administrativa le confieren permanentemente los numerales 7º y 9º del artículo 115 de la Constitución vigente, o sea el 120 de la Constitución de 1886".

Se concluye de lo antes dicho la exequibilidad de las dos disposiciones acusadas del Decreto número 2190, por estar en armonía con las facualtades otorgadas al Gobierno porque no quebranta los artículos 115 y 131 de la Constitución Nacional, ni ninguna otra de las disposiciones de la Carta.

* * *

Demanda de inconstitucionalidad de los Decretos números 1500 y 1552 de 1942.

Las disposiciones que se acusan son las siguientes:

"Artículo 1º Mientras no medie nueva disposición sobre el particular, no podrán afectarse por giro alguno los saldos en cuentas corrientes bancarias de propiedad de nacionales alemanes, italianos o japoneses. La misma prohibición se aplica a aquellas cuentas que, abiertas a nombre de una persona de diferente nacionalidad, puedan afectarse con giros hechos por alemanes, italianos o japoneses que tengan la facultad de girar sobre ellas".

"Artículo 2º Las prohibiciones establecidas por el artículo anterior, cobijan igualmente los depósitos a la orden o a término y los depósitos en caja de ahorros hechos a nombre de los nacionales a que se refiere dicho artículo. De consiguiente los saldos de ellos no podrán afectarse por ningún concepto, ni ser objeto de traspaso".

"Artículo 3º Los valores en custodia de propiedad de nacionales alemanes, italianos o japoneses, no podrán retirarse ni ser objeto de transacción alguna, hasta nueva disposición en contrario".

"Artículo 5º Mientras no medie nueva disposición en contrario los bancos se abstendrán de pagar cualquier cheque o letra de cambio girada a favor de nacionales alemanes, italianos o japoneses".

"Artículo 8º Desde la fecha del presente Decreto queda prohibido el retiro o traspaso de valores depositados en las cajillas de seguridad de los bancos, y la enajenación a cualquier título de los bienes, derechos y acciones de propiedad de ciudadanos alemanes, italianos o japoneses; los Notarios y Registradores Públicos se abstendrán de autorizar o registrar cualquier escritura de enajenación de bienes de extranjeros de las nacionalidades indicadas, lo mismo que de autorizar la constitución de hipotecas, derechos de usufructo, etc., y el aporte de bienes a sociedades de cualquier índole. Las sociedades no podrán aceptar traspaso de valores, acciones o derechos, ni las bolsas de valores registrar operaciones que contravengan las disposiciones del presente Decreto".

"Artículo 9º Las operaciones que se verifiquen con violación de lo dispuesto en este Decreto son absolutamente nulas y no tendrán ningún valor ni efecto".

"Artículo 1º del Decreto 1552. Quedan comprendidos dentro de las prohibiciones contenidas en el Decreto 1500 del presente año, los derechos de nacionales alemanes, italianos y japoneses sobre acreencias e intereses de éstas y sobre dividendos de acciones.

"Las sumas que por concepto de créditos, dividendos o intereses, deban pagarse a dichos nacionales, deberán consignarse en el Fondo de Estabilización por cuenta del respectivo interesado, a sus vencimientos. No será válido el pago hecho en condiciones distintas".

* * *

Conceptúa el demandante que se han violado los artículos 52, 54, 69, 71 y 115 de la Constitución Nacional, porque la ley no menciona toda clase de bienes pertenecientes a extranjeros, con inclusión de los inmuebles; porque la ley facultó en términos generales para vigilar el movimiento de cuentas, fondos y valores de toda clase de extranjeros, sin especificar nacionalidad; porque la Ley 128 no facultó al Presidente para dictar medidas que al mismo legislador le estaba prohibido dictar, y porque la ley confirió una *precisa* facultad para controlar el movimien-

to de fondos y cuentas y el de títulos y acciones, pero nada más.

Se considera por la Sala Plena:

Es el inciso 3º del artículo 16 de la Ley 128 de 1941 el que confirió al Presidente una serie de autorizaciones tendientes todas ellas, con la debida relación de origen y de causalidad, a ejercer una estrecha supervigilancia sobre la persona y sobre los bienes de los extranjeros, cuyas actividades pudieran resultar peligrosas para la marcha normal del país y para la conservación del orden jurídico. Entre esas autorizaciones conferidas en el texto legal antes citado están entre otras las de "organizar la vigilancia, control y reglamentación de las actividades de los extranjeros en el país", la de "ejercer el control total o parcial de las empresas o entidades cuyo funcionamiento pueda afectarse por virtud de medidas tomadas en relación con ellas por los países beligerantes", y "para prevenir con toda eficacia cualquier actividad que ponga en peligro la seguridad pública...."

Aparece claro, por el aspecto rigurosamente jurídico de la cuestión, que esta serie diversa de facultades señaladas y determinadas con precisión, sí sirven de sólido fundamento y de justificación a las medidas adoptadas por el Gobierno en los Decretos 1500 y 1552. Dentro de esas autorizaciones caben las disposiciones ejecutivas acusadas y cada una de sus determinaciones, sin que sea admisible el reparo de que el precepto legal acusado de la Ley 128 no hacía distinción de nacionalidad entre extranjeros, o de que no se había incluído expresamente a los inmuebles en el control de bienes; o de que sólo se había facultado para realizar un mero control de fondos y de cuentas, porque la simple lectura del artículo 16 de la Ley 128, inciso 3º, que contiene la autorización legislativa, convence de que sí se podían adoptar por el Gobierno las medidas decretadas.

Fuera de lo dicho, conviene advertir que sirven también de fundamento a los decretos acusados los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, cuyo contenido principal y operancia pasan a expresarse en forma somera.

Al celebrarse la segunda reunión de consulta entre los Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas, verificada en la ciudad de La Habana el día 30 de junio de 1940, se aprobó la Resolución XV, que convirtió la aspiración continental de asistencia recíproca y de cooperación defensiva de las naciones americanas en una realidad jurídica. Al tenor de la citada Resolución la solidaridad continental obtuvo una definición precisa y contractual que la hacía de extraordinaria eficacia. Se realizó en La Habana el tránsito de una simple aspiración teórica a otra de sólido contenido jurídico, donde se concretó la tan deseada cooperación de los pueblos de América.

La Resolución XV está redactada en la siguiente forma: "La Segunda Reunión de Consulta entre los Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas, *declara:* 1º Que todo atentado de un Estado no americano, contra la soberanía o independencia política de un Estado Americano, *será considerado como un acto de agresión contra los Estados que firman esta Declaración;* 2º En el caso de que se ejecuten actos de agresión, o de que haya razones para creer que se prepara una agresión por parte de un Estado no americano contra la integridad e inviolabilidad del territorio, contra la soberanía o la independencia política de un Estado americano, los Estados signatarios de la presente Declaración *consultarán entre sí para concertar las medidas que convenga tomar;* 3º Los Estados signatarios entre todos ellos o entre dos o más de ellos, según las circunstancias, *procederán* a negociar los *acuerdos complementarios necesarios para organizar la cooperación defensiva y la asistencia* que se prestarán en la eventualidad de agresiones a que se refiere esta Declaración".

En la Ley 20 de 1941 el Congreso Nacional impartió su aprobación a la referida Resolución, espina dorsal del sistema panamericano de solidaridad política y de defensa colectiva del Continente. Debe considerarse ahora el alcance que tenga la aprobación legislativa de la Resolución XV de La Habana.

Con la mencionada aprobación legislativa la Resolución XV se ha transformado, por virtud de su inciso 3º, en un conjunto de facultades precisas y temporales otorgadas al Presidente de la República para celebrar con posterioridad los acuerdos complementarios que fueren necesarios para asegurar la cooperación defensiva y la asistencia recíproca a que se refiere dicha Resolución. Esas autorizaciones, nacidas de un compromiso internacional pero elevadas a la categoría de una norma legal por la Ley 20 de 1941, son evidentemente temporales, porque sólo estarán vigentes en la eventualidad de agresión a que se refiere la susodicha Resolución; además, son precisas, porque se conceden a fin de que el Jefe del Estado celebre con posterioridad los acuerdos internacionales complementarios que desarrollen esa política de cooperación defensiva y de asistencia mutua entre los pueblos americanos, tanto en su vida interna como en los futuros desarrollos de su política internacional.

En desarrollo de tal compromiso internacional sobre celebración de convenios ulteriores tendientes a darle realidad a la política defensiva del Continente americano se reunió la Tercera

Conferencia de Consulta de Cancilleres en Río de Janeiro, durante el mes de enero de 1942, en la cual participó Colombia. Dicha Conferencia recomendó a los Gobiernos que tomaron parte en esa reunión trascendental y la suscribieron, que adoptaran las siguientes medidas:

"I. Impedir, dentro de las Repúblicas Americanas, las operaciones comerciales y financieras contrarias a la seguridad del Hemisferio Occidental, celebradas directamente por los Estados miembros del Pacto Tripartito, por los territorios dominados por ellos, o por sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas; y evitar también las celebradas indirectamente por dichos Estados o por los nacionales de ellos, y las que redunden en beneficio de dichos Estados o territorios y de sus nacionales, quedando entendido que las personas naturales podrán ser exceptuadas de tales medidas si son residentes en una República Americana, y a condición de que queden controladas conforme lo prevé el inciso siguiente".

"II. Vigilar y controlar todas las operaciones comerciales y financieras que celebren, dentro de las Repúblicas Americanas, los nacionales de los Estados signatarios del Pacto Tripartito o de los territorios dominados por ellos, que residan en dichas Repúblicas, y prohibir todas las operaciones de cualquier naturaleza contrarias a la seguridad del Hemisferio Occidental".

También acordó la Conferencia recomendar a los Gobiernos que siempre que una República americana lo estime conveniente y de acuerdo con sus intereses y su propia legislación, y especialmente si alguna de las medidas antes mencionadas, al aplicarse a casos concretos, resultare en perjuicio de su economía nacional, los bienes y las empresas de esos Estados y nacionales que se encuentren dentro de su jurisdicción podrán llegar a ser dados en encargo fiduciario o sometidos a intervención administrativa permanente para efecto de su control.

Para el cumplimiento de los anteriores compromisos internacionales adquiridos por la República, sobre desarorrollo efectivo en la legislación de cada pueblo americano de una política de defensa de los postulados democráticos, el Congreso Nacional de Colombia, por medio del artículo 16 de la Ley 128 de 1941, invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1942, para tomar las medidas indispensables en el orden internacional o interno, para el mantenimiento leal y completo de la política de solidaridad y cooperación interamericana, de acuerdo con los compromisos anteriores de la Nación. Estas facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso, fueron precisadas en los dos incisos siguientes de la disposición citada (artículo 16), donde se señalaron las bases iniciales de nuestra legislación sobre control y administración de bienes extranjeros.

Tales facultades extraordinarias concedidas al Presidente fueron prorrogadas hasta el 31 de diciembre de 1943 por el parágrafo del artículo 13 de la Ley 7ª de 1943, que dice: "Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 31 de diciembre de 1943, para adicionar o modificar los decretos extraordinarios sobre administración y control de algunos bienes extranjeros, dentro de las normas señaladas en el artículo 16 de la Ley 128 de 1941".

Las recomendaciones adoptadas en la Conferencia de Río de Janeiro no fueron materia de una especial y directa aprobación legislativa, quizá porque en la reunión de La Habana ya se había aprobado la Resolución XV, incorporada a nuestra legislación por la Ley 20 de 1941, en la cual los Estados signatarios convinieron en que, según las circunstancias, procederían a negociar los acuerdos complementarios necesarios para organizar la cooperación defensiva y la asistencia que habrían de prestarse, en la eventualidad de agresiones a que se refería la citada declaración. Y siendo las recomendaciones de Río de Janeiro el desarrollo de tal política, quedaban implícitamente comprendidas en la aprobación legislativa contenida en la Ley 20 antes mencionada.

Apoyado el Organo Ejecutivo en los compromisos internacionales de La Habana y de Río de Janeiro, origen de las facultades extraordinarias que le fueron concedidas por las Leyes 128 de 1941 y 7ª de 1943, dictó las medidas sobre control y administración de los bienes de extranjeros y vigilancia de los mismos, contenidas en los Decretos acusados, acomodando tales normas a las modalidades que iba ofreciendo el desarrollo del conflicto internacional.

Es oportuno recordar que el artículo 10 de la Constitución establece que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales, pero subordinados a las condiciones que se establezcan por motivos de orden público. La misma norma permite limitar para los extranjeros las garantías concedidas a los nacionales. El artículo 117 de la Carta le da al Gobierno, en caso de guerra exterior o de conmoción interior, además de las facultades legales, las que conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes rigen para la guerra entre naciones.

De manera que con vista de los fundamentos anteriores concluye la Corte que los compromisos internacionales citados, las disposiciones constitucionales anotadas y las autorizaciones

legislativas nacidas de unos y otras le otorgan a los Decretos acusados un sólido fundamento constitucional y jurídico.

No se justifica, por lo expuesto, la tacha de inexequibilidad que les imputa el demandante a los textos transcritos de los Decretos 1500 y 1552.

* * *

FALLO

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, en uso de la atribución que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional y de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, declara *exequibles*, por ajustarse a la Constitución Nacional, el inciso 1º del artículo 16 de la Ley 128 de 1941; los artículos 3º y 4º del Decreto extraordinario número 2190 de 1941; los artículos 1º, 2º, 3º, 5º, 8º y 9º del Decreto extraordinario número 1500 de 1942 y el artículo 1º del Decreto extraordinario número 1552 del mismo año.

Comuníquese a los señores Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público, notifíquese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Ricardo Hinestrosa Daza, Campo Elías Aguirre, Miguel Arteaga H., José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Francisco Bruno, Isaías Chaves, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta. El Conjuez, *Guillermo Morales Peña.*

SALA DE CASACION CIVIL

Acción reivindicatoria.—Cesión de derechos

Conviene anotar la diferencia entre la cesión de derechos hereditarios, cuando es el caso de este contrato, según se haga por la totalidad de los causahabientes o meramente por alguno o algunos de ellos, particularmente cuando en la cesión se señala determinado bien, diciendo que a él están vinculados los derechos cedidos. En este último evento es ulteriormente, con la partición, cuándo y cómo viene a saberse si se confirma lo dicho al ceder por coincidir la respectiva adjudicación con ese señalamiento, o si, por haberse adjudicado ese bien a otro u otros de los herederos habrá de procederse como en el caso de venta de cosa ajena, al tenor del artículo 1401 del Código Civil, tan congruente con el 789 del mismo. Claramente se ve que esta contingencia no puede presentarse en el otro de los eventos antedichos, es decir, cuando hay cesión de todos los causahabientes.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor Carlos Gabriel Gil y la señorita Socorro Gil, hoy señora de Valderrama, como herederos de su padre señor Juan Bernardo Gil, demandaron a la señora Ester Eslava viuda de Gil, hoy señora de Rocha, y a la señorita Reinalda Trujillo Eslava, como cónyuge sobreviviente y heredera, respectivamente, del señor José María Trujillo, en juicio ordinario de reivindicación, a fin de que se las condene a entregar con sus frutos a la sucesión de Juan Bernardo Gil el derecho por valor de trece mil pesos sobre un avalúo de veintisiete mil pesos dado al total, en el terreno *Los Laches*, partido de Chitagoto, Municipio de La Paz, cuyos linderos expresa el libelo, que se adjudicó a Juan Bernardo en la mortuoria de Florentino Gil en el año de 1907, según título acompañado a la demanda.

Repartida ésta al Juzgado 1º del Circuito de Soatá y admitida en agosto de 1930, no vino a tener la causa su marcha efectiva sino diez años después, en forma que el auto de apertura a prueba es de 17 de septiembre de 1940, sin duda por las dificultades que sobrevinieron para notificar la demanda, así como la denuncia del pleito, gestión ésta de que prescindieron las demandadas.

El 20 de junio de 1941, tramitada la primera instancia, la decidió el Juzgado único del Circuito de Soatá negando el decreto de entrega y declarando no haber lugar al pago de frutos. Sin costas.

Apelada esta sentencia por ambas partes, el Tribunal Superior de Santa Rosa, surtida la tramitación legal, la reformó en el sentido de absolver a los demandados de todos los cargos de la demanda, sin lugar a condenación en costas, el 27 de octubre de 1942.

El apoderado de los demandantes interpuso oportunamente casación, y no vino a concederse el recurso hasa octubre de 1943, por las dudas y discusiones que ocurrieron sobre la cuantía y por la actuación a que dieron lugar.

Antecedentes.

Por escritura número 226, otorgada ante el Notario de Sátiva Norte el 30 de mayo de 1906, es decir, antes de la mencionada adjudicación, Juan Bernardo Gil había gravado sus derechos en la sucesión de su hermano Florentino, con expresión de estar vinculados en determinados bienes, entre ellos el fundo *Los Laches*, en favor de José María Trujillo, para asegurarle los $ 80.000 de la moneda de esa época recibidos en préstamo de este señor, a quien dijo entregar tales derechos en anticresis. Y una vez hecha aquella partición, Juan Bernardo otorgó en favor de Trujillo la escritura número 322, del 27 de agosto de 1907, en dicha Notaría, para asegurarle con hipoteca y, como queda expresado, con anticresis, los $ 120.000 de la aludida moneda

a que aquella deuda se elevó. Esta nueva escritura precisa las respectivas fincas y derechos citando aquel título, es decir, la adjudicación en la mortuoria de Florentino Gil, que en lo tocante a *Los Laches* fue un derecho por $ 13.000 sobre un avalúo del total en $ 27.000, como ya se indicó.

Murió Juan Bernardo el 11 de abril de 1909. Su viuda, señora Andrea Gómez, y los hijos de este matrimonio Alfredo, Antonia, Socorro, Miguel, Carlos Gabriel, Waldina y Juan Bernardo, se hicieron presentes en su causa mortuoria, donde a la señora Andrea se reconoció su calidad de cónyuge sobreviviente y los mencionados hijos fueron declarados herederos.

Alfredo Gil vendió a Trujillo sus derechos en la sucesión de su padre por escritura número 618, el 20 de diciembre de 1920; y en escritura número 48, de 21 de febrero de 1921, Trujillo adquirió los derechos de los herederos restantes de Juan Bernardo y los de la señora Andrea en la sucesión de este señor, vinculados en el terreno *Los Laches*, el que dicen transferirle en la referida cuota.

Estas escrituras en favor de Trujillo, ambas de la Notaría de Sátiva Norte, hablan de la anticresis e hipoteca mencionadas, con cita de sus respectivos antedichos instrumentos, para manifestar que la deuda total y esos gravámenes se hallaban vigentes a la muerte de Juan Bernardo y que ahora se cancelaban, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula respectiva de una y otra de aquellas escrituras de enajenación, que termina diciendo que quedan sin valor las citadas de obligación y gravamen.

La señora Andrea Gómez viuda de Gil murió en 1927, dejando como herederos a sus hijos Gil Gómez, entre ellos los actuales demandantes. Su causa mortuoria se protocolizó en 1929.

Muerto el señor José María Trujillo, en su mortuoria, protocolizada en la Notaría de Soatá con el número 127, de 28 de julio de 1932, su cuota de dominio en *Los Laches* se adjudicó a su hija Reinalda.

Sentencias de instancia.

El Juzgado funda su negativa en que no se trata de un cuerpo cierto, ni de una cuota determinada proindiviso de una cosa singular y, por ende, falta un elemento indispensable para la procedencia de la acción reivindicatoria. Cree él que para considerar llenada esta última exigencia entendiendo demandadas trece veintisieteavas partes de *Los Laches*, habría que alterar la demanda, la cual, según él, tal como se formuló demandando un derecho por cierto valor en una finca, no llena aquel requisito.

El Tribunal, apartándose de esa opinión, entra a estudiar el problema planteado y llega a su conclusión absolutoria por razones que se resumen así: los demandantes no pueden pretender que siga siendo de la sucesión de su padre lo que éste adquirió en 1907, porque todos sus causahabientes otorgaron las referidas escrituras de enajenación de 1920 y 1921. Y no pueden invocar contra éstas las tachas que hacen a su registro, porque ellos fueron vendedores. Además, en esta calidad están obligados al saneamiento, y a este respecto se agrega que lo está también la señora Andrea y, por consiguiente, sus herederos. Añade el Tribunal que por esas escrituras de adquisición el adquirente Trujillo entró a ser poseedor de aquello de que venía siendo tenedor como acreedor anticrético y que, siendo a la vez esas escrituras de enajenación y de cancelación, si de ellas se prescindiera, habría de reputarse vigente la anticresis y con ella su concomitante derecho de retención.

El recurso.

La demanda de casación se divide en tres capítulos: en el primero se relatan los antecedentes, en el segundo se formulan los varios cargos que en seguida aquí se enumeran para estudiarlos en su orden, dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del Código Judicial, y en el tercero se aduce el segundo motivo del mismo artículo.

Los cargos formulados dentro del motivo 1º son éstos: 1º Errónea interpretación y aplicación indebida del artículo 2467 del Código Civil, por invocar el Tribunal como fundamento de su decisión el derecho de retención del acreedor anticrético, olvidando —dice el recurrente— que en este juicio no se está discutiendo el crédito garantizado con anticresis, sino que es de reivindicación, al cual corresponde el artículo 946 de esa obra, violado también, en cuanto se dejó de aplicar. Tanto son diferentes los dos casos y aun opuestos entre sí, la reivindicación y la restitución de lo que se ha dado en anticresis, que el acreedor anticrético al recibirla así reconoce el dominio de su deudor, al paso que el poseedor demandado en reivindicación opone su dominio, presunto al menos, al demandante. Por la misma razón se violaron los artículos 762, 765 y 2461 de ese Código, por confundir la posesión con la mera tenencia, que es lo único que corresponde al acreedor anticrético, con olvido y quebranto también de los artículos sobre tenencia y del 2464, conforme al cual la falta de pago no hace dueño a ese acreedor.

Se considera: el Tribunal no ha confundido esos dos estados legales, ni la mera tenencia con la posesión. Por el contrario, anota que Trujillo fue mero tenedor mientras fue acreedor anticrético, y que al comprar la cosa dada en anticresis entró a ser poseedor, con la coincidencia

de que en un mismo instrumento se pactaran la compra y la cancelación de la deuda asegurada con hipoteca y anticresis de esa misma cosa comprada. El Tribunal no ha dicho que Trujillo se hiciera dueño por no habérsele pagado, pues claramente se halla su reconocimiento de que si Trujillo adquirió en dominio esa cosa fue por habérsele transferido por los causahabientes de Juan Bernardo Gil en escrituras que el Tribunal cita y analiza.

Presentando el Tribunal en vía de hipótesis la prescindencia o supresión de las escrituras de venta, contentivas también, como ya se dijo, de la cancelación de la deuda y sus garantías, hace ver que con ello se dejarían en pie estas mismas y el consiguiente derecho de retención. Este razonamiento, tan lógico como sencillo, lo formula el Tribunal principalmente para aclarar la recíproca situación de quienes eran a la vez deudores como causahabientes del deudor primitivo y vendedores de lo pignorado, por una parte, y por otra, del acreedor que cancela crédito y garantías por ser adquirente del bien materia de éstas, en compra o a título de dación en pago.

2º Violación de los artículos 2641 y 2673 del Código Civil y 38 de la Ley 57 de 1887, por haber admitido el Tribunal las citadas escrituras de transferencia en favor de Trujillo sin estar registradas en debida forma, en cuanto no lo fueron en el libro de registro de causas mortuorias ni en el Libro 2º, sino en el Libro 1º, cual si se hubiese vendido en todo o en parte un bien inmueble como cuerpo cierto, siendo así —dice— que esos contratos fueron de cesión de derechos hereditarios, por más que se indicara la vinculación de ellos a determinada finca.

El Tribunal recalca sobre que era obligación de los demandantes como vendedores la de entregar la cosa vendida y que la entrega o tradición de inmuebles se efectúa por medio del registro (Código Civil, artículos 1880 y 756), para deducir que no pueden invocar en su provecho las faltas en que al respecto se incurriera. Pero ello es que, quienquiera que sea el obligado a proveer al registro y el culpable de no haberse hecho éste en debida forma, el instrumento que se halla en la consiguiente situación no hace fe en juicio, según el artículo 2673, de cuya violación se acusa, como se acusa igualmente de quebranto del artículo 38 de la Ley 57 de 1887.

Se considera: esta última disposición creó el Libro de Registro de Causas Mortuorias para la inscripción de los títulos o actos originados en un juicio mortuorio. Las escrituras de que se trata, no siendo de esta clase u origen, no tenían por qué llevarse a ese libro, a diferencia del decreto de posesión efectiva o de separación, por ejemplo, o la partición, su sentencia aprobatoria, etc. No es, pues, admisible el cargo de quebranto de ese artículo 38.

Teniendo en cuenta, como es de rigor, las peculiaridades del presente caso, se halla que por medio de las escrituras en cuestión, el cónyuge sobreviviente y la totalidad de los hijos de Juan Bernardo Gil transfirieron a Trujillo como cuerpo cierto el predio de *Los Laches*, en su cuota referida, citando como título la adjudicación hecha al causante en 1907 y aduciendo, en lo tocante a su personería y capacidad de vender, sus dichas calidades de viuda y herederos.

Esas escrituras citan las de obligación de Juan Bernardo a favor de Trujillo, de que se ha hablado ya aquí, ponen de presente que la deuda total la aseguró aquél con hipoteca y anticresis de su cuota en *Los Laches*, y que todo ello estaba vigente al morir el deudor, y concluyen con la cancelación de deuda y cauciones.

Pero no es sólo de la circunstancia significativa de traer a cuento estos antecedentes y de establecer relación de causalidad entre ellos y la transferencia, de donde se deduce que ésta tuvo la calidad mencionada, sino también de la redacción misma de las escrituras de traspaso, según las cuales transfieren los que forman la parte vendedora "en venta real y enajenación perpetua los derechos y acciones que por herencia del señor Juan B. Gil, esposo de la primera y padre de los siguientes, les corresponden o puedan corresponder en un terreno ubicado en el sitio de *Los Laches*, vereda de Chitagoto de esta jurisdicción, alinderado así...." Y agregan: "El terreno que por esta escritura se vende lo dejó empeñado el esposo y padre de los vendedores señor Juan Bernardo Gil, al mismo comprador señor Trujillo por instrumentos números doscientos veintiséis y trescientos veintidós, otorgados en esta misma Notaría en los días 30 de mayo de 1906 y 27 de agosto de 1907, respectivamente, quedando por consiguiente nulos, sin ningún valor ni efecto dichos instrumentos en todas sus partes". En seguida vienen las declaraciones sobre libertad y entrega correspondientes a la venta de inmuebles, según es de uso y costumbre.

Así las cosas, lo procedente para el registro era la inscripción en el Libro número 1º, de conformidad con el numeral 1º del artículo 2641 del Código Civil.

No incurrió, pues, el Tribunal en quebranto del artículo 2673 de ese Código al apreciar aquellos instrumentos de transferencia.

Conviene anotar la diferencia entre la cesión de derechos hereditarios, cuando es el caso de

este contrato, según se haga por la totalidad de los causahabientes o meramente por alguno o algunos de ellos, particularmente cuando en la cesión se señala determinado bien diciendo que a él están vinculados los derechos cedidos. En este último evento, es ulteriormente, con la partición, cuándo y cómo viene a saberse si se confirma lo dicho al ceder por coincidir la respectiva adjudicación con ese señalamiento, o si, por haberse adjudicado ese bien a otro u otros de los herederos, habrá de procederse como en el caso de venta de cosa ajena al tenor del artículo 1401 del Código Civil, tan congruente con el 779 del mismo. Claramente se ve que esta contingencia no puede presentarse en el otro de los eventos antedichos, es decir, cuando hay cesión de todos los causahabientes.

Para rechazar el cargo de violación del citado artículo 2674 basta lo antedicho, a que se agrega que aquí no se trata de terceros.

3º Violación del artículo 1759 de esa obra, al declarar el Tribunal que la falta del competente registro no tiene trascendencia y al establecer una distinción que la ley no hace entre otorgantes y terceros en cuanto desoye los reparos al registro a pretexto de que quienes los formulan aquí como actores fueron otorgantes como vendedores. Insiste en este numeral el abogado de los recurrentes en sus cargos sobre violación de los citados artículos 2673 y 2674, y agrega el de quebranto del artículo 1857 del mismo Código, diciendo que con su proceder ha olvidado el Tribunal que los contratos sobre inmuebles requieren escritura pública y los ha identificado con los contratos sobre bienes muebles.

Se considera: sobre los cargos relativos a los artículos 2673 y 2674 sería inoficioso repetir lo que acaba de decirse para rechazarlos. Y en cuanto al artículo 1857, aquí no faltó el instrumento público requerido por él para la perfección del contrato en la venta de bienes raíces, de servidumbres y de sucesión hereditaria.

Además, el Tribunal no declara ni conceptúa que los otorgantes estén libres de las obligaciones que sobre registro establece la ley, ni formula distinción a ese respecto entre ellos y los terceros.

Añade el Tribunal que si los reparos sobre registro formulados por los demandantes se les aceptasen, y, por ende, dejaran de tomarse en cuenta esas escrituras de venta, que también son de cancelación, al desaparecer así ésta del proceso, quedando en pie el crédito cancelado y su anticresis accesoria, el consiguiente derecho de retención del acreedor anticrético impediría condenarlo a entregar.

Y sobre este punto conviene tener presente qué es lo demandado. Los actores, tras de indicar contra quiénes se dirigen, formulan su intención o parte petitoria, diciendo que los demandan "para que por sentencia definitiva sean condenados a entregar dentro del término legal a la sucesión del señor Juan Bernardo Gil, representada por sus herederos, entre los cuales nos encontramos nosotros, un derecho por valor de trece mil pesos en el terreno denominado *Los Laches*, ubicado en la vereda de Chitagoto, en jurisdicción de La Paz, avaluado todo en veintisiete mil pesos y alinderado en general así: ....."

4º Violación de los artículos 1880, 1894 y 1896 del Código Civil, aquél por errónea interpretación y éstos por aplicación indebida, así: el Tribunal procede en el concepto de que el vendedor es quien debe proveer al registro del instrumento de venta, al que siempre atiende el comprador; y al aducir como motivo de su fallo la obligación de sanear, procede como si se estuviera ante un caso de saneamiento.

Se considera: ya se dijo qué es lo que por ley corresponde al vendedor en el sentido completo de su obligación de entregar, comprensiva del registro en debida forma.

Lo del saneamiento se refiere a que Andrea Gómez asumió esa obligación al vender y que a esto procedió por sí y en representación de los hijos suyos que a la sazón eran aún menores, Carlos Gabriel, Waldina y Juan Bernardo. El cargo es inadmisible, tanto porque lo es que el vendedor procure la evicción que ha de sanear, cuanto porque la alusión a este hecho tan incidental la hace el Tribunal como argumento que corrobora sus razones fundamentales ya vistas.

Por lo demás, es un hecho acreditado en el proceso que de los hijos de Juan Bernardo Gil declarados herederos suyos como atrás se dijo, los que vivían aún cuando murió Andrea Gómez fueron los herederos de esta señora, entre ellos los demandantes actuales. Y sabido es que los herederos responden de las obligaciones transmisibles del *de cujus* (artículo 1155 del Código Civil). Entre esos herederos de uno y otra como sus hijos legítimos, se hallan los demandantes.

5º Vuelve aquí el recurrente a su cargo relativo al registro, interpretando los razonamientos del Tribunal en forma que éste, según aquél, abroga para los otorgantes y deja vigentes sólo para los terceros las disposiciones legales que impiden tomar en cuenta las escrituras públicas no registradas debidamente. Ya se vio qué fue lo que en realidad opina y expone el Tribunal en relación con los reparos que los demandantes hacen al registro de las citadas escrituras de venta. Inoficioso sería repetirlo.

Y agregan en este cargo el de violación de los artículos 1740 a 1743 del Código Civil y 15 de la Ley 95 de 1890, por no haber acogido las

objeciones del demandante Carlos Gabriel Gil a la venta de sus derechos, en razón de haber procedido a ella su madre, en su representación, siendo él menor de edad entonces.

Este cargo es también improcedente. El juicio no versa sobre rescisión de ese contrato. La nulidad aludida no es absoluta. Esto es, en suma, lo que el Tribunal observó al respecto. No sobra añadir que la disposición que habría cabido citar si este cargo fuera procedente, no sería el artículo 1742 antedicho, en lo que a éste respecta, subrogado como quedó por el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, ni sería tampoco éste, subrogado como ha sido por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

6º Violación de las referidas disposiciones sobre registro, interpretadas erróneamente unas e indebidamente aplicadas otras, al decir del recurrente, quien deduce este cargo de la circunstancia de haber hallado el Tribunal algunos vacíos en el registro de la mortuoria de Florentino Gil en que se formó, como aquí se ha expuesto y repetido, el título de Juan Bernardo Gil, de donde arranca la presente controversia.

Para declarar inadmisibles los cargos de este grupo, que es el final de los que la demanda de casación formula dentro del motivo 1º del artículo 520 del Código Judicial, basta observar que no inciden en casación por cuanto, aunque en sí prosperaran no se deduciría de ahí la infirmación del fallo recurrido, puesto que él no se basa en los aludidos vacíos o defectos, sino en los fundamentos ya analizados en la presente sentencia.

Deducida de éstos la absolución por ella pronunciada, sólo a mayor abundamiento entró el Tribunal a analizar aquel título; pero ello es que la absolución de la parte demandada no se funda en que al padre de los demandantes no le quedara bien adjudicado lo que le señaló la partición en la mortuoria de Florentino, porque el registro no fuera perfecto o completo, sino en que todos los causahabientes de Juan Bernardo Gil, entre ellos los demandantes, transfirieron a José María Trujillo lo que a Juan Bernardo adjudicó aquella partición, por lo cual no les asiste la acción reivindicatoria incoada. Se ve, pues, que para decidir sobre este pie, como el Tribunal lo hizo, los defectos supuestos o efectivos de que adoleciera ese título de 1907 no tuvieron influencia en el fallo.

De resto, cabe anotar que los litigantes no han contendido sobre ese título, cuya validez es afirmada por ambas partes: por la actora, como base y razón de ser de su acción, y por la demandada, como eje de su defensa, la que estriba en su adquisición de eso mismo que por tal título adquirió Juan Bernardo y que sus causahabientes transfirieron a Trujillo.

* * *

El motivo 2º de los del artículo 520 del Código Jundicial, o sea no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, lo funda la demanda de casación en que el Tribunal entre sus razonamientos aduce el de estar los demandantes por sí y como herederos de Andrea Gómez obligados al saneamiento, y en que el juicio no versa sobre saneamiento, ni éste fue materia del debate.

Salta a la vista lo improcedente del cargo. En primer lugar, la parte resolutiva del fallo nada dispone sobre saneamiento, del que se habla en la motiva ocasionalmente a guisa de corroboración de los argumentos aquí referidos como principales; y en segundo lugar, dicho motivo 2º no cabe sino cuando se sentencia *extra* o *ultrapetita* o se dejan de considerar las acciones o excepciones respectivas, nada de lo cual ha sucedido en el presente caso.

* * *

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 Santa Rosa de Viterbo en este juicio el veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo de los recurrentes.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

ACCION DE DOMINIO

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Para la mejor comprensión de este negocio es indispensable hacer una relación histórica de las ocurrencias habidas en él.

El 6 de marzo de 1940 la señorita Elina Lozano y Lozano, por medio de apoderado, presentó demanda civil ordinaria contra Arnaldo y Arnulfo Ramírez, la que fue repartida al Juzgado 3º Civil de este Circuito, y en la cual se pidió que se condenara a los demandados:

"1º A restituir y entregar oportunamente (artículos 549 y siguientes del Código Judicial), a mi poderdante señorita Elina Lozano y Lozano, o a quien legítimamente la represente, el terreno a que alude el hecho 4º de esta demanda, por los linderos y la situación allí determinados, con todas sus anexidades y dependencias.

"2º A pagar a mi mandante, dentro de los seis días a partir de la entrega, la cantidad de un mil pesos ($ 1.000) anuales, contados desde la fecha en que aquélla fue desposeída, suma en que la señorita Lozano L. estima el valor de los perjuicios que se le han ocasionado y continúan ocasionándosele hasta el fallo definitivo.

"3º A pagar, finalmente, el valor de las costas del presente juicio y el de las que llegasen a causarse para la entrega material del inmueble".

Admitida la demanda y corrido el traslado legal, los demandados la contestaron oponiéndose categóricamente a la acción intentada y negando los hechos fundamentales de ella. Dijeron, además, en la contestación:

"La finca a que se refiere el actor, llamada *Guayabal* o *Piedra Volada*, se halla dividida desde tiempo inmemorial en dos partes: una que conservó el nombre del globo general, y la otra que fue denominada *La Pampa*. Sobre ésta mis representados no desconocen al actor los derechos que pueda tener, pero sobre aquélla, es decir, sobre la parte del terreno que conservó el nombre de *Guayabal* o *Piedra Volada* sí, pues dicha parte pertenece exclusiva y legítimamente a mis representados, y sus linderos son: (aquí ellos).

"De suerte, señor Juez, que mis mandantes no pretenden en manera alguna desconocer al actor lo que en justicia y derecho pueda pertenecerle, pero tampoco están dispuestos a permitirle se quiera apropiar del lote cuya situación y linderos se han dejado establecidos, porque dicho inmueble es de la exclusiva propiedad de mis representados. En efecto: el señor Aurelio Ramírez M., padre de los demandados, estuvo en tranquila, pacífica e ininterrumpida posesión del citado inmueble por más de veinte años, y a partir de su muerte, ocasionada el veinticinco de noviembre de 1930, mis mandantes han seguido poseyendo, agregando en esta forma su posesión a la anterior, lo que equivale a decir que los demandados han poseído en forma no interrumpida y por un lapso mayor de treinta años la tántas veces mencionada finca; han ejercido sobre ella verdaderos actos de señor o dueño; han mantenido en ella sus animales, han sembrado y cosechado, han dado estancias, han arrendado potreros, etc. En una palabra, es a los demandados a quienes todo el Corregimiento de Pasquilla reconoce como dueños y señores del lote alindado, como lo probaré en tiempo oportuno".

Como consecuencia de lo dicho, el apoderado de los demandados propuso "la excepción perentoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y extintiva de la acción".

Agotada la tramitación de la primera instancia, el Juez del conocimiento pronunció la sentencia del veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta, cuya parte resolutiva dice:

"1º Los demandados Arnaldo y Arnulfo Ramírez Espinosa están obligados a restituir y a entregar a la señorita Elina Lozano y Lozano, dentro de los seis días siguientes al en que se ejecutorie este fallo, el terreno que ocupan dentro del globo de tierra denominado *Piedra Volada*, y que pertenece en su totalidad a la misma señorita, según los siguientes linderos: Partiendo de una piedra marcada con la letra B, situada en la orilla del *Chorro del Saltonal*, en las inmediaciones de la casa que habita o habitaba Belarmino Otálora; de este punto en línea recta a una piedra marcada con la letra A, que está entre la quebrada de *La Estancia*, en las inme-

diaciones de la casa que habitaba Ignacio Salazar; de este punto, siguiendo la misma dirección por la cuchilla de *Los Volcanes* y pasando por una piedra laja, hasta donde se encuentra el mojón número trece (13), lindando en esta extensión, en una parte, con el lote que se adjudicó a la señora Clotilde Ramírez de Acosta, y en la otra, con propiedad del señor Guillermo A. Ramírez; de este punto, volviendo a la izquierda, línea recta a la cima más alta de *Las Peñas* y al *Pantano del Altar*, lindando en ese costado con propiedad del señor Prudencio Ramírez; de este punto, volviendo a la izquierda por toda la cresta de la cordillera, a dar a la cima de *El Pailón*, donde hay un mojón marcado con el número cinco (5), lindando en este costado con la antigua hacienda de *Fusunga;* de este punto, en dirección oriental, al nacimiento del *Chorro del Saltonal*, donde hay un mojón, por todo el curso del chorro, aguas abajo, hasta dar al primer lindero, en el mojón letra B ya citado, lindando en toda esta parte con la antigua hacienda de *El Diamante*, de propiedad de los herederos del señor Eladio B. Ramírez'.

"Sin costas".

Como se ve, nada se decidió en la parte resolutiva de este fallo en relación con el 2º punto petitorio de la demanda, ni con la excepción de prescripción propuesta por los demandados, no obstante haberse estudiado ambos extremos en la motivación de él.

En virtud de apelación interpuesta por los demandados, subió el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial, donde se le dio la tramitación propia del segundo grado, pero cuando llegó la oportunidad de pronunciar la sentencia respectiva advirtió el Tribunal que la apelación no había sido concedida a la parte demandada, que era la apelante, sino a la demandante, que no había interpuesto el recurso, y considerando que no había adquirido jurisdicción ordenó devolver el expediente al Juez *a quo* para que concediera el recurso a la parte que lo había interpuesto, decisión que adoptó el Tribunal en providencia fechada el veintiocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

Concedido el recurso en debida forma por el Juez *a quo*, subió de nuevo el asunto al Tribunal, en donde una vez surtida la segunda instancia, se dictó la providencia del once de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, por medio de la cual se revocó "la sentencia apelada, para el solo efecto de que por el señor Juez *a quo* se éntre a dictar nuevamente el fallo que corresponda, teniendo en cuenta las observaciones consignadas en este proveído".

Dijo entonces el Tribunal:

"Según la relación que se ha hecho, el Juzgado *a quo* declaró fundada la acción reivindicatoria propuesta, y en armonía con esta conclusión hizo la declaración pertinente sobre restitución del inmueble. Pero olvidó el señor Juez del conocimiento pronunciarse sobre la defensa propuesta por la parte demandada al descorrer el traslado. Si bien es cierto que en la parte motiva del fallo se estudió la excepción de prescripción y se consideró que no era fundada, también lo es que en la parte resolutiva nada se decidió al particular.

"Se observó, además, que en relación con la petición segunda del libelo también se guardó silencio en la parte resolutiva de la sentencia. Se estudió la condena en relación con los perjuicios demandados, pero a pesar de haberse hallado improcedente en la forma propuesta nada se dijo o resolvió en concreto sobre este pedimento, y si bien la parte demandante nada objetó al particular, esto no quiere decir que el fallo deje de resultar igualmente incompleto por este otro aspecto, toda vez que dejó de definirse uno de los puntos petitorios de la demanda".

Contra este fallo del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandante, el que le fue negado por auto del veintidós de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el cual dijo el Tribunal:

"Como en el presente caso no se ha dictado sentencia de segundo grado, toda vez que la Sala se limitó a revocar la de primera instancia, por medio de un auto interlocutorio y para el solo efecto de que entrara a dictarse teniendo en cuenta las observaciones que allí se consignaron, resulta improcedente el recurso de casación que por medio del anterior memorial se propone por el señor personero de la demandante.

"Por tanto, el Tribunal, en Sala de Decisión, se abstiene de considerar el recurso de casación propuesto".

Negada por el Tribunal la reposición de ese auto, pedida por la parte interesada, y ejercitado por ésta, en forma legal, el recurso de hecho, la Corte, en providencia fechada el veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y dos lo admitió y consideró mal denegado el de casación, por lo cual ordenó devolver el expediente al Tribunal para que, si por los demás aspectos señalados por la ley era procedente, lo concediera, lo que hizo el Tribunal, por último, en auto del tres de agosto del mismo año.

Venido el negocio a la Corte se declaró admisible el recurso y se ordenó darle la tramitación correspondiente.

El recurso.

Dos cargos formula el apoderado de la parte recurrente contra el mencionado fallo del Tribunal, a saber:

I. Con apoyo en la segunda de las causales enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial, lo acusa por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Dice el recurrente que "es evidente que la sentencia recurrida no desató ni decidió en forma alguna la litis oportunamente planteada por las pretensiones opuestas de las partes", toda vez que el Tribunal, no obstante ser competente para decidir el asunto en el fondo, cosa que debía haber hecho de acuerdo con la ley, se limitó a revocar la sentencia del Juez *a quo*, "para el solo extraño efecto de que por aquél se entre a dictar nuevamente el fallo que corresponda", por lo cual es claro que debe casarse la referida sentencia del Tribunal, con arreglo a la causal invocada.

II. Como segundo motivo de casación aduce el recurrente, de acuerdo con el ordinal 7º del artículo 520 citado, el "haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarádolo así en el fallo".

"Pretende el Tribunal —dice— que este negocio debe, por segunda vez, volver al Juzgado *a quo* para que allí se enmienden las anomalías de que, en concepto del Tribunal, adolece el fallo de primera instancia", anomalías que atrás quedaron puntualizadas, y agrega:

"Tenemos, pues, que el Tribunal Superior de Bogotá se abstuvo, sin razón alguna, de proferir el fallo de segunda instancia a que estaba obligado, puesto que el que dictó no puede, legalmente, tener efecto alguno. Entonces, o la honorable Corte Suprema de Justicia encuentra, como lo espero, fundada la primera causal alegada y falla el pleito en el fondo, o sin duda alguna debe acoger la causal que presento como subsidiaria, y, de acuerdo con el artículo 540 del Código Judicial, remitirá el negocio al Tribunal de origen para que éste dicte el correspondiente fallo".

Estudio de los cargos.

En concepto de la Sala no es admisible el primero de los cargos hechos por el recurrente, porque no habiendo el Tribunal decidido el asunto en el fondo, no puede sostenerse que el fallo acusado sea incongruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; pero sí resulta fundado el segundo, o sea el formulado con apoyo en el ordinal 7º del artículo 520 del Código Judicial, porque el Tribunal, so pretexto de que el Juez *a quo* no resolvió el segundo punto petitorio de la demanda, ni la excepción de prescripción propuesta por los demandados, se abstuvo en realidad de fallar el negocio, no obstante ser competente para ello y ordenárselo así el artículo 481 del Código Judicial, que equivale a lo que disponía el 19 de la Ley 72 de 1890, que decía:

"Siempre que un Juez Superior, ya sea la Corte Suprema u otra entidad judicial, conozca de algún asunto por apelación o consulta, y haya de reformar o revocar un auto o sentencia del inferior por no estar ajustados a las leyes, ya sea en cuanto al procedimiento, ya en cuanto a la apreciación de pruebas o a la aplicación del derecho, dictará el auto o sentencia superior de modo que en éstos se resuelva el punto y no tenga que volverlo a decidir un Juez inferior".

El Tribunal, en vez de proceder en la forma indicada, que era lo legal, se abstuvo de dictar la sentencia de fondo que ha debido dictar, y se limitó a revocar la sentencia de primer grado para el solo efecto de que el Juez *a quo* decidiera de nuevo el asunto, teniendo en cuenta las observaciones hechas por aquél.

El apoderado en casación de Arnaldo Ramírez, al oponerse a la demanda, alega que ésta no es admisible, porque el recurrente no cita las disposiciones sustantivas que considere violadas por la sentencia del Tribunal, pero como no se trata de cargos apoyados en violación de ley, es suficiente demostrar que el Tribunal se abstuvo de fallar el negocio en segundo grado, para que la sentencia sea casable con arreglo al ordinal 7º del citado artículo 520 del Código Judicial, que es lo que ha ocurrido en el presente caso.

Es, pues, admisible el aludido cargo y debe infirmarse la sentencia acusada, no para que la Corte dicte fallo de instancia, sino para que el Tribunal pronuncie el que se abstuvo de proferir, como lo ordena el artículo 540 del Código Judicial.

A virtud 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 proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha once de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, y en su lugar ordena devolver el expediente al mencionado Tribunal para que, como lo ordena el artículo 540 del Código Judicial, dicte el fallo de fondo que considere procedente.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

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

Acciones de reivindicación y de liquidación de una pretendida sociedad de hecho

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

La acción incoada en este proceso se funda en los siguientes hechos que pasan a extractarse:

1º Que hace aproximadamente diez años que la señora Rosa Amelia Bedoya formó con el señor Daniel Sánchez una sociedad en forma verbal, conviniéndose el objeto, forma, interés y participaciones iguales para ambos asociados;

2º Que, en ley de comerciantes, ambos tomaron interés en las operaciones del establecimiento llamado "Industrial Eléctrico", situado en la ciudad de Medellín, ejecutando las operaciones Sánchez en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuentas y dividir utilidades o pérdidas en la proporción convenida;

3º Que de dicha asociación resultó un lucro aproximado de ocho mil pesos moneda legal ($ 8.000.00), representado en el almacén de que se viene hablando;

4º Que Sánchez, en presencia del Juzgado y en actuación de secuestro previa al juicio, reconoció que las existencias del referido almacén pertenecían, por mitad, a él y a la demandante;

5º Que éstos vivieron bajo un mismo techo, en relaciones extramatrimoniales, cuyo fruto fue el nacimiento de una hija, bautizada como legítima, pues venían aparentando un matrimonio;

6º Que luégo la actora, por motivos de moralidad, suspendió esas relaciones, como también por malversación de bienes por parte de Sánchez, por lo cual instauró este juicio.

El proceso.

El doctor Ernesto Marulanda, en representación de la señora Rosa Amelia Bedoya, demandó en juicio ordinario a Daniel Sánchez, para que, por los trámites respectivos, se dividan materialmente los bienes existentes en el almacén conocido en la ciudad de Medellín con el nombre de "Industrial Eléctrico" y, en subsidio, para que se proceda al avalúo y venta de los mismos y a repartir su producto, en proporciones iguales, entre los litigantes.

En oportunidad se corrigió o modificó la demanda, formulándose las siguientes súplicas:

"Que la acción que intentó es la de reivindicación de los bienes que corresponden a la mitad de los inventariados, según lo expresa la diligencia de secuestro y embargo preventivo verificada en tal juicio.

"En subsidio, pido para mi mandante la liquidación y entrega de los bienes de su propiedad, si se tratare de una sociedad de hecho, como en efecto lo es y a que se refiere el artículo 2083, aun a pesar de que no creo que sea el caso, implicando en todo caso la reivindicación correspondiente".

Finalizó la primera instancia el Juez 4º Civil del Circuito de Medellín, en sentencia fechada el 23 de junio de 1941. Por medio de ella se decide que no es el caso de declarar que la Bedoya es dueña de la mitad de los bienes demandados; se declaran no probadas las excepciones propuestas; se ordena la liquidación de operaciones efectuadas por la sociedad de hecho que formaron los litigantes, siguiendo la regla de la comunidad de bienes y se les manda que designen un liquidador. Sin condenación en costas.

La sentencia acusada.

Ambas partes interpusieron recurso de apelación y correspondió fallar la segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, quien en sentencia de 27 de mayo de 1942 confirma la apelada, con la modificación de que la liquidación de operaciones se hará hasta el día en que ella se verifique; que a cada una de las partes corresponde la mitad en los bienes que se liquiden; y que ella se decreta como consecuencia de la nulidad o inexistencia de la sociedad formada por Daniel Sánchez y Rosa Amelia Bedoya, en documento de 30 de abril de 1940, nulidad que se declara por ser absoluta y manifiesta. No se condena en costas.

Considera el Tribunal que de las pruebas exhibidas resulta evidenciado que el almacén llamado "Industrial Eléctrico" es de propiedad

de las partes contendoras, por porciones iguales, y que entre ellas se pactó una sociedad comercial con término de diez años para la explotación de aquel negocio, repartiéndose pérdidas y ganancias por iguales y requiriéndose el consentimiento de ambos para disponer de esa existencia, según consta en documento privado firmado por los litigantes el 30 de abril de 1940.

Al entrar a estudiar el Tribunal la naturaleza jurídica del pacto celebrado entre el actor y la opositora, para deducir las consecuencias respectivas, concluye que no se trata de una simple comunidad de bienes porque ésta se constituye sin vínculo contractual y porque en ella no hay nunca ánimo de asociarse, ni de repartir utilidades o pérdidas de un negocio explotado en común, como aceptan ambas partes que fue su ánimo al fundar el negocio.

Acepta el Tribunal que tampoco se configura aquí una asociación o cuentas en participación, a que aluden los artículos 629 y siguientes del Código de Comercio, porque el convenio no se otorgó para la realización de una o más operaciones mercantiles determinadas, instantáneas o sucesivas, sino para la explotación de un comercio o industria que conlleva múltiples operaciones indeterminadas o por largo espacio de tiempo.

Con vista de lo expuesto concluye el sentenciador de segundo grado que se trata de un convenio sobre sociedad mercantil celebrado entre Sánchez y la Bedoya, pero que no habiéndose celebrado por instrumento público, ni cumplídose los demás requisitos legales para la existencia de una sociedad colectiva legalmente constituída y reuniendo los demás requisitos de aquellas convenciones, es indudable que tal contrato quedó en la situación de las llamadas sociedades de hecho y de ahí que cada socio pueda pedir su liquidación en cualquier tiempo. Por lo mismo, debe prosperar el pedimento subsidiario sobre liquidación de la sociedad *de facto*.

El recurso.

Lo interpone el apoderado de la parte opositora en una demanda que, en su forma, no se ajusta a la técnica de esta clase de recursos, dado que alega a través de la segunda causal del artículo 520 del Código Judicial reparos que se refieren a violación directa de ley sustantiva o errores de hecho y de derecho en la apreciación de numerosas pruebas del proceso. Pero deseosa la Sala de cumplir con el precepto legal que ordena no sacrificar el derecho sustantivo de las partes litigantes a formulismos del procedimiento, se apresura a interpretar hasta donde le fuere posible la intención del recurrente.

a) En los capítulos III y IV debe entenderse que alega el recurrente la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial —aun cuando no lo dice—, puesto que acusa la sentencia por evidente incongruencia entre lo pedido y lo fallado, sosteniendo que en la sentencia se resuelve sobre dos peticiones no deducidas oportunamente por los litigantes, pues ordena que se liquiden las operaciones hasta el día en que se verifique tal liquidación, siguiendo las reglas de la comunidad de bienes; y que a cada una de las partes le corresponde la mitad de los bienes que se liquiden. Considera evidente la incongruencia, porque es preciso disolver la sociedad para poder liquidar su haber, y en ninguna parte de la demanda se pretende obtener la declaratoria de la existencia de una sociedad de hecho, ni se ha impetrado su disolución y liquidación.

Estima violados por este concepto los artículos 2124, 2126, 2134, 2138, 2141, 2322, 2323 y 2328 del Código Civil.

Considera la Sala de Casación:

En el libelo original suplicó el actor que se dividan materialmente los bienes existentes en el almacén conocido con el nombre de "Industrial Eléctrico". En subsidio, que se proceda al avalúo y venta de los mismos.

En el libelo de corrección de la anterior demanda solicitó esta declaración: "En subsidio, pido para mi mandante la liquidación y entrega de los bienes de su propiedad, si se tratare de una sociedad de hecho, como en efecto lo es, y a que se refiere el artículo 2083 del Código Civil, aun a pesar de que no creo que sea el caso, implicando en todo caso la reivindicación correspondiente" (sic).

Entre los hechos fundamentales alegados por la actora para servir de soporte al derecho invocado en juicio figura el siguiente:

"1º Hace aproximadamente diez años que mi patrocinada Bedoya entró a formalizar una sociedad de hecho, que legalmente se denomina asociación o cuentas en participación....."

Es suficiente la lectura de las partes anteriores de las dos demandas para rechazar el cargo que hace el recurrente de falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado. La actora sí suplicó la liquidación de las operaciones que constituían el negocio existente entre ella y Daniel Sánchez, fundándose en que existía una sociedad de hecho y en que circunstancias legales la obligaban a dar por terminado dicho pacto social. El hecho de que hubiera manifestado dudas sobre la naturaleza jurídica de la asociación o de que por error de técnica la calificara de cuentas en participación en nada le resta la debida congruencia a lo decidido, en relación con lo solicitado, dado que lo importante en estos casos no es que el actor conozca la naturaleza de la convención *sub judice*, y no se equivoque al denominarla, sino que el juzgador interprete

debidamente la demanda y otorgue el derecho que estime radicado en cabeza del demandante. Es ésta la auténtica función del Organo Judicial y por eso hizo bien el fallador de Medellín cuando reconoció que el pacto celebrado por las partes constituía una sociedad de hecho, por carencia de los requisitos legales.

Ahora bien, una vez determinada la naturaleza de la convención, era de rigor ordenar su liquidación, cosa que podía solicitarse por cualquiera de los socios en todo tiempo, para dar por terminado el vínculo social, suspender las operaciones y proceder a la división del haber común, en la proporción correspondiente a los aportes. Y eso fue precisamente lo suplicado en la petición subsidiaria de la corrección de la primitiva demanda, cuando se impetró "pido para mi mandante la liquidación y entrega de los bienes sociales de su propiedad".

Una vez aceptadas por válidas las anteriores premisas, se justifica la modificación aditiva que hizo el Tribunal fallador cuando dispuso en la sentencia acusada que la liquidación de operaciones se hará hasta el día en que ella se verifique y que a cada una de las partes corresponde la mitad de los bienes. Tal decisión aditiva es consecuencia inmediata de la existencia de la sociedad de hecho, por una parte, y de la liquidación impetrada por uno de los asociados, por otra. Por esa razón, no constituye una resolución *extra petita,* sino que viene tan sólo a aclarar y fijar en sus justos límites la orden de liquidar decretada en el fallo de primer grado.

No son fundados los cargos y deben rechazarse.

* * *

Los otros dos reparos formulados en los primeros capítulos de la demanda pueden extractarse así:

1º Violación de la ley sustantiva por interpretación errónea y aplicación indebida, pues al ordenar la liquidación de la supuesta sociedad de hecho el Tribunal violó el artículo 2083 del Código Civil, al disponer que se liquiden las operaciones sociales sin pedir el actor que se presenten las cuentas y la liquidación de las operaciones anteriores. Y es mucho más manifiesta la indicada infracción si se tiene en cuenta que el Tribunal decretó dicha liquidación como consecuencia de la nulidad de una sociedad por la ilicitud de la causa.

2º El Tribunal apreció mal la demanda, la contestación, las posiciones absueltas por el demandado, el documento transcrito en la sentencia y las declaraciones de testigos aducidos por Rosa Amelia Bedoya, citadas en el fallo acusado. Estima violados los artículos 1504 del Código Civil, al darle fuerza legal obligatoria a un documento que contiene alteraciones de la verdad; y el 2083 de la misma obra, que no se aplica a las sociedades que son nulas por su causa ilícita.

Se considera por la Sala:

No ha incurrido en error manifiesto de hecho, ni en error de derecho el Tribunal al estudiar y apreciar los elementos del proceso que se determinan en este cargo del recurrente. Antes bien, configuró deliberadamente el fallador de segundo grado la naturaleza jurídica del pacto celebrado en el documento de 30 de abril de 1940 cuando dijo y sostuvo que no se trata de una simple comunidad, porque ésta se constituye sin vínculo contractual y en virtud de una actuación jurídica no perseguida por los comuneros; dijo bien cuando rechazó que se estuviera en presencia de una asociación comercial o cuentas en participación, de que tratan el artículo 629 y siguientes del Código de Comercio, porque la convención no se celebró para la realización de una o más operaciones mercantiles determinadas, ya sean instantáneas o sucesivas, sino para el desarrollo y explotación comercial de un comercio o industria lícitos que acarrearían numerosas transacciones o negocios determinados y por largo plazo y un vínculo de carácter permanente para la explotación de todo un género de comercio.

Hechos los anteriores razonamientos se ajustó a derecho el Tribunal al concluír, como lo hizo, que del análisis del documento mencionado, de la demanda y de su respuesta, de las posiciones del demandado y de la prueba testimonial, debía deducirse que el pacto celebrado entre las partes era el de una sociedad que resultó de hecho, por no haberse cumplido numerosas formalidades *ad solemnitatem* que nuestra ley positiva exige para la existencia y funcionamiento de esta clase de asociaciones mercantiles. No ha habido error manifiesto de hecho ni menos error de derecho en esta apreciación del sentenciador de Medellín, que lejos de eso, se conforma con la realidad de la intención de las partes y con la naturaleza de la convención pactada por los litigantes.

Ahora bien: no halla la Corte fundamento para el cargo formulado de que tal contrato es ilícito por el hecho de que haya sido celebrado entre personas unidas entre sí por un vínculo de relación extramatrimonial. Si se hallan demostrados los requisitos esenciales necesarios para la existencia del contrato de sociedad, aun cuando falten los formales, podrá no tener existencia legal ésta, pero para nada influye que los asociados hubieran contraído cualquier otro vínculo privado distinto del social.

Fuéra de lo dicho, el hecho de que en el contrato social contenido en el documento de 30 de abril se usaran los términos de *"marido y mujer"*, *"esposa"* y "mitad de gananciales" constituirá en el mejor de los casos declaraciones contractuales que carecen de veracidad y manifestaciones sobre un estado civil inexistente entre los contratantes, que en nada desvirtúan ni modifican la naturaleza del pacto convenido. Fueren o nó casados entre sí los asociados, queda en pie en toda su virtualidad el vínculo social creado y la calidad de tal relación contractual, sin que por esa sola circunstancia, se repite, pueda considerarse como ilícita por su causa o por su objeto la sociedad de hecho constituída.

Son suficientes las anteriores razones para desestimar los dos cargos que se estudian.

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 en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 27 de mayo de 1942, que ha sido materia de este recurso.

Las costas serán de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Revalidación de papel sellado

Es doctrina de la Corte la de que si el Juez, no obstante la prohibición del artículo 351 del Código Judicial, no cumple con el deber de exigir oportunamente a la parte interesada que revalide el papel común utilizado en la secuela y continúa resolviendo sus peticiones, sin reclamación oportuna de la contraparte interesada en que se aplique la sanción al renuente, en tales condiciones ésta adquiere el derecho a que se le continúe oyendo y de este modo el Juez no puede, extemporáneamente y ya avanzado el procedimiento, aplicar la sanción de no ser oída a la parte renuente.

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

(Magistrado ponente, doctor F. Lequerica Vélez).

Rogerio Restrepo R., como cesionario del demandado, interpuso recurso de casación contra la sentencia de segundo grado pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá. Tramitado dicho recurso es llegado el momento de correr traslado de los autos a la parte opositora. Pero el demandado señor Restrepo R., en el memorial anterior, solicita que se aplique el artículo 351 del Código Judicial en virtud del cual el demandante opositor en el recurso no debe ser oído, por haber dejado de revalidar dos hojas de papel sellado durante la primera instancia de la actuación.

Se considera:

Ya esta Sala tuvo la oportunidad de resolver un caso similar en decisión de 16 de diciembre de 1937 (*Gaceta Judicial,* tomo XLVI, páginas 34 a 40). Tanto en dicha providencia como en un salvamento de voto se sostuvo la tesis de que si el Juez, no obstante la prohibición del artículo 351 del Código Judicial, no cumple con el deber de exigir oportunamente a la parte interesada que revalide el papel común utilizado en la secuela y continúa resolviendo sus peticiones, sin reclamación oportuna de la contraparte interesada en que se aplique la sanción al renuente, en tales condiciones ésta adquiere el derecho a que se le continúe oyendo y de este modo el Juez no puede, extemporáneamente y ya avanzado el procedimiento, aplicar la sanción de no ser oída a la parte renuente.

En la providencia citada anteriormente se dijo que "aplicando la teoría expuesta al caso concreto de la revalidación del papel común el Juez, de acuerdo con el texto mismo del artículo 351 del Código Judicial, debiera ordenar la inmediata ejecución de ese acto con la prevención de ser ello un requisito indispensable para oír a la parte. Aun en la hipótesis de no fijarse término al acto constitutivo dicho, éste debe entenderse de ejecución inmediata, conforme al artículo 357 ibidem".

De lo expuesto se deduce que no es ahora la oportunidad de darle aplicación a la sanción fiscal que consagra el artículo 351, desplazado por el hecho de haber continuado y finalizado la actuación de las dos instancias del proceso. En todo caso, lo pertinente sería que recayera la sanción fiscal sobre el Juez que dejó de cumplir en su oportunidad ese deber y siguió oyendo a la parte renuente (artículo 22, Ley 20 de 1923).

Por lo expuesto, no se accede a lo pedido en el memorial anterior. En consecuencia, córrase traslado del recurso a la parte opositora, por el término legal.

Notifíquese.

Fulgencio Lequerica Vélez.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Acción de pago de lo no debido

Cuando el acreedor conviene con el deudor en recibir en pago otra cosa distinta de la debida, hay una mutación de objeto, y si se dan en pago acciones, en vez de dinero, esa mutación constituye para muchos expositores una verdadera novación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, mayo doce de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Manuel Dávila Pumarejo, por medio de apoderado, demandó a las sociedades bancarias domiciliadas en esta ciudad, a saber: The Anglo South American Bank Ltd. en liquidación voluntaria y al Banco de Londres y América del Sud, representada la primera por sus liquidadores y la segunda por su Gerente, para que por sentencia definitiva se les condene solidariamente al pago de la suma de $ 51.754.35, salvo yerro u omisión, que afirma el actor les pagó por error a esas sociedades. Demandó también el pago de los intereses legales sobre la misma cantidad, desde el 9 de noviembre de 1935 hasta el dia del pago.

Los hechos básicos de la demanda son éstos: el demandante era deudor de varias cantidades de dinero a The Anglo South American, entre las cuales figuraban las siguientes en dólares americanos acuñados: una por $ 5.136.62, otra por $ 20.000, una tercera por $ 15.011.55.

Esas obligaciones fueron canceladas tiempo después de su vencimiento, y el Banco rebajó al deudor la suma de $ 4.586.42 por concepto de intereses.

En los dias en que se verificaron los pagos, dice el hecho 5º de la demanda, la paridad entre nuestra unidad monetaria y el dólar era de 0,606, por virtud de la rebaja del contenido de oro puro sufrida por el dólar, cuando nuestro peso no habia sido a su vez rebajado. La paridad anterior habia sido de 1,0275.

En el hecho 7º dice el apoderado del actor que éste pagó según la paridad de 1,0275 en vez de la de 0,606. Como consecuencia de ese error, afirma que pagó más de la cantidad de pesos colombianos (billetes del Banco de la República) determinada al principio, según aparece de la copia de la cuenta del actor con The Anglo South American Bank.

La razón de haber demandado al Banco de Londres y América del Sud, consiste en que, como consta de la escritura 2067 de la Notaría 4ª de esta ciudad, de fecha 25 de agosto de 1936, el Banco de Londres y América del Sud responde de todas las obligaciones de The Anglo South American Bank Ltd. en liquidación, solidariamente con éste.

La parte actora entabló por lo tanto, y así lo expresa en su demanda, la acción consagrada por el articulo 2313 del Código Civil, sobre pago de lo no debido.

Corrido el traslado de la demanda, los demandados se opusieron a las pretensiones de la parte actora y negaron ciertos hechos fundamentales, como el consistente en que el antiguo deudor señor Dávila, después demandante, hubiera pagado o cancelado sus obligaciones con dinero efectivo, en billetes del Banco de la República.

El 19 de febrero de 1942, el Juez del conocimiento, 5º del Circuito de Bogotá, en lo Civil, desató la litis con sentencia absolutoria y condenando en costas al actor.

Esta providencia fue apelada por la parte vencida y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó en sentencia de 9 de agosto de 1943, con costas también en la segunda instancia a cargo del apelante.

Este interpuso recurso de casación, que concedido y tramitado pasa a fallarse.

La sentencia recurrida se funda en lo siguiente: el señor Dávila, deudor de The Anglo South American Bank, no canceló sus deudas para con éste en billetes del Banco de la República; sino que estando en mora de pagar, se verificó un arreglo entre el Banco acreedor y el deudor Dávila, en virtud del cual el primero recibió en dación en pago 3.850 acciones de la fábrica de calzado La Corona, estimadas a $ 25 cada una, y 625 acciones del acueducto de San Juan de Córdoba, estimadas cada una a $ 25.60.

En virtud de ese arreglo, no hubo el pago efectivo de que trata el Código Civil, como primer modo de extinguir las obligaciones, por cuanto el deudor no entregó dinero como era su obligación, para la cancelación de sus respectivos pagarés. Lo que se verificó fue el fenómeno de la dación en pago extintivo también de las obligaciones, en los casos de la ley.

Sobre esta base, que es incontrovertible en el juicio, el Tribunal dijo lo siguiente: "Si el pago indebido se hace consistir en que éste se realizó en billetes de Banco, y como la deuda era en dólares, la paridad con esta moneda vigente el día del pago no se tuvo en cuenta, pues por un error se tuvo de presente una paridad anterior, no es posible encontrarlo probado porque el objeto de la obligación cambió, el pago no se hizo en dinero contante y sonante sino entregando el deudor determinado número de acciones, lo cual excluye el problema sobre paridad. Por ende, no tiene aplicación el artículo 2224 del Código Civil".

En otra parte del fallo se expresa así: "De esta suerte, las deudas a cargo de Dávila no vinieron a extinguirse propiamente por pago sino que, equivaliendo la dación a una verdadera novación, se mutaron en su objeto y en esa forma se cancelaron".

El recurrente acusa el fallo por la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial y sostiene que hubo infracción de la ley, ya por no aplicación, ya por aplicación indebida, como también por error de hecho que condujo al Tribunal a la violación de la ley.

La Corte considera: En primer término observa que los artículos 2425, 2422 y 1617 del Código Civil, citados por el recurrente como infringidos por el fallo acusado, no pudieron serlo. Basta leer el texto de esas disposiciones y la sentencia recurrida para concluir que nada tienen que ver con el problema que se debate en este litigio.

Dice el recurrente: "El Tribunal violó directamente la ley dejando de aplicar esos textos legales (artículos 2422 y 2425), y principalmente los artículos 2313 y siguientes como el 2315 del Código Civil, que interpreta erróneamente, por no darles todo su alcance, y el Tribunal dejó de aplicar por interpretación errónea el artículo 2224 del Código Civil, que contempla un caso especial de dación en pago". Además, señala como violado el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, por no haberlo aplicado al caso de autos.

Se observa: Es cierto que el artículo 2224 estatuye que si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enumerada en el contrato, y que podrá darse una clase de moneda por otra, aun a pesar del mutuante, siempre que las dos sumas se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de moneda; pero también lo es que la misma norma establece lo siguiente: "Lo dicho en este artículo se entiende sin perjuicio de convención contraria". Y esto precisamente fue lo que sucedió en el caso del presente pleito, porque entre mutuante y mutuario se convino en que aquél recibía y éste daba efectos de comercio, acciones, de compañías anónimas, para cancelar sus obligaciones, que estaban pactadas en billetes nacionales unas y en dólares americanos amonedados otras.

Por eso no pudo ser infringida por ningún concepto la disposición del artículo 2224.

Respecto de las demás normas señaladas como violadas por el fallo recurrido, la Corte considera: El Tribunal partió de la base de que en el caso de autos se verificó el fenómeno jurídico denominado la dación en pago, técnicamente la *datio in solutum*, porque siendo la obligación de Dávila de pagar en dinero, solucionó sus obligaciones pagando en otras especies, en acciones de compañías anónimas.

El pago hecho en esta forma es un extremo que está evidenciado en los autos; basta leer la carta que firmada por el demandante Dávila P. corre a los folios 16 a 17 del cuaderno número 1º

No se verificó la extinción de las obligaciones de Dávila, por el medio legal indicado, de acuerdo con los contratos de mutuo, que era el establecido por los artículos 1626 y 1627 del Código Civil, o sea que la extinción de las obligaciones a cargo del actor no se produjo porque éste hubiera pagado en billetes del Banco de la República, al Banco acreedor el monto de sus deudas. Se verificó el fenómeno extintivo porque el acreedor, o sea el Banco, convino con el deudor en recibir en pago otra cosa distinta de la debida, hubo una mutación del objeto, acciones, en vez de dinero, mutación que para muchos expositores es una verdadera novación. Pero sea o nó que esta manera extintiva se hubiera ralizado, es lo cierto que se pactó el cambio en cuanto al objeto de la obligación, y surgió al respecto otra, a saber: por parte de Dávila, traspasar al Banco, en dominio y propiedad unas acciones; por parte del Banco, aceptar este traspaso como causa extintiva de las obligaciones de aquél para con éste.

El pago indebido por error, el enriquecimiento sin causa a favor del Banco y el empobrecimiento sin causa en contra del actor, se hace consistir en que como el pago se realizó en billetes del Banco de la República y como la deuda era en dólares, al no tenerse en cuenta la paridad con esta moneda el día del pago, paridad menor que la que existía antes, el demandante pagó una suma mayor en billetes del Banco de la República. Por eso el recurrente señala como violado el artículo 2313, pues estima que debe aplicarse, porque en su concepto hubo un error en el pago.

Si se considera que Dávila no solucionó sus obligaciones con el Banco en billetes sino en efectos de comercio, como acciones, se concluye que el asunto o cuestión de la paridad, entre dos monedas, dólares americanos amonedados y billetes del Banco de la República de Colombia,

no pudo presentarse ni existir, porque al verificarse la dación en pago en acciones, desapareció uno de los extremos esenciales, que era el pago en billetes, para considerar el problema de la paridad intrínseca entre las dos monedas mencionadas; mejor dicho, ese problema no pudo existir, de donde no puede concluírse ni que se haya violado el artículo 2313 ni que el demandante, habiendo pagado en acciones, tenga derecho o acción para que se le devuelva un excedente en billetes del Banco de la República, puesto que él no hizo el pago en billetes.

Se concluye que el cargo que se estudia no es fundado; pero hay algo más, de donde se demuestra que el demandante no se empobreció con la dación en pago sino que el que pudo sufrir quebranto en los intereses por esa causa, fue el Banco demandado. En otros términos, caso de existir algún empobrecimiento sin causa, éste lo hubiera sufrido el Banco demandado. En efecto, éste recibió las acciones de La Corona al precio de $ 25 cada una. Pues bien, según el certificado del Gerente de la Bolsa de Bogotá (fojas 3 y 4 del cuaderno número 3), las acciones de dicha fábrica en los días anteriores y posteriores al pago hecho por Dávila, se cotizaban a $ 12, y aparece además que el señor Carlos Dávila, Gerente de la sociedad "Dávila & Co.", compró al Banco de Londres y América del Sud esas mismas acciones, con otras más a razón de $ 14 cada una.

Por cualquier aspecto, pues, por donde se considere la acusación que se estudia, ésta no puede prosperar.

Estima el recurrente que hubo error manifiesto de hecho en el Tribunal, por el cual infringió las normas ya citadas, por indebida apreciación del dictamen producido por los peritos en segunda instancia, en el cual presentan una liquidación de la cuenta de Dávila con el Banco acreedor, teniendo en cuenta los pagos efectivos hechos por el acreedor y la paridad entre la moneda colombiana y la americana el día del pago.

El fallador de Bogotá expresó que ese dictamen no incide en el fondo del problema debatido, concepto absolutamente exacto, porque Dávila no pagó según esa liquidación, sino que, como ya se dijo, canceló sus obligaciones por el medio de la dación en pago, de donde resulta que una cosa es la liquidación, o corte de cuenta en sí mismo considerado, y otra la manera real y efectiva como se solucionaron las obligaciones pendientes de Dávila para con el Banco.

El cargo por lo tanto no puede prosperar.

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

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

Responsabilidad de las personas jurídicas

La responsabilidad civil de las personas jurídicas es cuestión admitida definitivamente por la jurisprudencia y por los doctrinantes y que ya no se discute. Puede haber casos en que sea necesario estudiar si el hecho culposo por alguno de los funcionarios directores de la empresa, considerados como órganos de la persona jurídica, o por un empleado o dependiente sin funciones directivas, para saber si se trata de responsabilidad directa, o indirecta; pero en el que se contempla en autos el daño ocurrió por haberse formado un corto circuito, debido al mal estado en que se hallaban las líneas conductoras de la electricidad, es decir, por negligencia o descuido en la conservación de las indicadas líneas, o sea, por ineficacia en la prestación del servicio que constituye la función esencial y el negocio u objeto de la empresa, lo que implica necesariamente la culpa directa de la sociedad; pues no se trata de un hecho culposo determinado, que sea imputable a la responsabilidad individual de una de las personas que por concepto de subordinación y dependencia pueda comprometer la responsabilidad de otro. En otros términos, en el caso que se contempla fue la actividad misma del negocio que constituye el objeto social, lo que determinó el daño cuya indemnización se busca, y en esa situación lo jurídico es aceptar y declarar la responsabilidad directa a cargo de la sociedad, pues no sería posible aislar la actividad culposa de una persona determinada, para plantear la cuestión de responsabilidad por el hecho de otro, colocado bajo cuidado o dependencia. Esto, por otra parte, es lo que ha venido diciendo la Corte en numerosos fallos, referentes, a electrocución varios de ellos, en los cuales ha declarado la responsabilidad de personas jurídicas, por razón de perjuicios o daños causados en el ejercicio de sus actividades propias.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda).

En las primeras horas de la mañana del 16 de octubre de 1928 fueron destruídas, por un incendio, tres casas de propiedad de Prudencio Hernández, y parte de una de propiedad de Eustasia M. de Garrido, situadas en la población de Ciénaga, del Departamento del Magdalena. El incendio ocurrió, según información de los demandantes, debido a un corto circuito que se presentó en los alambres desnudos, flojos y descuidados que conducían la corriente eléctrica, y empezó por la parte alta de una de las casas de Prudencio Hernández, por donde entraban los mencionados alambres conductores de la energía.

Fundado en ese y otros hechos, el doce de mayo de 1936 Prudencio Hernández presentó demanda ordinaria contra la Compañía Colombiana de Electricidad, ante el Juez del Circuito de Ciénaga, en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) El diez y seis (16) de octubre de 1928 la Compañía de Energía Eléctrica de Ciénaga debía al señor Prudencio Hernández, de esta vecindad, la suma de cuatro mil setecientos setenta y seis pesos oro legal ($ 4.776), por concepto de indemnización por el incendio de tres casas y de otros útiles.

"b) La Compañía Colombiana de Electricidad debe pagar al señor Prudencio Hernández la suma de cuatro mil setecientos setenta y seis pesos ($ 4.776) moneda corriente, por concepto de la indemnización de que trata el punto anterior y a que estaba obligada la Compañía de Energía Elétrica de Ciénaga.

"c) La Compañía Colombiana de Electricidad debe pagar las costas de este juicio, en caso de contradicción".

La señora Eustasia M. de Garrido, en demanda presentada el 30 de septiembre de 1936 ante el indicado Juez, pidió que se hicieran, contra la Compañía Colombiana de Electricidad, declaraciones análogas a las solicitadas en la demanda de Prudencio Hernández.

La Compañía demandada contestó oponiéndose a que se hicieran las declaraciones impetradas y negando los hechos fundamentales de ellas. Propuso, además, las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación, falta de acción, nulidad y prescripción.

Posteriormente fue decretada la acumulación de los dos juicios, y el Juez del Circuito de Ciénaga los decidió el cuatro de abril de mil novecientos cuarenta, así:

"Primero. Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por la empresa demandada, en la contestación de la demanda.

"Segundo. Condénase a la Compañía Colombiana de Electricidad, sociedad anónima con negocios permanentes y domicilio en esta ciudad, como responsable de las acreencias pendientes de la extinguida Compañía de Energía Eléctrica de Ciénaga, a pagar al señor Prudencio Hernández, mayor y de esta vecindad, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de cuatro mil pesos ($ 4.000), por concepto de las casas de propiedad de éste incendiadas en esta ciudad el 16 de octubre de 1928.

"Tercero. Condénase asimismo a la Compañía Colombiana de Electricidad, como responsable de las acreencias pendientes de la extinguida Compañía de Energía Eléctrica de Ciénaga, a pagar a la señora Eustasia M. de Garrido, también mayor y de esta vecindad, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de mil doscientos cincuenta pesos ($ 1.250), por concepto de la mitad de una casa de propiedad de ésta, incendiada en esta población el día antes indicado.

"Cuarto. No se hace condenación en costas".

En virtud de apelación interpuesta por ambas partes contra este fallo, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, donde, una vez agotada la tramitación correspondiente al segundo grado, se confirmó en todas sus partes por sentencia del diez y seis de octubre de mil novecientos cuarenta y dos.

Tanto el Juez del conocimiento como el Tribunal consideraron que "aparecen reunidos los tres elementos de responsabilidad civil, a saber: un daño, consistente en la destrucción de las casas de los actores; una culpa, o sea la negligencia de la empresa en la vigilancia de las líneas conductoras de flúido eléctrico, y una relación de causalidad entre el daño y la culpa, porque si la Compañía hubiera tenido dichas líneas en buen estado y no peladas, sin gutapercha y flojas, el siniestro no hubiera ocurrido". Consideraron también los falladores que no resultaban demostradas las excepciones propuestas.

El recurso.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación la Compañía demandada, el que se pasa a decidir hoy, por haber llegado la oportunidad de hacerlo.

Con apoyo en la primera de las causales que enumera el artículo 520 del Código Judicial, el apoderado de la Compañía recurrente acusa la sentencia del Tribunal como violatoria de la ley sustantiva, y divide su acusación en tres cargos, a saber:

I. a) Violación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, por haberlos aplicado sin ser aplicables.

b) Violación de los artículos 2347 y 2349 del mismo Código, por no haberlos aplicado siendo aplicables.

c) Violación del artículo 2358 —inciso 2º— *ibidem*, por no haberlo aplicado siendo aplicable, y por no haber declarado, con fundamento en él, probada la excepción de prescripción.

II. Violación del artículo 2357 del Código Civil, por no haberlo aplicado, siendo aplicable para declarar, con fundamento en él, que en el caso de que se trata existía compensación de culpas, o para ordenar una reducción de la indemnización.

III. a) Violación del artículo 716 del Código Judicial, por no haberlo aplicado, siendo aplicable.

b) Violación del artículo 721 del mismo Código, por haberle reconocido valor de plena prueba a un dictamen pericial no explicado ni debidamente fundamentado.

c) Violación del artículo 723 de allí, por no haber cumplido con la obligación de *apreciar* el dictamen de acuerdo con las normas en tal artículo señaladas.

Sostiene, además, el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho por no haber apreciado las declaraciones de Generoso García y César Cavala, ni la del perito doctor Rafael Romero Cortés, que por sí sola es suficiente para desvirtuar el dictamen de los otros peritos. Agrega que como consecuencia de este error de hecho se violaron también los artículos 716, 721 y 723 del Código Judicial.

Estudio de los cargos.

I. El primero de los cargos formulados por el recurrente se endereza a demostrar que no son aplicables al caso del pleito los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, sino los 2347 y 2349, por lo cual se violaron tales artículos, los dos primeros por aplicación indebida y los dos últimos por falta de aplicación.

Estima el recurrente que si alguna responsabilidad pudiera existir a cargo de la Compañía demandada sería la indirecta, o proveniente del hecho de otro, o sea de la omisión en el cumplimiento de sus deberes de un empleado o dependiente suyo, sin funciones directivas o de órgano de la sociedad, que pudiera acarrear a ésta una responsabilidad personal o directa, responsabilidad aquélla que prescribe en el corto término que indica el inciso segundo del artículo 2358 del Código Civil, y que como el Tribunal no consideró así las cosas, violó también el mencionado inciso segundo, por no haber declarado, con apoyo en él, probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

Se considera:

La responsabilidad civil de las personas jurídicas es cuestión admitida definitivamente por la jurisprudencia y por los doctrinantes y que ya no se discute.

Puede haber casos en que sea necesario estudiar si el hecho culposo que ocasionó el daño cuya indemnización se pide fue ejecutado por alguno de los funcionarios directores de la empresa, considerados como órganos de la persona jurídica, o por un empleado o dependiente sin funciones directivas, para saber si se trata de responsabilidad directa, o indirecta; pero en el que se contempla en autos el daño ocurrió por haberse formado un corto circuito, debido al mal estado en que se hallaban las líneas conductoras de la electricidad, es decir, por negligencia o descuido en la conservación de las indicadas líneas, o sea por ineficacia en la prestación del servicio que constituye la función esencial y el negocio u objeto de la empresa, lo que implica necesariamente la culpa directa de la sociedad, pues no se trata de un hecho culposo determinado, que sea imputable a la responsabilidad individual de una de las personas que por concepto de subordinación y dependencia pueda comprometer la responsabilidad de otro.

En otros términos, en el caso que se contempla fue la actividad misma del negocio que constituye el objeto social, lo que determinó el daño cuya indemnización se busca, y en esa situación lo jurídico es aceptar y declarar la responsabilidad directa a cargo de la sociedad, pues no sería posible aislar la actividad culposa de una persona determinada, para plantear la cuestión de responsabilidad por el hecho de otro, colocado bajo cuidado o dependencia. Esto, por otra parte, es lo que ha venido diciendo la Corte en numerosos fallos, referentes a electrocución varios de ellos, en los cuales ha declarado la responsabilidad de personas jurídicas, por razón de perjuicios o daños causados en el ejercicio de sus actividades propias.

Se deduce de lo expuesto que la sentencia acusada no violó los artículos del Código Civil citados por el recurrente en este cargo, y que, por lo mismo, éste no es admisible, ni es el caso de declarar probada la excepción de prescripción de corto plazo, alegada por la parte demandada.

II. El segundo cargo lo desarrolla así el recurrente:

"Según aparece en los hechos expuestos en la demanda, transcrita en el numeral 2 del presente escrito, y según se desprende de las declaraciones citadas por el Tribunal en el capítulo de la sentencia denominado 'Cuestión de fondo', un grave peligo de incendio existía desde mucho antes del día en que ocurrió, y ese peligro era conocido por la víctima. Ella, en consecuencia, se expuso imprudentemente al daño."

"En diversas sentencias ha acogido la Corte el concepto de que la culpa consiste en 'un error de conducta en que no habría incurrido una persona avisada y diligente, colocada en las mismas circunstancias externas en que lo estuvo la persona a quien se le imputa la culpa'. En el caso de que se trata aparece claro ese error de conducta por parte de la víctima. La conducta indicada en tal caso no era la de cruzarse de brazos ante los peligros que presentaba el estado de las líneas. La actitud que hubiera seguido un hombre prudente y diligente colocado en las mismas circunstancias en que lo estuvo la persona a quien se imputa la culpa, era la de exigir con insistencia hasta obtener de la empresa las reparaciones correspondientes que evitaran el peligro, y en caso de negarse ésta a atender tales solicitudes, la de prescindir de un servicio que para él presentaba todos los peligros de que hablan los testigos y que aparecen expuestos en la demanda. No procedió así el demandante."

"Dice el Tribunal que el único deber del demandante era el de informar a la empresa, y que tal deber fue cumplido por aquél. Ya está visto que eso no era suficiente. Por otra parte, debe observarse que el Tribunal, al dar por probado un hecho que no lo está, incurre en manifiesto error de hecho en la apreciación de todos los testimonios aducidos por la parte demandante, ya que de éstos no resulta que ella hubiera hecho alguna solicitud ante la empresa. Ese error tiene como consecuencia la violación de la disposición que citaré más adelante.

"En consecuencia, el fallo viola la disposición del artículo 2357 del Código Civil, por no haberla aplicado siendo aplicable para declarar, con fundamento en ella, que en el caso de que se trata existía compensación de culpas, o para ordenar una reducción de la indemnización".

Se considera:

Del hecho de que unas cuerdas conductoras de energía eléctrica se hallen flojas, deterioradas y sin fórros protectores, no se deduce necesariamente que haya de producirse un corto circuito y originarse un incendio. Por tanto, no es aceptable que los demandantes incurrieran en error de conducta, porque sabiendo que las líneas se encontraban en mal estado, no hubieran reclamado con insistencia de la Compañía el cambio o arreglo de esas líneas, y porque no prescindieron del servicio de luz, al no ser atendidos por la Compañía. Es preciso tener en cuenta, además, que el deber de ésta era mantener todas las líneas conductoras de energía en perfecto buen estado, no sólo para garantizar un servicio eficiente, sino para prevenir cualquier peligro o daño que el mal estado de las líneas pudiera ocasionar, y bastaba que la Compañía supiera, en cualquier forma, que algunas líneas no se hallaban en buenas condiciones, para que resaltara su obligación de repararlas o reponerlas adecuadamente.

Es un hecho plenamente probado en autos y que no niegan los representantes de la Compañía demandada, que en varios sectores de la población las líneas se hallaban en pésimas condiciones, y que en algunas partes se habían producido cortos circuitos, debido a esas malas condiciones. Ello era suficiente para que la Compañía estuviera en el deber de hacer examinar cuidadosamente la red correspondiente de líneas, para corregir los defectos que hubiera, y prevenir los daños que pudieran ocurrir.

Pero hay más: en el cuaderno número 2, pruebas de Prudencio Hernández, se hallan las declaraciones de varios testigos, quienes aseguran que era público y notorio que las líneas conductoras de energía eléctrica se hallaban en malas condiciones; que en algunas partes ocurrieron cortos circuitos, antes de producirse el incendio de las casas de los demandantes, y que diversas personas pusieron esos hechos en conocimiento de la Compañía, y formularon las reclamaciones correspondientes. Entre esos declarantes están Joaquín Bolaño Ortega (folio 6, vuelto), y Francisco Camargo (folio 9, vuelto), quienes afirman que Prudencio Hernández dio cuenta a la Compañía del mal estado de las líneas.

De modo que no es posible aceptar que hubiera error de conducta de parte de los demandantes, suficiente para compensar las culpas, o para reducir la indemnización, ni que el Tribunal incurriera en error de hecho al apreciar la prueba testimonial aducida por la parte demandante, que, de otro lado, el recurrente no determina expresamente. Por tanto, no prospera este cargo.

III. El tercer reparo lo hace consistir el recurrente en la violación de los artículos 716, 721 y 723 del Código Judicial, por no haber aplicado el primero; el segundo, por haber dado valor de plena prueba a un dictamen pericial que no está explicado y debidamente fundamentado, y el tercero por no haber apreciado ese dictamen de acuerdo con las reglas allí señaladas. Considera también que el Tribunal incurrió en error de hecho por no apreciar las declaraciones de Generoso García, César Cavala y Rafael Romero Cortés, que, dice, son suficientes para desvirtuar el dictamen de los peritos.

Se considera:

Ante todo se advierte que es impertinente la cita del artículo 723 del Código Judicial, porque tratándose, como se trata, de un avalúo pericial, el artículo aplicable es el 721 y no el 723, que se refiere a otros casos, distintos de los contemplados en el 721 y en el 722. De consiguiente nada más debe decirse en relación con aquel artículo.

En lo tocante a la violación de los artículos 716 y 721, se tiene lo siguiente:

Al folio 55 del Cuaderno de Pruebas número 2, se encuentra el dictamen pericial de los señores Rafael Romero Cortés, Andrés Vicente Mestre y Joaquín Díaz Granados, quienes, de común acuerdo, dijeron:

"En nuestro carácter de peritos nombrados por usted dentro del juicio ordinario que adelanta el señor Prudencio Hernández contra la Compañía Colombiana de Electricidad, con el fin de avaluar la casa de propiedad del demandante, destruida por un incendio, nos trasladamos a la calle de Padilla, sitio de la ubicación de la expresada casa, con el objeto de cumplir nuestro cometido, hallándonos dentro del término legal.

"Pudimos comprobar la existencia de un solar que revela que hubo allí tres casas con pisos de cemento, zócalo de material. Por la disposición de las divisiones que aún se observan, se llega al convencimiento de que la parte de adelante se destinaba a sala y domitorio, la otra para corredor y la última para cocina, baño y servicios domésticos.

"El frente en donde estuvieron las expresadas construcciones tiene unos seis metros de frente por unos doce de fondo.

"Por hallarse las referidas construcciones en sitio central, a cuatro cuadras de la plaza principal de la ciudad, y en la vía más transitada, conceptuamos que en la época en que ocurrió el incendio no valían menos de cuatro mil pesos ($ 4.000) moneda legal. Así lo conceptuamos, tomando como base el hecho innegable de

que en el año de 1928, época del incendio, la propiedad había alcanzado el máximum de su valorización."

Y al folio 5 del Cuaderno de Pruebas de Eustasia M. de Garrido se encuentra el dictamen rendido por los peritos avaluadores Rafael Romero Cortés, Juan B. Candanosa y Joaquín Díaz Granados, que dice:

"En nuestro carácter de peritos nombrados por usted dentro del juicio ordinario que cursa en su Despacho contra la Empresa de Energía Eléctrica de esta ciudad, intentado por la señora Eustasia Garrido, para avaluar la casa destruída por el incendio ocasionado en su casa, determinada por los siguientes linderos...."

"Pudimos comprobar que la casa mide una extensión de doce metros de frente por treinta y siete de fondo.

"Por encontrarse la referida construcción a cuatro cuadras de la plaza principal, y siendo esa vía una de las más transitadas de esta ciudad, consideramos que la construcción no tenía un valor menor de dos mil quinientos pesos ($ 2.500) moneda legal, como también la época de su destrucción, que fue en 1928.

"Según nuestro leal saber y entender, de común acuerdo, dejamos en esta forma expuesto nuestro dictamen pericial."

Como se ve, los tres peritos expusieron en ambos conceptos las razones en que se apoyaron, tales como el sitio muy central en que estaban ubicadas las casas, a cuatro cuadras de la plaza principal, en una vía o calle muy transitada, y la época en que se verificó el incendio, es decir, en 1928, cuando la propiedad raíz alcanzó una valorización muy apreciable, por todo lo cual no puede decirse que su dictamen no está explicado y debidamente fundamentado, y siendo esto así, es claro que no se violaron los artículos 716 y 721 del Código Judicial, los cuales, por el contrario, fueron bien aplicados.

Se observa, además, que el dictamen referente al avalúo de las casas de Prudencio Hernández fue objetado oportunamente por error grave, objeción que no prosperó.

En concepto de la Sala no incurrió el Tribunal en error de hecho al no apreciar las declaraciones de Generoso García, César Cavala y Rafael Romero Cortés, que no pueden desvirtuar el dictamen pericial, fundado, como se ha visto, en razones claras y precisas, que le dan valor de plena prueba.

Se deduce de lo expuesto que tampoco prospera el cargo que se acaba de analizar.

En consecuencia, no es el caso de infirmar la sentencia acusada.

A virtud de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, con fecha diez y seis de octubre de mil novecientos cuarenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hiniestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Acción petitoria de restitución de acciones en unas minas

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

La acción se basa en estos hechos:

1º Por escritura número 1328, de 7 de mayo de 1927, Antonio J. Aguilar tomó en arrendamiento para si y para los señores Germán Lalinde y Tulio Hernández, el grupo de minas llamadas "La Candelaria", "Mosquito", "San Andrés" y "San Pedro";

2º Lalinde desistió del proyecto de tomar la tercera parte de aquel arrendamiento y los señores Aguilar y Hernández, por escritura número 290, de 14 de julio de 1928, formalizaron una sociedad ordinaria, para la explotación de esos minerales;

3º Por escritura número 263, de 23 de junio de 1928, Aguilar vendió a don Eduardo Ramírez C. dos acciones de centésima en el dicho arrendamiento;

4º Por escritura número 447, de 27 de marzo de 1931, los socios Aguilar y Hernández y otras personas que a ellos habían comprado acciones, reorganizaron aquella sociedad ordinaria, reconociéndose allí las dos acciones de Ramírez C., contrato que éste ratificó en escritura otorgada un mes después;

5º Ramírez C. adquirió esas dos acciones durante la existencia de la sociedad conyugal que formó con su esposa, señora Ana Peláez, por matrimonio celebrado en septiembre de 1899, y dicha señora murió en enero de 1929;

6º Por escritura número 329, de 16 de diciembre de 1931, Ramírez C. volvió a vender al señor Aguilar las referidas dos acciones de arrendamiento; seguida la sucesión de la señora Peláez de Ramírez, allí fueron inventariadas y adjudicadas a los demandantes esas dos acciones, por partición aprobada en veinticinco de febrero de mil novecientos treinta y siete.

Como razón de derecho, expresa entre otras, la parte actora, que Ramírez C. no podía vender aquellas acciones, porque pertenecían a la sociedad conyugal que formó con su mentada esposa y a la sucesión de ésta, entidad ilíquida a la fecha de la venta, viniendo a ser de cosa ajena, cuya validez es indiscutible, sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, mientras no se extingan por prescripción.

El proceso.

Los señores Eduardo, Enrique, Judith, Rosa, Leonor, Zoila Rosa y Edelmira Ramírez Peláez demandaron al señor Antonio J. Aguilar para que, mediante los trámites de un juicio ordinario, se hicieran estas declaraciones: Que pertenecen a los actores dos acciones de centésima parte en la sociedad ordinaria constituída para la explotación de las minas llamadas "La Candelaria", "Mosquito", "San Andrés" y "San Pedro", ubicadas en el Municipio de Yolombó; que el demandado debe restituirlas dentro del término legal y restituir también los frutos que ellas hayan producido y produzcan desde la fecha de la contestación de la demanda en adelante; y que pague las costas del proceso.

Puso fin a la primera instancia el Juez 3º Civil del Circuito de Medellín, por medio de sentencia fechada el 21 de noviembre de 1938, en la cual decretó todas las peticiones de la demanda, menos la relativa a restitución de las dos acciones discutidas.

La sentencia acusada.

Por virtud de apelación de la parte demandada, conoció y falló el segundo grado de este juicio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, quien en sentencia de 15 de junio de 1942, que viene a ser la acusada ahora en casación, confirmó en todas sus partes el fallo apelado.

Sostiene el Tribunal que, tratándose de acciones de arrendamiento en unas minas y no de propiedad sobre las mismas, han de clasificarse como derechos personales o créditos, y en tal caso, según se resolvió en el fallo de primer grado, no procede la acción reivindicatoria o restitutoria, sino únicamente la petitoria o declaratoria de dominio, para exigir el reconocimiento del crédito o derecho reclamado.

Como se objetara por el demandado que la acción debió dirigirse contra el dueño de las minas o sea el arrendador, por el vínculo existente entre arrendador y arrendatario, sostiene el Tribunal que así sería si las divergencias se

hubieran suscitado entre el dueño y los arrendatarios, en virtud del arrendamiento; pero no cuando tienen ocurrencia únicamente entre los arrendatarios y cuando en el contrato se autorizó para ceder o vender cuotas partes del arrendamiento a terceros, sin necesidad de consulta con los dueños. De modo que en este litigio no se afectan en lo más mínimo los intereses de la sociedad propietaria de aquellos minerales, ni los intereses de la sociedad ordinaria constituída para la explotación de las minas, porque los derechos de socio en una Compañía no son otra cosa que una vinculación de persona a persona.

Niega el Tribunal la excepción de prescripción, porque se trata de un bien incorporal, inadecuado a posesión material y, por ende, imprescriptible, según el artículo 2518 del Código Civil. También rechaza la existencia de un error común invencible, *"error communis facit jus"*, que pueda servir de protección y de fuerza creadora al derecho invocado por el demandado, porque no se reúnen los requisitos necesarios para que la aplicación de tal máxima protectora origine el derecho.

El recurso.

Sólo ha recurrido en casación el apoderado de la parte demandada, y alega que la sentencia acusada es violatoria de ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea. Igualmente presenta el cargo de apreciación errónea de las pruebas.

Para proceder al examen de tales reparos, en el debido orden lógico, se pasa a estudiarlos, agrupándolos, a saber:

I.—Violación por infracción directa de los artículos 673 y 761 del Código Civil, que consagran los modos de adquirir el dominio de las cosas y la tradición de éstas. Estima el recurrente que la tradición de derechos personales se realiza por la entrega del título, y en la demanda no se expresó que Aguilar hubiera hecho tradición de los bienes que vendió, los que por su calidad son personales y muebles, de naturaleza incorporal. Luego al reconocer el Tribunal a los herederos de la señora Peláez derechos en las sociedades de minas creadas para la explotación del arrendamiento, violó los preceptos antes citados.

II.—Violación por aplicación indebida del artículo 944 del Código Civil, que trata de la restitución de los frutos percibidos al ejercitarse la acción reivindicatoria, según se trate de poseedores de buena o de mala fe.

Estima el recurrente que esa norma legal fue indebidamente aplicada cuando en los numerales 2º y 3º de la sentencia de primera instancia, confirmada por la de segunda, se impone al demandado la obligación de restituir los frutos producidos por las dos acciones desde el 30 de marzo de 1938 en adelante.

III.—Violación de los artículos 161 de la Constitución Nacional, 343, 470, 471 y 593 del Código Judicial. Funda este cargo en que toda sentencia debe ser motivada, en que en los fallos definitivos debe hacerse una relación de los hechos importantes que sirven de fundamento a la demanda y en que cuando en el proceso se hallen fundados los hechos que sirven de fundamento a una excepción perentoria, debe reconocerse ésta en la sentencia. Como ni en los hechos del libelo ni en las peticiones suplicadas se pedía la condena al pago de frutos percibidos, ni se reconocieron las excepciones propuestas y demostradas, se han violado los preceptos legales antes indicados.

Considera la Sala de Casación:

A. Por medio de la escritura número 1328 de 1927 Aguilar y otras personas tomaron en arrendamiento las minas ya mencionadas en este fallo. Por escritura número 290 de 1928 Aguilar vendió a Eduardo Ramírez dos acciones de centésima en el dicho arrendamiento. Por escritura número 329 de 1931 Ramírez volvió a ceder a su primitivo vendedor Aguilar las referidas dos acciones.

Es evidente que este último traspaso lo hizo Ramírez cuando por virtud del fallecimiento de su mujer legítima, Ana Peláez, se había disuelto la sociedad conyugal y estaba ésta en liquidación. Pero comoquiera que lo resuelto sobre este punto o cuestión por las dos sentencias de instancia ha sido aceptado sin discusión ni reserva alguna por el recurrente en casación —el demandado Aguilar— no presentando cargo especial contra el fallo de segundo grado, por tal motivo carece esta Sala de competencia para revisar las conclusiones que sobre esa materia adoptó el Tribunal. De ahí que deba quedar en pie la decisión del fallo acusado, de que las acciones disputadas son hoy de propiedad de los actores, como herederos de Ana Peláez, y en virtud de habérseles adjudicado en el respectivo juicio sucesoral.

B. Cuando Lalinde desistió del proyecto de tomar la tercera parte del arrendamiento de las minas, los otros socios Aguilar y Hernández, por escritura número 290, de 14 de julio de 1928, formaron una sociedad para la explotación de esos minerales.

Más tarde, por instrumento notarial número 447 de 1931, Aguilar, Hernández y otras personas que a ellos habían comprado acciones, reorganizaron aquella sociedad explotadora del arrendamiento, reconociéndose en ella las dos acciones de Ramírez, contrato que éste ratificó en escritura otorgada un mes después.

De lo dicho se desprende que el fenómeno jurídico consumado y que viene a ser objeto del

estudio del Organo Judicial en este pleito, es el de que Ramírez ingresó como socio en la sociedad de minas que se constituyó para la explotación por arrendamiento de esos minerales, adquiriendo la cuota de dos acciones en centésimo de tal negocio.

Si esto es así, la acción incoada no puede tener otro fundamento ni otra interpretación que la de que los actores, como herederos y actuales propietarios de esas acciones, suplican en primer lugar que se les reconozca esa calidad de dueños, vale decir de socios en la sociedad de minas fudada, y esto fue lo resuelto en los dos fallos de instancia, en su primer numeral, cuestión *sub-judice* que no ha sido atacada en casación ni es por ese motivo materia del recurso.

De lo expuesto se deduce que es fundado el cargo que se hace por el recurrente contra la condena al pago de frutos percibidos desde la contestación de la demanda y al abono conmutativo de los gastos hechos *"en la conservación de las dichas acciones"*. Tratándose de un fenómeno de sociedad minera, no cabe la acción reivindicatoria, como bien lo dice el Tribunal y lo acepta el recurrente. Y si no se trata de este extremo y lo único que se persigue en juicio es el reconocimiento de la condición de socio a favor de los actores, en la medida reclamada, es improcedente e injurídico condenar al pago de frutos percibidos y de gastos de conservación, cuando lo pertinente, como consecuencia de la declaración primera, era reconocer igualmente a los demandantes el derecho a participar en las utilidades o beneficios líquidos del negocio, en la cuota parte de sus acciones.

Bien es verdad que lo suplicado en la demanda fue al pago de frutos percibidos. Pero al hacerse por el fallador la debida interpretación de la acción instaurada y hacer la declaración sobre dominio de las acciones pertinente, como corolario obligado, era interpretar igualmente la súplica sobre frutos en el sentido de reconocer la participación de los socios en los beneficios sociales.

Es indudable que se ha violado, por aplicación indebida, el artículo 964 del Código Civil. Por tal razón, se impone la infirmación parcial del fallo acusado, con el exclusivo objeto de rectificar las declaraciones de los numerales 2º y 3º.

—

C. Siendo en realidad la situación contractual que se estudia la de que un primitivo contrato de cesión de unas acciones en un arrendamiento, luégo se convirtió en otro de sociedad ordinaria de minas, no hay por qué contemplar el caso de la tradición de dichas acciones, que se formula como un cargo por el recurrente. Por virtud de los instrumentos de venta y de los constitutivos de la sociedad quedaron en cabeza de Ramírez las acciones adquiridas, y en virtud de ellas ingresó como socio en la explotación del mineral. Resulta, por esto, impertinente tratar ahora de tradición y de modos de adquirir el dominio de las cosas.

—

2º Violación de los artículos 1759 del Código Civil y 593 del Código Judicial.

Dice el recurrente que en la escritura número 263 de 1928 declaró el vendedor Aguilar que se reservaba el derecho de enajenar o traspasar a otra persona el contrato de arrendamiento, reembolsando al comprador Ramírez el valor de la cesión de las dos acciones de centésimo en el arriendo y doscientos pesos más. De manera que no hubo en realidad cesión o traspaso de esa cuota del arrendamiento, del mineral que iba a explotarse en sociedad.

Se considera:

Por medio de la escritura pública número 185 de 1929, corrida en la Notaría de Yolombó, cuya copia auténtica no redargüida de falsa figura en autos, los contratistas Aguilar y Ramírez reformaron el primitivo contrato de cesión contenido en el instrumento 263, en lo relativo a la cláusula citada por el recurrente, sobre reserva del derecho a enajenar o traspasar Aguilar a otra persona el contrato de arrendamiento. La referida estipulación sobre traspaso condicional quedó modificada en estos términos: "Que el expresado Aguilar le reconoce al señor Ramírez el valor de las dos acciones de centésima parte proporcionalmente a la venta que hiciere".

De manera que el traspaso o cesión vino a quedar en firme y cesó en sus efectos la condición resolutoria estipulada primitivamente. Pero además de esto, aun en el caso de que tal modalidad subsistiera, no habiendo comprobado el demandado Aguilar que hizo uso de la facultad otorgada en el instrumento 263, relativo al derecho de enajenar a otro el contrato de arrendamiento que tenía celebrado con los dueños de las minas; y lejos de eso, habiéndose traído a los autos copia auténtica de la escritura número 447 de 1931, otorgada en la Notaría 1ª de Medellín, donde consta que Aguilar y otros coasociados constituyeron una sociedad ordinaria de minas para explotar el arrendamiento de las minas de que se ha hecho mención en este pleito, reconociéndose a Ramírez en ese pacto social sus dos acciones, todo lo dicho hace ver de modo manifiesto lo infundado del reparo que se hace a la sentencia acusada.

Se rechaza el cargo.

Fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el dia 4 de septiembre de 1940, con el exclusivo objeto de revocar las declaraciones condenatorias contenidas en los numerales segundo y tercero de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, confirmadas en el de segundo grado, y en su lugar declarar que los actores, como socios de la sociedad de minas constituida para la explotación de los minerales antes mencionados, tienen derecho a las utilidades o beneficios líquidos del negocio, en la proporción correspondiente a sus cuotas o acciones.

Sin costas en el recurso.

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

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

Reivindicación

La Corte ha resumido así su doctrina sobre juicios de dominio en que actor y reo aducen títulos: esos títulos, en tales casos, deben confrontarse para saber a cuál de los dos contendores asiste mejor derecho a la luz de ellos, sin que pueda descuidarse la posesión material, porque los títulos del demandante deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado para que éste sea vencido. Cuando sus títulos y su posesión son de fecha posterior a los del demandante, éste triunfa, y por el contrario cuando el título de éste es posterior al de aquél, su acción no prospera. Posible es que a títulos de larga data del actor oponga el reo posesión sin título alguno, y sin embargo la acción falle, porque ese poseedor alegue y compruebe prescripción extraordinaria, o que triunfe por prescripción ordinaria por tener título que, aun siendo posterior a los del demandante, cuente con los diez años de ley en las condiciones establecidas por ésta para tal excepción.

Si bien el registro de la partición se retrotrae, en tesis general, a la fecha de ésta, esta retrotracción, como lo tiene establecido nuestra jurisprudencia, no puede llevarse de calle los derechos de terceros nacidos y consolidados entretanto.

La protección legal a los incapaces no es arma contra ellos, según repetidamente lo ha observado la Corte.

El artículo 1871 del Código Civil da validez a la venta de cosa ajena, lo que impide el concepto de nulidad por este motivo, cuando lo hay; y no puede tacharse desde luégo de venta de cosa ajena la que haga un heredero de un bien de la sucesión antes de la partición, porque tal situación no se produce, según los artículos 779 y 1401 del Código Civil, sino cuando la partición adjudica ese bien a interesados distintos del heredero vendedor. Además, puestos a salvo los derechos del verdadero dueño, en nada le perjudican en sí escrituras de esa clase, lo que significa su falta de interés jurídico que le diera personería para demandar su anulación y cancelación.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

En el Juzgado del Circuito de Frontino, Angel María Echavarría demandó a Luis E. Gutiérrez en vía ordinaria para que se declare que tiene mejor derecho que éste al dominio y posesión de la finca *El Guadual*, del Municipio de Cañasgordas, cuyos linderos expresa la demanda, y se le condene a entregarle ese bien y pagarle sus frutos, así como las costas del juicio; pide además se decrete la cancelación y anulación de los títulos y certificados de registro, detallados en el libelo, en que el demandado se ampara. Extiende el actor el litigio a Joaquín Gutiérrez y Heliodoro Gómez para que le indemnicen los perjuicios que dice le han causado dificultándole la recuperación de ese fundo.

Al pleito se acumuló el ordinario de Echavarría contra Luis E. Gutiérrez, Gerardo Caro y Antonio J. Salazar, sobre nulidad del ejecutivo por pesos de Caro contra Gutiérrez, y tercería de Salazar, y de los certificados de registro aducidos allí para perseguir aquella misma finca como del ejecutado.

El Juzgado decidió la primera instancia en sentencia de 4 de noviembre de 1940, que declara el mejor derecho pedido por Echavarría y ordena la restitución y pago de frutos a cargo de Gutiérrez; pero niega las demás peticiones de la primera demanda antedicha y todas las de la segunda.

Ambas partes apelaron y el Tribunal Superior de Medellín, tramitada la segunda instancia, la decidió con fallo de 3 de diciembre de 1942, que niega todo lo pedido en ambos libelos, por lo cual advierte que así confirma en parte y revoca en el resto el fallo del Juez.

Contra el del Tribunal el actor interpuso casación, recurso que, debidamente preparado, pasa a decidirse, no sin advertir el retardo habido para su concesión en el Tribunal por inexplicable discusión sobre cuantía; de suerte que a la Corte no llegó el proceso sino a fines de 1943.

Para justificar que es dueño, Echavarría presenta la escritura número 91, otorgada en la No-

taría de Frontino y registrada el 10 de marzo de 1905, por la cual compró esa finca a Doroteo Guisao, y certificado del Registrador sobre vigencia de esa inscripción. Sobre actos materiales de posesión adujo las pruebas de que se tratará adelante. Es de advertirse desde ahora que Guisao, al vender, dice haber adquirido la finca por compras a herederos de José Majoré, sin detallarlas.

Luis E. Gutiérrez presenta pruebas de posesión material que también se indicarán adelante, y estos títulos: el señalamiento de esa finca como lote para los herederos de José Majoré en el reparto de los Resguardos de Indígenas de Frontino y Cañasgordas, según instrumento número 80, de 15 de abril de 1888, el que no vino a registrarse sino el 23 de octubre de 1925; la venta de ese lote por Tertuliana Majoré como heredera de José Majoré, a Joaquín Gutiérrez y Heliodoro Gómez por escritura número 330, el 15 de agosto de 1925, en la Notaría de Cañasgordas; la venta que de su cuota en esa adquisición hizo Joaquín a Luis E. Gutiérrez por escritura número 296, de 6 de junio de 1927; la que Gómez hizo de su cuota referida a Froilán Arango en escritura número 322 el 24 de junio de 1928, y la que éste hizo de la misma cuota en escritura número 39, el 30 de enero de 1933, a dicho Luis, quien así juntó lo que Tertuliana transfirió en su citada venta de 1925, la que, cuando Luis compró, ya había sido aclarada y reformada por la número 29 de 16 de enero de 1927.

Los instrumentos mencionados se hallan en el cuaderno 1º a folios 38, 64 a 67 y 86 a 96, y los certificados al folio 3 y a los folios 70 a 72 del mismo cuaderno.

En el Juzgado prevalecieron los derechos alegados por Echavarría; en el Tribunal, los invocados por Luis E. Gutiérrez, por obra de este razonamiento: aunque no fue sino hasta 1925 cuando se registró la citada partición de 1888, como los efectos del registro se retrotraen a la fecha del título registrado, así se remonta la titulación de Gutiérrez; de modo que resulta anterior a la de Echavarría comenzada en 1905; y no vale argüir que Tertuliana, según la aludida escritura de 1927, vendió sólo derechos hereditarios, porque consta que fue declarada heredero único de José Majoré, su padre, en providencia de 6 de mayo de 1926. (Cuaderno 1º, folios 89 a 91).

Como pasa a verse, la prevalencia dada por el Tribunal a los títulos de Gutiérrez es materia de un cargo en casación que la Sala acoge. La prosperidad de ese cargo invalida la sentencia del Tribunal y obliga a dictar la que ha de reemplazarla. En el respectivo capítulo de este fallo será, por tanto, donde se estudiarán las restantes cuestiones suscitadas por las súplicas de los dos juicios acumulados.

El cargo cuya aceptación se anuncia es el de violación de las disposiciones legales sustantivas referentes, tanto a la retroacción del registro, cuanto a la acción reivindicatoria y a la posesión, así material como inscrita.

Para que la titulación de Gutiérrez arranque de 1888, el Tribunal tomó por de entonces mismo el registro hecho en 1925, sacrificando el derecho de Echavarría nacido de su compra a Guisao en 1905, y de sus actos posesorios a partir de su compra.

Cuando el 23 de octubre de 1925 se registró la partición de 1888, citada por Tertuliana Majoré al vender el 15 de agosto de aquel año (1925), ya llevaba veinte años largos la posesión de Echavarría, comenzada el 10 de marzo de 1905 en que se otorgó y registró su citada compra.

Múltiples son los litigios de que ha sido materia esa finca. Que sobre ella había habido ya y seguía habiendo contienda con Echavarría, es un hecho declarado en la citada escritura de 16 de enero de 1927, en la que Tertuliana Majoré y su marido, de un lado, y del otro Joaquín Gutiérrez y Heliodoro Gómez, reformaron y aclararon su citada compraventa de 15 de agosto de 1925. Allí mismo (escritura de 1927) citan otras controversias judiciales, y llegan a la terminante manifestación de que ese inmueble "*era y es un bien litigioso*".

El 10 de abril de 1927 Echavarría demandó en reivindicación a Joaquín Gutiérrez y Heliodoro Gómez, lo que hace ver que para entonces éstos habían logrado ocupar la finca. Echavarría triunfó en sentencia del Juzgado de 13 de septiembre de 1929 que el Tribunal declaró ejecutoriada en la de 2 de diciembre de 1930 (cuaderno 1º, folios 9 a 12). El 4 de julio de 1931 el Juzgado, en cumplimiento de ese fallo, hizo entrega real y material de la finca a Echavarría, según diligencia transcrita en la sentencia del juicio posesorio de que se hablará adelante (Cuaderno 3º, folio 6).

El 30 de septiembre de 1933 Luis E. Gutiérrez demandó en reivindicación a Echavarría fundándose en las compraventas ya enumeradas aquí, en la citada partición de 1888 y en la calidad de heredero único de José Majoré declarada en favor de Tertuliana.

El Juzgado sentenció el 20 de mayo de 1935 negando lo pedido y acogiendo la excepción temporal de petición de modo indebido por haber demandado Gutiérrez para sí y en nombre propio, debiendo hacerlo para la sucesión ilíquida de José, puesto que en ésta no había siquiera decreto de posesión efectiva ni menos adjudicación; de manera que Gutiérrez carecía de título singular que, atando con la partición de 1888, diese a ésta el alcance pretendido por él. El Tribunal confirmó esa sentencia en la de 4 de septiembre de 1936 (Cuaderno 1º, folios 1 a 8).

En la sentencia del juicio posesorio de que se hablará en seguida, se ve que Gutiérrez obtuvo la entrega de la finca como depositario, mediante la ejecución por pesos de Gerardo Caro contra él, con tercería de Salazar, a que se aludió ya aquí al mencionar el juicio ordinario acumulado, cuya finalidad principal es anular esa ejecución y hacer cesar la persecución en ella de la finca como de propiedad del ejecutado Gutiérrez (Cuaderno 3º, folios 4 a 7).

En el Juzgado de Tierras de Antioquia entabló Echavarría el 4 de agosto de 1937 contra Luis E. Gutiérrez juicio posesorio. En la inspección ocular de ley, practicada el 7 de octubre de 1938, se hallaron varias porciones ocupadas por dependientes o agentes de Gutiérrez, una personalmente por Echavarría y otras por personas que procedían por cuenta de éste. Los varios testigos interrogados en ese acto que declararon sobre actos posesorios de Luis y Joaquín Gutiérrez señalan a esos actos la antigüedad de tres o cuatro años unos, y hasta de doce o trece años otros; de modo que los más favorables llegan a 1925 o 1926, lo que coincide con la citada compra de 15 de agosto de 1925. Uno de esos testigos precisa su afirmación situando los aludidos actos en 1927 (Cuaderno 3º, folios 11 vuelto a 14).

El Juzgado de Tierras decidió ese juicio posesorio en sentencia de 26 de noviembre de 1938 (folios 14 a 17 *ibidem*). Allí se encuentra la cita de los varios pleitos e instrumentos de que hablan los párrafos precedentes del presente fallo. Desestimadas por el Juez las excepciones, entra a estudiar el problema planteado con la demanda. Trae a cuento, transcribiendo en lo pertinente la diligencia respectiva, la entrega judicial a Echavarría llevada a cabo el 4 de julio de 1931, de que aquí se habló, en cumplimiento de la sentencia que lo había favorecido en el juicio reivindicatorio contra Joaquín Gutiérrez y Heliodoro Gómez. En seguida plantea este dilema: o los opositores siguieron ocupando a pesar de esa diligencia judicial o entraron a ocupar posteriormente, para conceptuar que en uno y otro caso la posesión es violenta. De ello deduce la consecuencia legal en estos términos: "Las constancias de este proceso ofrecen la convicción, no sólo de que Luis Gutiérrez aunque armado de títulos es un poseedor irregular por el vicio de la violencia con que ha obrado, sino que ha efectuado actos característicos de fraude a la ley y abuso del derecho". Adelante agrega: "No se opone a la conclusión anterior la entrega que se hizo a Luis Gutiérrez por el concepto de habérsele concedido la administración del inmueble Guadual en la ejecución que contra él adelanta Gerardo Caro, porque en un secuestro propiamente lo que el Juez quita al ejecutado es la tenencia de la cosa embargada. De modo que como ni en el secuestro ni en la providencia que confirió a Gutiérrez la administración se tocó nada que diga relación a la posesión, el demandado ha continuado con el mismo carácter de poseedor violento. Es inútil ante la jurisdicción de tierra aducir constancias sobre secuestro de bienes inmuebles en ejecuciones urdidas para arrebatar la posesión de la tierra al que la ha ejercido, o legitimar una posesión viciosa". Este fallo concluye ordenando a Gutiérrez cesar en los actos de perturbación, so pena de los pagos allí señalados, sin perjuicio de la indemnización y la responsabilidad criminal, y condenándolo en costas.

Lo dicho hasta aquí, a más de historiar los antecedentes pertinentes, marca la situación legal del caso para cuando el 26 de enero de 1937 presentó Echavarría la demanda inicial del presente juicio, encaminada a que se reconozca su mejor derecho al Guadual y se condene a Luis Gutiérrez a devolvérselo y pagarle sus frutos, por lo que respecta a las súplicas cardinales de su libelo.

Los litigios rememorados hacen ver con suma claridad que cuando comenzó la intervención de los Gutiérrez ya llevaba más de veinte años de refrendada con actos materiales la posesión inscrita en favor de Echavarría el 10 de marzo de 1905. Y esto, sin contar con la que tuviera su antecesor al venderle, en fuerza de los títulos a que alude y de que se habla ocasionalmente en otras piezas del proceso, los que aquí no se toman en cuenta por no haberse traído a los autos.

Se tiene también que la posesión material de Luis Gutiérrez ha sido discontinua, interrumpida como patentizan las citadas demandas y causas. Al respecto tiene señalada significación que él se presentara a reivindicar en pleito contra Echavarría, porque esto, entre otras cosas, hace ver que éste era el poseedor al decir del mismo Gutiérrez.

Luis Gutiérrez agrega a su propia posesión la de sus antecesores, aspirando así a remontarla hasta 1888; pero al apropiársela, lo hace con sus calidades y vicios, como prescribe el artículo 778 del Código Civil. Y en este sentido tiene singular alcance la sentencia en que Joaquín Gutiérrez y Heliodoro Gómez fueron vencidos en juicio reivindicatorio por Echavarría, no porque la condena allí pronunciada se extienda a Luis, que no fue parte, sino porque ese fallo determina para la posesión de los demandados una calidad que afecta a Luis en cuanto como adquirente de ellos quiera apropiársela para agregarla a la propia.

Cuanto a la posesión material en la época anterior a la presentación de los Gutiérrez, o sea la transcurrida del 15 de abril de 1888, fecha de la partición tántas veces citada, y el 23 de octu-

bre de 1925, fecha de su registro, obran sólo declaraciones de testigos en favor de Tertuliana Majoré; pero éstas hablan de actos posesorios como cultivos y habitación por ella, no en forma continua, sino por épocas disgregadas y, más aún, sin precisar el tiempo en que sucedieron ni el que duraron, sino antes bien advirtiendo que no pueden precisar cuándo.

Y varios testigos que declaran como presenciales afirman que en todo ese largo lapso, a partir de 1905, Echavarría poseyó cultivando y administrando la finca por medio de agentes, entre ellos una hermana suya que vivía en la finca.

De paso se observa que entre los numerosos testigos interrogados en las instancias, se hallan contradicciones, según su testimonio fuera solicitado por actor o reo; pero que la consiguiente sospecha de parcialidad no es tan acentuada en este juicio como habitualmente, porque en gran parte esas contradicciones se explican por las alternativas que ha tenido la posesión, como las hacen ver las demandas y pleitos antedichos. Esto, por lo que respecta a la época abierta con la llegada de los Gutiérrez; que, por lo que hace a la anterior, o sea, de 1925 hacia atrás, las declaraciones relativas a los actos de Echavarría no dejan duda sobre su posesión material hasta ese año inclusive, a partir de su compra de 1905.

Ese justo título, esa posesión que a la llegada de los Gutiérrez llevaba ya más de veinte años continuos, la recuperación de esta posesión con la sentencia cumplida en la entrega judicial de 4 de julio de 1931 y el hecho mismo de reconocerle su posesión actual Luis Gutiérrez al demandarlo en reivindicación el 30 de septiembre de 1933, erigen y fundamentan en Echavarría su calidad inequívoca de dueño.

En las varias sentencias de esta Superioridad sobre juicios de dominio en que actor y reo aducen títulos, ha decidido ella en forma que puede resumirse así: esos títulos, en tales casos, deben confrontarse para saber a cuál de los dos contendores a la luz de ellos asiste derecho mejor, sin que pueda descuidarse la posesión material, porque los títulos del demandante deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado para que éste sea vencido. Cuando sus títulos y su posesión son de fecha posterior a los del demandante, éste triunfa, y por el contrario cuando el título de éste es posterior al de aquél, su acción no prospera. Posible es que a títulos de larga data del actor oponga el reo posesión sin título alguno y sin embargo la acción falle, porque ese poseedor alegue y compruebe prescripción extraordinaria, o que triunfe también por prescripción ordinaria por tener título que, aun siendo posterior a los del demandante, cuente con los diez años de ley en las condiciones establecidas por ésta para tal excepción.

En el presente caso Gutiérrez, en fuerza de lo ya dicho al respecto, está muy lejano de esa excepción, tanto por las fechas de sus títulos cuanto por la de su posesión material y las interrupciones y calidad de la misma.

Es verdad que aspira al reconocimiento de posesión material y título inscrito desde 1888, lo que le daría anterioridad al título del actor, que es de 1905. Pero ello no es posible, tanto por lo ya visto sobre posesión material en el lapso anterior a la llegada de los Gutiérrez en que poseyó Echavarría, quien reanudó su posesión al recuperarla judicialmente el 4 de julio de 1931, cuanto también porque, si bien el registro de la partición se retrotrae, en tesis general, a la fecha de ésta, esta retrotracción, como lo tiene establecido nuestra jurisprudencia, no puede llevarse de calles los derechos de terceros, nacidos y consolidados entretanto. La partición es de 15 de abril de 1888 y su registro, de 23 de octubre de 1925. Y en este lapso Echavarría obtuvo su justo título de 10 de marzo de 1905, tántas veces citado aquí, así como la tradición por el registro el mismo día y refrendó con su posesión material desde entonces el derecho adquirido en esa forma, el cual no puede ser sacrificado porque el registro se retrotraiga. Más todavía, aunque esta reflexión basta para reconocer aquel derecho, no sobra recordar que, conforme al artículo 792 del Código Civil, quien recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio, y que Echavarría recuperó el 4 de julio de 1931 esa su posesión anterior a la intervención de los Gutiérrez surgida de la venta de Tertuliana en 1925, el 15 de agosto, es decir, posterior a esta fecha.

Todas estas reflexiones hacen ver que el Tribunal al negar las súplicas de Echavarría como reivindicador quebrantó, entre otros, los artículos 946, 950 y 762, inciso 2º del Código Civil y consiguientemente también, por no haberlos aplicado, los artículos 961 y 964 de esa obra. Este es el cargo que en primer lugar formula la demanda de casación contra la sentencia recurrida, el que, como se anunció ya aquí, la Corte acoge.

—

Invalidada la sentencia del Tribunal, ha de dictarse la que la reemplace.

Como queda visto, debe decretarse lo demandado por Echavarría para obtener, con el reconocimiento de su mejor derecho, la restitución de la finca y el pago de sus frutos.

La presunción legal de buena fe que ampara al poseedor queda destruída en el presente caso por la violencia de que adolece la posesión de Gutiérrez. A este respecto son terminantes los conceptos del Juez de Tierras en la sentencia del citado juicio posesorio transcrita aquí en lo per-

tinente. Más aún, aunque no obraran esos conceptos fundados allí en los hechos que los imponen y que el Juez relata, se tiene que, vencedor Echavarría en un juicio reivindicatorio, obtuvo en cumplimiento del respectivo fallo la entrega material de su finca, mediante diligencia judicial en que se rechazó la oposición de Luis Gutiérrez y Froilán Arango (julio 4 de 1931), y que, transferidos los derechos de éste el 30 de enero de 1933 a Gutiérrez, éste demandó en septiembre siguiente a Echavarría en el citado juicio reivindicatorio, que no le prosperó. Y sin embargo de todo eso, ocupa actualmente Gutiérrez la finca y Echavarría se ve precisado a incoar y seguir el presente juicio.

Innecesario detallar aquí la influencia de la mala fe en la posesión al tratarse de las prestaciones mutuas a que da lugar una acción reivindicatoria cuando prospera. Se anota tan sólo lo que sobre frutos dispone en su primera parte el artículo 964 del Código Civil, y que, según esta misma disposición, esa prestación no va hacia atrás hasta la contestación de la demanda, sino que se remonta a la fecha en que la posesión del demandado comenzó.

Del propio modo, esa mala fe determina la condenación en costas, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 575 del Código Judicial.

—

Resueltas las peticiones cardinales de la demanda como corresponde a lo expuesto, se consideran las restantes.

A fin de infirmar los títulos aducidos por Gutiérrez, pide Echavarría su anulación, mediante, ante todo, la de las escrituras en que figura Tertuliana Majoré, otorgadas, como se ha visto, en 1925 y 1927. Funda el actor esta pretensión en que ella es incapaz, como indígena, según la Ley 89 de 1890 y en que no es heredera de José Majoré. La protección legal a los incapaces no es arma contra ellos, según repetidamente lo ha observado la Corte. Si Tertuliana vendió siendo incapaz, la consiguiente nulidad es acción que corresponde a ella. De otro lado, la declaratoria de heredero hecha judicialmente en providencia de 6 de mayo de 1926, no aparece aquí invalidada. No son, pues, aceptables los fundamentos del actor que acaban de verse.

Arguye también en pro de aquella nulidad que Tertuliana no tenía ni tiene adjudicación de la finca en la mortuoria de José Majoré, ni siquiera decreto de posesión efectiva, y que no exhibiendo sino aquella declaratoria de heredero, fue venta de lo ajeno la que hizo por medio de sus citadas escrituras.

Se considera: El artículo 1871 del Código Civil da validez a la venta de cosa ajena, lo que impide el concepto de nulidad por ese motivo, cuando lo hay; y no puede tacharse desde luégo de venta de cosa ajena la que haga un heredero de un bien de la sucesión antes de la partición, porque tal situación no se produce, según los artículos 779 y 1401 del Código Civil, sino cuando la partición adjudica ese bien a interesados distintos del heredero vendedor.

Además, puestos a salvo los derechos del verdadero dueño, en nada le perjudican en sí escrituras de esa clase, lo que significa su falta de interés jurídico que le diera personería para demandar su anulación y cancelación. Otro tanto cabe decir respecto de los certificados de Registrador sobre inscripción y vigencia de los títulos referidos, o sea, los presentados por Gutiérrez y atacados por Echavarría, cuyas solicitudes al respecto no pueden, por tanto, prosperar.

La acción de perjuicios contra Joaquín Gutiérrez y Heliodoro Gómez por haberle dificultado al actor la recuperación de su finca, no puede acogerse tampoco. Es verdad que sin las ventas hechas por ellos, Luis habría carecido de este apoyo o pretexto para su posesión. Pero no puede decirse que sean los causantes de los perjuicios de que se queja Echavarría, porque éste obtuvo el cumplimiento de la sentencia en el juicio reivindicatorio que les ganó, por lo cual la perturbación mencionada, que es obra de Luis, no puede atribuírseles, por más que sea verdad que vendieron después de estar demandados, para lo cual, según dice Echavarría, aprovecharon maliciosamente el retardo habido en registrar la demanda inicial de ese pleito en que los venció.

Respecto de la demanda del juicio acumulado, encaminada a anular la referida ejecución, se advierte desde luégo su improcedencia, ya porque entre las nulidades de un juicio en general y las particulares de uno ejecutivo no figura la causal aducida por Echavarría, ya porque los perjuicios que ésta haya sufrido al verse privado de su finca por obra de la persecución de ella como obra del ejecutado Gutiérrez tienen para su indemnización los caminos de la ley y los motivos pertinentes, entre los cuales no figura, ni sería lógico ni necesario que figurase, la anulación del respectivo proceso.

En otras palabras: si Echavarría en su calidad de dueño de El Guadual ha sido perjudicado con un juicio ejecutivo en que él ve sólo una maniobra dolosa para arrebatárselo, sea esto o nó así, no necesita anular ese juicio ejecutivo, para obtener la correspondiente indemnización, ni tampoco para obtener que su finca se liberte de la traba ejecutiva, para lo cual le da la ley al dueño medios expeditos. Y esta consideración, que hace ver cómo su interés jurídico y consiguiente personería faltan para respaldar su acción, se agrega a la observación antedicha sobre causales de nulidad de un proceso.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el tres de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos y reformando la de primera instancia, dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Frontino el cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta, falla el pleito así:

1º Angel María Echavarría tiene mejor derecho que Luis E. Gutiérrez en el dominio y posesión del inmueble El Guadual, ubicado en el Municipio de Cañasgordas y deslindado: del desemboque de la quebrada Guayabal en el río de Cañasgordas, quebrada arriba, lindando con terreno de Alejandro Gutiérrez y Valentín Durán Goes, hasta su cumbre en el filo que divide aguas de la quebrada Guadual y el río Cañasgordas; filo abajo, hasta su terminación en el río Cañasgordas en el desemboque de la quebrada Guadual, y río arriba, al desemboque de la quebrada Guayabal, punto de partida.

2º Condénase a Luis E. Gutiérrez a entregar ese inmueble a Angel M. Echavarría dentro de los seis días siguientes a la notificación del auto de obedecimiento y cumplimiento que dicte el Juzgado de origen al volver el expediente a su Oficina.

3º Condénase al mismo Gutiérrez a restituir o pagar los frutos de esa finca como indica el artículo 964 del Código Civil, en el concepto de ser Gutiérrez poseedor de mala fe, como se le declara.

4º No están probadas las excepciones opuestas.

5º Condénase a Luis E. Gutiérrez a pagar a Echavarría las costas de las dos instancias del presente juicio. No se hace condenación en costas en el recurso de casación.

6º No hay lugar a decretar las restantes peticiones del juicio reivindicatorio ni del de nulidad a él acumulado, de cuyos cargos se absuelve a los demandados.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Impugnación de la legitimidad de un hijo nacido dentro de matrimonio

1. Según el artículo 1º de la Ley 45 de 1936, pueden ser reconocidos como naturales los hijos llamados antes adulterinos. El hecho de que una mujer casada conciba de otro hombre, aunque constituye un acto esencialmente inmoral, no es óbice para que el fruto de esa unión irregular sea reconocido como natural por el padre, pero, como ese reconocimiento por sí solo desconoce la presunción: pater is est quem nuptiae demonstrant, es preciso que tal presunción sea desvirtuada judicialmente, lo cual quiere decir y significa que no basta el mero hecho del reconocimiento de un hijo natural, en tales circunstancias, para que en virtud de él pierda la presunción de legítimo que lo acompaña y favorece, y sería grave, perturbador y hasta absurdo jurídicamente sostener lo contrario. No; el estado civil de las personas está regulado por normas estrictas y controlado por la autoridad, para evitar anomalías e inconvenientes como los apuntados. El concepto de nulidad, por ser excepcional, es taxativo, y esto constituye una norma invariable para la interpretación de las reglas legales que a ella se refieren o que la establecen. El texto del artículo 3º en su inciso 1º de la Ley 45 de 1936, no habla de nulidad; pero esto no podría ser la razón para estimar que no la consagra, desde luego que, no existiendo los términos sacramentales, el legislador puede valerse de expresiones que equivalgan a la de nulidad. La Corte, examinando en conjunto los textos pertinentes de la citada Ley 45 y en particular sus artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 9º., llega a la conclusión que el precitado artículo 3º en su inciso 1º no establece nulidad del reconocimiento del hijo natural si antes no se ha pronunciado sentencia que tenga la fuerza de la ejecutoria, en que al reconocido se le desconoce el carácter de hijo legítimo que antes ostentaba.

Cuando se trata de un hijo concebido por mujer casada, concebido en adulterio, son necesarios dos requisitos para establecer su filiación natural, a saber: la destrucción jurídica de la presunción pater is est quem nuptiae demonstrant que ampara a todo hijo nacido de mujer casada, y el acto de reconocimiento hecho por el padre natural. Esos dos factores o elementos se complementan recíprocamente en tal forma que la falta de uno de ellos hace imposible, jurídica y legalmente, que el nacido de mujer casada sea reconocido como hijo natural. Un reconocimiento de ese estado sin la sentencia ejecutoriada que lo prive de la filiación legítima, no tiene ninguna operancia ni eficacia ante la ley, porque la presunción de legitimidad que ampara al reconocido lo sigue acompañando. Una sentencia declarativa de la impugnación de la legitimidad no demuestra por sí sola sino que el impugnado no es hijo de quien impugna; pero en ningún caso prueba que es hijo natural de determinada persona. No demuestra la sentencia sino que no tiene la calidad de hijo legítimo de aquél.

2. La Corte ha sostenido reiteradamente que cuando la sentencia es totalmente absolutoria y se contemplan todas las faces del problema planteado en la demanda, el fallo no puede estar disconforme con las pretensiones deducidas por los litigantes.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Se expresan en seguida los antecedentes y la razón o causa de este proceso:

Por escritura número 41, de 10 de octubre de 1936, otorgada ante el Notario de San Martín, Clímaco Torres reconoció como su hijo natural a Raúl Cifuentes, nacido el 7 de febrero de 1931 y habido en Salomé Cifuentes. (Fjs. 11, cuaderno número 2).

De la correspondiente partida de bautizo aparece que fue bautizado el expresado Raúl, hijo natural de Salomé Cifuentes, en la iglesia de San Martín el 20 de septiembre de 1931 y que el bautizado, según se expresa en la partida, nació el 7 de febrero de dicho año. (Fjs. 9 del cuaderno número 2).

Clímaco Torres falleció en Cáqueza el 19 de junio de 1939, en estado de soltería, según reza el acta de origen civil que corre al folio 1 del cuaderno principal.

Fallecido Clímaco Torres, la madre natural de Raúl, o sea Salomé Cifuentes, se presentó pidiendo en nombre de su hijo la apertura de la sucesión de aquél y el reconocimiento de Raúl como heredero en su condición de hijo natural, peticiones que prosperaron.

Salomé Cifuentes contrajo matrimonio con Angel María Céspedes en la iglesia de la Concepción de Cumaral el 27 de agosto de 1917, según aparece de la partida de origen eclesiástico que corre a fojas 6 vto. del cuaderno número 2, y su marido Angel María vive aún.

Estando en curso el juicio de sucesión de Clímaco Torres, se presentaron dos hermanos de éste, Demetrio y Zoila Torres C., y pidieron que con citación y audiencia de los esposos Angel María Céspedes y Salomé Cifuentes, representantes legales del menor Raúl Cifuentes o Céspedes, se hicieran las declaraciones que en seguida se sintetizan: que es absolutamente nulo y sin efectos legales el acto o declaración de voluntad contenido en la escritura 41 pasada ante el Notario de San Martín el 10 de octubre de 1936, por el cual Clímaco Torres C. reconoció como hijo natural suyo a Raúl Cifuentes o Céspedes, cuya madre es Salomé Cifuentes; que en consecuencia Raúl Cifuentes o Céspedes no es ni puede ser heredero ab intestato de Clímaco Torres en su calidad civil de hijo natural de dicho causante y que carece de todo efecto o queda insubsistente el auto de 30 de agosto de 1939 dictado por el Juez de Circuito de Villavicencio en el juicio de sucesión de Clímaco Torres C., por el cual se manda tener a Raúl Céspedes como heredero de Clímaco Torres en calidad de hijo natural de éste, y finalmente que en virtud de las declaraciones anteriores se decida que los demandantes, a saber: Demetrio y Zoila Torres C., en su calidad de hermanos legítimos del causante, tienen el carácter de herederos de Clímaco Torres, el derecho a recoger sus bienes y a que se les restituyan los que hubiere percibido o esté administrando el demandado.

Contestada la demanda, en la que los demandados se opusieron a que fueran hechas las declaraciones impetradas, el Juez de primera instancia, o sea el de Circuito de Villavicencio, en sentencia de 11 de febrero de 1942, accedió a todo lo demandado. Fue apelada aquélla y el Tribunal Superior de Bogotá la revocó en fallo de 4 de septiembre del año próximo pasado, en el que, previa revocación de la providencia del inferior, negó todas las súplicas de la demanda.

Interpuso recurso de casación la parte actora y hoy pasa a decidirse, previas las consideraciones que siguen:

La demanda que ha dado origen a este pleito fue presentada ante el Juez Municipal de Cáqueza y con destino al Juez de Circuito de Villavicencio el 18 de mayo de 1940, se admitió el 21 de los mismos mes y año y se le notificó a Salomé Cifuentes el 10 de junio también de ese año, corriéndosele el traslado del caso. (Fs. 5 a 7 del cuaderno principal). Angel María Céspedes entabló juicio impugnando la legitimidad de Raúl Cifuentes, y la demanda con destino al Juez de Circuito de Villavicencio, presentada ante el Juez 3º Municipal de Bogotá el 7 de diciembre de 1939, es decir, cinco meses antes de que se iniciara el presente juicio. La demanda entablada por Angel María Céspedes fue admitida el 11 de diciembre de 1939 y notificada a Salomé Cifuentes, a quien se le corrió el respectivo traslado, el 23 de enero de 1940. (Fjs. 2 vt., cuaderno 8).

De lo anterior se concluye que la demanda entablada por Angel María Céspedes y la notificación de ella a Salomé Cifuentes, son de fecha anterior a la demanda que ha dado origen a este juicio y a la notificación de ella. Además, al menor demandado Raúl Cifuentes le fue nombrado curador ad litem, nombramiento que recayó en el doctor Pablo Emilio Salazar, a quien se le notificó la demanda y se le corrió el traslado de ella el 23 de febrero de 1940, es decir, con fecha anterior a la demanda base de este juicio y a su notificación y el demandante Céspedes, el 13 de diciembre de 1939, se dio por notificado de la admisión de la demanda incoada por él. (Fjs. 3 ibidem).

En virtud de la demanda incoada por Angel María Céspedes sobre impugnación de la legitimidad de Raúl Cifuentes, se tramitó el juicio ordinario correspondiente que fue desatado en primera instancia el 16 de octubre de 1940, declarando que dicho menor, concebido y procreado por Salomé Cifuentes durante el matrimonio de ésta con Angel María Céspedes, no es hijo de este señor. Esta sentencia fue apelada para ante el Tribunal Superior de Bogotá, el cual, en fallo de 23 de abril de 1941, confirmó la del inferior. Dicha sentencia se halla ejecutoriada. (Fjs. 16 a 21 del cuaderno número 6).

De esta última relación se concluye que cuando se dictaron las sentencias de primero y segundo grado, en el proceso que hoy decide la Corte, y que llevan las fechas como ya se dijo, de 11 de febrero de 1942 y 4 de septiembre de 1943 respectivamente, ya se habían pronunciado las de primero y segundo grado en el juicio de impugnación de la legitimidad de Raúl Cifuentes o Céspedes, y estaba ejecutoriada esa sentencia, fenómeno que quedó consumado en los últimos días de junio de 1941. (Fjs. 21 vt., cuaderno número 6).

El punto o problema que se debate en este juicio es el siguiente: Si habiendo precedido el reconocimiento de Raúl Cifuentes como hijo natural de Clímaco Torres a las sentencias que declararon que Raúl no fue procreado en el matrimonio que existe entre Angel María Céspedes y Salomé Cifuentes, ese reconocimiento es o nó eficaz, es no nó nulo. Y ésta es toda la cuestión.

El Tribunal, interpretando los artículos 1º y 3º de la Ley 45 de 1936, se pronunció por la eficacia del acto de reconocimiento y no encontró que éste adoleciera de nulidad.

El recurrente estima lo contrario y asevera que el fallo quebranta el inciso 1º del artículo 3º de la mencionada ley por errónea e indebida aplicación y además estima violados los artículos 6º, 16, 1523, 1524, 1740, 1743 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936.

Acusa también la sentencia por error de hecho manifiesto y error de derecho en la apreciación de las sentencias sobre impugnación de la legitimidad del menor Raúl y estima además que no estando registradas tales sentencias, no prestan ningún mérito y que por no haber tenido en cuenta esto, el Tribunal incurrió al respecto en error de hecho y de derecho.

Toda la acusación en lo que se refiere a la cuestión de derecho por errónea interpretación de la ley depende de la interpretación y alcance que se le dé al artículo 3º, inciso 1º de la Ley 45 de 1936, porque si se estima que es nulo un reconocimiento de hijo natural cuando concebido, por mujer casada no ha precedido la sentencia ejecutoriada que declara la ilegitimidad, las demás disposiciones sobre nulidad que cita el recurrente surgen espontánea y lógicamente, al paso que si se decide lo contrario, si se concluye que un reconocimiento en esa forma no induce nulidad, las demás disposiciones que al respecto cita el recurrente no tienen aplicación en este caso.

La Corte considera: Cuando se verificó el acto de reconocimiento, 10 de octubre de 1936, ya regía la Ley 45 de dicho año, porque esta norma fue publicada en el *Diario Oficial* número 23147 de 30 de marzo de 1936. Quiere decir lo anterior que dicho estatuto es aplicable al caso del presente pleito, con tanto mayor razón cuanto que las demandas fueron incoadas mucho tiempo después de dicho año.

Según el artículo 1º de la Ley 45 mencionada, pueden ser reconocidos como naturales los hijos llamados antes adulterinos, y en esa condición se halla Raúl Cifuentes o Torres.

El hecho de que una mujer casada conciba de otro hombre, aunque constituye un acto esencialmente inmoral, no es óbice para que el fruto de esa unión irregular sea reconocido como natural por el padre, pero, como ese reconocimiento por sí solo desconoce la presunción *pater est is quem nuptiae demonstrant*, es preciso que tal presunción sea desvirtuada judicialmente, lo cual quiere decir y significa que no basta el mero hecho del reconocimiento de un hijo natural, en tales circunstancias, para que en virtud de él pierda la presunción de legítimo que lo acompaña y favorece, y sería grave, perturbador y hasta absurdo jurídicamente sostener lo contrario. Nó; el estado civil de las personas está regulado por normas estrictas y controlado por la autoridad, para evitar anomalías e inconvenientes como los apuntados.

El concepto de nulidad, por ser excepcional, es taxativo, y esto constituye una norma invariable para la interpretación de las reglas legales que a ella se refieren o que la establecen. El texto del artículo 3º en su inciso 1º de la Ley 45 de 1936 no habla de nulidad; pero esto no podría ser la razón para estimar que no la consagra, desde luego que, no existiendo los términos sacramentales, el legislador puede valerse de expresiones que equivalgan a la de nulidad.

La Corte, examinando en conjunto los textos pertinentes de la citada Ley 45 y en particular sus artículos 1º, 2º, 3º 4.º y 9.º, llega a la conclusión que el precitado artículo 3º en su inciso 1º no establece nulidad del reconocimiento del hijo natural si antes no se ha pronunciado sentencia que tenga la fuerza de la ejecutoria, en que al reconocido se le desconoce el carácter de hijo legítimo que antes ostentaba.

Las razones que militan en pro de la anterior conclusión son las que siguen: cuando el reconocido no está amparado por la presunción de legitimidad, es decir, cuando ha sido concebido por mujer soltera, no existe ninguna dificultad ni problema; para obtener el estado civil de hijo natural basta: o el reconocimiento voluntario por parte del padre (artículos 1º y 2º, Ley 45) o la declaratoria judicial de la paternidad natural (artículo 4º), o la comprobación de la posesión notoria del estado de hijo natural, tan criticada por muchos doctrinantes (artículo 6º). Es el acto de reconocimiento en el primer caso o el imperio de la sentencia en los otros lo que establece esa calidad.

Cuando se trata de un hijo concebido por mujer casada, concebido en adulterio, son necesarios dos requisitos para establecer su filiación natural, a saber: la destrucción jurídica, de la presunción *pater est is quem nuptiae demonstrant* que ampara a todo hijo nacido de mujer casada, y el acto de reconocimiento hecho por el padre natural. Esos dos factores o elementos se complementan recíprocamente en tal forma que la falta de uno de ellos hace imposible, jurídica y legalmente, que el nacido de mujer casada sea reconocido como hijo natural.

Un reconocimiento de ese estado sin la sentencia ejecutoriada que lo prive de la filiación legítima, no tiene ninguna operancia ni eficacia ante la ley, porque la presunción de legitimidad que ampara al reconocido lo sigue acompañando.

Una sentencia declarativa de la impugnación de la legitimidad, no demuestra por sí sola sino que el impugnado no es hijo de quien impugna; pero en ningún caso prueba que es hijo natural de determinada persona. No demuestra la sentencia sino que no tiene la calidad de hijo legítimo de aquél.

Si de acuerdo con el artículo 1º de la ley citada pueden ser reconocidos como hijos naturales, los llamados en el derecho clásico, con mucha propiedad, adulterinos; si el padre puede voluntariamente reconocer como hijo natural al habido de mujer soltera o casada, artículos 2º y 3º ibidem, se debe concluir que el alcance y sentido de la primera parte de dicho artículo 3º no es otro sino el de que, en el caso de esta norma, para que el reconocimiento surta sus efectos legales, deben existir los dos factores de que se acaba de hacer mérito. La misma redacción gramatical del inciso 1º de tal artículo convence de lo anterior por cuanto la expresión "que el marido lo desconozca" no es una construcción o locución de ante-presente, equivalente a la que es propia de este tiempo verbal "haya desconocido" sino que se refiere al tiempo pasado, al presente y al futuro. Lo que se necesita es que exista ese desconocimiento y la sentencia que así lo declare.

Cuando falta la sentencia ejecutoriada que declara la ilegitimidad de un hijo, el reconocimiento que se haga de éste como natural, no tiene ninguna operancia, ningún efecto jurídico y legal y sigue amparado por la presunción de legitimidad mientras ésta subsista. No es, pues, cuestión de prioridad entre el acto de reconocimiento y el acto impugnatorio de la legitimidad la clave del problema, sino la existencia de esos dos actos: el jurídico del reconocimiento y el realizado por el Estado, por medio de uno de sus órganos y concretado en la sentencia que declara la ilegitimidad.

Consideradas así las cosas y teniendo en cuenta que a los autos se adujeron el acto de reconocimiento de Clímaco Torres respecto de Raúl Cifuentes, como su hijo natural, y las sentencias de primero y segundo grado, sentencias ejecutoriadas, que declararon que Raúl no tiene por padre a Angel María Céspedes, marido de Salomé Cifuentes, se concluye que el Tribunal no interpretó erróneamente el artículo 3º, inciso 1º de la Ley 45 de 1936, y si esto es así, no quebrantó las demás normas citadas por el recurrente porque el reconocimiento hecho por Torres no adolece de nulidad.

Y para realzar la tesis o doctrina de que no es la cuestión de prioridad sino la existencia de los dos elementos de que se ha hecho mérito lo que da al hijo concebido en adulterio su filiación natural, basta considerar lo que sucede y sucedería en este mismo litigio, como lo apuntó el fallador de segundo grado: Si se casara la sentencia se desconocería el estado de hijo natural de Raúl Cifuentes o Torres y como por sentencia ejecutoriada se ha declarado que no es hijo de Angel María Céspedes, el expresado Raúl se quedaría sin filiación de ninguna especie, por imperio de una sentencia, lo cual es una conclusión que no puede aceptarse. Y tal cosa no sólo lo afectaría a él personalmente, porque no se trata de un asunto patrimonial sino que trascendería a sus parientes, porque las sentencias sobre estado civil, tienen fuerza *erga omnes*.

No está por demás observar, que como ya se vio, cuando se entabló este juicio ya se había iniciado el de impugnación sobre la legitimidad de Raúl, lo cual hace ver que aun cuando la sentencia sobre este extremo no se hubiera pronunciado, no hubiera podido desatarse aún el litigio en pro de las pretensiones de la parte actora sino que lo pertinente hubiera sido deducir una excepción de carácter temporal en espera del fallo definitivo en el juicio de impugnación. Habiendo tenido a la vista el fallador de Bogotá las sentencias pronunciadas en dicho juicio, es obvio que no podía hacer caso omiso de ellas porque entonces habría incidido en manifiesto error de hecho y esas sentencias, unidas al reconocimiento de Raúl, son los dos factores esenciales para darle a este reconocimiento su eficacia legal.

Al tener en cuenta el Tribunal en este juicio las sentencias dictadas en el de impugnación, que son anteriores, como es claro, a la que profirió esa Corporación en el presente juicio, no pudo incurrir en ningun error, y cualquiera otra apreciación equivocada que hubiera podido hacer sobre las fechas de las sentencias, no incidiría en la suerte de este recurso.

Estima el recurrente violados los artículos 17 del Código Civil, 473 y 474 del Código Judicial y 3º de la Ley 45 de 1936, y fundamenta así su acusación: "Angel María Céspedes demandó y así lo declaró el Juzgado, en las memoradas sentencias, que Raúl no es hijo suyo. Por consiguiente, la investigación de la paternidad del mentado Raúl es cuestión extraña a los fallos acotados, ya que no fue materia del juicio que ellos finalizaron.... Allí quedó, pues, judicialmente patentizado que dicho Raúl no es hijo del esposo de la madre, pero sin que de ello pueda deducirse natural y lógicamente que lo sea de Clímaco Torres o de otro hombre cualquiera. Luego el Tribunal incide en error de

hecho y de derecho al sustentar que las sentencias que deciden el juicio sobre impugnación de la legitimidad, tienen fuerza de cosa juzgada en la presente controversia".

El fallador de Bogotá tuvo en cuenta dos elementos: el reconocimiento del menor Raúl Cifuentes o Torres hecho por Clímaco Torres, y las sentencias que declararon que tal menor no es hijo de Angel María Céspedes. Decidió acertadamente, a juicio de la Corte, que el reconocimiento no es nulo y que las sentencias tienen el imperio de la cosa juzgada. Al tener en cuenta tales factores, surge la calidad de hijo natural de Raúl respecto de quien lo reconoció. Es cierto, como lo dice el recurrente, que de las sentencias que fallaron sobre la impugnación, se concluye que Raúl no es hijo de Céspedes, y nada más; pero como ese no es el único elemento que existe en autos ni ese es el único factor que condiciona el problema que hoy se debate, sino el de saber y decidir si los demandantes tienen mejor derecho que Raúl a la herencia de Torres, es una cuestión patrimonial la que se agita en el fondo, al presentar aquél la prueba de que es hijo natural del expresado Torres, prueba, se repite, que está formada por los dos elementos de que se ha hecho mérito. Raúl en su calidad de hijo natural de Clímaco, tiene mejor derecho que los demandantes que no son sino hermanos de éste.

No pudo haber violación de los artículos 473 y 474 del Código Judicial, porque de acuerdo con el artículo 401 del Código Civil, el fallo que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos de dicha ilegitimidad, cuando la sentencia, como en el caso presente, reúne los requisitos del artículos 402 ibidem.

El cargo no puede prosperar.

Finalmente, el recurrente estima que el Tribunal violó los artículos 2652 y 2663 del Código Civil por no estar registrada la sentencia.

La Corte observa: No puede afirmarse rotundamente que las sentencias que declararon la ilegitimidad de Raúl Cifuentes o Torres no estén registradas. Lo que podría discutirse sería la oportunidad de la prueba, valiendo la pena observar que todo registro se retrotrae a la fecha en que se verificó o consumó el acto que se registra.

Pero el problema no es ese: Raúl Cifuentes o Céspedes no fue bautizado como hijo del matrimonio que existe entre Angel María Céspedes y Salomé Cifuentes; fue bautizado como hijo natural de ésta únicamente; de modo que la presunción de legitimidad que podía acompañarlo no consta en la prueba escrita del estado civil. Raúl Cifuentes exhibe su título o carácter de hijo natural de Juan Clímaco Torres, quien lo reconoció por escritura pública, debidamente registrada, en el carácter de tal, y ese reconocimiento, que es prueba principal de su estado civil, es el que opone, como heredero de mejor derecho, a los demandantes Demetrio y Zoila Torres. No es en virtud de la sentencia que lo declaró ilegítimo, como Raúl reclama sus derechos en la sucesión de su padre natural Clímaco, sino en fuerza del reconocimiento hecho por éste de que aquél es su hijo. La acción incoada en este juicio no es la de cumplimiento de la sentencia que declaró ilegítimo a Raúl, sino que éste como hijo natural de su padre y causante Clímaco, se presentó a sucederle como heredero *ab intestato*.

Consideradas así las cosas, se concluye que el cargo que se estudia no incide en casación, porque de donde se deduce que Raúl es hijo natural de Clímaco Torres, no es de la sentencia que falló el juicio de impugnación sino del acta de reconocimiento de Raúl, hecha por Clímaco y que consta en escritura pública.

Alega el recurrente la segunda causal de casación, la que no puede prosperar por lo que sigue: El Tribunal consideró todas las peticiones y extremos de la demanda y las negó. La Corte ha sostenido reiteradamente que cuando la sentencia es totalmente absolutoria y se contemplan todas las faces del problema planteado en la demanda, el fallo no puede estar disconforme con las pretensiones deducidas por los litigantes.

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

Las costas del recurso son a cargo del recurrente.

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

Hernán Salamarca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Acciones de nulidad de unos títulos, de reivindicación, etc.

La división no es título traslaticio de dominio sino meramente declarativo de uno anterior en virtud de la presunción consignada en el artículo 779 del Código Civil, conforme a la cual se presume que cada uno de los comuneros ha poseído exclusivamente la parte que en la división le cupiere. La partición de un bien social, consolidada y completada con la confirmación del cónyuge que personalmente no intervino en el acto, apenas pone fin a la comunidad existente con el tercero, pero no desplaza en ninguna forma el dominio de la sociedad, que sólo se singulariza y determina.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Durante la sociedad conyugal formada entre Pastor López y Nieves Cruz por efecto del matrimonio eclesiástico contraído por ellos el 24 de noviembre de 1904, Pastor López, en su carácter de administrador de la sociedad conyugal, por medio de la escritura pública número 1084 de 29 de septiembre de 1919, otorgada en la Notaría de Ubaté, compró, en asocio de Santos C. Pinzón, en común y por partes iguales, a Ismael de Francisco, un terreno denominado *Gacha*, ubicado en la fracción de Apartadero, del Municipio de Ubaté, por linderos que en ese instrumento se expresan.

En el año de 1934, por medio de la escritura pública número 976, del 9 de junio, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Bogotá, Pastor López y Santos C. Pinzón pusieron término a la comunidad existente en el predio de *Gacha*, dividiéndola en dos lotes iguales y especialmente alinderados. La cónyuge Cruz de López manifiesta que ha consentido en esta partición verificada por su marido en representación de la sociedad conyugal y en la demanda inicial de este litigio dice que confirma y ratifica tal acto de partición convencional.

El 15 de abril de 1937, por medio de la escritura pública número 204, pasada ante el Notario 2º del Circuito de Ubaté, sin que la sociedad conyugal se hubiera liquidado en ninguna de las formas legales, y sin autorización ni intervención ni posterior confirmación de la cónyuge Cruz, su marido Pastor López, obrando por sí solo y como dueño exclusivo del aludido inmueble, vendió a Inés López de Ortiz, Rosa E. López y Francisco José López Cruz, hijos legítimos del matrimonio López-Cruz, el lote de *Gacha*, por la suma de $ 40.000.

Estos compradores, a su turno, por medio de la escritura número 427, otorgada ante el Notario 2º de Ubaté el 28 de agosto de 1938 y por el precio de $ 4.000, vendieron el lote precitado a Longinos Cuervo P., en cuyo poder se halla.

Con apoyo en estos antecedentes, expresados en forma de hechos fundamentales de la acción, y alegando como razón de derecho que la finca vendida por el marido pertenece en propiedad a la sociedad conyugal no disuelta ni liquidada, cuya gerencia no corresponde ya exclusivamente al cónyuge vendedor, y con exhibición de las pruebas escriturarias y de estado civil correspondientes, en libelo de fecha 30 de marzo de 1939, dirigido al Juzgado Civil del Circuito de Ubaté, Nieves Cruz de López, por medio de apoderado, demandó a Pastor López, Inés López de Ortiz, Rosa E. López, Francisco José López y Longinos Cuervo, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que es absolutamente nulo, por falta de voluntad del vendedor, el contrato de compraventa contenido en la escritura número 204, de 17 de abril de 1937, de la Notaría 2ª de Ubaté, celebrado por Pastor López con sus hijos Inés, Rosa y Francisco, lo mismo que la tradición del inmueble de Gacha por falta de voluntad del tradente, por los linderos que allí se expresan; que el referido inmueble es de propiedad de la sociedad conyugal López-Cruz; subsidiariamente se pide la declaración de que carece de todo valor y en consecuencia no puede producir efecto jurídico alguno el contrato de compraventa contenido en la precitada escritura número 204 por haber el marido intervenido en él como representante único de la sociedad conyugal sin el consentimiento de la mujer. Y como consecuenciales para cualquiera de los pedimentos expresados se demanda la cancelación de las inscripciones del título referido, y que se condene al demandado Cuervo, como poseedor actual y de mala fe de la finca a restituirla dentro del término de la ley, junto con sus frutos, de los cuales deben responder los demás demandados durante el tiempo en que la finca estuvo en su poder. Finalmente, se pide la condena a pagar las costas del juicio.

Surtido el traslado legal de la demanda, los demandados la contestaron oponiéndose a las pretensiones del actor y negando la mayor parte

de sus hechos fundamentales. Sometido el juicio al trámite correspondiente de la primera instancia, fue sentenciado por el Juzgado del Circuito el 16 de agosto de 1941, en la siguiente forma:

"1º Un globo de terreno ubicado en el sitio de Gacha, vereda de Apartadero, jurisdicción de Ubaté, y demarcado así: 'Por el Occidente, con el terreno llamado el Mirador, de propiedad del señor Barreto Rafael, cerca de por medio; por el Oriente, con tierras de herederos de José Maldonado y otro; por el Norte, con el río Ubaté; y por el Sur, con el camino público que separa el predio de que se trata de terrenos que fueron de Juan Sordo' pertenece a la sociedad conyugal formada por los señores Pastor López y Nieves Cruz;

"2º Condénase al señor Longinos Cuervo, actual poseedor del lote de terreno que acaba de señalarse, a restituírlo a la nombrada sociedad López-Cruz o a quien represente sus derechos dentro del término de tres días subsiguientes a la ejecutoria del presente fallo, junto con sus anexidades;

"3º Condénase al cito (sic) señor Longinos Cuervo, como poseedor de mala fe, a restituír a la sociedad conyugal López-Cruz o a quien represente legalmente sus derechos, no sólo los frutos naturales y civiles producidos por el referido terreno, sino los que la sociedad conyugal citada hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo el terreno en su poder, desde el día 29 de agosto de 1938, fecha de la inscripción del título hasta el día en que verifique la entrega;

"4º Condénase a Inés López de Ortiz, Rosa E. López y Francisco José López, como poseedores de mala fe, a restituír a la sociedad conyugal formada por Pastor López y Nieves Cruz los frutos naturales y civiles producidos por el terreno de Gacha atrás alinderado durante el tiempo que de él estuvieron en posesión, o sea desde el 16 de abril de 1937 hasta el 29 de agosto de 1938, y no sólo los producidos sino los que su dueño, la sociedad conyugal López-Cruz, hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad;

"5º Decláranse sin valor los contratos de compraventa que tuvieron por objeto el terreno delimitado en la parte primera de este fallo, celebrado entre Pastor López, vendedor, e Inés López, Rosa E. López y Francisco J. López, compradores, y entre éstos como vendedores y Longinos Cuervo como comprador y de que tratan las escrituras públicas números 204 de 15 de abril de 1937, y 427, del 28 de agosto de 1938, respectivamente, cuyos registros se ordena cancelar en lo pertinente;

"6º Condénase a los demandados en las costas del juicio;

"7º Declárase no probada la excepción perentoria de carencia de personería sustantiva en la actora; y

"8º Quedan a salvo los derechos que puedan tener Inés, Rosa E. y Francisco J. contra su vendedor Pastor López en cuanto al precio dado por el terreno, y los que pueda tener Longinos Cuervo por la misma causa contra sus tradentes".

Sentencia acusada.

Apelaron del fallo de primer grado los demandados, por lo cual subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde se profirió, después de los trámites correspondientes, la sentencia definitiva de 27 de enero de 1943 que está al actual conocimiento de la Corte, en la cual se reformó la recurrida, así:

"Primero. Se declara no probada la falta de personería sustantiva de la demandante.

"Segundo. Se declara que pertenece a la sociedad conyugal iliquida y vigente formada por Pastor López y Nieves Cruz, al tenor de las escrituras públicas números 1084 de 29 de septiembre de 1919, de la Notaría de Ubaté, y 931, de 3 de septiembre de 1924 de la misma Notaría, la mitad proindiviso con Santos C. Pinzón o sus representantes legales del inmueble denominado 'Gacha',. ubicado en el sitio denominado 'Apartadero', de la jurisdicción de Ubaté, determinado conforme aparece en estos títulos de dominio.

"Tercero. Condénase al demandado señor Longinos Cuervo P., como poseedor de buena fe, a restituír a la sociedad conyugal López-Cruz o a quien represente sus derechos, el lote de terreno que se le entregó materialmente en cumplimiento del contrato de compraventa que relaciona la escritura pública número 427, de 28 de agosto de 1938, otorgada en la Notaría Segunda de Ubaté, junto con sus anexidades, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del presente fallo.

"Cuarto. Condénase al mismo demandado a restituír a dicha sociedad conyugal los frutos civiles y naturales del terreno, percibidos a partir de la contestación de la demanda en adelante, previos los abonos y compensaciones a que tiene derecho como poseedor de buena fe, conforme a lo que dispone el artículo 4º del Título 12, Libro Segundo del Código Civil. El monto líquido de estas prestaciones se regulará conforme al procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

"Quinto. No es el caso de acceder a las demás peticiones principales ni a las subsidiarias contenidas en el libelo de demanda con que se inició la presente causa civil ordinaria, y de ellas se absuelve a los respectivos demandados.

"Sexto. Sin costas el juicio ni el recurso".

Consideró el Tribunal, al estudiar los antecedentes de hecho del problema, que además del matrimonio de la demandante con el demandado Pastor López (Parroquia de Chocontá, 24 de noviembre de 1904), de la adquisición que éste hizo del terreno de 'Gacha', en común con Santos C. Pinzón, a título de compra durante el matrimonio (escritura número 1084, de 19 de septiembre de 1919, Notaría de Ubaté), y de la partición del terreno común verificada por Pastor López y Santos Pinzón, por medio de la cual se determinaron y alinderaron dos lotes iguales para los dos comuneros (escritura número 976, de 9 de junio de 1934, Notaría 1ª de Bogotá), deben tenerse como probados, por virtud de la sola referencia que a ellos se hace en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ubaté (folios 7, 8 y 9 del cuaderno número 2 de primera instancia), dos contratos de venta celebrados en la misma fecha: el en que Pastor López vende la mitad proindiviso de Gacha a Roberto Obando y Lucía Molina (escritura 930, de 3 de septiembre de 1924, Notaría de Ubaté), y el en que éstos venden a Nieves Cruz de López la misma mitad, proindiviso de Gacha (escritura número 931, otorgada en las mismas fecha y Notaría que la anterior).

Sobre esta situación probatoria analiza el Tribunal y dice: "Como se ve, en la división material y extrajudicial se prescindió de tener como partícipe a Nieves Cruz de López, dueña ya de la mitad del terreno conforme a la escritura pública 931, de 3 de septiembre de 1924, y al precepto del artículo 1868 del Código Civil, y en cambio se le señaló el lote que a ella correspondía, a su esposo Pastor López, que ya no tenía derechos en el terreno de Gacha, por haber vendido su mitad a Obando y a Lombana (sic), según la escritura 930, de la misma fecha. De consiguiente, no es cierto que por la escritura pública número 976, de 9 de junio de 1934, de la Notaría 1ª de Bogotá, se haya puesto término a la comunidad existente entre Santos C. Pinzón y Nieves Cruz de López, que era la vigente sobre el terreno de Gacha...."

"De los datos anteriores que arrojan los instrumentos públicos que se acaban de relacionar se desprende, en síntesis, que la sociedad conyugal López-Cruz adquirió el dominio inscrito de la mitad proindiviso del terreno de Gacha por la escritura número 1084, de 29 de noviembre de 1919, por conducto del esposo Pastor López (art. 1781, ord. 5, Código Civil); que aunque éste dispuso luégo de la misma mitad con pleno derecho (art. 1805, Código Civil), conforme a la escritura número 930, de 3 de septiembre de 1924, es lo cierto que ella volvió al haber de la misma sociedad conyugal conforme a la escritura número 931 de la misma fecha, registrada el 27 de noviembre de 1924 en cabeza de la esposa Nieves Cruz de López; que el acto de partición extrajudicial contenido en la escritura pública número 976, de 9 de junio de 1934, de la Notaría 1ª de Bogotá, no comprendió ni pudo comprender ese derecho proindiviso de la sociedad conyugal López-Cruz sobre el inmueble de Gacha, porque, habiéndose solemnizado esa partición dentro de la vigencia de la Ley 28 de 1932, el marido Pastor López no podía solo y sin intervención de la esposa, disponer de ese bien social; que, en consecuencia, la sociedad conyugal López-Cruz es todavía dueña inscrita de aquel bien social, en cabeza de la esposa Nieves Cruz de López y al tenor de la escritura número 931 de 27 de noviembre de 1924 (sic)....".

"En otras palabras —dice el Tribunal—, como la sociedad conyugal López-Cruz es en realidad titular del dominio inscrito de la mitad proindiviso del referido inmueble de 'Gacha' y como el marido Pastor López dispuso o entregó la posesión material, uso y goce de ese derecho, ya concretado en cuerpo cierto, a los demandados, la demandante está investida de personería sustantiva suficiente para solicitar la reintegración del dominio pleno al haber del patrimonio social existente antes de que el marido efectuara esa desintegración, sin que para ello tenga que obtener previamente la invalidación de los contratos posteriores al 1º de enero de 1933 con que su marido Pastor López pretendió enajenar a terceros el dominio de aquel derecho de la sociedad, en razón de que estos contratos adolecieran evidentemente de falta de objeto real y lícito". Con estos fundamentos, el Tribunal, como ya se vio, decretó la reivindicación demandada, pero de una cuota determinada proindiviso del fundo de Gacha en vez del lote especialmente determinado en la demanda.

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso el apoderado de Longinos Cuervo, de la parte demandada, el recurso de casación que hoy se decide después de tramitado legalmente.

La acusación se apoya en las causales 1ª, 2ª y 6ª del artículo 520 del Código Judicial, y se desarrolla comenzando por la 2ª, por considerar que así lo exige el orden lógico de los cargos formulados contra la sentencia. En la misma forma planteada en la demanda procede a considerarlos la Sala.

Causal segunda—Se hace consistir la inconsonancia a que se refiere este motivo de casación, en que el Tribunal varió arbitrariamente el objeto específicamente determinado en la demanda como materia de la reinvindicación impetrada en favor de la sociedad conyugal López-Cruz

al desoir la pretensión de la actora, vinculada a un lote determinado por linderos, para decretar en su sentencia la restitución de la mitad proindiviso de un predio, como si la acción reivindicatoria se hubiera propuesto sobre una cuota determinada proindiviso y no, como se hizo, sobre cosa singular.

Se considera:

Según se vio al exponer los antecedentes de este pleito, por medio de la escritura pública número 976, de 9 de junio de 1934, otorgada ante el Notario 1º de Bogotá, Pastor López y Santos C. Pinzón pusieron fin a la comunidad existente en el terreno de Gacha, dividiendo el terreno materialmente en dos porciones iguales, de acuerdo con los derechos de los comuneros y haciendo la demarcación por linderos especiales de los dos lotes, para cada cual de los otorgantes. Fue este lote señalado a Pastor López en la partición el que éste vendió a sus hijos por medio de la escritura número 204, de la Notaría 2ª del Circuito de Ubaté el 15 de abril de 1937; sus linderos son exactos y en este instrumento se dice que fue adquirido por adjudicación en aquella partición. La demanda de esta acción de dominio determina inequívocamente como objeto de la reivindicación el lote de que el marido dispuso en la escritura 204 precitada y pide que se restituya por los linderos allí determinados. La demandante, afirmando que el dominio del inmueble corresponde a la sociedad conyugal de que es socia, hace alusión en su demanda a la división material verificada con intervención de su marido para decir que ella le prestó su asentimiento y que la ratifica, con el objeto de revalidarla y de esta manera vincular la propiedad social a la cosa singular sometida a la reivindicación.

Se dejó dicho también al sintetizar los fundamentos esenciales del fallo acusado que el Tribunal dejó de lado la pretensión reivindicatoria de un cuerpo cierto o cosa singular para decretar la de una cuota de dominio proindiviso, porque negó toda eficacia a la partición contenida en la escritura número 976 y consideró que a pesar de ella subsistía la comunidad original, fundándose para ello en dos razones un poco contradictorias entre sí y a cual más de infundadas: que en la partición no se tuvo como partícipe a Nieves Cruz, dueña de la mitad de la finca, según escritura número 931 de 3 de septiembre de 1924, y en su lugar se le señaló el lote que a ella correspondía, al marido que ya no tenía derechos en Gacha por haberlos vendido por escritura número 930 de la misma fecha de la anterior, y porque habiéndose cumplido ese acto extrajudicial de partición bajo el imperio de la Ley 28 de 1932, no pudo comprender el derecho proindiviso de la sociedad conyugal puesto que el marido no podía solo, sin la intervención de su cónyuge, disponer de ese bién social.

Al proceder de esta manera el sentenciador de segundo grado, declarando el dominio y decretando la restitución de una cosa distinta de la específicamente singularizada en la demanda, con fundamento en hechos no propuestos como bases de la acción y por razones no alegadas por los litigantes, plantea sin duda una cuestión de incongruencia y da base a la casación por quebrantamiento de una de las fórmulas esenciales del enjuiciamiento, cual es la de que la sentencia, para que pueda llamarse propiamente tál, debe recaer exclusivamente sobre la cosa demandada.

Sin entrar a calificar el acierto jurídico de las deducciones que hace el Tribunal, en materia de dominio particular de cada cónyuge, alrededor de los contratos recogidos en las escrituras 930 y 931 del 3 de septiembre de 1924, lo que importa para los fines del cargo que se estudia es anotar que estos actos jurídicos, respecto de los cuales apenas se encuentra en el proceso una referencia no solicitada en un certificado de registro, no se mencionan siquiera entre los hechos fundamentales de la acción ni a ellos se alude a lo largo del juicio, probablemente por su insignificancia e intrascendencia dentro del problema del pleito, ya que se considere que con el nombre del marido en 1919, o con el de la mujer en 1924, la verdad es que el dominio del inmueble de Gacha ingresó al patrimonio de la sociedad conyugal, de acuerdo con la legislación que entonces gobernaba el régimen patrimonial del matrimonio. En este caso los referidos contratos no sirven de base a las conclusiones que en ellos se hicieron reposar ni pueden tenerse como fehacientemente establecidos en autos con la mera alusión de un certificado de registro; pero aunque así no fuera, legalmente no puede el juzgador apoyar su decisión en hechos comprobados en el proceso pero que no han sido señalados como fundamentos de la litis por las partes ni alegados por ellas. Los pedimentos y bases de la demanda y su contestación fijan y circunscriben los puntos sobre los cuales puede versar el debate judicial y sobre los cuales puede recaer la decisión. Ninguna pretensión han vinculado los litigantes en este caso a las compraventas que el Tribunal oficiosamente ha hecho figurar en el estudio del pleito.

E igual cosa acontece con la segunda de las razones que adujo el sentenciador para desestimar la división verificada en la escritura 976, cuya ineficacia o invalidez no solamente no ha

sido sometida a decisión en ninguna forma por concepto de haber sido acto de uno solo de los cónyuges después del 1º de enero de 1933, sino que por el contrario ha sido materia de expresa confirmación por parte de la mujer, que no intervino personalmente en el acto. Pero aunque de esta manera no hubiera ocurrido y aceptando la calificación de acto dispositivo para la división de la comunidad, tampoco podría estimarse como solución legal la que se fundara en tal hecho no propuesto ni alegado por quien podía hacerlo en el litigio, pues se trataría en tal caso de un fenómeno de inoponibilidad, y es bien sabido que ésta no pudo ser objeto de declaración oficiosa sino a pedimento de quien tenga interés legítimo, como sucede con la nulidad relativa y con la prescripción.

Claro se ve de lo predicho que a través de razonamientos infundados incurrió la sentencia en inconsonancia con la demanda respecto de la cosa reivindicada, que es la pretensión esencial tratándose de una acción de dominio. Pero fundándose esta acusación en causal que es meramente formal, sin ataque a fondo de la cuestión principal de la litis, el efecto de la prosperidad del recurso no puede ser otro que el reajuste del fallo y la pretensión oportunamente deducida por el demandante. Parece así que el cargo formulado por el demandado vencido carece de interés, porque ya sea cosa singular o cuota de dominio indiviso, su obligación restitutoria queda en pie; sin embargo, puede justificarse el esfuerzo por hacer desaparecer la incongruencia anotada pensando que al demandado, como deudor de la obligación, interesa la determinación precisa del objeto con cuya restitución paga y la conveniencia de no ser condenado a restituir cosa distinta de la que él adquirió no como coposesión ni condominio, sino como cuerpo cierto y determinado.

La prosperidad de este cargo impone, pues, la casación parcial de la sentencia en el sentido de señalar como materia de la reivindicación decretada, como lo hizo el sentenciador de primera instancia, el lote especialmente alinderado en la escritura pública número 204, de 17 de abril de 1937, otorgada ante la Notaría 2ª de Ubaté.

Causal primera—Acusa el recurrente la sentencia por violación de los artículos 946, 949, 950, 952, 1760, 1767, 1759, 1765, 1781, 1805, 1821 y 1830 del Código Civil; 35 de la Ley 57 de 1857, 1º y 7º de la Ley 28 de 1932 y 593, 604, 605, 606 y 630 del Código Judicial, por interpretación equivocada y especialmente como consecuencia de los errores de hecho en que el Tribunal incurrió en la apreciación probatoria y que se hacen consistir en:

a) Tomar las referencias de las escrituras públicas números 930 y 931 de septiembre de 1924, que trae el certificado del Registrador de Ubaté, como las escrituras mismas para dar por demostrados los contratos a que en ellas se hace referencia;

b) En no atribuir a la escritura número 976 de junio de 1934 el valor que legalmente le corresponde como demostrativa de la división material que se hizo del terreno común de Gacha, y al desconocer los efectos que corresponden a las manifestaciones y reconocimientos que la actora Nieves Cruz hace en su demanda en relación con la confirmación de tal acto de división.

De aquí concluye el recurrente que habiéndose hecho el reparto del predio común con el consentimiento de la actora, "vino a quedar radicado el lote como propio en cabeza de don Pastor y con la consiguiente facultad de éste para enajenar lo adjudicado, según lo hizo por el instrumento número 204 de 1937" y que "una adjudicación hecha en tales circunstancias, con el consentimiento de la esposa, deja el bien como lo dejó, en la misma situación que quedan los que han sido materia de la liquidación que autoriza el artículo 7º de la Ley 28 de 1932". "El interés de los terceros exige que toda adquisición a cualquier título dentro de la vigencia de la Ley (28 de 1932) y más cuando, como aquí, ella ha contado con el consentimiento del otro cónyuge, debe reputarse adquisición propia del cónyuge adquirente en los términos y con el alcance que esto tiene de acuerdo con el artículo 1º".

Considera la Sala:

Los errores de hecho que el recurrente imputa a la sentencia son evidentes, pero las consecuencias jurídicas que de ellos pretende deducir son inexactas e infundadas. Tales equivocaciones no inciden en la solución del problema de la litis, y solamente producen la reforma a que se hizo referencia en el capítulo anterior de este fallo, al estudiar el cargo por incongruencia, porque la errada apreciación que de los precitados instrumentos se hizo, sólo determinó, como quedó visto, la variación del objeto de la reivindicación, pero en manera alguna se vincula a la decisión de fondo, al fundamento de la acción de dominio por parte de la sociedad conyugal López-Cruz, que es la razón esencial de la sentencia y que existe cualquiera que haya sido el conducto de su adquisición social, la compra del marido en 1919 o la hecha por la mujer en 1924 a las personas a

quienes el marido había vendido la mitad proindiviso del terreno de Gacha, bajo el imperio de la anterior legislación. En cualquiera de las dos situaciones la propiedad del inmueble ingresó al haber de la sociedad conyugal.

No hay razón valedera de derecho para afirmar, como lo hace el recurrente, que el dominio social sobre Gacha se fijó como bien propio en el patrimonio particular del cónyuge Pastor López como consecuencia de la división que se hizo constar en la escritura 976 de 1934. En tal acto, en que el marido no pudo tener intervención sino en calidad de socio de su sociedad matrimonial y que por virtud de la confirmación de la mujer ha alcanzado su plena validez, no hay ningún acto propiamente dispositivo, ya que únicamente se destinó a señalar dos porciones de la finca, proporcionales a los dos derechos que integraban la comunidad existente entre la sociedad conyugal de un lado y Santos C. Pinzón del otro. No es posible adscribir a la intervención personal del marido la capacidad para alterar la situación jurídica en que la sociedad matrimonial era dueña del fundo en condominio indiviso para suplantarla en esa calidad, porque la división, como es sabido, no es título traslaticio de dominio sino meramente declarativo de uno anterior en virtud de la presunción consignada en el artículo 779 del Código Civil, conforme a la cual se presume que cada uno de los comuneros ha poseído exclusivamente la parte que en la división le cupiere. La partición de un bien social, consolidada y completada con la confirmación del cónyuge que personalmente no intervino en el acto, apenas pone fin a la comunidad existente con el tercero, pero no desplaza en ninguna forma el dominio de la sociedad, que sólo se singulariza y determina.

Es tan infundada la tesis de la demanda que pretende equiparar la división verificada en la escritura 976 con la liquidación provisional que de las sociedades conyugales preexistentes al 1º de enero de 1933 autoriza el artículo 7º de la Ley 28 de 1932 con el solo objeto de permitir la acomodación al nuevo régimen, que su sola enunciación es bastante para descalificarla como argumento contra la sentencia del Tribunal de Bogotá. La situación que se contempla en el juicio nada tiene que ver ni remotamente con la disposición que así se cita sin ninguna pertinencia.

Por lo que hace a la cuestión fundamental del litigio sobre la procedencia de la acción reivindicatoria como la conducente a reintegrar al patrimonio social a pedimento de la mujer los bienes de la sociedad conyugal anterior al primero de enero de 1933 y de que el marido ha dispuesto de manera ilegítima, que no es en este caso materia de acusación ni reparo en el recurso, basta advertir que la doctrina reiteradamente sostenida por la Corte a este respecto puede verse en sentencia del 2 de febrero del año que corre. (*Gaceta Judicial*. números 206 a 209, página 23), en la cual se encuentra la cita de las decisiones que explican y respaldan la jurisprudencia al respecto.

Causal sexta—En un cargo final de muy breves líneas acusa el recurrente la sentencia por la causal sexta, alegando que el Tribunal incurrió en un motivo de nulidad, de los que enumera el artículo 448 del Código Judicial, al no reproducir en su sentencia la declaración que la de primer grado hizo en el sentido de que quedaban a salvo los derechos que pudiera tener el demandado Cuervo respecto del precio de la compraventa en que adquirió el terreno de Gacha.

Esta acusación, que en ralidad carece de importancia porque los pretendidos derechos a que se hace referencia existen o no existen no en virtud de la salvedad que de ellos se haya hecho sino de su respaldo en la ley, resulta improcedente por la vía de la causal sexta que se ha establecido para subsanar defectos de actuación por motivos expresa y taxativamente determinados en la ley, entre los cuales no puede catalogarse el que se ha alegado como fundamento.

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 27 de enero de 1943, en el sentido de declarar, como declara, que el terreno de Gacha, ubicado en jurisdicción de Ubaté, en la fracción del Apartadero, que el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia declara de propiedad de la sociedad conyugal ilíquida López-Cruz, es el lote especialmente alinderado y señalado a Pastor López en la escritura pública número 976, de nueve de junio de mil novecientos treinta y cuatro de la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá.

En lo demás la sentencia recurrida no sufre ninguna modificación.

Sin costas.

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

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

Acciones de nulidad de un contrato y de reivindicación.

Vendida por el apoderado de un menor de edad, al tiempo de la venta, una finca raíz a una persona y por ésta a otra, prospera la acción de nulidad relativa del contrato y la de reivindicación entablada contra el tercer poseedor, en virtud de los artículos 1746 y 1748 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio trece de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

1º. El 10 de diciembre de 1935, las señoritas Cecilia, Luisa, Lucila y Berta Uribe Noguera, diciéndose mayores de edad, comparecieron ante el Notario 2º de Bogotá y por medio del instrumento número 3414, de 10 de diciembre de 1935, le confirieron poder general al señor Alfonso Uribe Noguera para que administre los bienes de las exponentes en la forma que lo tenga a bien; para que los venda, los permute, los dé en anticresis, los hipoteque y, en una palabra, para que ejerza en nombre de las poderdantes todo acto de disposición y administración de tales bienes.

2º. El mencionado señor Uribe Noguera, en ejercicio de dicho poder, y por medio del instrumento número 63, de 11 de enero de 1936, de la Notaría 4ª de Bogotá, le dio en venta a la señora Jaia Volovitz de Volovitz, mujer casada con el señor Rubén Volovitz y representada por éste como su agente oficioso, el derecho de dominio que sus poderdantes Berta y Lucía Uribe Noguera tenían en seis lotes de tierra señalados con los números 2, 6, 13, 14, 12 y 17 de la manzana J. del barrio denominado Santa Fé, en el de Chapinero de la ciudad de Bogotá, del plano de Urbanización protocolizado por la escritura número 2209, de 27 de septiembre de 1919, de la Notaría 1ª de Bogotá, por los linderos que aparecen en dicha escritura de venta, y por la cantidad de mil cuatrocientos veinticinco pesos que el apoderado vendedor declaró haber recibido a su satisfacción, con destino a sus poderdantes ya mencionados.

3º La compradora Jaia Volovitz de Volovitz, por medio de escritura número 539, de 23 de febrero de 1940, de la Notaría 1ª de Bogotá, le vendió a su vez los mismos lotes de tierra a Sem Volovitz, por la suma de mil quinientos pesos.

El proceso.

Antes del otorgamiento de esta última escritura, o sea el día 4 de febrero de 1940, las mencionadas señoritas Lucía y Berta Uribe Noguera, por medio de apoderado, promovieron demanda ordinaria contra la mencionada señora Jaia Volovitz de Volovitz, contra su esposo Rubén Volovitz y contra Alfonso Uribe Noguera, para que se declare que es absolutamente nulo el contrato de compraventa de que se habló al principio, o sea el consignado en la escritura número 63, de once de enero de 1936, de la Notaría 4ª de Bogotá, por el cual Alfonso Uribe Noguera, con poder de aquéllas, dijo vender a Jaia Volovitz de Volovitz los seis lotes de terreno ya mencionados.

Se pidió, además, y en forma subsidiaria, para el caso de que no prosperara la declaración de nulidad absoluta de dicho contrato, que se declare al menos que es relativamente nulo.

Y como peticiones consecuenciales están las de que se ordene la cancelación de la respectiva inscripción o registro de la escritura de venta número 63 ya citada; que se condene a los demandados a la restitución de los lotes y que se les condene también a las costas del juicio.

Posteriormente el actor presentó el memorial del 4 de abril de 1940, visible al folio 24, por medio del cual manifiesta que adiciona, aclara, corrige y enmienda su demanda, para demandar también a Sem Volovitz, a fin de que con su citación y audiencia, lo mismo que con la de los otros demandados, Jaia Volovitz de Volovitz, Rubén Volovitz y Alfonso Uribe Noguera, se hagan las declaraciones pedidas en la demanda anterior y además otras que consignan en el nuevo libelo, de las que tratará oportunamente en esta providencia, así como de las informalidades de que adolece.

El curador ad-litem de la demandada Jaia Volovitz de Volovitz contestó la demanda observando principalmente que en el caso de que ésta prospere, no sería declarando la nulidad absoluta, ya que el contrato es susceptible de

ratificación, por tratarse de la calidad o estado de las personas únicamente, de acuerdo con el artículo 1741 del Código Civil.

El demandado Alfonso Uribe Noguera contestó también la demanda, pero limitándose a manifestar que renuncia su traslado.

El curador de Sem Volovitz, igualmente, dio contestación a la demanda y se refiere también a que el contrato atacado puede ser objeto de una ratificación.

Trabada la litis, puso fin a la primera instancia el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, en sentencia del 25 de febrero de 1942, en la cual declaró que no es nulo de nulidad absoluta el contrato de venta contenido en la escritura número 63 de 1936; declaró nulo, de nulidad relativa, el mencionado contrato y como consecuencia ordenó la cancelación de la inscripción y registro del instrumento mencionado; declaró nulo y sin efecto alguno el segundo contrato de venta consignado en la escritura número 539 de 1940, relativo a los mismos lotes de terrenos, celebrado posteriormente entre la compradora y Sem Volovitz y ordenó la cancelación del registro de dicha escritura; niega la orden de restitución de los lotes de terrenos y condena a los demandados en las costas del proceso.

La sentencia acusada.

Por virtud de apelación concedida a ambas partes litigantes conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien en sentencia de 5 de noviembre de 1942 confirmó la de primer grado en cuanto a la declaración de nulidad relativa del primer contrato de venta número 63 y la cancelación de su registro; revocó la declaración de nulidad del segundo contrato de venta número 539 y la orden de cancelación de su registro; en cambio, ordenó la restitución de los lotes de terrenos vendidos por escritura número 63, que había sido negada, y absolvió a la parte demandada de las costas del juicio.

Estima el Tribunal como probada la causal de nulidad relativa del primer contrato de venta contenido en la escritura número 63 de 1936, por estar plenamente comprobado que las actoras Lucila y Berta Uribe Noguera eran menores de edad tanto al tiempo de conferir el poder general a Alfonso Uribe Noguera, como en la fecha en que este mandatario dio en venta los lotes de tierra de sus poderdantes a la señora Jaia Volovitz de Volovitz, por medio del instrumento antes mencionado. Agrega que en la actuación no aparece que de parte de dichas menores existiera dolo para inducir al acto o contrato, sino únicamente su aserción de ser mayores de edad cuando dicho contrato se verificó, por lo cual no están inhabilitadas para obtener el pronunciamiento de nulidad, conforme al artículo 1744 del Código Civil.

Declarada la nulidad relativa del contrato —dice el Tribunal— es su consecuencia principal la de que las partes deben ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato, lo que vale decir que los inmuebles objeto de la compraventa deben ser restituídos a las menores demandantes, conforme al texto legal antes citado. Como el Juez de instancia, en el numeral 6º de su fallo negó la restitución de tales lotes, fundándose en que no se encuentran demostrados en los autos los elementos para la viabilidad de la acción de dominio, es preciso enmendar el error en que incurrió porque la acción restitutoria que surge de la nulidad judicialmente declarada, tiene cabida cuando se trata de terceros, conforme al artículo 1748 del Código Civil.

Sigue el Tribunal sosteniendo que si se obliga a la parte demandada a restituir los lotes objeto del contrato, habrá lugar a ordenar, con igual lógica, que la parte demandante restituya a su vez la suma que recibió como precio de tales parcelas de terrenos, pues de lo contrario se consumaría el fenómeno de un enriquecimiento sin causa a favor de las actoras.

Revoca el Tribunal la declaración de nulidad relativa del segundo contrato de venta contenido en la escritura número 539 de 1940, por la sola y exclusiva consideración, de carácter meramente formal, de que en la demanda se suplicó la nulidad *del instrumento* número 539, de 23 de febrero de 1940, por el cual Jaia Volovitz de Volovitz dijo vender a Sem Volovitz los mismos lotes de tierra que antes había adquirido de Noguera. El único argumento que expone el Tribunal para su negativa es que lo pedido en la demanda fue *la nulidad del instrumento o escritura pública 539*, y el Juzgado decretó la nulidad del contrato contenido en ese instrumento, cosa sustancialmente distinta y por lo mismo improcedente.

En síntesis: El Tribunal decreta la nulidad relativa de la primera venta de los lotes de terrenos y como consecuencia dispone que se restituyan a sus primitivas propietarias, las actoras Lucila y Berta Uribe Noguera, imponiendo a éstas como consecuencia de la nulidad la obligación de devolver a la demandada el precio recibido de dicha venta. Pero a la vez niega por un motivo meramente formulista la declaración de nulidad del segundo contrato de venta.

El recurso.

Interponen recurso de casación ambas partes litigantes, por estimar que el fallo acusado contiene conclusiones violatorias de la ley sus-

tantiva. Se pasa a estudiar en el debido orden las dos acusaciones.

Recurso de la parte demandante.

La parte actora solicita la infirmación parcial de la sentencia del Tribunal por el exclusivo motivo de que ella revocó lo ordenado por el Juez de primera instancia, cuando declaró nulo y sin efecto alguno el contrato de venta consignado en la escritura número 539 de 1940 y la cancelación de su registro, en virtud del cual la compradora Volovitz de Volovitz vendió a Sem Volovitz los mismos lotes adquiridos.

Estima el recurrente que el Tribunal interpretó la demanda con un criterio en extremo textualista, pues no se detuvo a examinar conjuntamente la demanda principal, ni las peticiones hechas, ni las acciones que por medio del libelo se ejercitaban, ni la contestación de la demanda, ni la causa u objeto de tales peticiones, pues si hubiese hecho este análisis la solución hubiera sido la de decretar la nulidad de la venta contenida en la escritura número 539.

En tres capítulos desarrolla los cargos que por este exclusivo aspecto formula al fallo acusado y que hace consistir:

1º En error de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda principal y de la adicional, con violación de los artículos 756, 789, 980, 1746, 1748, 2637 y 2676 del Código Civil y 472 del Código Judicial.

2º Declarado nulo el contrato contenido en la escritura 63, como una consecuencia lógica ha debido declarar también sin efecto alguno la segunda venta consignada en la escritura 539, como lo hizo el Juez de primera instancia, en atención a que todas las transferencias de dominio que hiciera Jaia Volovitz de Volovitz estaban afectadas de nulidad, como consecuencia del vicio primitivo. Estima violados por infracción directa los artículos 669, 673, 740, 741, 745, 756, 759, 789, 980 y 2637 del Código Civil.

3º Por los mismos motivos estima que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y considera infringidos los artículos 1746, 1748, 1502, 1508, 1740, 1741, 1746, 1748 y 2676 del Código Civil y 472 del Código Judicial.

Estudio de los cargos.

La súplica contenida en el segundo libelo motivo único de este recurso y que ha sido materia de interpretación por el Tribunal para negarla, está concebida en estos términos:

"a) Que es igualmente nulo, como consecuencia de la nulidad (absoluta o relativa) de la escritura pública número 63 de 11 de enero de 1936, pasada en la Notaría 4ª de Bogotá, y a que se refieren las peticiones primera y segunda de la parte petitoria de la demanda, *el instrumento* número 539, de 23 de febrero de 1940, de la Notaría 1ª de Bogotá, por el cual Jaia Volovitz de Volovitz dijo vender a Sem Volovitz los lotes de terreno 2- 6- 13- 14- 12- y 7 de la manzana "J" del barrio de Santa Fe del de Chapinero de Bogotá, del plano de urbanización protocolizado en la escritura número 2209, de 27 de septiembre de 1919, de la Notaría 1ª de Bogotá".

Coincide esta Sala con el concepto del recurrente demandante de que el Tribunal ha interpretado con un criterio exageradamente formulista o textualista la súplica antes inserta de la demanda, al considerar que lo pedido era la nulidad del instrumento mismo o escritura pública donde constaba la venta y no el contrato en ese instrumento contenido. Bastaba con estudiar la naturaleza de las acciones incoadas, los fundamentos en que éstas nacían, los hechos básicos generales aducidos y aún la misma contestación de la demanda, para concluir, con lógica elemental, que lo suplicado a la justicia no era ni podía ser la nulidad del instrumento contentivo del pacto, sino el contrato mismo.

Pero una vez rectificado este error de apreciación del Tribunal en la interpretación de la citada súplica de la demanda, habrá de llegar la Corte a la misma conclusión negativa de la sentencia acusada y abstenerse, en consecuencia, de hacer la declaración de nulidad de la segunda venta hecha por la señora Jaia a Sem, en escritura número 539, porque tal contrato, ni por su contenido, ni por las personas que en él intervinieron, ni por falta de sus requisitos formales adolece de tal vicio.

El fenómeno que en realidad ha ocurrido es el de que la declaración judicial de nulidad de la primera venta produce el trascendental efecto jurídico de restituir las cosas al estado anterior, como si no se hubiese celebrado el contrato declarado nulo (artículo 1746, Código Civil), y desaparecen todos los efectos que haya podido producir, pues la ficción legal en este caso conduce a la conclusión de que el pacto afectado del vicio nunca fue celebrado. Como resultado lógico y jurídico de esa situación procesal la parte a cuyo favor se decretó la nulidad tiene acción reivindicatoria destinada a que se le restituya el inmueble vendido, y esta acción puede dirigirla aun contra terceros poseedores, al tenor del artículo 1748 ibídem. Y esto ha sido precisamente lo resuelto por el fallador de segundo grado en la providencia definitiva que se estudia, cuando dispuso que la parte demandada restituyera los lotes de terreno que fueron materia de la primera venta.

Resta sólo agregar que la segunda venta de Jaia a Sem en nada perjudica a las actoras, como propietarias de los bienes raíces, porque en las condiciones antes anotadas el pacto no lo es oponible a ellas y no puede producir contra ellas ningún efecto jurídico. De esta manera queda sin valor ni efecto la venta que se hizo a nombre y en representación de dos incapaces, se les restituye el bien vendido, sin que para esto sea necesario hacer una declaratoria judicial de nulidad de un segundo pacto que en su forma y en su contenido no adolece de tal vicio.

Queda en estos términos contestado el reparo formulado.

Recurso de la parte demandada.

(Del apoderado de Sem Volovitz).

Alega tres cargos en casación, que sintetiza así:

1º Violación por infracción directa del artículo 946 del Código Civil.

2º Violación por interpretación errónea del artículo 1748 del Código Civil.

3º Contener la sentencia, en su parte resolutiva, declaraciones contradictorias (causal 3ª del artículo 520 del Código Judicial).

Se circunscribe este recurso a atacar la orden que dio el fallo de restituír los lotes de terreno a las actoras. Considera que el Tribunal acoge la acción reivindicatoria y al proceder así viola los preceptos que regulan esa acción (artículo 946 del Código Civil), por no haberse evidenciado la existencia de los requisitos para su viabilidad. Agrega que el Tribunal se fundó en el artículo 1748 del Código Civil, norma que está interpretada erróneamente, porque tal acción no se está ejercitando contra los contratantes del acto declarado nulo sino contra terceros, como lo es Sem Volovitz.

Anota que la orden de restitución se hace contra *la parte demandada,* y como ésta consta de cuatro personas distintas y no se ha indicado contra cuál va dirigida la orden de restitución, tal orden constituye una declaración contradictoria, motivo de casación.

Se considera:

a) Hizo bien el Tribunal al acoger la acción reivindicatoria y ordenar, en consecuencia, que se restituya a las actoras los inmuebles, porque así lo dispone y consagra para estos casos el artículo 1748 del Código Civil, precepto que fue rectamente interpretado. Y es precisamente contra terceros poseedores que debe producir sus efectos jurídicos la citada norma legal y la consiguiente orden de restitución del bien vendido. De manera que no se trata, en el caso de autos, de que se haya ordenado la restitución por aplicación del artículo 946 del Código Civil, sino por mandato expreso del 1748. Fuera de lo dicho, si se han demostrado los requisitos generales necesarios para la viabilidad de la acción reivindicatoria, tales como prioridad de un título de dominio enfrente de los demandados, singularidad e identidad del bien reivindicado y posesión material de la persona demandada y obligada a la restitución;

b) No existe contradicción alguna en las declaraciones de la sentencia acusada, porque si bien es verdad que tal fallo no determina cuál de las personas demandadas debe cumplir la orden de restitución, se desprende con claridad del proceso que siendo Sem Volovitz el último poseedor material e inscrito de los lotes, como se deduce de la escritura número 539, debe ser él quien cumpla la orden de restitución. Además, aun en el supuesto de que existieran esas declaraciones contradictorias, al tenor del motivo 3º del artículo 520 del Código Judicial, invocado por el recurrente, sería necesario para que prosperara dicha causal que antes se hubiera pedido al fallador de segunda instancia aclaración de ella, cosa que no se hizo oportunamente.

No son fundados los cargos antes estudiados.

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 en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 5 de noviembre de 1942, que ha sido materia del recurso.

Sin costas, por haberse hecho una rectificación doctrinaria.

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

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza.—Pedro León Rincón, Secretario.

Acción para el pago de una suma de pesos

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, trece de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, Dr. José Miguel Arango).

El apoderado judicial del doctor José Antonio Archila, demandó al Coronel Liborio Orejuela Márquez, para que se le condenara:

"A) A pagar a mi poderdante doctor José Antonio Archila el cincuenta por ciento (50%) de las sumas que haya percibido y pueda percibir desde su reincorporación al Ejército Nacional, verificada como consecuencia de haber sido anulado el artículo 6º del Decreto número 84 de 1927, procedente del Ministerio de Guerra, hasta el día en que se dicte el fallo en este juicio;

"B) En subsidio—A pagar a mi poderdante el doctor José Antonio Archila, la cantidad de dos mil quinientos doce pesos con treinta y tres centavos ($ 2.512.33) moneda corriente, suma esta equivalente al cincuenta por ciento de la cantidad de cinco mil veinticuatro pesos con sesenta y seis centavos ($ 5.024.66) moneda corriente, que le fue reconocida al demandado por concepto de sueldos dejados de pagar por razón de su retiro del Ejército Nacional, según consta de la Resolución ejecutiva número 465 de 4 de mayo de 1939, procedente del Ministerio de Guerra;

"C) Que se condene al propio demandado a pagar al doctor José Antonio Archila, mi poderdante, los gastos y costas que sufragó en el juicio respectivo para obtener la nulidad del artículo del Decreto número 84 de 1927 y obtener la reincorporación del demandado al servicio activo del Ejército Nacional; y

"D) Que en caso de oponerse al (sic) demandado a que se hagan las declaraciones que solicito, sea condenado a las costas del presente juicio".

Agotada la tramitación del caso, el Juez 8º de este Circuito le puso término al litigio, por medio de la sentencia del 10 de julio de 1942, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"1º Niéganse las peticiones A) y C) de la demanda;

"2º Condénase al demandado Coronel Liborio Orejuela Márquez a pagarle al doctor José Antonio Archila el valor de los honorarios por sus gestiones ante el Consejo de Estado para obtener la nulidad del artículo 6º del Decreto ejecutivo número 84 de 1927. Estos honorarios se determinarán en la ejecución de la sentencia como se dice en la parte motiva de este fallo.

"No se hace condenación en costas".

Ambas partes apelaron de esta providencia, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en 14 de agosto de 1943, reformó la sentencia de primera instancia y falló así:

"1º Condénase al Teniente Coronel Liborio Orejuela Márquez a pagarle a la sucesión del doctor José Antonio Archila el valor de los honorarios por las gestiones de éste ante el Consejo de Estado para obtener la nulidad del artículo 6º del Decreto ejecutivo número 84 de 1927.

"Parágrafo. El monto de estos honorarios se determinará mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, teniéndose en cuenta las indicaciones consignadas en la parte motiva de este fallo.

"2º Condénase al Teniente Coronel Liborio Orejuela Márquez a pagarle a la sucesión del doctor José Antonio Archila el valor de los gastos sufragados por éste en el juicio administrativo a que se ha hecho mención en el punto anterior, cuyo monto igualmente se fijará dentro del procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial.

"3º Se niega la petición contenida en el punto A) de la demanda.

"Sin costas en ninguna de las instancias".

No se conformó con este proveído el demandado e interpuso el correspondiente recurso de casación, que le fue concedido y que hoy la Corte estudia para su decisión, por estar agotado el trámite correspondiente.

El Tribunal consideró, en primer término, que el contrato celebrado entre Orejuela y Archila fue un contrato de mandato que obligaba a éste a hacer las gestiones del caso ante las autoridades respectivas para conseguir la anulación del artículo 6º del Decreto ejecutivo que retiró del Ejército al entonces Teniente Orejuela; la reintegración de éste al Ejército Nacional y el pago de los sueldos devengados mientras estuvo retirado de la institución armada y que sólo en virtud del cumplimiento de estas tres

obligaciones, el doctor Archila podía demandar el pago de honorarios estipulados, o sea el cincuenta por ciento (50%) de lo que se le reconociera al demandado en virtud de las gestiones que hiciera el doctor Archila.

Pero el sentenciador en ese mismo fallo, consideró que el Coronel Orejuela, por propia y directa confesión, le había reconocido al demandante el valor de los honorarios por la primera gestión, es decir, por la anulación del citado Decreto, que fue declarada por el Consejo de Estado, y en consecuencia lo condenó al pago de esos honorarios que habían de fijarse de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial.

Considera el recurrente que el Tribunal en esa decisión quebrantó los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, por violación directa y que aplicó erróneamente los artículos 2044, 2143, 2184 y 2187 del mismo.

Fundamenta el recurrente su acusación en que habiéndose obligado el doctor Archila por el contrato de mandato a hacer las gestiones de que atrás se ha hablado, y habiendo dejado de cumplir las dos últimas, o sean, la reintegración al Ejército y el pago de los sueldos, el demandado no está en la obligación de pagar honorarios de ninguna clase, puesto que el mandatario no cumplió con sus obligaciones, siendo en este caso de aplicación necesaria el artículo 1609 del Código Civil, que preceptúa que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado, mientras la otra parte no llene o se allane a cumplir sus obligaciones, en la forma y tiempo debidos.

Es de toda evidencia que el doctor Archila no cumplió con todas sus obligaciones de mandatario contraídas para con el Coronel Orejuela y fundado en este aserto no sería jurídico, por parte del Tribunal, la condenación que hizo en la sentencia que hoy se revisa en casación, de donde habría de concluírse que el Tribunal, sentado el postulado atrás dicho, quebrantó las disposiciones sustantivas invocadas por el recurrente.

Pero es el caso que el mismo fallador, desplazando la cuestión de las disposiciones legales atrás citadas, se situó en un punto de vista de hecho, cual es el reconocimiento que el demandado Coronel Orejuela hace de los servicios profesionales que le prestó el doctor Archila, reconociéndose deudor por la suma de trescientos pesos ($ 300), como remuneración por los servicios profesionales prestados por aquél.

Al respecto dice el sentenciador: "Pero si esto no fuera suficiente, debe recordarse que Orejuela reconoce en posiciones extrajuicio que Archila tiene derecho a cobrarle la remuneración adeudada por la parte de trabajo llevada a cabo y que no le ha hecho pago alguno a este respecto. Al responder la pregunta tercera en lo pertinente, dijo el absolvente: "El señor doctor Archila me manifestó al cabo de ocho años que él no continuaba encargado de mis asuntos, ya que al haber vuelto yo al Ejército no le había pagado sus honorarios.... Ante esta situación yo le pregunté que en cuánto apreciaba su trabajo llevado a cabo hasta el día 2 de abril de 1930, fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia del Consejo de Estado. Entonces él me manifestó que su trabajo lo avaluaba en trescientos pesos ($ 300). Yo le manifesté que entonces me consideraba deudor de él por esa cantidad, la cual le pagaría en el momento en que tuviera dinero". Y en la respuesta duodécima, después de aceptar que no ha hecho pago de honorarios al peticionario, dice: "Agrego que estimo que mi obligación para con el doctor Archila es la de pagarle trescientos pesos ($ 300) por sus servicios profesionales avaluados por él mismo". Por último, en el alegato de conclusión de primera instancia dice el Oficial Orejuela: "Yo he confesado deber la suma de trescientos pesos ($ 300) en las respuestas a las preguntas 3ª y 9ª, a pesar de que ninguna prueba había presentado ni puede presentar el doctor Archila.... y es a esta suma a la única que puede dársele el carácter de reconocida y debida con la condición de que luégo se verá". El reconocimiento de tal deuda lo reitera en la posición novena y en la doce.

"Luégo si el demandado confiesa deber a Archila determinada suma por concepto del trabajo por él desarrollado, es porque acepta que éste merece remuneración, hecho que no puede ahora desvirtuar, pues no ha demostrado que incurrió en error inculpable o explicable al hacer dicha confesión".

Este basamento del Tribunal conserva hoy toda su fuerza a pesar de los reparos que se le hacen en casación, consistentes éstos en que la confesión a que se refiere lo transcrito es indivisible y tiene que admitirse tal como se hizo, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho.

Este reparo no se justifica, porque al responder a la posición 3ª rendida extrajuicio declaró expresamente, sin modificaciones ni explicaciones, que le reconocía al doctor Archila por ese trabajo (el de la anulación del Decreto) la suma de trescientos pesos ($ 300), la cual le pagaría en momentos en que tuviera ese dinero. Idéntica confesión sin modificación y sin explicación hizo al contestar la pregunta 5ª. Al darle vado a la pregunta 9ª, dijo: "Agrego que el doctor Archila me cobró la suma de trescientos pesos ($ 300) por dicho trabajo (anulación del artículo 6º del Decreto en mención) única deuda, que en justicia, creo tener para con él".

En la 12ª asentó lo siguiente: "Es cierto. Agrego que estimo que mi obligación para con el doctor Archila es la de pagarle trescientos pesos ($ 300) por sus servicios profesionales avaluados por él mismo". Igual confesión hizo en su alegato de primera instancia y en su demanda de casación, como puede verse a los folios 46 v. y 9 v. respectivamente.

Es evidente que el primitivo contrato de mandato quedó modificado en el sentido de que el Coronel Orejuela le reconocía al doctor Archila una suma de pesos, como honorarios por sus gestiones, que culminaron en la anulacion del artículo 6º del Decreto que separó del Ejército al demandado Orejuela. Así las cosas, es decir, modificado el primitivo contrato en el sentido de que la obligación del mandante era pagarle al mandatario los servicios profesionales relativos a esa gestión, es inútil alegar hoy que el mandatario dejó de cumplir con algunas de las obligaciones que contrajo para con el mandante en el contrato primitivo, porque éste expresamente lo relevó de esas obligaciones al reconocer que sólo le debía las gestions concernientes a la anulación del mentado artículo 6º, sin que esa obligación dependiera, para su eficacia y cumplimiento, de la ejecución de las otras obligaciones del mandatario. Esto es lo justo y equitativo, pues no estaría bien que Orejuela se aprovechara gratuitamente de los servicios prestados por Archila, que efectivamente lo favorecieron y acrecentaron su patrimonio, lo que equivaldría a un enriquecimiento sin causa.

El monto de la cuantía de estos honorarios no está determinado judicialmente, porque la confesión de Orejuela sobre su cuantía no obliga al demandante Archila y no se ha traido a los autos prueba de que éste hubiera exigido esa suma de Orejuela, de donde se desprende que hizo bien el sentenciador al ordenar que su monto se fijara por el procedimiento señalado por el artículo 553 del Código Judicial.

No aparece claramente de autos cuál fuera la cuantía o suma que el doctor Archila exigiera por sus gestiones. Se habla de un cincuenta por ciento ($ 50%) de lo que Orejuela recibiera del Gobierno Nacional por los sueldos que había dejado de devengar durante su retiro del Ejército, suma esta que estaba condicionada por la efectividad del pago de los sueldos; pero como se ha visto, el primitivo contrato de mandato fue modificado en el sentido de que Orejuela sólo le pagaría a Archila el valor de sus honorarios por sus gestiones profesionales para la anulación del memorado Decreto, y así las cosas, es inútil en casación atacar el fallo por violación de las disposiciones que pudieren regular el primitivo contrato de mandato y sus consecuencias legales.

Como consecuencia de lo expuesto, se justifica la confirmación del fallo del Tribunal Superior y por tanto la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República 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 catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

2º Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

Filiación natural

Ha dicho la Corte en numerosos fallos que jamás hay incongruencia al resolver negativamente el Organo Judicial las peticiones de la demanda, cuando han sido consideradas en su totalidad, ya que su función natural es absolver o condenar a la parte demandada y decidir afirmativa o negativamente sobre lo pedido. Para que exista la alegada falta de consonancia es necesario que se falle sobre algo no pedido, o sobre algo más o algo menos de lo suplicado a la justicia (extra petita, ultra petita, mínima petita).

La Corte acoge el siguiente concepto de la sentencia acusada cuando dice que "la trascendencia de una declaración judicial de paternidad requiere que los elementos demostrativos de la acción determinen una convicción indubitable y segura. En este particular —el de la prueba de la acción— y en estos casos, los Jueces deben ser excepcionalmente exigentes, para que los grandes fines perseguidos con la Ley 45 de 1936 sobre filiación natural no resulten comprometidos por sentencias débilmente apoyadas y erróneas, que constituyan serio peligro para la justicia y la sociedad y hagan fracasar la humanitaria y científica reforma de la Ley antes aludida".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veinte de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

La señora Ana Francisca Varela estableció acción ordinaria sobre filiación natural dirigida contra el señor Antonio J. Restrepo B., en cuya parte petitoria impetró las siguientes declaraciones:

"a) Que mi hijo Leonel Varela es hijo natural de Antonio de Jesús Restrepo (a. Antuco), el cual obró sobre mí en los casos contemplados en el numeral 2º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 (sic);

"b) Que yo tengo la posesión notoria de mi precitado hijo, por cuanto he proveído a su subsistencia y ha sido reconocido como tál, por los vecinos de esta ciudad, reconocimiento que se ha hecho públicamente, y

"c) Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, el señor Restrepo está en la obligación de atender para con su hijo Leonel con todos aquellos derechos que la ley reconoce en su calidad de hijo no emancipado, para facilitar a éste su crianza y educación y en armonía con su posición social y capacidad monetaria" (sic).

Al establecer los hechos fundamentales de la demanda hace la actora una relación bastante extensa y pormenorizada de la manera como se iniciaron y desarrollaron sus relaciones sexuales con el demandado. Por la forma demasiado gráfica y cruda como se hace dicha descripción se abstiene esta Sala de transcribirla, pero del conjunto de tales hechos se desprende con claridad, interpretando el libelo, que la actora funda su acción en las causales 2ª y 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, vale decir, en el caso de seducción realizada mediante promesa de matrimonio y que entre ella y el demandado Restrepo existieron posteriormente, de manera notoria, relaciones sexuales estables dentro del tiempo en que se presume que tuvo lugar la concepción de su mencionado hijo Leonel.

Falló la primera instancia el Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín, quien en sentencia de 22 de julio de 1940 accedió a las súplicas impetradas y, en consecuencia, declaró que Leonel Varela es hijo natural de Antonio de Jesús Restrepo (a. Antuco), y por lo mismo éste tiene para con aquél las obligaciones que le impone la Ley 45 de 1936.

Estimó el fallador de primer grado que la acción estaba en realidad de verdad fundada en la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, que se refiere a relaciones sexuales notorias y estables entre la actora y el demandado. Hizo luégo un análisis de la prueba testimonial presentada como único elemento demostrativo de dichas relaciones, para concluír que al tenor de ese haz probatorio se habían comprobado tales relaciones y era el caso de declarar judicialmente la paternidad natural de Restrepo, respecto del menor Leonel.

La sentencia acusada.

Por virtud de apelación del demandado falló la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, entidad que en sentencia definitiva fechada el 18 de febrero de 1943, revoca en todas sus partes la sentencia apelada y en su lugar niega las peticiones sobre filiación natural contenidas en el libelo.

Estima el Tribunal que interpretándose la demanda con un criterio amplio, debe aceptarse que la actora suplicó la declaración de paternidad ilegítima con fundamento tanto por el motivo de seducción con promesa de matrimonio (ordinal segundo), como por el de haber existido relaciones sexuales estables y notorias entre los pretendidos progenitores (ordinal 4º).

En cuanto al primer caso —seducción—, niega el Tribunal que se haya comprobado, porque el único elemento que se exhibe como principio de prueba por escrito es una carta presentada con la demanda, fechada el 12 de julio de 1937, firmada con la letra "A" y dirigida a "Ana", carta que no fue objeto de reconocimiento del demandado y que no contiene aceptación explícita de paternidad, sino sólo una demostración de interés por un niño cuyo nombre ni siquiera aparece en la referida esquela.

Tampoco acepta el Tribunal que se haya evidenciado plenamente la causal consistente en relaciones sexuales notorias y estables durante la época en que se presume la concepción, porque al hacer un análisis pormenorizado de los testimonios traídos a los autos por la actora llega a la conclusión de que de ninguno de ellos ni de su conjunto puede desprenderse con absoluta y plena evidencia judicial que en realidad de verdad hubieran existido dichas relaciones sexuales, en la forma determinada por la Ley 45. Lejos de eso, concluye el Tribunal con vista del examen de dicha prueba testimonial que la actora Varela, durante la época en que pudo presumirse la concepción de su hijo Leonel, hizo vida liviana con otros hombres, recibiendo en su casa constantes visitas de amigos y sosteniendo relaciones sexuales con distintos varones, lo que elimina la presunción de paternidad, por la obvia razón de que en tales circunstancias no podía lógicamente hacerse la afirmación de que el hijo es de determinado padre.

El recurso.

Interpone recurso de casación el apoderado de la actora y lo fundamenta posteriormente en una demanda que ni por su forma ni por su contenido se ajusta a la técnica de este medio extraordinario, donde deben precisarse y determinarse los motivos para acusar la sentencia del Tribunal y las causales de violación de la ley sustantiva que sirvan de fundamento a la solicitud de infirmación. Sin embargo, deseosa esta Sala de no sacrificar nunca el derecho a fórmulas procedimentales, pasa a interpretar hasta donde le sea posible las acusaciones presentadas contra el fallo de segundo grado y que puede resumirse así:

1ª Violación de ley sustantiva, o sea de la Ley 45 de 1936, por aplicación errónea y mala interpretación, ya que ha habido desestimación de pruebas aducidas y que establecen plenamente los hechos en que se funda la demanda. Para sostener este cargo considera que los testimonios exhibidos sí establecen, tanto en las formas materiales del proceso como en conciencia, que Leonel aparece hijo de Antonio de Jesús Restrepo.

2ª La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas, por cuanto se desvió de la naturaleza del litigio; aquí también se incurrió en la obscuridad que antes se observó, por mala aplicación del artículo 471 del Código Judicial, y se han combinado dos derechos que ordinariamente entran en colisión, el penal y el civil.

3ª El cuerpo de la sentencia tiene declaraciones contradictorias y en su parte resolutiva no guarda armonía con lo que pide la parte demandada.

Estudio de los cargos.

A) No son fundados los dos últimos cargos y no existe, por tanto, falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado, porque precisamente lo que se suplicó en el libelo de demanda fue que se declarara la paternidad natural del demandado Restrepo respecto de su pretendido hijo Leonel y lo resuelto en la sentencia acusada guarda perfecta armonía con lo antes pedido, al decidir, como lo hizo, que no es el caso de hacer la anterior declaración. Ha dicho esta Sala en numerosos fallos que jamás hay incongruencia al resolver negativamente el Organo Judicial las peticiones de la demanda, cuando han sido consideradas en su totalidad, ya que su función natural es absolver o condenar a la parte demandada y decidir afirmativa o negativamente sobre lo pedido. Para que exista la alegada falta de consonancia es necesario que se falle sobre algo no pedido, o sobre algo más o algo menos de lo suplicado a la justicia (extra-petita, ultra-petita, mínima-petita).

Tampoco existe la pretendida contradicción en las declaraciones de la sentencia, porque ésta se ha limitado a absolver al demandado y a negar las peticiones impetradas. Por lo demás, aun en el supuesto de que existieran tales declaraciones contradictorias, al tenor del motivo 3º del artículo 520 del del Código Judicial, sería necesario, para que prosperara dicha causal, que antes se hubiera pedido al fallador de

segunda instancia aclaración de ella, cosa que no se hizo por la parte recurrente en casación.

Se rechazan ambos cargos por infundados.

—

B) Sería suficiente, para desestimar el primer cargo, la circunstancia de que el recurrente no señala ni determina con precisión qué preceptos legales considera infringidos por el fallo y por qué concepto se ha realizado la violación. Se limita a citar como atacados y desconocidos todos los artículos de la Ley 45 de 1936. Pero es que, aun aceptándose como válido el cargo de esta manera irregular formulado, carece de fundamento la acusación que se estudia por las razones que pasan someramente a expresarse:

a) Como elemento probatorio de la seducción sólo ha exhibido la actora una carta sin firma puesto que sólo ostenta como signo la letra "A" y dirigida a una mujer de nombre "Ana". Basta la simple lectura de dicha esquela para concluír, como lo hizo con excelente juicio el Tribunal, que no contiene ni la promesa de matrimonio, ni un reconocimiento del menor Leonel, ni menos una aceptación clara y explícita de paternidad por parte del demandado Restrepo. Como el ordinal 2º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 requiere como demostración de esta causal que exista, por lo menos y además de otras pruebas suficientes, un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y haga verosímil la seducción, y no se exhibieron otros elementos convincentes de tal hecho, se ajusta a derecho la conclusión del Tribunal al desestimar esta alegada causal de paternidad natural;

b) En cuanto a la existencia de las relaciones sexuales notorias y estables entre demandante y demandado, durante la época en que es presumible la concepción (artículo 92 del Código Civil), del detenido análisis que ha hecho la Corte de la prueba testimonial presentada por la actora, como único elemento de convicción de dicha causal, deduce que no incurrió el Tribunal en error manifesto de hecho ni en error de derecho en la estimación y justipreciación de tal factor probatorio, dado que en puridad ni existe, por una parte, la debida concordancia y armonía en esos testimonios en cuanto al hecho concreto de la existencia de tales relaciones sexuales a la época de la concepción, ni los testigos explican y dan la razón, motivo o fundamento de sus dichos. La mayoría de ellos dan un testimonio de referencia y dicen que el demandado Restrepo les dijo que había tenido dichas relaciones con la Varela y que era el padre de Leonel y bien sabido es que en casos como éste no procede la prueba de la confesión extrajudicial. Otros deponentes no aciertan a concretar con la debida precisión la fecha de ese pretendido comercio carnal entre los litigantes. Además, como bien lo dice el Tribunal, ese deficiente valor demostrativo que pudiera tener dicha prueba testimonial queda desnaturalizado con la prueba testifical del demandado, en virtud de la cual seis deponentes declaran contestes que durante los nueve meses anteriores al nacimiento de Leonel la madre de éste hizo una vida licenciosa.

Como corolario de lo expuesto, acoge esta Sala el concepto de la sentencia acusada cuando dice que "la trascendencia de una declaración judicial de paternidad requiere que los elementos demostrativos de la acción determinen una convicción indubitable y segura. En este particular —el de la prueba de la acción— y en estos casos, los Jueces deben ser excepcionalmente exigentes, para que los grandes fines perseguidos con la Ley 45 de 1936 sobre filiación natural no resulten comprometidos por sentencias débilmente apoyadas y erróneas, que constituyan serio peligro para la justicia y la sociedad y hagan fracasar la humanitaria y científica reforma de la ley antes aludida".

Conviene advertir que un caso similar fue decidido ya por esta Sala en sentencia de 25 de marzo de 1942. *(Gaceta Judicial,* Tomo LIII, página 270).

—

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 definitiva pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 18 de febrero de 1943, que ha sido materia de este recurso.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Acción de nulidad de la reconstrucción de una diligencia de un remate.

La ley sí permite reconstruír un expediente perdido, como pasa a demostrarse: es verdad que en el Libro Segundo del Código Judicial, Procedimiento Civil, no se encuentran disposiciones expresas que autoricen la reconstrucción, si se exceptúa el artículo 385, que de modo indirecto habla del valor de algunas copias en el caso de extravío del expediente; pero el artículo 205 del Libro citado dice que "a falta de otra regla general o especial, todo vacío en el procedimiento debe llenarse según lo dispuesto en este Código para casos análogos", y como de acuerdo con el artículo preliminar, el Código Judicial regula las siguientes materias, en tres Libros: Organización Judicial, Procedimiento Civil y Procedimiento Penal, es claro que por analogía puede aplicarse al Procedimiento Civil una regla que allí no existe pero que sí se encuentra en el Procedimiento Penal, y en éste se hallan los artículos 154 y 164 (más o menos los que en el Código Judicial anterior correspondían a los artículos 2001 y 2002, que reglamentan la manera como debe procederse para reconstruír un proceso perdido. También serían aplicables los artículos 154 y 164 en virtud de lo dispuesto en el 8º de la Ley 153 de 1887.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

En el juicio ejecutivo seguido por el Banco Agrícola Hipotecario contra Elvira y Mercedes Quintero S., en el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín, se verificó, el 9 de junio de 1937, el remate de una casa situada en dicha ciudad, de propiedad de las nombradas Quinteros, casa que fue adjudicada a Pablo Londoño, en virtud de postura que en su nombre hizo, como comisionado al efecto, José María Posada.

Como el expediente original de aquel juicio se le cayó, antes de verificarse el remate, a una de las ejecutadas al pasar un puentecillo sobre el arroyo Santa Elena, en la Plaza de Zea, la subasta se realizó en el proceso reconstruído por el Juzgado del conocimiento; pero como este expediente desapareció también de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Medellín, antes de haber sido registrada la diligencia de remate y cuando lo tenía en su poder para consultarlo una de las ejecutadas, hubo de hacerse una nueva reconstrucción el 28 de junio de 1937, sobre la cual se llevó a efecto el registro de la referida diligencia de remate.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, Elvira y Mercedes Quintero S. demandaron por la vía ordinaria, el 7 de mayo de 1941, ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín, a José María Posada y Pablo Londoño, y pidieron que se declarara absolutamente nula la reconstrucción hecha por ese Juzgado el 28 de junio de 1937, de la diligencia de remate verificado el 9 de los mismos mes y año; que se declare también nulo el mencionado remate, "porque fue hecho sin demanda, sin avalúo y sin los requisitos que la ley ordena"; que se condene a Londoño, actual poseedor, a restituírles la casa rematada, con sus accesorios, edificaciones y anexidades, más los productos correspondientes, y que se condene en costas a los demandados.

Admitida la demanda y corridos los traslados respectivos, Londoño contestó negando algunos hechos, aceptando otros y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones impetradas. Posada contestó en igual sentido y agregó que él era un tercero, extraño a los actos jurídicos que se acusan, porque sus gestiones fueron las de un simple comisionado para hacer el remate a nombre de Londoño.

Agotada la tramitación de la primera instancia, el Juzgado del conocimiento profirió la sentencia del veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, por medio de la cual absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, sin condenar en costas.

En virtud de apelación interpuesta por la parte demandante, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, donde, una vez terminada la actuación propia del segundo grado, se pronunció el fallo de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, cuya parte resolutiva dice:

"Confirma la providencia motivo del recurso, en cuanto absuelve a los señores Pablo Londoño y José María Posada, por los motivos aquí expuestos, de los cargos que se les formularon en cuanto a la nulidad de la reconstrucción de la diligencia de remate efectuado el 9 de junio de 1937, en el Juzgado 4º Civil de este Circuito. La confirma igualmente en cuanto absolvió al señor José María Posada de los cargos de nulidad del mismo remate, acusado de tál por motivos de fondo; la revoca en cuanto absuelve al señor Pablo Londoño de estos últimos cargos, y en su lugar declara que no es el caso de conocer de fondo de la petición de nulidad del remate, por existir una petición de modo indebido.

"Sin costas en esta instancia".

Consideró el Juez *a-quo* que la actuación del Juzgado, al iniciar la obra de reconstrucción del expediente había sido correcta y encaminada a no dejar desamparados los derechos del rematador; estimó que el certificado expedido por el Juez en relación con los hechos pasados ante él y que sirvieron de base a la reconstrucción hace plena prueba, conforme al artículo 632 del Código Judicial, y como halló que las demandantes no demostraron los hechos fundamentales de la demanda, absolvió a los demandados de todos los cargos que se les habían formulado.

El Tribunal consideró que se habían ejercitado dos acciones distintas: la de nulidad de la reconstrucción de la diligencia de remate, y la de nulidad del remate, y estimó que respecto de ambas carecía de personería sustantiva el demandado José María Posada, quien no tiene interés personal alguno en aquellos actos, porque obró como simple mandatario de Londoño para efectuar el remate.

Respecto a la reconstrucción, dice que el certificado expedido por el Juez tiene el valor de plena prueba, como documento auténtico, según los artículos 632 y 633 del Código Judicial, máxime si se tiene en cuenta que de todo el expediente y especialmente del hecho de que las demandantes no niegan que el remate se verificara, se deduce que sí se realizó, por lo cual concluye que no es el caso de declarar la nulidad pedida.

En lo tocante a la nulidad del remate, por cuestiones de fondo, estimó el Tribunal que la acción ha debido dirigirse también contra el Banco ejecutante, y que, como no se procedió así, se encuentra demostrada la excepción de petición de un modo indebido.

El recurso.

Contra esta sentencia del Tribunal interpusieron recurso de casación las demandantes, el que se pasa a decidir hoy por haber llegado la oportunidad legal de hacerlo.

Las recurrentes, con apoyo en las dos primeras causales de las que enumera el artículo 520 del Código Judicial, acusan la sentencia por ser "violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea", y "por no estar en consonancia con las peticiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Con respecto al primer motivo de casación, las recurrentes citan como violados, por aplicación indebida, los artículos 632 y 633 del Código Judicial, y en relación con el segundo enumeran los artículos 741, 748, 749, 756, 766, 785, 1500, 1501, 2657, 2674 y 2675 del Código Civil; 148, 981 y 1052 del Código Judicial, y 3º de la Ley 176 de 1936, pero no indican, en forma clara y precisa, el concepto en que hayan sido violados.

Puede decirse que la demanda de casación, que es un escrito desordenado y confuso, no reúne las condiciones de técnica de este recurso extraordinario que determinan los artículos 520 y 531 del Código Judicial. No obstante, se pasa a considerarla, siguiendo la práctica de no sacrificar el derecho a la fórmula y tratando de interpretar fielmente el pensamiento de las recurrentes.

Estudio de los cargos.

Se considera:

Como cuestión previa conviene advertir que el Tribunal encontró que el demandado José María Posada no tiene interés alguno en el juicio, porque él obró en el remate como simple comisionado de Londoño, por lo cual estimó que carece de personería sustantiva y confirmó la absolución pronunciada respecto de él en la sentencia de primera instancia; y encontró que en lo tocante a la nulidad del remate, por razones de fondo, debía haberse dirigido la demanda también contra el Banco ejecutante, por lo cual, como no se procedió así, declaró probada la excepción de petición de un modo indebido.

Pues bien: estos pasajes de la sentencia, que en concepto de la Sala están suficientemente fundados en derecho y deben, por lo mismo, sostenerse, no fueron expresa y claramente atacados en casación. En efecto, en relación con ellos dice la demanda, de manera incidental, que el Tribunal configuró la excepción de petición de un modo indebido, que no existe, porque no están justificados los hechos que la constituyen, lo cual no puede tomarse como una acusación formal.

Han pretendido las demandantes en este juicio obtener la nulidad de la reconstrucción de la diligencia de remate verificado en el Juzgado

4º Civil del Circuito de Medellín el 9 de junio de 1937, fundándose, principalmente, en que la ley no autoriza la reconstrucción de un expediente perdido sino en el caso del artículo 2675 del Código Civil, que no ocurre aquí, y sostienen que el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 632 y 633 del Código Judicial; y la nulidad del remate, apoyándose en que fue hecho "sin demanda, sin avalúo, y sin los requisitos que la ley ordena".

En cuanto á lo primero se tiene:

No se trajo a este juicio copia auténtica del expediente o de las diligencias reconstruídas, de modo que se ignora **qué fue lo reconstruído,** en qué forma se hizo la reconstrucción y con apoyo en cuáles disposiciones legales. Las demandantes sólo acompañaron a su demanda una copia, sin la correspondiente nota de registro, de la escritura número 1569, del 7 de julio de 1937, otorgada en la Notaría Cuarta del Circuito de Medellín, con la cual se protocolizó una copia de la diligencia del aludido remate. La copia de tal escritura, sin la nota de registro, no puede ser admitida como prueba y no hace fe en juicio, conforme al artículo 2673 del Código Civil. Ello sería suficiente, por sí solo, para la pérdida del pleito por parte de las demandantes, pues se han quedado sin probar los hechos fundamentales de su acción.

Pero hay más: la ley sí permite reconstruír un expediente perdido, como pasa a demostrarse:

Es verdad que en el Libro Segundo del Código Judicial, Procedimiento Civil, no se encuentran disposiciones expresas que autoricen la reconstrucción, si se exceptúa el artículo 385, que de modo indirecto habla del valor de algunas copias en el caso de extravío del expediente; pero el artículo 203 del Libro citado dice que "a falta de otra regla general o especial, todo vacío en el procedimiento debe llenarse según lo dispuesto en este *Código* para casos análogos", y comó de acuerdo con el *artículo preliminar*, el Código Judicial regula las siguientes materias, en tres Libros: Organización Judicial, Procedimiento Civil y Procedimiento Penal, es claro que por analogía puede aplicarse al Procedimiento Civil una regla que allí no exista pero que sí se encuentre en el Procedimiento Penal, y en éste se hallan los artículos 154 y 164 (más o menos los que en el Código Judicial anterior correspondían a los artículos 2001 y 2002), que reglamentan la manera como debe procederse para reconstruír un proceso perdido. También serían aplicables los artículos 154 y 164 en virtud de lo dispuesto en el 8º de la Ley 153 de 1887.

Ahora bien: como se ha dicho, no se trajo a este juicio copia auténtica del expediente reconstruído, de modo que no se sabe en qué forma se hizo la reconstrucción y si ella se ajustó o nó a la ley; pero al pie de la diligencia de remate protocolizada, de que ya se habló, hay un certificado del Juez 4º y su Secretario, reproducido en la demanda inicial del pleito y en la sentencia del Tribunal, en que tales funcionarios dicen "que la reconstrucción de las expresadas diligencias está basada sobre la realidad de lo que pasó y de las constancias originales que tiene el Juzgado", certificado que, como lo estimó el Tribunal, hace plena prueba al tenor de lo dispuesto en el artículo 632 del Código Judicial y hace presumir que la reconstrucción se efectuó con arreglo a la ley.

La sentencia no violó, por tanto, los artículos 632 y 633 del Código Judicial, y no son admisibles los cargos que se formularon contra ella por el aspecto estudiado.

En lo atañedero a la nulidad del remate, ya se vio que el Tribunal consideró, en relación con José María Posada, que éste carece de personería sustantiva, y respecto de Londoño, que existe petición de un modo indebido, porque no se demandó también al Banco Agrícola Hipotecario, y como esos extremos de la sentencia no fueron atacados expresa y victoriosamente en casación, deben mantenerse.

Por último, acerca del cargo de incongruencia, que se halla mal configurado y en el cual, lejos de demostrarse que la sentencia haya fallado en más o en menos, o fuera de lo pedido, se alega, como fundamento, la violación de ley, es completamente impertinente y se desecha de plano.

Se deduce de lo expuesto que no prospera el recurso y que no debe infirmarse la sentencia acusada.

En virtud de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas del recurso son de cargo de las recurrentes.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Acción de nulidad del remate de una finca raíz y de su restitución.

El artículo 2189 del Código Civil es de carácter general y se refiere principalmente al mandato civil, en tanto que el 264 del Código Judicial es especial para el mandato judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Los principales antecedentes de este negocio pueden resumirse así: El señor Santiago Borda Malo, en su carácter de padre legítimo de sus menores hijos Helena, Germán, Jaime, Alvaro, Elisa, Carolina, Elvira, Leonor y María Borda Ruiz, confirió poder especial al doctor José Manuel Cuéllar para que solicitara la licencia judicial correspondiente para enajenar, en licitación pública, la finca raíz marcada con el número 62-91 de la carrera 7ª de esta ciudad, de propiedad de los indicados menores.

El Juez 7º Civil de este Circuito concedió la licencia por sentencia del diez y seis de agosto de mil novecientos treinta y siete, y en cumplimiento de ella el veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y nueve se remató, en el Juzgado 8º Civil de este Circuito, a donde había pasado el negocio, la mencionada finca, la que le fue adjudicada al señor Max Moog, como único postor, por la cantidad de $ 14.235.25, en que había sido avaluada pericialmente.

El señor Moog consignó en el Juzgado la cantidad de $ 2.850 para poder hacer postura, y el 29 del referido septiembre presentó el señor Borda Malo un memorial en que declaró haber recibido de Moog la cantidad de $ 11.385.25, resto del valor del remate, y pidió que se aprobara éste, lo que hizo el Juez por auto fechado el siete de octubre siguiente.

El 1º de julio de 1939 Borda Malo celebró con Moog una promesa de contrato, que fue adicionada el 18 del mismo mes, conforme a la cual Moog se comprometió a rematar la finca de que se trata, en las condiciones convenidas allí.

El 30 de septiembre del propio año Max Moog, por escritura número 1980, de la Notaría Tercera de esta ciudad, hipotecó a favor del Banco de Londres y América del Sud, en la forma de hipoteca abierta, para respaldar créditos a su cargo hasta por la cantidad de $ 25.000, el predio urbano de su propiedad determinado en aquella escritura.

Considerando el Banco que dicha garantía no era suficiente, obtuvo de Moog una nueva por escritura número 262, del 5 de febrero de 1940, de la Notaría Segunda de Bogotá, por medio de la cual Moog hipotecó a favor del Banco, también en la forma de hipoteca abierta, la finca de que se ha venido hablando, marcada con el número 62-91 de la carrera 7ª de esta ciudad.

Helena Borda Malo Ruiz cumplió la mayor edad el 17 de junio de 1938, de modo que cuando Santiago Borda Malo celebró con Moog la promesa de contrato de que se ha hablado, cuando se señaló día para el remate de la finca y cuando se verificó la licitación pública, Borda Malo no tenía ya la patria potestad sobre Helena, ni era, por consiguiente, su representante legal.

Con fundamento en estos y otros hechos, el doctor José Manuel Cuéllar, obrando como apoderado especial de la señora Helena Borda Malo de Caro, presentó el 31 de mayo de 1940 demanda ordinaria, que fue repartida al Juzgado 3º Civil de este Circuito, contra los señores Max Moog, en su propio nombre; Arthur Cyril Thomson, en su calidad de Gerente del Banco de Londres y América del Sud, y Santiago Borda Malo, en su propio nombre y como representante legal de sus menores hijos legítimos Jaime, Alvaro, Elisa, Carolina, Elvira, Leonor y Mario Borda Malo R., en la cual pidió que se declare nulo el remate verificado por Moog de la aludida finca número 62-91 de la Carrera 7ª de esta ciudad; que se ordene hacer las cancelaciones correspondientes en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito; que se condene a Moog a restituir la referida finca, con todas sus mejoras, anexidades y frutos; que se declare que queda extinguida en su totalidad la hipoteca constituída por Moog a favor del Banco, por escritura número 262, de 5 de febrero de 1940, de la Notaría Segunda de Bogotá, o en subsidio, que tal hipoteca "debe reducirse en todo aquello en que exceda al contrato principal de que es accesoria", teniendo en cuenta que para garantizar las obligaciones de Moog existe también la hipoteca constituída por es-

critura número 1980, del 30 de septiembre de 1939, de la Notaría Tercera de Bogotá, y que se condene en costas a los demandados que se opongan a las acciones intentadas.

Admitida la demanda y corridos los traslados correspondientes, el Banco la contestó oponiéndose a las acciones incoadas y negando la mayor parte de los hechos en que se apoya. Santiago Borda Malo convino en los hechos y en el derecho, y Moog contestó:

"Los hechos en que se funda la demanda deberán ser probados por la actora.... Niego el derecho en que pueda fundarse la demandante y me opongo a que se hagan las declaraciones solicitadas."

Terminada la actuación de primer grado, el Juez del conocimiento pronunció la sentencia de fecha diez y seis de abril de mil novecientos cuarenta y dos, decretando favorablemente todas las peticiones principales de la demanda y condenando en costas al Banco y a Moog.

En virtud de apelación interpuesta oportunamente por los apoderados del Banco y de Moog, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde, una vez agotada la tramitación de la segunda instancia, se profirió la sentencia de seis de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, por medio de la cual se revocó la del Juez *a quo*, y en su lugar se absolvió a los demandados de los cargos de la demanda. Además, se condenó a la demandante en las costas de la primera instancia y se declaró que no las había en la segunda.

El Juez del conocimiento encontró demostrados los hechos fundamentales de la demanda y consideró, especialmente, que el poder conferido por Santiago Borda Malo se extinguió, en lo referente a Helena Borda Ruiz de Caro, desde que ella llegó a la mayor edad, conforme al artículo 2189 del Código Civil, por lo cual declaró nulo el remate y resolvió favorablemente las otras peticiones de la demanda.

Las razones que tuvo el Tribunal para revocar la sentencia de primer grado y absolver a los demandados se encuentran sintetizadas en estos párrafos:

"Para ordenar el litigio planteado, ante todo debe determinarse si es nulo el remate verificado el 28 de septiembre de 1939, de la finca citada en la demanda, por haberse llevado a cabo siendo ya mayor la demandante y no haber intervenido en el juicio a pesar de haber cesado su padre en sus funciones de representante legal.

"Con la partida de bautizo de la demandante está plenamente demostrado su aserto. El numeral 9º del artículo 2189 del Código Civil dice que el mandato termina: 'Por las cesaciones de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas.' Ello es una medida prudente con relación al mandato civil, pues no sería explicable que un representante legal pudiera dar un mandato para que subsistiera aun después de cesar en sus funciones. No ocurre lo mismo con el mandato judicial. El artículo 264 del Código Judicial, en su inciso 2º, expresa de modo claro que no termina el mandato por la cesación de las funciones del que lo dio como representante de una persona natural o jurídica, si ya está notificada la demanda, mientras aquélla por sí o por medio de un nuevo representante no lo revoca, o termina el poder por otra causa. En este proceso la única causa que se alega como terminación del poder es la cesación de las funciones del representante legal, y precisamente la disposición dice que no termina el mandato en este caso cuando está notificada la demanda."

"La súplica segunda de la demanda, que es consecuencial de la primera, no puede prosperar al no prosperar la principal. La tercera tampoco prospera, porque no existiendo nulidad en la venta por las razones que se dejan expuestas, no es el caso de entrar a estudiar si la hipoteca debe declararse extinguida. No declarándose nulo el remate, no aparece el interés jurídico de la actora para pedir la extinción de la hipoteca. En cuanto a la reducción de la hipoteca, además de estar esta petición en la misma situación jurídica considerada al estudiar la súplica tercera, en el Código Judicial se encuentra el Título XLIII, que establece un procedimiento especial para obtenerla."

El recurso.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandante, el que se pasa a decidir hoy por haberse agotado la tramitación legal.

El recurrente, en un escrito bastante ajeno a la técnica y propio más bien de un alegato de instancia, acusa el fallo del Tribunal por la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, o sea como violatoria de la ley sustantiva, y resume así su acusación:

"Primero. En lo referente a las actuaciones verificadas a nombre de doña Helena Borda Ruiz de Caro y de Germán Borda Ruiz, acuso la sentencia por violación directa de los artículos 264 del Código de Procedimiento Civil, 2145 y 2189 del Código Civil, que define claramente el alcance del mandato y la extensión y expiración del vínculo jurídico que establece entre comitente y mandatario.

"Segundo. Acuso la sentencia por haber violado directamente los artículos 87 y 88 del Código Civil, toda vez que contra indicios claros del es-

tado civil de doña Helena Borda Ruiz de Caro se le hace aparecer como domiciliada con su padre, sin admitir prueba alguna contra la expresada presunción de carácter legal, y haciéndola aparecer como sabedora de hechos que ignoraba y que no tenía que conocer forzosamente.

"Tercero. En relación con la promesa de contrato, acuso la sentencia por violación directa de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 1502 —ordinal 2º— y 1508 del Código Civil, pues se dio valor legal a un auto que carecía de requisitos y adolecía de vicios que lo presentan como ineficaz e inexigible.

"Cuarto. Respecto del remate, acuso la sentencia por violación directa de los artículos 1740, 1741 y 1524 del Código Civil, porque se dio como válido y generador de derechos un acto, o bien sin causa o motivo, o ya con una causa ilícita, contraria en todo sentido a las bases de la moral y el orden público.

"Quinto: Referente a la hipoteca constituída en favor del Banco de Londres, gravando los bienes de los hijos mayores y menores de don Santiago Borda Malo, acuso la sentencia por violación directa del artículo 471 del Código de Procedimiento, y al mismo tiempo por errada apreciación de la prueba de una escritura pública, o mejor, falsa en su forma y contenido.

"Sexto. En cuanto a la misma hipoteca, acuso la sentencia del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, por violación directa de los artículos 740, 2443 y 1871 del Código Civil, pues se le otorgó fuerza legal a un acto material que se basa en una tradición de dominio que carecía de los elementos de *voluntad* e *intención*, de una parte, y de otra, que quien trataba de gravar bienes, hipotecándolos, no era dueño de esos bienes, por razón de la forma como se le hacían llegar a su poder.

"Séptimo. También acuso la sentencia por violación directa del artículo 1524 del Código Civil, ya que la expresada hipoteca careció de causa, pues se trata de un acto simulado, donde sólo se perseguía arreglar una situación de cuentas ficticias.

"Octavo. Finalmente, acuso la sentencia por violación directa del artículo 472 del Código de Procedimiento, que da órdenes a los funcionarios judiciales respecto de los preceptos que deben tener en cuenta al proferir sus decisiones."

Se consideran en conjunto los cargos:

Antes de avocar el estudio correspondiente, conviene recordar que el objeto de este juicio, según las peticiones de la demanda que lo originó, es saber si el remate verificado el 28 de septiembre de 1939 es nulo, porque la demandante era ya mayor de edad cuando se realizó y no estuvo para esa fecha presente en el juicio, ni legalmente representada, por lo cual no hubo consentimiento de parte de ella, y porque el rematador no pagó el valor del remate. Como consecuencia, se pidió que se ordene hacer las cancelaciones pertinentes en la Registratura de este Circuito, y que se condene al rematador a restituír la finca rematada, con sus anexidades, mejoras y frutos. De otro lado, se pidió también que se declare nula la hipoteca constituída sobre la indicada finca a favor del Banco demandado, por no ser Moog dueño de ella, o, en subsidio, que se decrete su reducción en las condiciones expresadas en la demanda.

Aunque el señor Germán Borda Ruiz, quien se hallaba en la misma situación jurídica de la demandante a la época del remate, no figuró inicialmente en este juicio como demandante, ni como demandado, a petición del apoderado del Banco se hizo presente durante el curso de la actuación, pero como no interpuso recurso de casación, ni el doctor Luciano Rodríguez Mira es su apoderado judicial, no debe tenerse en cuenta lo que respecto de él dice la demanda de casación.

En concepto de la Sala, está bien fundada en derecho la sentencia que se revisa, como pasa a demostrarse.

Resulta plenamente comprobado en autos que Helena Borda Ruiz cumplió la mayor edad el 17 de junio de 1938, y es claro que ese día su padre legítimo, Santiago Borda Malo, dejó de ser su representante legal, porque terminaron las funciones de la patria potestad que ejercía sobre ella. Es verdad que no hay constancia de que a partir de ese día Helena se hubiera hecho presente, personalmente ni por medio de apoderado constituído directamente por ella, en las diligencias referentes a la licencia para enajenar bienes raíces de menores, pero tampoco aparece demostrado que hubiera revocado el poder que al efecto había conferido su padre, como representante legal de ella y de sus hermanos, al doctor José Manuel Cuéllar.

Ahora bien, el artículo 264 del Código Judicial dice:

"El mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, mientras no sea revocado por los herederos o expire por otra causa legal.

"Tampoco termina por la cesación de las funciones del que lo dio como representante de una persona natural o jurídica si ya está notificada la demanda, mientras aquélla por sí o por medio de un nuevo representante no lo revoca, o termina el poder por otra causa."

En relación con el alcance que puede darse a este artículo es muy claro lo que dijo la Comisión Redactora del Código, en la correspondiente exposición de motivos, citada por el Tribunal:

"Respecto a los casos en que expira el mandato judicial, que la Ley 103 enumera en su artículo 267, hemos creído más acertado dejar que obre la disposición general contenida en el artículo 2189 del Código Civil, y señalar en el proyecto que presentamos los casos en que no expira; o sea por muerte del mandante, a no ser que los herederos revoquen el poder, o fenezca por otra causa; o por la cesación de funciones del que lo constituyó si ha sido notificada la demanda, a menos que finalice por otro motivo. Así se consultan mejor los intereses del poderdante y la celeridad en los juicios."

En sentir de la Sala el artículo 2189 del Código Civil es de carácter general y se refiere principalmente al mandato civil, en tanto que el 264 del Código Judicial, es especial para el mandato judicial, y, por lo mismo, de preferente aplicación al caso del pleito.

De acuerdo con esto, resulta evidente que el mandato judicial conferido por Santiago Borda Malo al doctor José Manuel Cuéllar, para representar, entre otros, a Helena Borda Malo Ruiz, de que se ha venido hablando, no terminó por el sólo hecho de haber cesado el poderdante en sus funciones de representante legal de su indicada hija legítima, por haber llegado ésta a la mayor edad, que es la única causa que se alega para demostrar la terminación del mandato.

De otro lado, en el memorial por el cual se le confirió el mandato al doctor Cuéllar para efectuar todas las gestiones tendientes a conseguir licencia judicial para enajenar la finca raíz de propiedad de los menores hijos del poderdante, se le autorizó expresamente "para que pueda, en el ejercicio del poder, interponer toda clase de recursos, etc., hasta obtener la venta respectiva con los requisitos de la ley, pudiendo recibir, desistir, transigir, sustituir y efectuar las demás gestiones pertinentes." (Cuaderno número 3, folio 4).

No hay, por tanto, duda de que Helena Borda Malo Ruiz estuvo legalmente representada en el remate cuya nulidad se pide, y es claro que ésta no puede decretarse por el motivo que se acaba de analizar. La sentencia no violó, por falta de aplicación, el artículo 2189 del Código Civil, ni el 264 del Código Judicial, por aplicación indebida. Tampoco violó el 2145 del Código Civil, cuya cita es impertinente en el caso de autos.

Tampoco es aceptable el cargo de violación de los artículos 87 y 88 del Código Civil, porque respecto del primero no se ha probado el matrimonio de Helena Borda Malo de Caro, ni, en caso de haberse efectuado, en qué fecha se realizó; y con relación al segundo, es incuestionable que el hijo de familia sigue el domicilio del padre. Si además de este principio el Tribunal consideró que Helena Borda Malo estaba informada del poder que su padre había conferido al doctor Cuéllar y no obstante no lo revocó, al llegar a la mayor edad, para ello se fundó en varios indicios, cuya valoración probatoria no puede hoy variar la Corte, siguiendo la reiterada jurisprudencia que tiene sentada al respecto.

Se alega también que el aludido remate es nulo, porque no se pagó el precio, pues se dice que Moog no ha cumplido la promesa de contrato que celebró con Santiago Borda Malo, según el cual el pago lo haría con determinados plazos, indicados allí.

Sobre este extremo hay varias cosas que observar:

La citada promesa no está *sub judice* y nada procede resolver sobre ella. En relación con la misma promesa ningún interés jurídico puede tener la demandante, que es un tercero extraño a ese contrato, toda vez que fue celebrado por Santiago Borda Malo en su propio nombre y no como representante legal de sus menores hijos. Si Moog no lo ha cumplido, quien puede exigirle su cumplimiento es Santiago Borda Malo.

En lo tocante al pago del precio del remate, está demostrado que Moog consignó en el Juzgado, para poder hacer postura, la cantidad de $ 2.850, que luégo fueron recibidos por el apoderado doctor Cuéllar, quien tenía expresa facultad para recibir, y que Santiago Borda Malo presentó al día siguiente al en que se verificó el remate un memorial en que declaró haber recibido de Moog la cantidad de $ 11.385.25, resto del valor del remate, por lo cual fue aprobado éste por el Juez. Tal prueba no ha sido desvirtuada y conserva, por tanto, todo su valor legal. El Tribunal, fundado en varias razones que no han sido atacadas en casación, consideró que en los $ 2.850 que recibió el doctor Cuéllar del Juzgado estaba incluida la cuota que correspondía a la demandante, por el valor de su parte en la finca rematada; pero aun suponiendo que ello no fuera así, quienes tienen que responder a Helena Borda Malo por dicho valor son su padre, Santiago Borda Malo, y su apoderado, doctor José Manuel Cuéllar, quienes recibieron el valor total del remate, en la forma que se deja expresada. Por lo demás, el no pago del valor del remate daría acción para obtener ese pago, o para demandar la resolución del contrato por incumplimiento, pero no para anular aquél.

Se desprende de todo lo dicho que tampoco prospera el cargo de nulidad del remate, por el no pago del precio.

No siendo posible decretar dicha nulidad, es inútil entrar a estudiar a espacio los cargos hechos a la sentencia por no haber declarado nula la hipoteca, porque estos cargos se fundan en que Moog no era dueño de la finca hipoteca-

da, y es claro que no siendo nulo el remate, sí pertenecía la finca a Moog cuando la hipotecó. Además, como lo dijo el Tribunal, siendo Moog dueño de la citada finca, la demandante carece de interés jurídico para pedir la nulidad de la hipoteca, o su reducción.

Se dice también que la hipoteca es simulada, pero esa acción no se ejercitó, ni se probó en forma alguna la simulación.

Se agrega que la hipoteca es falsa, porque no la constituyó Moog, sino otra persona, como se deduce de la copia traída al juicio. Este extremo tampoco fue objeto de pedimento alguno en el libelo inicial del juicio, ni sobre él se discutió en las instancias. Constituye, por lo mismo, un medio nuevo, inaceptable en casación, aparte de que no siendo la demandante dueña de la finca hipotecada carece de interés jurídico para formular ese reparo.

De todo lo expuesto se deduce que no son admisibles las tachas que se hicieron a la sentencia acusada, la cual no debe infirmarse, porque no violó las disposiciones legales sustantivas indicadas por el recurrente.

A virtud de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha seis de marzo de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, y devuélvase el expediente.

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

CONSEJO DE ESTADO Biblioteca

Acción petitoria de pago de perjuicios morales

Si los estatutos de una corporación, de acuerdo con el artículo 641 del Código Civil, tienen fuerza obligatoria sobre ella y sus miembros, las condiciones que señalen, los requisitos que exijan, son de obligatorio cumplimiento, porque esos estatutos son la ley que la rige, y si éstos establecieron solemnidades sin las cuales no se puede ingresar a ella, esas solemnidades han de cumplirse fielmente. El Código Civil, en el Título 36, que reglamenta las personas jurídicas, no contiene disposición alguna que les prohiba a las corporaciones establecer solemnidades para la admisión a su seno de las personas que deseen ingresar, de suerte que si allí se fijan solemnidades, éstas son de rigurosa observancia, tanto más cuanto que esos reglamentos o estatutos han de someterse a la aprobación del Organo Ejecutivo, quien se la concederá si no dispusieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres; y los reglamentos de la Federación Médica fueron aprobados por el Gobierno Nacional, de acuerdo con las Resoluciones números 134, de 7 de febrero de 1935, y 75, de 14 de abril de 1937.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

En 4 de octubre de 1935 el doctor Reinaldo Arango Vélez, en su carácter de Presidente de la Junta de miembros fundadores de la Federación Médica Nacional, o Federación Médica Colombiana, solicitó del Gobernador del Departamento que, previo concepto, remitiera al Ministro de Gobierno los documentos adjuntos para que se le reconociera personería jurídica a la mencionada Federación.

Por Resolución número 134, de 7 de octubre de 1935, el Presidente de la República le reconoció personería jurídica a la corporación denominada "Federación Médica Nacional" o "Federación Médica Colombiana".

Esta entidad invitó al cuerpo médico nacional a que formara parte de dicha Federación, y dictó los estatutos que debían regirla, y en ellos fijó, entre otras cosas, las condiciones que requería para que los médicos colombianos pudieran ingresar a ella.

El doctor Carlos Julio Fonseca Rojas, médico y cirujano de la Universidad Nacional, considera que fue recibido como socio activo de la Federación Médica Nacional desde el día 20 de febrero de 1936, fecha en la cual consignó las respectivas cuotas de admisión fijadas por los estatutos que regían en ese entonces.

En el mes de julio del año de 1938, el doctor Fonseca Rojas recibió una comunicación emanada del Comité Médico de Cundinamarca, en la cual se le hacía saber que su solicitud de admisión a la Federación Médica no había sido aceptada, y que, por tanto, se le devolvían las cuotas que había consignado en la Tesorería.

De esta resolución se quejó para ante el Comité del Colegio Médico el doctor Fonseca Rojas, solicitando su revocación para que se le considerara como miembro de la dicha Federación Médica Nacional.

No consiguió su objeto el doctor Fonseca Rojas y por eso ocurrió a la justicia ordinaria para que por sentencia definitiva se declarara, en síntesis: que el mencionado doctor es miembro activo de la "Federación Médica Nacional" o "Federación Médica Colombiana"; que tiene perfecto derecho a gozar de todos los honores, distinciones, preeminencias y beneficios que ha establecido dicha Federación para bien de sus miembros; que no se le puede privar de la calidad de miembro activo de la Federación sino mediante un decreto de expulsión definitiva, por la entidad a que compete esa facultad; que el actual Comité Médico de Cundinamarca usurpó funciones que no le correspondían y violó gravemente los estatutos de la corporación; que ese proceder le ha causado perjuicios tanto morales como materiales, que deben ser pagados o resarcidos por la entidad demandada.

Los hechos primordiales base de esta demanda son los señalados con los números 2º, 3º, 4º y 6º, que así dicen:

"1º Por ahí a mediados del año de 1935 un grupo de profesionales encabezados por la briosa juventud del doctor Emiliano Bonilla Pardo, cuyos merecimientos en la fundación de la Federación Médica no han sido suficientemente reconocidos por los médicos de esta ciudad, formó el primer núcleo fundador de la Federación Médica Nacional o Colombiana y redactó el estatuto original, que fue aprobado por el Gobierno Nacional en la Resolución ejecutiva número 134, del 7 de octubre del mismo año, por medio de la cual se le reconoció personería jurídica a la mencionada asociación bajo la denominación ya mencionada de Federación Médica Nacional o Federación Médica Colombiana. Este estatuto originario está protocolizado en el archivo del Ministerio de Gobierno.

"2º De acuerdo con los artículos 3º y 4º de este estatuto, que regía en la mencionada Federación Médica cuando fue promulgada la Ley 67 de 1935, cuyo artículo 10 la reconoció oficialmente y ordenó que fuera apoyada por las autoridades de la República, para ingresar a la Federación bastaba ser médico colombiano con título de idoneidad expedido en "cualquiera de las Facultades colombianas" y "hacer constar por escrito que acepta en forma completa y sin excepciones las disposiciones contenidas en los estatutos".

"3º Amparado por este estatuto, y atendiendo a la invitación que le habían hecho los colegas fundadores, a quienes acompañó decididamente en esas labores de fundación de la institución, el día veinte (20) de febrero del año de 1936 ingresó a la Federación el doctor Carlos Julio Fonseca Rojas y pagó la cuota inicial como miembro de la mencionada Federación, según lo atestigua el recibo número 00047, que en esa misma fecha y por la suma de cinco pesos ($ 5.00) moneda legal, le expidió el Tesorero de la Federación, en ese entonces doctor Parmenio Hernández, quien inscribió en los libros de la Federación el nombre del doctor Fonseca Rojas como miembro de la mentada Federación.

"4º De esa fecha en adelante se le reconoció al doctor Fonseca Rojas su calidad de socio por todos los organismos de la Federación, y en prueba de ello se le pasó por el señor Tesorero de la Federación en el año de mil novecientos treinta y ocho (1938), doctor Eugenio González Arenas, el recibo por seis pesos ($ 6.00) moneda legal, 'valor del primer trimestre de cuota ordinaria como miembro de la Federación en 1938'. Así dice el texto del recibo. Este recibo, que lleva el número de orden 00056, fue pagado por el doctor Fonseca Rojas.

"6º En la Federación Médica Nacional nadie le había discutido, pues, al doctor Fonseca Rojas su calidad de socio activo de esa entidad, hasta uno de los primeros días del mes de julio del año de 1938, día en que él recibió en su consultorio médico una extraña comunicación del Comité del Colegio Médico de Cundinamarca, en la cual se le decía que había sido negada su solicitud de admisión a la Federación. Esta comunicación iba acompañada de un cheque por el valor de las cuotas que había consignado él en la Federación, cheque girado por el Comité del Colegio a favor del doctor Carlos Julio Fonseca R. por conducto del Tesorero de la entidad."

Corrido el traslado de esta demanda el apoderado de la Federación Médica Nacional o Colombiana, lo descorrió oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas y negando los hechos en que se fundó la demanda.

Agotada la tramitación, el Juez 6º Civil de este Circuito, en sentencia del 10 de octubre de 1940, desató el litigio así:

"1º Declárase probada la excepción de inepta demanda sustantiva respecto de los demandados doctores Roberto Franco, Marco Tulio Aguilera Camacho, Darío Hernández B., Hernando Anzola Cubides y Laurentino Muñoz, a quienes se absuelve de todos los cargos del libelo.

"2º Declárase no probadas las demás excepciones propuestas.

"3º Declárase que el doctor Carlos Julio Fonseca Rojas es miembro activo de la Federación Médica Nacional o Colombiana desde el 20 de febrero de mil novecientos treinta y seis por haber cumplido con los requisitos de los reglamentos vigentes, por lo cual tiene derecho a gozar de todas las distinciones y beneficios que ha establecido dicha Federación para bien de sus miembros.

"4º Declárase que fue irreglamentaria y, por ende, ilegal y sin valor alguno, la resolución tomada por el Comité del Colegio Médico de Cundinamarca en su sesión de cuatro de marzo de mil novecientos treinta y ocho en el sentido de no admitir como miembro de la Federación al doctor Carlos Julio Fonseca Rojas, pues el artículo 42 de los estatutos aprobados por el Organo Ejecutivo según Resolución número 75 de 14 de abril de 1937, no puede tener efecto retroactivo.

"5º Como la mencionada resolución del Comité del Colegio Médico de Cundinamarca irrogó perjuicios al doctor Carlos Julio Fonseca Rojas, la Federación Médica Nacional o Colombiana representada por su Gerente doctor Jorge Uribe Olarte y los miembros del Comité del Colegio Médico de Cundinamarca, doctores José del Carmen Acosta, Miguel A. Rueda Galvis, Gonzalo Reyes García, Pedro Eliseo Cruz, Rafael Barberi y Arturo García Martínez, son civilmente res-

ponsables de los efectos perjudiciales causados por dicha resolución al doctor Carlos Julio Fonseca Rojas.

"6º La Federación Médica Nacional o Colombiana representada por su Gerente doctor Jorge Uribe Olarte y los doctores José del Carmen Acosta, Miguel A. Rueda Galvis, Gonzalo Reyes García, Pedro Eliseo Cruz, Rafael Barberi y Arturo García Martínez, solidariamente, deben pagar al doctor Carlos Julio Fonseca Rojas los perjuicios que le causaron con la resolución irreglamentaria e ilegal pronunciada por el Comité del Colegio Médico de Cundinamarca en su sesión ordinaria de cuatro de marzo de mil novecientos treinta y ocho, por medio de la cual se excluyó al doctor Fonseca como miembro activo de la Federación.

"7º Estos perjuicios se liquidarán por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las normas dadas en la parte motiva de este fallo.

"8º No es el caso de hacer las demás declaraciones contenidas en el libelo.

"9º Las costas por cuenta de los demandados."

Ambos contendores apelaron de esta decisión para ante el Tribunal Superior de Bogotá, y esta entidad, en fallo de 7 de diciembre de 1942, reformó la sentencia del Juzgado y dispuso:

"1º Declárase probada la excepción de inepta demanda sustantiva respecto de los demandados doctores Roberto Franco, Marco Tulio Aguilera Camacho, Darío Hernández B., Hernando Anzola Cubides y Laurentino Muñoz, a quienes se absuelve de todos los cargos del libelo.

"2º Declárase no probadas las demás excepciones propuestas.

"3º Declárase que el doctor Carlos Julio Fonseca Rojas es miembro activo de la Federación Médica Nacional o Colombiana desde el 20 de febrero de 1936 por haber cumplido los requisitos de los reglamentos vigentes, por lo cual tiene derecho a gozar de todas las distinciones y beneficios que ha establecido dicha Federación para bien de sus miembros.

"4º Declárase que fue irreglamentaria, y, por ende, ilegal y sin valor alguno, la resolución tomada por el Comité del Colegio Médico de Cundinamarca en su sesión de cuatro de marzo de mil novecientos treinta y ocho en el sentido de no admitir como miembro de la Federación al doctor Carlos Julio Fonseca Rojas, pues el artículo 42 de los estatutos aprobados por el Organo Ejecutivo según Resolución número 75 de 14 de abril de 1937, no pueden tener efecto retroactivo.

"5º Como la mencionada resolución del Comité del Colegio Médico de Cundinamarca irrogó perjuicios de índole moral subjetiva al doctor Carlos Julio Fonseca Rojas, la Federación Médica Nacional o Colombiana representada por su Gerente y los miembros del Comité del Colegio Médico de Cundinamarca, doctores José del Carmen Acosta, Miguel A. Rueda Galvis, Gonzalo Reyes García, Pedro Eliseo Cruz, Rafael Barberi y Arturo García Martínez, son civilmente responsables de dichos perjuicios.

"6º La Federación Médica Nacional o Colombiana, representada por su Gerente y los doctores José del Carmen Acosta, Miguel A. Rueda Galvis, Gonzalo Reyes García, Pedro Eliseo Cruz, Rafael Barberi y Arturo García Martínez, solidariamente, deben reparar al doctor Carlos Julio Fonseca Rojas los perjuicios morales subjetivos que le fueron causados con la resolución irreglamentaria e ilegal pronunciada por el Comité del Colegio Médico de Cundinamarca en su sesión ordinaria de cuatro de marzo de mil novecientos treinta y ocho, por medio de la cual se excluyó al doctor Fonseca como miembro activo de la Federación.

"7º Como indemnización de los perjuicios morales, de índole exclusivamente subjetiva, que le fueron irrogados al doctor Fonseca Rojas, el Tribunal estima suficiente:

"a) La declaración que se hace en los numerales 3º, 4º, 5º y 6º, de la parte dispositiva del presente fallo y las consideraciones que en la parte motiva se consignan, y

"b) El pago que deben hacer solidariamente los demandados condenados, de las costas del juicio en todas sus instancias.

"8º No es el caso de hacer las demás declaraciones contenidas en el libelo.

"9º Las costas, como se dijo en el aparte b) del numeral 7º anterior, quedan a cargo solidariamente de los demandados.

"Queda en los anteriores términos reformada la sentencia pronunciada por el Juzgado 6º Civil del Circuito con fecha diez de octubre de mil novecientos cuarenta."

Ambas partes interpusieron el correspondiente recurso de casación, que les fue concedido, y que hoy la Corte decide, previas estas consideraciones:

Por razón de método y de orden, se principia por estudiar el recurso presentado por el apoderado de la Federación Médica Nacional, que es el demandado.

El primer reparo al fallo lo hace consistir en error de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al apreciar las pruebas con que el actor pretendía acreditar su ingreso a la Federación Médica Nacional, con violación de los artículos 641 del Código Civil, 4º y 42 de los estatutos de la Federación Médica Nacional, 1757 del Código Civil, 40 de la Ley 153 de 1887 y 593 del Código Judicial.

Así se fundamenta este cargo:

"Es cierto que al tenor del artículo 3º de los estatutos podían ingresar a la Federación todos los médicos nacionales o extranjeros de reconocida idoneidad, pero también lo es que el artículo 4º de los mismos agregaba como requisito obligatorio para todo federado, para ingresar como socio, hacer constar por escrito su aceptación total a las disposiciones estatutarias y las contenidas en el Código de Moral Médica Nacional, requisito éste que no cumplió el doctor Carlos Julio Fonseca.

"Cuando el Comité Médico de Cundinamarca celebró su sesión de 4 de marzo de 1938, el doctor Carlos Julio Fonseca no había hecho declaración escrita que para el acto del ingreso establecía el artículo 4º de los estatutos.

"De conformidad con las disposiciones citadas de los estatutos, la prueba de la admisión no consiste en los recibos expedidos a favor del demandante y exhibidos por él en este juicio, sino en la constancia auténtica del acto en que se haya resuelto la aceptación del respectivo candidato.

"Al juicio se llevaron los estatutos de la Federación en copia auténtica expedida por el Ministro de Gobierno y en armonía con ellos el actor no era miembro de la corporación el día 4 de marzo de 1938, porque el artículo 641 del Código Civil establece que las normas de los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre ella, y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos impongan.

"Las declaraciones de los doctores José V. Concha V., Gustavo Herrera Serrano, Esteban Rodríguez Cifuentes, Alfredo Pinto V., Joaquín Acosta O., Emiliano Bonilla y Guillermo Fischer no tienen fuerza legal que conduzca a considerar como inaplicables las formalidades impuestas por los estatutos para formar parte de la Federación Médica Nacional.

"En el acta de la fundación de la Federación no figura el doctor Carlos Julio Fonseca como socio fundador."

Para la Sala es evidente, de toda evidencia, que el doctor Carlos Julio Fonseca no ha comprobado en esta litis que hubiera cumplido con lo ordenado por el artículo 4º de los estatutos de la Federación, que así dice:

"Artículo 4º Todo federado está en la obligación de conocer los estatutos de la Federación y el Código de Moral Médica Nacional, y al ingresar a ella deberá hacer constar, por escrito, que acepta en forma completa y sin excepciones las disposiciones contenidas en los estatutos."

De acuerdo con este reglamento era indispensable que todo médico que quisiera ingresar a esa asociación debía hacer constar, por escrito, que aceptaba en forma completa y sin excepciones las disposiciones de esos estatutos.

Esta condición de expresar por escrito su voluntad de ingresar a la Federación Médica, la consideraron sus fundadores como indispensable, necesaria e ineludible para hacer parte de esa asociación, y por ello expresamente la consignaron en el artículo 4º ya citado, de los primitivos estatutos y en el 40 de su reforma, que reza:

"Artículo 40. El médico colombiano que desee ingresar como socio activo de la Federación Médica, deberá hacer su solicitud por escrito en planilla especial que le suministrará la Secretaría del respectivo Colegio."

Si estas disposiciones de los estatutos establecían especiales condiciones para ingresar a la Federación Médica, su cumplimiento era de rigor, ya que los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria y se consideran como la ley que regula su creación, funcionamiento y desarrollo.

El Tribunal, al apreciar el mandamiento contenido en el artículo 4º de los estatutos, se expresa así:

"La Federación hace de la aceptación una verdadera solemnidad sin la cual no puede efectuarse el ingreso. No cree lo mismo esta Sala, pues no admite la existencia de solemnidades sino en los casos que hayan sido creados por la ley, y esto por razones de orden público, y aun cuando en casos como el presente se vean pruebas suficientes sobre una determinada situación de hecho, lo que, se ha dicho, aparece suficientemente demostrado en el caso de autos, a dichas pruebas debe atenerse el fallador, y, por consiguiente, dar por establecida la respectiva situación de hecho.'"

Esta apreciación del Tribunal es antagónica y contradictoria con lo que él mismo, a pocos pasos, asentó sobre la constitución de la Federación. Allí dijo:

"Se entiende por constitución el conjunto de reglas sobre organización de la asociación, o sea, especialmente, sobre su fin, sede, condición de miembro de la misma, toma de acuerdos, dirección y demás órganos de la asociación. Corrientemente estas reglas se recopilan en un documento que se denomina estatuto, y sobre el cual dice el Código Civil, artículo 641: 'Los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre ella, y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos imponen'."

Si los estatutos de una corporación, de acuerdo con el artículo citado, tienen fuerza obligatoria sobre ella y sus miembros, las condiciones

que señalen, los requisitos que exijan, son de obligatorio cumplimiento, porque los estatutos de una corporación son la ley que la rige, y si éstos establecieron solemnidades sin las cuales no se puede ingresar a ella, esas solemnidades han de cumplirse fielmente. El Código Civil, en el Título 36, que reglamenta las personas jurídicas, no contiene disposición alguna que les prohiba a las corporaciones establecer solemnidades para la admisión a su seno de las personas que deseen ingresar, de suerte que si allí se fijan solemnidades, éstas son de rigurosa observancia, tanto más cuanto esos reglamentos o estatutos han de someterse a la aprobación del Organo Ejecutivo, quien se la concederá si no dispusieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres; y los reglamentos de la Federación Médica fueron aprobados por el Gobierno Nacional, de acuerdo con las Resoluciones números 134, de 7 de octubre de 1935, y 75, de 14 de abril de 1937.

Si, pues, los reglamentos de la Federación fueron aprobados por el Gobierno Nacional y en esos reglamentos se exige para la admisión de un socio la condición de hacer constar por escrito que aceptaba en forma completa y sin excepciones las disposiciones contenidas en ellos, es de forzosa consecuencia, de acuerdo con los mismos, si se quiere ingresar a la Federación, hacer constar por escrito esa conformidad, condición ésta o solemnidad que debe cumplirse; y como el Tribunal consideró que esa solemnidad no estaba establecida por la ley, y ya se ha demostrado que los estatutos la exigían, y que ellos son la ley especial, que rige las asociaciones forzoso es concluír que el sentenciador quebrantó por falta de aplicación el artículo 641 del Código Civil, infracción suficiente para infirmar el fallo del Tribunal.

-A estas consideraciones de casación podrán agregarse, en instancia, las siguientes que refuerzan y complementan a aquéllas.

Queda establecido que los reglamentos de las corporaciones aprobados por el Organo Ejecutivo son la ley que las rige y que ellos son de indispensable aplicación; que tanto el artículo 4º de los estatutos primitivos como el 40 de su reforma, exigían perentoriamente que el médico que quisiese ingresar a la Federación tenía que hacer constar por escrito esta pretensión; que este requisito o solemnidad lo consideró la Federación de primordial importancia, ya que lo estableció en sus reglamentos de manera terminante y repetida.

El demandante, en la primera petición de la demanda, formulada contra la Federación, sostiene que el doctor Carlos Julio Fonseca Rojas era miembro activo de ella por haber sido admitido "de acuerdo con las reglamentaciones imperantes allí en esa época", y esas reglamentaciones exigían la constancia por escrito del deseo de ingresar a dicha asociación.

En el hecho 2º de los fundamentos de la demanda el actor reconoció que para ingresar a la Federación bastaba ser médico colombiano con título de idoneidad expedido en cualquiera de las facultades colombianas y *hacer constar por escrito,* que aceptaba en forma completa y sin excepciones las disposiciones contenidas en los estatutos.

En la petición cuarta vuelve a afirmar el demandante que el doctor Fonseca Rojas había asumido las funciones de socio activo de esa entidad, "con sujeción a los artículos 3º y 4º del estatuto originario, que fue aprobado por Resolución ejecutiva número 134, de 7 de octubre de 1935."

En el alegato de primera instancia insiste el demandante que entró "a la Federación Médica bajo el imperio del estatuto primitivo, según el cual, para ingresar a ella bastaba ser médico colombiano con título de idoneidad expedido por cualquiera de las facultades colombianas y *aceptar por escrito las disposiciones contenidas en los estatutos".*

Más adelante reafirma que en virtud de lo dispuesto en los artículos 3º y 4º de los estatutos el doctor Fonseca había ingresado a la Federación desde el año de 1935.

En el alegato de segunda instancia sostiene el demandante que ingresó a la corporación de acuerdo con los artículos 3º y 4º de los estatutos originales de la corporación y a la página 26 de allí dice:

"2º Por lo tanto, los estatutos y reglamentos de la corporación son de obligatorio cumplimiento para todos sus miembros...."

De todas estas afirmaciones hechas por el demandante se deduce forzosamente que él consideraba necesario para ingresar a la Federación Médica Nacional, el hacer constar por escrito su deseo al respecto y por consiguiente a él correspondía demostrar plenamente ese hecho que es fundamento básico del derecho que invoca en este proceso. No aparece de autos esa comprobación. En ninguna parte, en el curso del pleito, ha manifestado el actor que hubiera hecho por escrito petición alguna para ingresar a la Federación, o que hubiera manifestado, en igual forma, que aceptaba sin excepciones las disposiciones contenidas en los estatutos.

Singular es la ausencia de esta afirmación, ya que ese requisito era indispensable para considerar, en derecho, al doctor Fonseca Rojas como miembro de la Federación y cuya comprobación decidiría naturalmente la suerte del litigio.

Con suma extrañeza nota la Sala la falta de esa probanza por parte del apoderado del demandante, tan diligente y acucioso, porque durante el término probatorio de primera instancia se trajo al proceso la declaración del doctor Emiliano Bonilla Pardo, de bastante importancia por haber sido él socio fundador de la Federación Médica Nacional. En esa declaración estampa estos conceptos:

"Es verdad que el primer Gerente de la Federación fue el doctor Guillermo Fischer, por nombramiento que le hizo el Comité Nacional de dicha institución, de conformidad con la atribución que para tal acto le conferían al Comité Nacional los estatutos. Los estatutos mencionados no especificaban que el Gerente fuera el encargado de resolver sobre la admisión de nuevos federados e inscribir o hacer inscribir en los libros el nombre de los socios, y en tal virtud para ingresar a la Federación se exigía solamente el compromiso del nuevo socio de aceptar los estatutos con todas sus obligaciones. *Este compromiso se efectuaba por escrito en cupones impresos que para el efecto se mandaron timbrar* y que firmaba cada uno de los socios que iban formando parte de la Federación. Dichos cupones reposan en buena parte en mi poder y entre ellos figura uno firmado por el doctor Carlos Julio Fonseca Rojas y figuran todos los cupones, que son la credencial de miembros de la Federación, que desde entonces le ha permitido actuar con tal carácter a la mayoría de los médicos que han ocupado los puestos directivos de la institución en Bogotá."

Más adelante agrega:

"El doctor Carlos Julio Fonseca firmó su cupón de ingreso a la Federación entre el 20 y 25 de julio de 1935, y adquirió por consiguiente todos los derechos de federado desde esa época. Posteriormente y en virtud de que la redacción de los cupones fue modificada, firmó un segundo cupón con las modificaciones a que aludo; estos cupones, que son la credencial de miembros de la Federación, reposan en mi poder junto con las credenciales de la mayoría de los médicos que desde ese entonces disfrutan por tal motivo de los beneficios de la institución."

A pesar de que esa declaración se recibió en abril de 1940, en segunda instancia, no se hizo nada para traer los cupones originales firmados por el doctor Fonseca, que existen en poder del doctor Bonilla Pardo, según lo afirma éste. Llama también la atención que el doctor Carlos Julio Fonseca no recordara, ni hiciera constar, durante el litigio, ese hecho tan importante y capital de haber firmado los cupones de admisión.

En la réplica que el apoderado del demandante hizo a la demanda de casación de la parte demandada, se consignó este pasaje:

"El demandante Carlos Julio Fonseca Rojas sí suscribió oportunamente el respectivo cupón en el cual constaba su aceptación plena a todas las disposiciones de los estatutos. Pero ocurrió lo siguiente: como la Federación en esos primeros momentos de su vida jurídica no tenía oficinas propias, ni contaba con protocolos especiales para custodiar permanentemente todos los documentos relacionados con el desarrollo de las actividades corporativas, todos esos papeles quedaron en manos del genitor de la institución doctor Emiliano Bonilla Pardo, quien los conserva en su poder desde ese entonces, tal como lo afirma él en la declaración que rindió en la primera instancia del juicio."

El requisito que hoy echa de menos la Sala es considerado como accidental por parte del recurrente, porque los preceptos de los estatutos originarios "no imponían la manifestación escrita como condición indispensable para adquirir la calidad de socio".

Párese la atención que sólo en la réplica a que se ha hecho referencia se afirma que el doctor Carlos Julio Fonseca Rojas sí suscribió oportunamente el respectivo cupón, afirmación ésta ausente en el resto del proceso y principalmente de los hechos en que se fundan las pretensiones judiciales del demandante.

El doctor Bernardo J. Caicedo, que fue nombrado como avaluador de los perjuicios que hubiera podido sufrir el doctor Carlos Julio Fonseca Rojas por su retiro de la Federación Médica, acompañó a su deposición dos fotoscopias de los cupones suscritos por el doctor Fonseca Rojas para ingresar a la Federación Médica Nacional, como socio.

Estas copias fotográficas y sus originales, que hubieran tenido un valor decisivo en el pleito, no fueron traídas a los autos con las formalidades legales y por ello le está vedado a la Sala atribuírles valor probatorio alguno.

En el acta de la constitución de la Federación Médica Nacional no aparece el doctor Carlos Julio Fonseca Rojas como miembro fundador, que si así fuera, para considerarlo como miembro activo de esa corporación no habría necesidad de los requisitos que exigían los estatutos para el ingreso del nuevo socio, de suerte que no habiendo sido fundador de esa entidad el doctor Fonseca Rojas, tocábale, para ingresar a ella, cumplir todos los requisitos establecidos por los estatutos de su fundación.

El sentenciador consideró que el pago de la cuota de ingreso a la Federación como de las

cuotas mensuales, hechos que están debidamente comprobados en el proceso, con los recibos respectivos, no indica por sí solo "el ingreso del demandante en la asociación, pero sí es un indicio grave y vehemente de que de ella formaba parte en el momento de ponerse en vigor la reforma de los estatutos, y que unido a otras pruebas que en seguida van a ser analizadas, demuestra en forma plena ese hecho."

Las pruebas a que se refiere el Tribunal son las declaraciones de varios facultativos, que analiza una a una en su fallo.

Para la Sala estas comprobaciones, que pueden demostrar "una situación de hecho", como dice el fallador, no son conducentes para demostrar el hecho capital en este proceso jurídico, o sea la constancia por escrito de la intención y voluntad de ingresar a la Federación Médica Nacional.

Los recibos y el acta de entrega, de la Tesorería, comprueban fehacientemente el hecho del pago de las cuotas de inscripción y de las mensuales, pero la demostración de este hecho no acarrea, como consecuencia ineludible, que quien hace esas consignaciones sea verdadero socio de la mentada Federación.

Igualmente, el hecho, también comprobado, de que el doctor Fonseca Rojas asistió a varias reuniones de la Asamblea Médica, no implica por sí solo que este doctor fuera miembro de ella, y las declaraciones de los testigos a que se refiere el Tribunal, si en verdad comprueban la asistencia del doctor Fonseca Rojas a esas reuniones, no demuestran que él hubiera llenado los requisitos exigidos por los estatutos para ser miembro de la Federación Médica Nacional.

En síntesis: los recibos y las declaraciones a que se ha hecho referencia no son indicios necesarios, y aun suponiendo que se pudieran graduar de graves y precisos, tampoco demostrarían, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido, cual es el que el doctor Fonseca Rojas ingresó a la Federación Médica Nacional por haber llenado todos los requisitos exigidos por los estatutos para la admisión de miembro, ya que no se ha demostrado en el proceso que el demandante hubiera manifestado por escrito su deseo de hacer parte de esa asociación, requisito indispensable señalado por los estatutos de esa corporación para su ingreso a ella.

Para la Sala de Casación la no admisión del doctor Fonseca Rojas como socio de la Federación Médica Nacional, por falta del cumplimiento de un requisito que no se refiere a las condiciones personales del aspirante, no es cosa que pueda amenguar la buena fama de que goza el doctor Fonseca Rojas como profesional, ni que vaya contra el honor de ese distinguido facultativo.

En casos como éste, en que la responsabilidad civil se hace provenir de un hecho perjudicial que se imputa al demandado, según las reglas generales, la prueba de los elementos constitutivos de la culpa corresponde a quien demanda, y ya quedó visto cómo de las probanzas aducidas no se puede deducir en forma alguna la existencia del hecho que se señala como fuente, y por consiguiente, la solución legal es la absolución total del demandado.

Como prospera la casación por parte del demandado, es inútil considerar la demanda de casación del demandante.

Como consecuencia de lo dicho, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, *falla:*

1º Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos.

2º Se revoca la sentencia proferida por el Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá el diez de octubre de mil novecientos cuarenta.

3º Se absuelve al demandado de todos los cargos de la demanda.

4º Sin costas por ser ambas partes recurrentes.

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

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

Acción reivindicatoria.—Inspección ocular

El artículo 730 del Código Judicial le da valor de plena prueba al acta de inspección ocular de los hechos y circunstancias observados por el Juez, pero esa acta es la que se extiende de acuerdo con las disposiciones que reglamentan la prueba sobre inspección ocular, es decir, la practicada con todas las formalidades dentro del juicio, pues la inspección ocular practicada fuera de él en el caso del artículo 732 ibídem, apenas constituye una presunción más o menos grave, que el Juez apreciará de acuerdo con las reglas generales según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Ejercitando la acción de dominio el apoderado de Félix Antonio Otero, solicitó de la justicia ordinaria se hicieran, contra Jesús López o Castiblanco, las siguientes declaraciones:

"Primera. Que mi mandante es dueño de un inmueble denominado *El Placer*, ubicado en el Municipio de San Bernardo, vereda de El Pilar, por los linderos que más adelante expresaré.

"Segunda. Que el demandado debe restituir a mi mandante, una vez ejecutoriada la sentencia que le ponga fin al presente juicio, la extensión de tierra que él le ocupa indebidamente dentro de la finca denominada *El Placer*, restitución que debe hacerse con la casa de habitación y las cercas de alambre que existan.

"Tercera. Que el demandado debe pagarle a mi mandante el valor de los frutos producidos por la extensión de tierra que indebidamente ocupa, y no solamente los que realmente haya percibido, sino también aquellos que mi mandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad si hubiera tenido la cosa en su poder, por ser el demandado ocupante de mala fe.

"Cuarta. Que el mismo demandado debe pagarle a mi mandante el valor de los perjuicios de toda clase que ha sufrido por razón de los actos de violencia por él ejecutados.

"El valor de las dos prestaciones anteriores será estimado por peritos en el curso de este juicio.

"Quinta. El demandado debe pagarle las costas del presente juicio."

No prosperaron las pretensiones del actor, porque el Juez de la instancia, Civil del Circuito de Fusagasugá, en providencia de 15 de octubre de 1942, absolvió al demandado de todos los cargos contra él formulados.

El Tribunal Superior de Bogotá, ante el cual fue apelada la sentencia dicha, la confirmó en todas sus partes en fallo proferido el 26 de agosto de 1943.

Otero estableció el correspondiente recurso de casación, que, tramitado con la plenitud de las formalidades legales, hoy se decide.

Varias acusaciones se le hacen al fallo, las cuales se irán analizando en el mismo orden en que fueron presentadas.

Como primer motivo aduce el recurrente el quebrantamiento de los artículos 1759 y 1857 del Código Civil, y el 630 del Código Judicial. Se fundamenta este reparo en que el artículo 630 del Código Judicial da valor de plena prueba a las escrituras públicas en donde se hagan constar contratos o actos jurídicos, si sus copias están debidamente registradas, y los 1759 y 1857 del Código Civil, que se refieren a las pruebas de las obligaciones y a la forma y requisitos del contrato de venta, considerando que estas disposiciones fueron quebrantadas porque el Tribunal desconoció el valor probatorio de las escrituras números 71 de 22 de enero de 1926 y 736 de 8 de octubre de 1928, traídas al juicio, y con las cuales se creyó acreditar el dominio de Otero sobre la finca denominada *El Placer*.

El Tribunal no desconoció que las escrituras públicas debidamente registradas no fueran pruebas suficientes para demostrar el dominio sobre bienes raíces. Al contrario, asentó que "la prueba de dominio de bienes raíces consiste en la copia de la escritura pública de adquisición debidamente registrada, pero de las escrituras enumeradas no surge que el actor sea el dueño de

una finca denominada *El Placer*, ubicada en la vereda de El Pilar, jurisdicción de San Bernardo".

No desconoció el Tribunal el valor de las escrituras debidamente registradas como prueba del dominio, pero acaeció que, a su juicio, esos títulos no le servían a Otero para comprobar su propiedad sobre la finca de *El Placer*.

En efecto, lo que Otero adquirió por escritura número 71 fue un lote o porción de terreno, situado en el páramo de El Pilar, en jurisdicción del Corregimiento de Nazaret, alinderado particularmente así:

"De la entrada de la quebrada de La Potranca, juntamente con un derecho de tierra y la comunidad, vinculados en los terrenos dichos de El Pilar, que colinda con la hacienda de Sumapaz."

De esta alinderación se desprende rectamente que el inmueble denominado *El Placer*, por los linderos que señala la demanda, no está comprendido en la venta a que se refiere la escritura número 71 en mención, y por lo tanto, obró justicieramente el Tribunal al decir que ese título no le servía al demandante para demostrar su derecho de propiedad sobre el lote de *El Placer*, que tiene linderos específicos muy distintos de los consignados en el título que se estudia, lo que indica, rectamente, que no hay identidad entre el predio cuyo dominio se demanda y el vendido por escritura número 71 del 22 de enero de 1926.

Por escritura número 736 de 8 de octubre de 1928, Víctor Prieto le vendió a Otero la totalidad de los derechos y acciones que había adquirido por la escritura número 875, de octubre de 1925, del señor Fidel Rodríguez, derechos vinculados en la mitad proindiviso de un globo de tierra ubicado en el punto de El Pilar, de la jurisdicción del Municipio de San Bernardo, comprendido dicho terreno dentro de estos linderos particulares: Los linderos señalados en esa escritura coinciden en un todo con los que Otero señaló en su demanda contra López o Castiblanco.

De la lectura de este título se desprende claramente que Otero apenas adquirió los derechos que le correspondían a Fidel Rodríguez en la *mitad proindiviso* del globo de tierra adjudicado en El Pilar, pero no su totalidad, de suerte que por ese título no adquirió Otero todo el dominio de *El Placer*, sino las acciones y derechos que pudiera tener su vendedor en la mitad proindiviso de ese lote de terreno, de donde se desprende que este título no le sirve para reivindicar todo el lote de *El Placer*, porque él únicamente sería dueño de la mitad de los derechos en ese terreno común.

Si el Tribunal, al estudiar esos títulos, y rechazarlos, hubiere incurrido en algún error, él hubiere sido de hecho y no de derecho, porque, como se ha visto, no desconoció que las escrituras públicas contentivas de compraventas debidamente registradas, no sean títulos traslaticios de dominio. Lo que conceptuó fue que las escrituras traídas al juicio no demostraban el dominio de Otero, primero, porque no había adquirido sino los derechos que pudiera tener Rodríguez en la mitad proindiviso del globo de *El Placer*, y en segundo lugar, porque por el primer título, ya estudiado, lo adquirido fue un lote distinto del de *El Placer*, no habiendo por ello identidad entre éste y el que hoy se pretende reivindicar.

De lo dicho se desprende que el sentenciador no desconoció los mandamientos legales contenidos en las disposiciones citadas por el recurrente.

El segundo motivo se hace consistir en la violación de los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil, como consecuencia de la apreciación errada en que incurrió el sentenciador al analizar los títulos de propiedad presentados por el demandante.

Se repara:

Como ya se ha visto, los títulos de propiedad acompañados por Otero no son bastantes para probar su dominio en relación con el fundo alinderado en la demanda, y por ello es de toda evidencia que el Tribunal no podía aplicar los artículos señalados como violados, que reglamentan la acción reivindicatoria.

Considérase que el sentenciador quebrantó igualmente los artículos 730 del Código Judicial y 24 de la Ley 200 de 1936. El primero, por cuanto el Tribunal no le dio valor probatorio al acta de inspección practicada en los terrenos de *El Placer*, que se acompañó como prueba, y el segundo, porque esa disposición autoriza a los particulares para hacer practicar inspecciones oculares.

Se observa: El artículo 730 del Código Judicial le da valor de plena prueba al acta de inspección respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez, pero esa acta es la que se extiende de acuerdo con las disposiciones que reglamentan la prueba sobre inspección ocular, es decir, la practicada con todas las formalidades dentro del juicio, pero la inspección ocular practicada fuera del juicio en el caso del artículo 732 ibídem, apenas constituye una presunción más o menos grave, que el Juez apreciará de acuerdo con las reglas generales según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados. La inspección a que se alude en este juicio se practicó extrajudicialmente para los fines a que se contrae el artículo 24 de la Ley de Tierras, es decir, para comprobar hechos relacionados con el dominio o con la explotación económica de un fundo, pero no para comprobar la identidad en-

tre el predio poseído por el demandante y sus títulos de propiedad, ni para determinar si el predio reclamado en reivindicación estaba comprendido dentro de la finca del demandado por linderos determinados y precisos. A ella no fue citado el actual demandado.

Si esa acta de inspección ocular no es de las a que se refiere el artículo 730, el sentenciador no ha podido, legalmente hablando, aplicar esa disposición, que se refiere a actas de inspección ocular muy distintas de las señaladas por ese precepto.

En cuanto a la violación del artículo 24 de la Ley de Tierras, es de observarse que esa disposición no tiene aplicación en el presente litigio, donde no se trata de saber si los terrenos en disputa han sido poseídos por particulares por la explotación económica del suelo, sino de una acción reivindicatoria basada en títulos traslaticios de dominio.

Para mayor abundamiento se hace notar que el Tribunal encontró que esa diligencia no se había ajustado a las prescripciones legales, por falta de citación del Ministerio Público, y al respecto se expresa así el Tribunal:

"Dice el demandante que tal estancia fue identificada en la diligencia de inspección ocular que a petición suya efectuó el Juzgado de Tierras de Fusagasugá en julio de 1937.

"No comparte la Sala tal concepto, pues si bien la diligencia se efectuó y durante ella se tuvo a la vista la porción de terreno ocupada por López, no es menos cierto que la extensión de tierra referida no se individualizó por linderos, ni se midió exactamente, ni siquiera se enunció su ubicación aproximada dentro de los predios de que el actor afirmó ser dueño. Además, tal diligencia, llevada a cabo en armonía con el artículo 24 de la Ley 200 de 1936, que, dicho sea de paso, no aparece verificada con citación del Ministerio Público, como lo ordena la aludida norma, no puede producir efectos probatorios contra el demandado, que no fue citado a ella, ni tampoco se encontró en el momento en que tuvo lugar."

Hay que advertir que a la diligencia de inspección ocular sí fue citado el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, aun cuando no asistió a la diligencia, como consta del certificado expedido por el Secretario del Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, certificado que vino extemporáneamente a los autos, pues se presentó cuando ya había vencido el término del traslado concedido a la parte no recurrente, y cuando el expediente estaba al despacho del Magistrado sustanciador para preparar proyecto. Pero el hecho de que se hubiera citado al señor Fiscal no le resta fuerza al razonamiento del Tribunal para desechar esa prueba, como suficiente para fundamentar la acción reivindicatoria.

El último reparo se hace consistir en la violación del artículo 222 del Código Judicial, porque dice el sentenciador que la cosa reivindicada no se individualizó en la demanda, lo cual no es cierto, afirma el recurrente, porque en el hecho séptimo se dice lo siguiente:

"La parcela ocupada por López o Castiblanco limita por todos sus costados con la finca de propiedad de mi mandante dentro de la cual se halla enclavada por ser una parte de ella."

La misma afirmación del recurrente, de que la parcela ocupada por López o Castiblanco limita por todos sus costados con la finca del demandante, es suficiente para demostrar que ella no tiene linderos precisos, ni ubicación determinada, ni extensión superficiaria, de tal suerte que si hubiera prosperado la demanda no se sabía en qué lugar, o en qué sitio de la finca del demandado, había de apartarse el terreno reivindicado, que bien pudiera serlo en cualquiera de los puntos cardinales del predio del demandado. Por lo dicho este cargo ha de rechazarse.

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

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en veintiséis de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

2º Las costas son de cargo del recurrente.

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

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

Acción petitoria de pago de unas mejoras

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Los antecedentes del recurso de casación que hoy se decide son los siguientes:

Ramón A. Marín vendió a Gabriel Rangel Valencia, por escritura número 716, de 5 de octubre de 1937, de la Notaría de Tuluá, una finca raíz denominada *El Silencio*.

Por falta de pago de algunos contados del precio de venta, se declaró resuelto el contrato, a petición de Marín, por sentencia proferida por el Juez del Circuito de Tuluá el 8 de abril de 1940, que luégo se cumplió en lo relativo a la entrega de la finca a Marín.

Alegando Rangel Valencia que Marín debía pagarle la cantidad de $ 380.00, que aquél le había entregado a buena cuenta del precio de la citada finca, y a cuya devolución fue condenado Marín en la sentencia aludida, y considerando que debía pagarle también el valor de las mejoras puestas por él en la finca, el 4 de octubre de 1940 demandó a Marín, por la vía ordinaria, ante el Juez Civil del Circuito de Tuluá, y pidió que se declare que por ser poseedor de buena fe tiene derecho a que Marín le reconozca todas las mejoras útiles que estableció en la mencionada finca; que está obligado a pagarle el valor de dichas mejoras, fijadas pericialmente; que debe restituírle los $ 380.00 de que antes se habló; que mientras Marín no le haga esos pagos Rangel Valencia puede hacer uso del derecho de retención del inmueble, y que se condene en costas al demandado.

Admitida la demanda y dada en traslado, el demandado la contestó oponiéndose a la acción intentada y negando la mayor parte de los hechos fundamentales. Propuso, además, la excepción perentoria de cosa juzgada.

El Juez del conocimiento desató el negocio por sentencia del veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, por medio de la cual negó las declaraciones solicitadas y absolvió al demandado de los cargos que se le formularon. Con costas en contra del actor.

Apoyó su decisión el juzgador en que no se comprobaron los hechos que sirvieron de base a la acción incoada.

Conoció del asunto en segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en virtud de apelación interpuesta oportunamente por el demandante, y el veintidós de marzo de mil novecientos cuarenta y tres confirmó la sentencia de primer grado, adicionándola en el sentido de declarar probada la excepción perentoria de cosa juzgada.

En la segunda instancia trajo el demandante al juicio las pruebas que echó menos el Juez *a quo*, pero el Tribunal consideró que la acción actual versa sobre los mismos puntos ya decididos por la sentencia que declaró resuelto el contrato de compraventa que celebraron Rangel Valencia y Marín, y por ello declaró probada la referida excepción.

El recurso.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado del demandante, quien, con apoyo en la primera de las causales que enumera el artículo 520 del Código Judicial, la acusó como violatoria de los siguientes preceptos del Código Civil:

"1º El inciso tercero del artículo 1932, por errónea interpretación o aplicación indebida al caso del pleito; y

"2º Los artículos 764, 768, 965, 966, 969 y 970, por infracción directa, habiendo dejado de aplicarlos al asunto sometido a la decisión de la justicia."

Se consideran los cargos:

La parte resolutiva de la sentencia por la cual se declaró resuelto el contrato de compraventa celebrado entre Marín y Rangel Valencia dice:

"Se declara resuelto el contrato de compraventa celebrado entre los señores Ramón Antonio Marín y Gabriel Rangel Valencia, contenido en la escritura pública número 716, de fecha 5 de octubre de 1937, otorgada ante el Notario Público de esta ciudad.

"2º El señor Rangel Valencia debe devolver al señor Marín la propiedad a que se refiere la

aludida escritura y cuya alinderación se determinó en el cuerpo de este fallo, seis días después de ejecutoriada esta sentencia.

"3º El mismo señor Rangel Valencia debe pagar al señor Marín los frutos que hubiere percibido desde que entró en posesión de la propiedad de que se trata, y los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia.

"4º Se condena también al señor Rangel Valencia al pago de los perjuicios que hubiere ocasionado al señor Marín, con motivo de la negociación que se declara resuelta por esta providencia.

"5º El señor Marín debe devolver, igualmente, al señor Rangel Valencia, los trescientos ochenta pesos ($ 380.00) recibidos a buena cuenta del precio, seis días después de ejecutoriada esta providencia.

"6º Con costas a cargo del demandado."

En la parte motiva de la misma sentencia se explicó que de acuerdo con lo ordenado en el artículo 1932 del Código Civil debía considerarse a Rangel Valencia como poseedor de mala fe, porque aunque él alegó que el no pago del precio se debía a incapacidad económica para hacerlo, no demostró que esa incapacidad obedeciera a menoscabo inculpable, por lo cual se le condenaba a pagar los frutos como tal poseedor de mala fe. Se explicó también que el valor de esos frutos podía Marín descontarlo de los $ 380.00 que había recibido a buena cuenta del precio, y devolverle a Rangel Valencia únicamente el resto.

Como puede verse, en la sentencia que se acaba de transcribir fue condenado Rangel Valencia como poseedor de mala fe, de conformidad con lo ordenado en el artículo 1932 del Código Civil, que regula las prestaciones a que son obligadas las partes en el caso de resolución de un contrato de compraventa por el no pago del precio, y, por lo mismo, perfectamente aplicable al problema en estudio.

En la demanda que dio origen a este pleito se pide que se declare que Rangel Valencia es poseedor de buena fe, para fundar en esa declaratoria su derecho de pago de mejoras; pero habiendo sido condenado ya como poseedor de mala fe, es evidente que a la actual solicitud se opone la fuerza de la cosa juzgada.

Además, considerando que es aplicable el artículo 966 del Código Civil, se tiene que lo que se pidió fue el pago de las mejoras útiles (punto 2º petitorio de la demanda), y precisamente el inciso 5º dice que "el poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles de que habla este artículo". De consiguiente, tampoco podría prosperar, por ese aspecto, la demanda.

Se pide también ahora que se declare que Marín está obligado a restituir o pagar a Rangel Valencia los $ 380.00 que recibió a buena cuenta del precio del contrato resuelto, pero como ese pago fue ordenado en la sentencia que decretó la resolución, es indudable que a esa solicitud se opone igualmente la cosa juzgada.

Es verdad que nada se dijo en aquella sentencia acerca del abono de expensas a Rangel Valencia, pero aparte de que ese extremo no fue objeto de este juicio, es claro que para fijar el valor de los frutos que debe pagar Rangel Valencia es necesario tener en cuenta y descontar los gastos invertidos en la recolección o producción de ellos, y en el sostenimiento y conservación ordinarios de la finca, no sólo porque así lo dispone la más elemental equidad, sino porque se deduce del contexto del artículo 1932 del Código Civil.

Como se ha dicho, este artículo regula las prestaciones a que deben sujetarse las partes, y lo dispuesto en él habrá de tenerse en cuenta al ejecutar en su totalidad la sentencia que declaró resuelto el contrato.

La que hoy se revisa no violó dicho artículo, por aplicación indebida, ni por interpretación errónea. Por el contrario, en él se apoyó, como debía hacerlo, y lo aplicó debidamente.

Tampoco violó la sentencia, por no haberlos aplicado, los artículos 764, 768, 965, 966, 969 y 970 del Código Civil, los que, por lo que se ha dicho, no era el caso de aplicar.

Se deduce de lo expuesto que no prosperan los cargos formulados contra la sentencia que se revisa, la que no debe infirmarse.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha veintidós de marzo de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Reivindicación

La estipulación por otro, a que alude el artículo 1506 del Código Civil, excluye por esencia toda idea de representación.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Los hechos originarios de este pleito son:

En el juicio de sucesión intestada de Clemencia Falla de Clavijo, fallecida en julio de 1928, protocolizado en la Notaría de Girardot bajo la escritura pública número 77 de 28 de enero de 1930, les fue adjudicada al cónyuge supérstite Rodolfo Clavijo y a los hijos legítimos Inés, Jorge, Alberto y César Clavijo Falla, una casa de dos pisos y su solar, ubicada en Girardot, al primero en cuantía de $ 15.400, y a los otros a razón de $ 1.150 a cada uno, en relación con $ 20.000 en que fue apreciado el inmueble. Este bien, comprado por el marido durante la sociedad conyugal, estaba hipotecado al Banco Agrícola Hipotecario, Sucursal de Ibagué, por contrato celebrado por el marido en mayo de 1928.

Por medio de la escritura pública número 617, otorgada ante el Notario de Girardot el 4 de agosto de 1930, traída a los autos con la correspondiente nota de registro, Rodolfo Clavijo vendió a sus hijos Alberto, Jorge, César e Inés Clavijo Falla toda la parte de la preindicada casa que le había sido adjudicada en la sucesión de su esposa. En la cláusula 3ª de este instrumento los tres primeros compradores se hicieron cargo "mancomunada y solidariamente" del servicio de la deuda hipotecaria que gravaba la finca, y al final de él se escribió:

"Se hace constar que la señorita Inés Clavijo F. recibe y firma también para su hermano César Clavijo F., según órdenes e instrucciones que recibió de él ahora en los últimos días del mes de agosto próximo pasado personalmente en la ciudad de Cali, Departamento del Cauca o Valle."

Según se afirma en el hecho 10 de la demanda, porque el instrumento aludido no se trajo al proceso, por escritura número 521 de 5 de noviembre de 1932, pasada ante el Notario de Girardot, Rodolfo Clavijo e Inés Clavijo Falla, por "virtud de una desavenencia de familia, posterior", según lo explica el actor, declararon resuelto el contrato de venta contenido en la precitada escritura 617 de 4 de agosto de 1930, en lo referente a César Clavijo Falla, representado en ese acto por su hermana Inés, por no haber mediado aceptación expresa ni tácita de parte de aquél y en conformidad con el artículo 1506 del Código Civil.

Luégo, por escritura número 522, otorgada en la misma Notaría, en seguida de la anterior y en la misma fecha, 5 de noviembre de 1932, aducida en el juicio con la debida inscripción en el registro, Rodolfo Clavijo transfirió, a título de venta, a Inés Clavijo Falla, "una cuarta parte, que le corresponde como cónyuge sobreviviente en el juicio de sucesión intestada de Clemencia F. de Clavijo", en el inmueble a que se ha hecho referencia.

En esta situación, César Clavijo Falla, por medio de apoderado y en libelo de fecha 12 de junio de 1940, dirigido al Juzgado Civil del Circuito de Girardot, demandó a Inés Clavijo Falla para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario de reivindicación se declare que es dueño de la cuarta parte de los derechos proindiviso que le fueron adjudicados a Rodolfo Clavijo en la sucesión de Clemencia Falla de Clavijo, derechos radicados en una casa de dos pisos y su solar, teja de zinc, ubicada en la ciudad de Girardot, en la carrera 9ª, números 902 y 906, alinderada como allí se dice, y que, en consecuencia, se condene a la demandada a restituírle al actor la cuota de dominio referida, junto con sus frutos civiles, desde el 4 de agosto de 1930. Pidió, además, el demandante que se declare sin valor el contenido de los instrumentos públicos números 521 y 522, otorgados ante el Notario de Girardot el 5 de noviembre de 1932, y que, en consecuencia, se ordene la cancelación de sus inscripciones en la Oficina de Registro.

La demandada, al dar contestación a la demanda, acepta la mayoría de sus hechos fundamentales, manifestando que se acoge a lo declarado en los correspondientes instrumentos pú-

blicos, y en cuanto a la cuestión de derecho considera que "desde el momento en que la adquisición o contrato de venta celebrado primero, quedó imperfecto, era susceptible de resolverse o modificarse, y que, desde el momento en que el presunto comprador no se allanó a cumplir sus compromisos, ni a pagar el precio, ni a llevar a cabo las demás prestaciones inherentes al contrato celebrado en su nombre, era natural que fuera resuelto en la forma acordada...."

En la debida oportunidad procedimental y para el caso de prosperar la acción directa de dominio, la demandada propuso demanda de reconvención para que se declare que César Clavijo Falla debe pagarle la suma de $ 1.500, pagada en su nombre como precio de la compra que quiere hacer valer, más los intereses de esa suma de dinero y el valor de la deuda hipotecaria constituida sobre el inmueble que fue materia de esos contratos, y que, por cuenta de la parte comprada, se ha servido y pagado al acreedor, más los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del demandante, de los compromisos y obligaciones originados en el contrato, cuya eficacia ahora reclama, y el valor de sus servicios prestados y costos y costas ocasionados.

Esta demanda de mutua petición, de la cual se surtió el traslado legal, no fue contestada por el actor.

Agotada la tramitación del grado, desató la litis el Juzgado del Circuito en sentencia del 10 de septiembre de 1942, en la cual denegó las peticiones formuladas y absolvió, en consecuencia, a la demandada Inés Clavijo Falla.

Sentencia acusada.

Traído el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por efecto de la apelación interpuesta por el demandante contra el fallo del Juzgado, aquella Superioridad, al final de la actuación correspondiente, revocó la sentencia recurrida y en su lugar hizo las declaraciones pedidas en la demanda, sobre dominio y consecuenciales de la reivindicación. Declaró sin valor la escritura número 522 del 5 de noviembre de 1932, de la Notaría de Girardot, y ordenó cancelarla en el registro. No hizo ninguna declaración respecto de la escritura número 521, de la Notaría y fecha preindicadas, porque no se trajo a los autos y no fue controvertida en este proceso. Se denegaron todos los pedimentos de la demanda de reconvención, y se condenó a la demandada en las costas de ambos grados.

La exposición de motivos de este fallo se puede compendiar sencillamente, ciñéndose a los que son propiamente sus fundamentos jurídicos.

Se trata, según la sentencia, de que Rodolfo Clavijo vendió dos veces una parte de sus derechos vinculados en la casa de Girardot: primero a su hijo César, y luégo a su hija Inés. La resolución depende, pues, de averiguar cuál de estas dos ventas prevalece. Los títulos de las dos partes enfrentadas en sus pretensiones de dominio provienen de la misma fuente personal: el de la parte actora es la escritura número 617 del 4 de agosto de 1930, Notaría de Girardot, por medio de la cual Rodolfo Clavijo vendió a sus cuatro hijos los derechos que le habían sido adjudicados en la sucesión de su cónyuge premuerta, en la casa de Girardot, y el de la demandada la escritura número 522 del 5 de noviembre de 1932, de la misma Notaría, en que el mismo Rodolfo Clavijo vende a su hija Inés la parte que en el instrumento precitado había vendido a César. Para el Tribunal no hay duda de que en el contrato contenido en la primera de las escrituras citadas Inés Clavijo intervino personalmente y como mandataria de su hermano César, según allí mismo consta, de modo que no hay lugar a considerar el fenómeno de la estipulación por otro sino el de la representación, en forma que el contrato produce, respecto de César Clavijo, los mismos efectos que si él hubiera directamente intervenido.

Por lo que hace a la escritura número 521, en que, según lo afirmado en el hecho 10º de la demanda, Rodolfo Clavijo y su hija Inés, de conformidad con el artículo 1506 del Código Civil, "resolvieron" la venta de la escritura 617 en lo referente a César Clavijo, el Tribunal no la tiene en cuenta por no haberse aducido en los autos y referirse a un acto improbable por otros medios distintos del instrumento público que requiere la ley. No habiéndose establecido un caso legal de mutuo disenso en cuanto a los derechos vendidos por Rodolfo Clavijo a su hijo César, debe considerarse en todo su vigor la escritura número 617 por lo que a él respecta. Sobre estas bases concluye la sentencia, para deducir la presencia de los elementos esenciales de la reivindicación:

"La venta hecha al señor César Clavijo Falla tiene fecha 4 de agosto de 1930, y fue registrada el 5 del mismo mes y año; y la hecha a la señorita Inés Clavijo Falla lleva fecha de 5 de noviembre de 1932, y fue registrada el 10 del mismo mes y año; por consiguiente, debe prevalecer la venta hecha al primero de los nombrados sobre la hecha a la segunda, conforme a lo establecido por el artículo 1873 del Código Civil."

Se considera a la demandada vencida como poseedora de mala fe por estimar que habiendo ella intervenido en la primera venta como mandataria de su hermano César, no podía tener la convicción sincera, en la segunda, de q adquiría de quien era legítimo dueño.

Y por lo que hace a la demanda de reconvención, la sentencia se funda en que la demandada no adujo ninguna prueba para sostener sus pretensiones.

El recurso.

Contra esta sentencia, resumida suficientemente en sus fundamentos, interpuso la parte demandada el recurso de casación que hoy se decide. Se aduce como causales las marcadas con los números 1º, 2º, 3º y 6º del artículo 520 del Código Judicial. Separadamente, pero comenzando por la última, que requiere preferencia por vincularse a la validez de la actuación judicial, se consideran las acusaciones contra el fallo definitivo del segundo grado.

Causal sexta.—La funda el recurrente en que se ha incurrido en este juicio en nulidad por incompetencia de jurisdicción (numeral 1º del artículo 448 del Código Judicial) y la hace consistir en que el Juez del Circuito de Girardot no era competente por ser la demandada vecina de Bogotá y tratarse de una acción personal que no puede enderezarse sino contra la demandada y destinada a "obtener del mandante (sic) algo que ha comprado para sí, de anular sus actividades contrarias a su primitiva declaración, casi se puede decir que le pide cuentas de esas actividades, ratificándolas para hacerlas efectivas".

Ni en el texto de la demanda, no expuesta a confusión ni equívoco por la claridad de sus términos, ni en las disposiciones de la ley puede encontrar el más ligero apoyo este cargo de nulidad. Los pedimentos del actor como los fundamentos de hecho que aduce y la denominación que le da a su demanda no dejan la menor duda de que se ha propuesto la acción real reivindicatoria o de dominio, destinada a amparar el derecho de propiedad, y ejercitada por quien se considera como verdadero dueño de una cosa contra quien la posee por haberla adquirido de quien no era su dueño. Es la acción que procede directamente en los casos de venta de cosa ajena, fundada en la inoponibilidad. Nada autoriza para pensar en acción originada en un contrato de mandato, de modo que ningún reparo cabe hacer en materia de competencia a la luz del numeral 12 del artículo 152 del Código Judicial, que establece la del Juez del lugar de ubicación de los bienes en los juicios sobre reivindicación de inmuebles.

Pero es que además de su carencia total de fundamento, este tema de la incompetencia de jurisdicción se ha traído a la Corte con visible improcedencia, ya que habiéndose propuesto esta causal como excepción dilatoria y habiéndose fallado el incidente adversamente en las dos instancias a que dio lugar, perdió su calidad de motivo aducible para base de un incidente de nulidad y de fundamento para la causal sexta de casación.

Por lo cual se rechaza el cargo.

Causal tercera.—Afirma el recurrente que a pesar de haber pedido oportunamente aclaración de la sentencia del Tribunal, subsiste en ella la contradicción que le imputa y que él hace consistir en que "si el dominio declarado en la sentencia, derivado de la escritura número 617, es puro y simple, resulta contradictorio con el mismo título o escritura número 617, que impone la obligación de pagar una hipoteca. Hay contradicción al decir que una persona es dueña de una cosa y negar la obligación de pagar el gravamen que afecta esa cosa, cuando la afirmación del dominio y la negación del pago se apoyan en el mismo título...."

Total desconocimiento de la naturaleza y objeto de la causal 3ª de casación alegada revela esta forma de proponerla y sustentarla. Con ella ha querido dar la ley el poder y la manera de hacer desaparecer de las sentencias definitivas de segunda instancia las contradicciones que imposibiliten su ejecución, las cuales han de estar por eso contenidas en enunciados precisos y concretos de la parte resolutiva en forma que impida la ejecución simultánea de sus disposiciones. Y bien se ve que la cuestión que propone ahora el recurrente, no precisamente la misma que fue materia de su desechado pedimento de aclaración ante el Tribunal, no plantea ninguna incompatibilidad de cumplimiento entre las disposiciones resolutivas del fallo acusado, sino que se limita a enunciar uno de los puntos de controversia, planteado en su demanda de mutua petición y denegado en la sentencia, pero en manera alguna resuelto en ella contradictoriamente con nada.

Infundada es también, por lo visto, la acusación por la causal tercera.

Causal segunda.—La inconsonancia entre la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, que es la base esencial de esta causal de casación, la hace consistir el recurrente en que, aunque se demandó la declaratoria de dominio sobre una cuarta parte de los derechos adjudicados a Rodolfo Clavijo en la sucesión de su cónyuge, y sobre esa cuarta parte recayó la sentencia, como esa declaración se hizo con base en la escritura 617, "que habla de una parte de esos derechos", la cuota de dominio puede en realidad ser mayor o menor que la declarada, y además, en que a pesar de haber solicitado la demandada el pago de la deuda hipotecaria que consta en el título en que se apoya el actor, la sentencia guardó silencio sobre el particular.

La aducción de esta causal con las razones expresadas es tan improcedente como la de las dos anteriores, por inadecuación de su naturaleza y fines, y se apoya, además, en afirmaciones inexactas. El mismo recurrente destruye al proponerlo la base fundamental del motivo que alega, puesto que acepta la conformidad perfecta entre lo pedido y lo sentenciado. Que la cuota de dominio declarado en favor del actor puede ser mayor o menor, es cosa que versa sobre el fondo del debate, con la entidad del derecho reclamado, y que puede dar ocasión al empleo e invocación de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial si se considera que la solución no es legal, pero que resulta impertinente dentro de la causal segunda que se refiere al aspecto formal de la sentencia en cuanto debe estar encuadrada por los pedimentos del libelo y su contestación, esto es, circunscrita a las cuestiones del litigio pero comprensiva de todas.

De resto, no es exacto que el Tribunal haya omitido decidir sobre el pedimento formulado por la demandada para que se condenara al actor al pago de la deuda hipotecaria mencionada en el título en que apoyó sus pretensiones de dominio, porque esta solicitud, como las demás peticiones de la demanda de reconvención, fueron expresamente denegadas por el sentenciador con la razón de no haber sido probatoriamente establecidos en el proceso los hechos fundamentales, como se advirtió al sintetizar el fallo acusado.

Totalmente infundada esta acusación, se rechaza también.

Causal primera.—Afirma el recurrente que la sentencia es violadora de ley sustantiva por infracción directa, indebida aplicación, interpretación errónea y como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas. Señala como disposiciones infringidas las de los artículos 756, 759, 764, 668, 769, 1505, 1507, 1602, 1608, 1618, 1759, 1769, 2142, 2149, 2150, 2147 y 2184 del Código Civil, y en los siguientes conceptos que se extractan de la demanda, ordenándolos, se apoyan los cargos por quebranto de ley:

Por cuanto se acepta la copia de la escritura número 77 de 28 de enero de 1930, otorgada ante el Notario de Girardot, por medio de la cual se protocolizó el juicio de sucesión de Clemencia Falla de Clavijo, como título demostrativo del dominio de Rodolfo Clavijo, y por consiguiente, del de su comprador César Clavijo Falla, sin estar legalmente inscrita en el registro de instrumentos públicos y privados;

Por cuanto se acepta la existencia de un contrato de mandato, celebrado entre el actor y la demandada, por haber ésta llevado su representación al aceptar en su nombre la escritura pública número 617, del 4 de agosto de 1930, sin acreditarse con el correspondiente documento escrito la celebración de tal contrato, y por no haber entendido el Tribunal que lo ocurrido allí fue un caso de estipulación por otro;

Por cuanto no se acepta como demostrada la resolución de la compraventa hecha por Rodolfo Clavijo a su hijo César, acordada por aquél, y la demandada en la escritura número 521 de 5 de noviembre de 1932, a que se alude en el hecho 10º de la demanda, con la confesión que conlleva la afirmación que la demanda hace de tal hecho;

Por cuanto se prescindió de estimar o se apreció erróneamente la escritura número 617 al utilizarla solamente como título de la propiedad del actor sin parar mientes en que en ese instrumento se estipuló como condición de la venta la obligación que adquirieron tres de los compradores de pagar la deuda hipotecaria al Banco Agrícola en la forma de amortización gradual, por cuotas trimestrales;

Y, finalmente, por cuanto se desconoce la presunción de buena fe que establece la ley, tratándose de un título traslaticio de dominio, sin prueba al respecto, al condenar a la demandada a la restitución de frutos desde la fecha que corresponde a la posesión de mala fe.

Se considera:

Vacuo y sin fundamento es el cargo referente a la estimación que el Tribunal hiciera de la escritura número 77 de 28 de enero de 1930, porque se apoya en el hecho inexacto de que el sentenciador prestó fe inmerecida a este instrumento por no estar registrado en la forma legal. "La escritura número 77 de 28 de enero de 1930, otorgada ante el Notario de Girardot, por medio de la cual se protocolizó el juicio de sucesión de la señora Clemencia Falla de Clavijo, y que obra al folio 5 y siguientes del cuaderno número 5 —se lee en la sentencia— no se ha presentado registrada, por lo cual no puede ser estimada como prueba." La alusión del Tribunal a este instrumento se hizo con ocasión y para rectificar la tesis equivocada de la sentencia absolutoria de primer grado, que se fundó en que el actor no acreditó la suficiencia de su título según el artículo 635 del Código Judicial, pero en manera alguna asentó sobre él ninguna de sus conclusiones, y antes bien, advirtió que proveniendo las titulaciones de los dos litigantes de una misma fuente y persona, el litigio debía reducirse simplemente a la confrontación de los títulos aducidos por las partes. Lo mismo da para la decisión de este negocio que el precitado instrumento haya o nó sido sometido a la inscripción en el registro público, porque aquí no se discute ni está sometido a controversia el derecho de dominio de Rodolfo

Clavijo, ni es necesario demostrarlo. Lo que está sometido a decisión judicial es la prevalencia de uno de los dos contratos de venta que celebró aquél sobre una misma cosa (la parte de sus derechos, que en la casa de Girardot vendió primero a su hijo César y luégo a su hija Inés), y como la controversia se adelanta entre los dos compradores que hacen provenir sus pretensiones de dueños exclusivos del mismo origen contractual, hase decidido el litigio en favor del que ha de considerarse propietario según las reglas que para el caso de doble venta de una misma cosa establece la ley. Establecidos probatoriamente los elementos esenciales para la procedencia de la acción reivindicatoria frente y respecto del demandado, no hay para qué acreditar ninguna propiedad antecedente.

Carente de todo fundamento es el cargo que se formula con base en que el Tribunal aceptó la existencia de un mandato conferido por el demandante a la demandada, según los términos de la escritura número 617 del 4 de agosto de 1930, porque el encargo de que allí se dejó testimonio en la forma atrás copiada es sin duda ninguna constitutiva de tal acto jurídico. La intervención que Inés Clavijo Falla tuvo en el referido contrato, en representación de su hermano César, "según órdenes e instrucciones que de él recibió personalmente", configura un mandato, que por no referirse a ninguno de los casos en que este contrato es excepcionalmente solemne por versar sobre actos de disposición, está bien que se haya tenido por legalmente probado con las declaraciones que la demandada consignó en la citada escritura y que al tenor del artículo 1759 del Código Civil hacen plena fe contra ella, y a las cuales se acoge y refiere al contestar los hechos de la demanda relacionados con su intervención como mandataria. El encargo que en este caso fue objeto del mandato podía hacerse, según lo autoriza el artículo 2149 del Código Civil, en la forma verbal en que la demandada afirma que recibió la comisión e instrucciones para su cumplimiento.

No es posible aceptar, como lo pretende el recurrente, la ocurrencia de una estipulación por otro a que se refiere el artículo 1506 del Código Civil, porque tal figura jurídica excluye por esencia toda idea de representación; pero ni aun en el caso de que legalmente fuera aceptable tratar la cuestión desde este punto de vista, variaría la solución de la sentencia, puesto que no habiéndose demostrado, como acertadamente lo estimó el sentenciador, que el contrato fuera revocado por las partes que en él intervinieron, la aceptación tácita del beneficiario, implicada en el hecho de haber promovido este juicio, le daría al actor y sólo a él, perfecto derecho para demandar lo estipulado.

Igualmente infundado es el reparo que se formula a la sentencia por no haber estimado como prueba plena "de la resolución de la compraventa primitiva" la confesión del demandante, contenida en el hecho 10º de su demanda. Fuera de que tal "resolución", no tratándose, según se ha visto, de un caso de estipulación por otro, es claramente inoponible al demandado, que en ninguna forma concurrió a su otorgamiento, las razones que al respecto contiene la sentencia son legales, porque versando el acto sobre venta de inmuebles, el otorgamiento de la escritura pública es solemnidad indispensable que no puede ser suplida por ningún otro medio probatorio, como lo dispone la ley. No traído a los autos el instrumento público correspondiente, el hecho no puede tenerse como legalmente demostrado y capaz de producir efectos civiles.

Por lo que hace a la acusación consistente en que el Tribunal prescindió de estudiar o estimó erróneamente el contenido de la escritura 617 de 4 de agosto de 1930, en cuanto no tuvo en cuenta que en ella se estipuló que César, Luis Alberto y Jorge Clavijo Falla se comprometieron a seguir pagando al Banco Agrícola Hipotecario, Sucursal de Ibagué, las cuotas trimestrales para cancelar la obligación mutuaria con garantía hipotecaria de la casa en que están vinculados los derechos que se debaten en este pleito, de donde deduce el recurrente que "la venta resultó sometida a la condición de pagar estas cuotas y si ello no se hace podía resolverse el contrato", es aspecto o cuestión que nada tiene qué ver con la acción directa de reivindicación y se relaciona exclusivamente con los pedimentos que fueron materia de la demanda de reconvención.

En ninguna forma afecta este cargo la sentencia acusada, porque si ha de entenderse que la demandada se coloca en la situación de acreedora de la obligación de pagar las cuotas trimestrales de amortización gradual, es evidente que carece al efecto de personería sustantiva por falta de interés, y si se considera como se dice en la contrademanda que es por razón de haber pagado la demandada cuotas que correspondían al demandante lo mismo que la parte de precio de la venta a él correspondiente tampoco es procedente la acusación porque fundándose la sentencia en este particular en la ausencia total de pruebas al respecto el cargo ha debido fundarse en error de hecho por omisión en estimar los elementos probatorios con los cuales eviden-

temente aparecieran acreditados los hechos que el sentenciador no estimó demostrados en el proceso, con la indicación concreta y precisa de las pruebas omitidas o apreciadas con error.

En lo concerniente a la calificación que el Tribunal hizo de la fe jurídica de la demandada para efectos de la restitución de frutos, no encuentra la Sala de Casación nada que merezca reparo de ilegalidad. Si en tratándose de los títulos traslaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y si, en general, la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio, es lógico y justo deducir, como se hace en la sentencia, que Inés Clavijo Falla, por haber intervenido en la primera venta como mandataria de su hermano César, no podía tener, al intervenir en la segunda, la convicción sincera y jurídicamente honesta de adquirir de quien era propietario o titular del derecho. Planteada esta cuestión en el terreno del error de derecho que sufriera la demandada por haber considerado que era procedente o conforme a la ley su intervención ya conocida, no es posible tampoco mejorar la calificación de su fe en virtud de la presunción que consagra el inciso final del artículo 768 del Código Civil.

Y no siendo más las acusaciones que pueden extractarse útilmente de la demanda, y no resultando ninguna, según lo expuesto, con mérito y fundamento para quebrar el fallo acusado, 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 23 de agosto de 1943, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Acción petitoria de reconocimiento de un mandato civil

Debido a que la grafología no es una ciencia exacta, que obedezca a postulados conocidos y de precisión matemática, la ley procedimental no les otorga a los dictámenes de esa naturaleza el valor de plena prueba, sino que les asigna el de un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y los medios técnicos de que se hubieren valido para rendirlo.

El artículo 630 del Código Judicial estatuye que para ser estimada como prueba una escritura pública debe presentarse en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida. Tal precepto legal es de obligatorio cumplimiento cuando se aspira a que un instrumento notarial deba ser recibido y apreciado como prueba suficiente, en aquellos casos en que la ley exige esta clase de solemnidad externa para determinado número de actos o contratos de la vida civil.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

Todo el debate planteado en este juicio ha girado en torno *de dos cartas* que el demandado Joaquin Molina dirigió con fecha treinta (30) de septiembre del año de 1937, de la población de Purificación a la ciudad de Bogotá, a los demandantes Jorge H. Navarro y Pedro A. Casis, en virtud de las cuales, *aquél autoriza a éstos plenamente, en forma no revocable, durante el plazo de seis meses, a contar de la fecha de las cartas, para que procuren obtener de una compañía* que se ocupe en negocios de petróleos, *que haga el estudio geológico* de las fincas de propiedad del demandado Molina, llamadas *El Tigre* y *San Agustín*, de cabidas aproximadamente de 1.000 y 480 hectáreas, respectivamente, *y en caso de, que dicha compañía se interesare por celebrar negocio sobre el subsuelo de las fincas, los demandantes Navarro y Casis quedaban plenamente autorizados* para adelantar el negocio en las siguientes condiciones:

a) Arrendamiento a razón de un peso ($ 1.00) anual por hectárea;

b) El plazo del arrendamiento no debia ser menor de tres años, pagaderos anticipadamente;

c) La regalía o participación en el petróleo que se explotara, debía ser del 4% *en caso* de que resultara en la finca.

También expresan las cartas en referencia las siguientes estipulaciones:

"Por la intervención de ustedes *yo les pagaré* una comisión del 15% sobre el producto bruto de la negociación que yo reciba durante todo el plazo del contrato que se celebre y todo excedente que obtengan sobre las cifras arriba establecidas *será para ustedes*, pudiendo descontar su participación u honorarios de las sumas que a mí hayan de corresponderme."

"Me obligo para con ustedes a no adelantar gestión alguna, con persona o entidad alguna, distinta de ustedes, sobre negociación de petróleos o de cualquier otra naturaleza relacionada con mi finca llamada...."

El doctor Casis, de acuerdo con el señor Navarro, negoció con la Compañía de Petróleos Shell el arrendamiento del subsuelo de las fincas de Molina, en condiciones superiores a las fijadas por éste, pues el arrendamiento anual iba a ser de un peso con ochenta y siete centavos por hectárea ($ 1.87), siendo pagaderos anticipadamente los primeros cinco años, y la regalía para el propietario iba a ser del 5% desde la época de la explotación en cantidad comercial. Inmediatamente Navarro avisó a Molina el compromiso en esas condiciones favorables, y lo citó para que viniera a esta ciudad a firmar la escritura, antes del 7 de noviembre de 1937. Molina vino a esta ciudad en virtud de ese llamamiento, pero como aquí recibiera propuesta de la "Richmond Petroleum of Colombia" para una negociación semejante sobre sus mismas tierras, con la cual no tendría que dar comisión o excedencias a quienes no hubieran intervenido en ella, pro-

puso a los señores Casís y Navarro que redujeran la comisión y participaciones que les había ofrecido; y no habiendo logrado que éstos accedieran, resolvió ausentarse de la ciudad, para ir a firmar en Girardot la escritura del contrato de arrendamiento del subsuelo petrolífero de sus fincas a la Compañía Petrolera Richmond, lo que hizo el 11 de noviembre de 1937, por escritura número 716.

El proceso.

Jorge H. Navarro y Pedro A. Casís promovieron juicio ordinario contra Joaquín Molina para que, con fundamento en las cartas mencionadas, cuyas estipulaciones pretenden que fueron violadas por el demandado, se hicieran numerosas declaraciones sobre reconocimiento del mandato civil conferido a los actores, incumplimiento de éste por el demandado, y que se condenara a este último a cumplir las estipulaciones contenidas en dicho contrato. Como declaración subsidiaria se suplicó que se condenara a Molina a pagar los perjuicios materiales y morales que les estaba causando con la violación de esos contratos.

El Juez del conocimiento, que lo fue el 1º del Circuito de Purificación, falló la primera instancia el 3 de abril de 1941, y fundándose en que estaba acreditada no sólo la autenticidad de los documentos tachados de falsos por el demandado, sino también la celebración entre los demandantes Navarro y Casís y la Compañía de Petróleos Shell del contrato a que se refiere la carta del Gerente, de fecha 29 de enero de 1938; igualmente, establecido el incumplimiento de Molina por haber contratado con la "Richmond Petroleum Company of Colombia", según consta en escritura número 716 de 1937, de la Notaría de Girardot, condenó al demandado Molina a pagar a los actores, por vía de perjuicios, la cantidad de $ 7.323.62 y las costas del juicio.

La sentencia acusada.

Apelado el fallo anterior por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué falló el segundo grado en sentencia definitiva de 3 de diciembre de 1942, en la cual decidió confirmar la sentencia apelada, pero reformándola en dos sentidos:

a) Que se absuelve al demandado Molina de los demás cargos impetrados contra él en el libelo de demanda; y

b) Que el pago de la cantidad de $ 7.323.62 deberá hacerlo el demandado Molina en la proporción que corresponda a los derechos en este juicio de los demandantes Jorge H. Navarro y Pedro A. Casís y del cesionario de éstos, doctor Alcides Castellanos.

Acoge el Tribunal en su fallo los razonamientos y la conclusión de fondo de la decisión de primera instancia, por considerarlos fundados. Como el demandado tachó de falsas las dos cartas dirigidas a los actores, y que contienen la autorización para celebrar la negociación de petróleo, acepta el Tribunal la autenticidad de tales misivas con vista de los dos exámenes periciales grafológicos celebrados en ambas instancias, a los que concede el valor de indicio grave o vehemente, al tenor del artículo 656 del Código Judicial. Agrega el fallador de segunda instancia que a tal indicio grave o vehemente, que resulta del cotejo de firmas, deben agregarse todos aquellos que existen debidamente demostrados en el proceso, y que concurren con el del cotejo a dar la plena prueba de la autenticidad de las cartas donde constan los contratos de mandato cuya existencia es la materia principalmente debatida en este pleito.

Para el Tribunal aparece igualmente manifiesto que el demandado Molina violó sus compromisos al negarse a aceptar y a celebrar el contrato sobre exploración y explotación del subsuelo de sus fincas, celebrado por los actores con la Compañía Shell, negociación que quedó definida y cerrada según consta en la carta reconocida judicialmente por el Gerente de dicha Empresa, mediante la cual éste expresó el 29 de enero de 1938 ser cierto que entre dicha Compañía y Casís quedó pactada y cerrada la negociación de arrendamiento del subsuelo en las condiciones indicadas en dicha carta, que resultaron en un todo más liberales y favorables que las exigidas por el demandado Molina. Igualmente, se evidencia para el Tribunal el incumplimiento del demandado con la declaración en posiciones del mismo Gerente de la Shell, en que expresa que para pactar con Casís se enteró de la autorización que le había dado Molina, lo mismo que de los telegramas que el demandante Navarro le dirigió a Molina, y que figuran en autos, relacionados con la mencionada negociación de terrenos petrolíferos.

También para el Tribunal se desprende que Molina infringió las obligaciones que contrajo para con los demandantes, del sólo hecho probado en el proceso con los respectivos certificados del Notario de Girardot y del Registrador de Purificación, de haber gestionado y contratado Molina directamente con la Compañía Petrolera Richmond por escritura 716 de 1937 —estando vigente el contrato que celebró con los actores—, el arrendamiento del subsuelo petrolífero de los terrenos *El Tigre* y *San Agustín*. Demostrado por otra parte que los actores Navarro y Casís cumplieron, por su lado, con las obligaciones que contrajeron, para el Tribunal no queda duda que los demandantes tienen derecho a

indemnización de perjuicios, los que no serán otros que los compensatorios derivados de la infracción del contrato, al tenor del artículo 1613 del Código Civil, que comprende el daño emergente y el lucro cesante. Como los perjuicios antes expresados fueron avaluados por los peritos, de común acuerdo, en la cantidad antes expresada, en las dos sentencias, a tal suma debe hacerse la condenación por ese concepto.

El recurso.

Interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada, e invoca como causal para pedir la infirmación del fallo del Tribunal la primera de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, por ser a su juicio la sentencia violatoria de ley sustantiva, ya por infracción directa, ora a consecuencia de errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al apreciar las pruebas que obran en el proceso, que aparecen de manifiesto en los autos.

Se procede a estudiar los cargos formulados, en el debido orden lógico, los que resumidos pueden enunciarse así:

Primero. Dos conceptos igualmente erróneos y de innegable incidencia en la resolución del fallo contiene éste: a), que el indicio que surge de las diligencias de cotejo practicadas es grave y vehemente; y b), que tienen la calidad de indicios necesarios los que, según el Tribunal, surgen de los demás elementos probatorios allegados al juicio, y que enumera la sentencia.

Señala como disposiciones violadas por el Tribunal el artículo 1768 del Código Civil, porque le reconoció el carácter de indicio grave o vehemente a la prueba de cotejo, sin que reúna las condiciones que requiere ese precepto legal; el artículo 594 del Código Judicial, porque desconoció que la prueba incompleta no establece, por sí sola, la verdad del hecho que se investiga; el artículo 601 de la misma obra, porque ni dicha prueba ni los demás indicios estimados por el Tribunal fueron apreciados en su estimación legal; el artículo 656 ibídem, porque se calificó la prueba del cotejo de indicio grave o vehemente, en vez de prueba incompleta; y el artículo 663 del mismo Código Judicial, porque se estimaron como indicios necesarios hechos que no tienen ese carácter.

Se considera por esta Sala:

A.—El artículo 656 del Código Judicial estatuye que la prueba resultante del cotejo de letras es incompleta, pero que constituye un indicio más o menos vehemente, según los fundamentos y el valor del dictamen, la reputación de las personas cuya letra o firma ha sido negada, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes.

El razonamiento que sirve de fundamento al Tribunal y que le merece reparos al recurrente, dice: "El Tribunal considera el indicio que surge de las diligencias de cotejo de firmas del demandante como grave y vehemente en este juicio, atendidas las siguientes consideraciones: . . ." Y a renglón seguido sintetiza dichas consideraciones, que hace consistir en que en los dos exámenes grafológicos intervinieron seis peritos expertos en esa actividad y todos llegaron a una misma conclusión de ser Molina el autor de las firmas; haberse valido tales peritos de los medios científicos que aconseja la técnica moderna para esa clase de dictámenes, tales como el del calco; ser Molina persona conocida en Purificación y celebrarse en esa región, para entonces, por diversas personas, negociaciones petrolíferas de esa misma índole, y tener las obligaciones surgidas de tales cartas especial importancia.

Debido a la circunstancia de que la grafología no es una ciencia exacta, que obedezca a postulados conocidos y de precisión matemática, es por lo que la ley procedimental no les otorga el valor de plena prueba a los dictámenes de esa naturaleza, sino que les asigna el de un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y los medios técnicos de que se hubieren valido para rendirlo y las demás circunstancias anotadas por el Tribunal. Y como precisamente los dos dictámenes reunían tales requisitos y existían, a la vez, los factores antes enumerados y a que se refiere el artículo 656 del Código Judicial, fue por lo que el sentenciador de Ibagué les otorgó ese valor probatorio. Pero para aceptar la conclusión de que estaba demostrada la autenticidad de tales cartas y de las firmas de Molina no adujo como único elemento demostrativo los dos dictámenes grafológicos, sino que hizo un detenido examen de los otros indicios que estaban evidenciados en los autos y que concurrían con el del cotejo, a suministrar la prueba plena y evidente de dicha autenticidad.

B.—Es verdad que el Tribunal, por un simple error en su exposición, ya que no en el fondo de su estimación de las pruebas, calificó *per accidens* a los demás indicios como *necesarios;* pero, se repite, luégo hizo un estudio minucioso de los numerosos elementos de convicción en que se fundan tales hechos indiciarios y de su concomitancia, para concluír que las dos cartas eran auténticas y no habían sufrido adulteración alguna. De manera tal que no fueron valorados tales indicios, en realidad de verdad, como *necesarios,* sino que se les reconoció únicamente su mérito de simples inducciones, que, unidas todas y debidamente conectadas entre sí y con los dos cotejos, constituían prueba suficiente de la autenticidad de las cartas. Por lo que el califica-

tivo de *necesarios* no tuvo incidencia alguna en la decisión del fallo acusado.

C.—Carece de fundamento el reparo de que el Tribunal les reconoció a tales indicios un mérito probatorio que no corresponde a su estimación legal. Hizo el fallador de segundo grado un estudio pormenorizado de toda la prueba indiciaria, apreciándolos uno a uno, para concluir que, al tenor del artículo 665 del Código Judicial, forman plena prueba porque son en número plural, graves, conexos entre sí, de modo que concurren todos ellos a demostrar la verdad del hecho controvertido. Y en esta justipreciación no halla la Corte que el Tribunal haya cometido error manifiesto de hecho, ni menos error de derecho, que sirvan de fundamento al cargo formulado y a través de los cuales se hubiera violado el precepto legal antes citado.

Son infundados los reparos estudiados y debe rechazarse el cargo.

Segundo. El Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho manifiesto en la apreciación de las pruebas al sostener que éstas acreditan tanto el cumplimiento de sus obligaciones por parte de Casís y de Navarro como el hecho de haberse cerrado y pactado entre aquéllos y la Compañía de Petróleos Shell la negociación de arrendamiento del subsuelo de las fincas *El Tigre* y *San Agustín*. Estima violados directamente los artículos 1757 del Código Civil, sobre cumplimiento de sus obligaciones pór parte de los demandados; el 1609 del mismo Código, porque no estando comprobado que los actores cumplieron sus obligaciones no puede concluírse que Molina dejó de cumplir las suyas; el 1615 ibídem, porque condenó al pago de perjuicios sin constituir en mora al deudor; y los artículos 1613 y 1614 de la Codificación antes citada, porque el Tribunal condenó a perjuicios, comprendidos el daño emergente y el lucro cesante, sin haberse causado daño alguno a los actores.

Se considera:

No existen los errores de apreciación de los documentos a que se refiere el recurrente. El señor Burns, Gerente de la Compañía Shell, en su carta de 29 de enero de 1938 dirigida a Casis expresa que era cierto que entre éste y la Empresa que representaba había quedado cerrada la negociación de arrendamiento de las fincas de Molina y parecidas manifestaciones hizo en sus declaraciones juradas. El hecho de que también agregara Burns que tales operaciones las adelantó el Jefe del Departamento Legal de dicha entidad en nada les resta mérito a esos documentos, porque bien sabido es que negociaciones de tal índole siempre se estudian, discuten y planean por el conducto regular del organismo técnico creado en cada empresa para tales fines; pero la responsabilidad de la operación y las obligaciones contraídas pesan siempre sobre la persona jurídica. Además, la negociación fue aprobada por el Gerente, que es el representante legal y el gestor reconocido de la entidad contratante, como bien lo testifica dicho alto funcionario.

La calidad de Gerente que ostenta el señor Burns y la existencia legal de la Compañía Shell se evidenciaron con los certificados expedidos por el Ministerio de la Economía Nacional y la Cámara de Comercio de Bogotá, y tales elementos probatorios son los que la ley señala para demostrar la personería de quien deba representar sociedades de esta naturaleza, autorizado para comprometer su responsabilidad civil.

Ahora bien, la condenación al pago de perjuicios no la deduce el Tribunal del mero hecho aislado de que los actores hayan cumplido a cabalidad sus obligaciones contractuales, sino de la circunstancia plenamente demostrada de que el demandado Molina violó el contrato celebrado con Casís y Navarro, cuando procedió por sí solo a negociar directamente con la Richmond Petroleum Company, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de las cartas y término señalado para que rigiera el pacto, el arrendamiento de sus tierras, siendo así que al tenor de las cartas mencionadas se había obligado con Casís y Navarro a no adelantar gestión alguna, con persona o entidad distinta de ellos, sobre exploración y subsiguiente explotación de petróleos en el subsuelo de *El Tigre* y *San Agustín*.

Para que prosperara la acción de perjuicios compensatorios, en su doble aspecto de daño emergente y de lucro cesante, era suficiente la demostración de que Molina había violado sus compromisos, porque según los términos del convenio Molina contrajo una obligación de no hacer, que debía subsistir por seis meses; y siendo esto así, toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho (artículo 1612 del Código Civil). Por esa misma razón no era necesario que se constituyera previamente al deudor en mora (artículo 1615 del Código Civil), y la indemnización debía comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante (artículo 1613 del Código Civil). En forma tal que desde el momento de la contravención, el 11 de noviembre de 1937, Molina debía la indemnización de perjuicios a los actores, ya que al tenor del artículo 1615 del Código antes citado se debe la indemnización de perjuicios, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

La existencia de los perjuicios materiales se ha evidenciado plenamente con los dictámenes periciales practicados en ambas instancias y pa-

ra avaluarlos tuvieron en cuenta los peritos tanto las cláusulas del pacto contenidas en las dos cartas de 30 de septiembre de 1937, en las que se fijaron a Casís y Navarro las cuotas o participaciones que les corresponderían en el arrendamiento y explotación del subsuelo petrolífero de dichas tierras, como la circunstancia de que dichos señores adelantaron y ultimaron con la Shell la negociación tendiente a obtener este resultado, operación que no pudo realizarse por la exclusiva razón de que Molina se negó a firmar el contrato y a su vez celebró otro por separado con la Richmond. Se limitaron los peritos a hacer las operaciones aritméticas tendientes a establecer y concretar en guarismos el valor o cuantía que correspondía a los intermediarios en esa negociación, de haberse celebrado, y a esa suma elevaron el monto de la indemnización por perjuicios materiales. En cuanto a los perjuicios morales, igualmente demandados, el Tribunal los negó por estimar que no se trataba de daños derivados de delitos o culpas, sino de perjuicios compensatorios nacidos de la infracción de contratos referentes a servicios inmateriales, en cuyo caso tal condena sería inconducente.

Estudiados como vienen todos los reparos presentados, debe desestimarse por infundado el cargo en referencia.

Tercero. Incurrió el Tribunal en error evidente de hecho y en error de derecho al estimar probado por una parte el incumplimiento de sus obligaciones por Molina y por otra la existencia del contrato con la Compañía Richmond, con los certificados del Notario de Girardot y del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Purificación. Tratándose de establecer un hecho que está consignado en escritura pública (el contrato con la Richmond), es con la copia notarial de ésta, debidamente registrada, como ha debido acreditarse ese hecho y no con los certificados exhibidos en el proceso. Se han infringido directamente los artículos 630 y 632 del Código Judicial.

Considera igualmente violados los artículos 1530 y 1542 del Código Civil, porque desconoció el carácter de condicionales que tienen las obligaciones de Molina y, sin haberse cumplido la condición, el Tribunal declaró exigible la obligación del demandado; los artículos 1605, 1610 y 1617 del mismo Código, porque condenó al pago de perjuicios sin prueba alguna de su existencia; el artículo 1612 ibídem, por parecida circunstancia; los textos 1613 y 1614 ibídem, por condenar al daño emergente y lucro cesante sin demostración de que lo hayan sufrido los actores; y 1757 del Código Civil y 593 del Código Judicial, porque no probaron los hechos de donde pretenden derivar el derecho invocado.

Se considera:

A.—El artículo 630 del Código Judicial estatuye que para ser estimada como prueba una escritura pública debe presentarse en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida. Tal precepto legal es de obligatorio cumplimiento cuando se aspira a que un instrumento notarial deba ser recibido y apreciado como prueba suficiente, en aquellos casos en que la ley exige esta clase de solemnidad externa para determinado número de actos o contratos de la vida civil. Pero en el caso de autos no se trata de que esté *sub judice* una controversia directa sobre la existencia y validez, naturaleza y extensión del contrato celebrado entre Molina y la Richmond, considerado este contrato en sí mismo y en cada una de sus cláusulas y obligaciones, sino simplemente de comprobar que tal contrato se celebró y que al proceder por sí solo, de esa manera, el demandado Molina quebrantó las obligaciones contraídas anteriormente con Navarro y Casís e hizo fracasar la negociación ya cerrada con la Shell por los actores.

Para esa finalidad, que no mira hacia un litigio directo respecto del contenido y obligaciones nacidas de tal convención, son suficientes los dos certificados del Notario de Girardot y del Registrador de Purificación, los cuales dan fe suficiente de que efectivamente se corrió la escritura número 716, entre Molina y el apoderado general de la Richmond, señor Clay T. Yerby, el 11 de noviembre de 1937; que versó el contrato sobre exploración y explotación de hidrocarburos en el subsuelo de los terrenos de *El Tigre* y *San Agustín;* que la Compañía pagaría al propietario la cantidad de $ 1.75 por hectárea, por anualidades anticipadas y durante quince años; que le reconocería una regalía del seis por ciento (6%) de los productos que se extrajeran. Bien hizo el Tribunal al estimar con esos dos documentos públicos suficientemente demostrada la existencia de esa negociación sobre petróleos, respecto de los mismos terrenos y con una finalidad idéntica a la que sirvió de causa para las autorizaciones otorgadas a los actores.

B.—Carece de todo fundamento jurídico la tesis del recurrente de que Molina contrajo con los actores obligaciones condicionales, ya que éstas nacieron desde el momento mismo de la celebración del pacto, sin quedar en su existencia y desarrollo sujetas a modalidad o condición alguna. Lo ocurrido ha sido en realidad otro fenómeno muy distinto del que pretende el demandado, y fue que en el orden de cumplimiento, siendo Casís y Navarro comisionados de Molina para celebrar una negociación, debían ellos cumplir primero sus obligaciones y dejar definida y cerrada la operación de arrendamiento con una

empresa de petróleos, para entonces proceder luégo Molina a aprobar y celebrar directamente el contrato, siempre que estuviera ajustado a sus instrucciones. Se trataba de obligaciones sucesivas por su propia índole, en cuanto al término de su cumplimiento, pero nunca de obligaciones condicionales, cuyo nacimiento y existencia dependiera de un hecho previamente estipulado. Desde otros puntos de vista hay efectivamente una condición, cual es la de que los comisionados encontraron una entidad que se interesara en petróleo y se prestara a contratar sobre las referidas exploración y explotación. Pero no es eso de lo que aquí se trata, ni a ello mira la controversia, la que versa sobre la infracción del contrato celebrado por Molina con Casis y Navarro y cumplido por éstos.

C.—Molina dejó de celebrar el contrato adelantado por sus actuales demandantes con la Compañía Petrolera, y con eso, faltando a la obligación que con ellos habían asegurado sobre la base de que Molina celebraría la negociación adelantada por ellos dentro de los términos fijados en las cartas de aquél. Se justifica, pues, la demanda de perjuicios. Estos deben ser los compensatorios y así lo dice la sentencia. La cuantía se fijó por avalúo pericial. habida consideración a las cláusulas del pacto violado y a los beneficios que en virtud de éste debían percibir los comisionados por su gestión para celebrarlo. Con vista de tales factores se hizo la condena y se determinó el *quantum*.

No son fundados los cargos y se rechazan.

Cuarto. Alega el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto porque aceptó como verdadera la existencia de una promesa de contrato celebrada entre los actores y la Compañía Shell, y también en error de derecho, porque le dio el valor de promesa a un convenio que carece de las formalidades legales. Estima violados directamente los artículos 89 y 91 de la Ley 153 de 1887.

Se considera:

Por virtud de las cartas de 30 de septiembre de 1937 Casis y Navarro no estaban facultados para perfeccionar y suscribir un contrato sobre exploración y explotación del subsuelo de las tierras de Molina, sino únicamente para acordar y dejar establecidas con una empresa petrolífera todas las condiciones y bases de dicha negociación, comprometiéndose el propietario, por el término de seis meses, a no adelantar gestión similar por su cuenta con otra entidad. Convenidas las condiciones, bases y demás estipulaciones de la operación, debía Molina trasladarse a Bogotá para celebrar directamente el contrato, con todas las formalidades legales.

Con vista de tales antecedentes, ni el Gerente de la Shell, ni Molina, ni el Tribunal, podían entender que se había celebrado una promesa de contrato, ya que la negociación carece desde su origen de la fisonomía y elementos de un pacto de esa índole. En varios pasajes de la sentencia dice el Tribunal que entre Casis y la Compañía Shell quedó *pactada y cerrada* la negociación petrolífera y es precisamente de esa exclusiva circunstancia de *haberse pactado y cerrado la negociación* por lo que concluye el fallador de segundo grado que los actores cumplieron en su totalidad las obligaciones contraídas como intermediarios. El señor Gerente de la citada entidad también expresa en su carta de 29 de enero de 1938 lo siguiente:

"2. Si es cierto que entre esta Compañía y usted (Casis) quedó pactada y cerrada la negociación de arrendamiento del subsuelo...."

De manera que ni en los hechos fundamentales de la demanda, ni en las declaraciones impetradas, ni a través del debate en sus dos instancias se sometió a la decisión del Organo Judicial lo relativo al cumplimiento o infracción de una promesa de contrato, la que no podía existir dada la naturaleza de la gestión encomendada a los demandantes. No estaban éstos facultados para celebrar contrato alguno, ni el de promesa ni el de arrendamiento del subsuelo, sino sólo a intervenir en ejercicio de servicios inmateriales y como profesionales en ese ramo acordar definitivamente las bases y estipulaciones de dicha convención. En forma tal que carece de fundamento la tesis del recurrente de que se está en presencia de una promesa de contrato y de que se han violado, por falta de aplicación, los artículos 89 y 91 de la Ley 153 de 1887.

Se rechaza el cargo.

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 Ibagué el día 3 de diciembre de 1942.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Acción rescisoria de un contrato de arrendamiento

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Los consortes Julio Galeano y Martina de Galeano tomaron a Julio E. Caicedo C. en arrendamiento la hacienda de *El Rincón,* ubicada en Chía, por tres años a partir del 1º de enero de 1939, según documento suscrito en Bogotá el 24 de noviembre de 1938.

En demanda notificada a Caicedo el 4 de junio de 1940 solicitan Galeano y señora, iniciando así juicio ordinario contra aquél, que se declare rescindido ese contrato o, en subsidio, que tienen derecho a su terminación a partir de dicho 1º de enero; solicitan se condene al demandado a pagarles los perjuicios que les ocasionó por el mal estado y calidad de la finca, los que estiman en $ 10.000, defiriendo a avalúo pericial. También piden se le condene en costas.

Desde su parte petitoria o intención invocan como motivo de sus súplicas el mal estado de la finca y su pésima calidad, que les impidió hacer de ella el uso para el cual la tomaron en arrendamiento. Los hechos fundamentales son, en resumen: la celebración de dicho contrato; haberlo celebrado ellos para establecer y mantener un hato y haber sabido el arrendador que tal era el propósito de ellos al contratar y asegurádoles el perfecto estado de la finca para ese objeto; no haber recibido ellos de las ochocientas once fanegadas que tiene la finca, sino unas ochenta o ciento dicho 1º de enero y unas ciento cincuenta más para el 1º del subsiguiente marzo; haber ellos llevado a esa finca, apenas recibieron las primeras fanegadas aludidas, las vacas lecheras que en plena producción tenían en *La Fragua* y otras que entonces compraron, de manera que pusieron en aquella finca un total de ciento diez vacas con cría y tres toros padres, todo en muy buenas condiciones, por ser ganado de primera clase; a poco tiempo sobrevino gran mortandad en éste, y cuando les quedaban sólo noventa y una cabezas de ganado acudieron al Ministerio en solicitud de técnicos, los cuales comprobaron que el ganado se hallaba infestado por la mala calidad de las tierras, y que la finca no servía para hato; esto lo sabía Caicedo al contratar, al paso que los Galeanos no podían conocer ni prever esos vicios de la tierra; por estar infectada toda la finca fue total el impedimento para gozarla ellos en lo que les entregó el arrendador; la muerte de gran parte del ganado y el demérito del que se salvó y hubieron de vender a menos precio, les causó grave perjuicio; el arrendador obró de mala fe alabándoles hasta la exageración la buena calidad y estado de la finca y su adecuación para hato, a sabiendas de que estaba infectada y de que sería segura la muerte del ganado por salmonellosis.

De los hechos fundamentales así resumidos se destaca éste:

"6º A los ocho días de estar el ganado en los terrenos a que venimos refiriéndonos, notamos que desmejoraba notoriamente y murieron tres vacas de ranilla. En los días subsiguientes siguió enfermando y muriendo ganado de la misma enfermedad en forma alarmante, en términos que en el curso de pocos días murieron cincuenta y siete cabezas. Procedimos a poner cuanto estaba a nuestro alcance para evitar la mortandad; pero todo fue inútil, pues el ganado seguía enfermando y pereciendo."

Caicedo contestó oponiéndose y negando los hechos en su mayor parte. Sobre el contrato advierte que no se celebró para hato, por lo cual no habla de esto el documento, y agrega que tuvo que ejecutar a Galeano y señora para el pago de los cánones.

Además, los contrademandó para el pago de los perjuicios que le causaron infectándole su finca e incumpliendo el contrato, los que estima en $ 15.000, defiriendo a avalúo pericial, no sin solicitar primeramente se declare que, contra expresa estipulación, introdujeron en la finca ganados enfermos en tal estado de gravedad que en los primeros días de ocuparla murieron cincuenta y siete reses, sin que los demandantes tomaran las medidas conducentes a evitar el contagio, ni sacaran los animales enfermos, ni vacunaran los restantes.

El Juzgado 4º Civil de este Circuito, una vez tramitada la primera instancia, la decidió el 19 de mayo de 1942 negando las peticiones de demanda y contrademanda, sin condenación en costas. Por apelación de ambas partes se surtió la segunda instancia que el Tribunal Superior cerró el 28 de septiembre de 1943 en sentencia que, revocando aquélla, declaró rescindido el contrato y condenó a Caicedo a pagar como per-

juicios a Galeano y señora el daño emergente que se establezca por los trámites del artículo 553 del Código Judicial. La súplica subsidiaria sobre terminación del contrato no fue el caso de considerarla. De los cargos de la demanda de reconvención se absolvió a Galeano y señora. Sin costas.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso Caicedo casación, recurso que aquí se decide por estar debidamente preparado.

Ocho cargos formula la demanda de casación, de los cuales el último versa sobre la contrademanda y todos los restantes sobre la demanda principal, acusando respectivamente por la absolución pronunciada respecto de aquélla y por lo que respecto de ésta desfavorece al recurrente, esto es, en cuanto declara la rescisión del contrato y lo condena a indemnizar perjuicios.

Para declarar la rescisión el Tribunal ha partido, como hecho comprobado en su concepto, de la buena calidad y completo estado de salud de los ganados que los Galeanos pusieron en la finca, y también, concomitantemente, como hecho comprobado, que fue por la mala calidad de las tierras, por estar infectadas, por lo que sobrevino la muerte de gran parte de ese ganado; de suerte que al tomar esa finca Galeano y señora en arrendamiento para hato, hecho también comprobado en concepto del Tribunal, así como que Caicedo contrató sabiendo que ese era el principal motivo de ellos para contratar, se produjo el caso contemplado por el artículo 1511 del Código Civil, en su inciso 2º

De tal error y del consiguiente vicio del consentimiento de los demandantes dedujo el Tribunal la procedencia de la acción rescisoria.

Para la indemnización de perjuicios y su referida limitación al daño emergente, el Tribunal reputó colocado el caso en el del inciso 1º del artículo 1991 de esa obra.

El recurrente, observando ante todo que estas disposiciones requieren como base *sine qua non*, por lo que respecta al presente litigio, la demostración efectiva de la mala calidad de las tierras y de la completa salud de los ganados, acusa por quebranto de esas disposiciones como indebidamente aplicadas, en razón de faltar ese elemento básico, es decir, de no estar acreditado ninguno de esos dos hechos, esto es, ni la infección de la tierra ni la salud de las reses. Comienza, pues, lógicamente por acusar de error en la apreciación de las pruebas, tanto de las relativas a esos dos hechos, cuando en las encaminadas a acreditar que el motivo del contrato para los demandantes, conocido por el arrendador, fue el establecimiento y sostenimiento de un hato en la finca arrendada.

El primer cargo versa sobre las declaraciones de testigos con que los actores respaldan su afirmación al respecto, sobre lo cual el recurrente dice que, aun dando por sentado que hubiese entre las partes contratantes convenio acerca de esa finalidad, esto, aun siguiendo a los testigos, fue posterior al contrato tal como inicialmente se pactó, e implica, por consiguiente, una modificación, cuya comprobación por ese medio es tan exigente que tiene en la ley disposición especial (Código Judicial, artículo 704), y que ésta se desoyó, porque no es admisible un conjunto de testimonios en que los testigos uniformemente aparecen contestando tal como les marca su respuesta el interrogatorio, a más de que el sentenciador lleva las afirmaciones de ellos más allá de lo que a sus respuestas corresponde.

Añade que el documento no habla de hato y que, hablando de cultivos y de estancias de arrendatarios, hace ver que la finalidad era distinta. Al apreciarlo el Tribunal, como lo hizo, quebrantó los artículos 637 y 645 del Código Judicial y 1759, 1761 y 1765 del Código Civil.

Acerca de estos cargos deben exponerse ante todo, a manera de antecedente estas razones: la mención de ciertas actividades en el documento no puede significar exclusión de otra, como, por ejemplo, establecer y sostener un hato; antes bien es marcada la conexión entre aquéllas y ésta, en lo general y habitual; particularmente es de notarse en finca de más de ochocientas fanegadas; de otro lado, el Tribunal no se guió simplemente por esas pruebas, sino que tuvo en cuenta un documento de tan señalada significación a ese respecto como es el acta de 17 de marzo de 1939 (cuaderno 3º, folio 26), en que ante el Inspector de Alimentos, Sección de la Dirección de Higiene, por diligencia de esa fecha, suscrita por Caicedo, éste se comprometió a construir una enramada para ordeño con pisos impermeables, agua corriente, enfriadora, caldera para la desinfección de cantinas y demás útiles de lechería, todo lo cual hace ver inequívocamente que se trataba de hato.

La exageración aludida sobre estimación de las declaraciones de que se queja el recurrente, consiste en que, según él, lo que afirman los testigos es haber presenciado la conversación entre Galeano y Caicedo, de que deducen que el arrendamiento comprendía como finalidad lo antedicho sobre hato; pero no el compromiso o asentimiento de Caicedo al respecto. El acta que acaba de citarse hace inoficioso discurrir sobre el dicho de los testigos.

Por otra parte, el Tribunal no dice, como le atribuye el recurrente, que mantener hato en la finca fuera la finalidad exclusiva del contrato, sino la principal.

Analizadas estas pruebas en relación con los cargos mencionados, se tiene, de un lado, que sí está comprobada la inclusión de esa finalidad

entre las del arrendamiento en referencia; pero, de otro lado, que no lo está el hecho de figurar esa finalidad inicialmente en el contrato, ni menos principal motivo de los consortes Galeano, conocido por Caicedo, para contratar. El documento no la menciona y las conversaciones acreditadas por los testigos de que se acaba de hablar fueron posteriores al documento, como lo fue la diligencia citada ante la Oficina de Higiene. El documento es de 24 de noviembre de 1938, las conversaciones afirmadas por los testigos son de enero de 1939 y esa diligencia es, como ya se vio, de 17 de marzo, también de 1939.

Todo esto indica que, como asevera el recurrente, no está comprobado el lleno de las circunstancias excepcionales que configuran el error erigido en vicio del consentimiento dentro de las lindes del inciso 2º del artículo 1511 del Código Civil. Al respecto se volverá adelante.

Pero, si esto conduce a acoger el cargo de indebida aplicación de esta disposición al caso del pleito, no basta para determinar la infirmación de la sentencia recurrida, porque por otra senda puede también llegarse a la rescisión, cual es la del artículo 1990 del mismo Código, disposición invocada por el Tribunal y, al decir del recurrente, aplicada indebidamente al caso del pleito, en razón de que las pruebas no dan para tánto y las conclusiones del Tribunal al respecto provienen de errónea apreciación de aquéllas.

Pasa a estudiarse, pues, este otro cargo.

Ese artículo 1990 comienza diciendo: "El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aun a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada...." Y agrega en su inciso 2º que si el impedimento es parcial, el Juez "decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta".

El recurrente dice que, aun dando por probado el impedimento afirmado por los actores, no sería el caso de rescisión, sino a lo sumo el de terminación, y ni aun esto, porque la finca fue entregada y las finalidades restantes del contrato, como siembras y subarriendo de estancias, no tienen por qué entenderse estorbadas por la enfermedad y muerte del ganado.

Agrega, en relación con el mismo artículo 1990, que, como lo ha sostenido con ocasión de sus reparos anteriores, no está acreditado que el uso para el cual los demandantes tomaron la finca fuera el de establecer y mantener hato. Agrega asimismo, y en esto consiste lo principal del cargo en estudio, que no está comprobada la falta de sanidad de la finca, ni la salud del ganado.

Acusa de error de derecho, en cuanto las declaraciones de testigos son conducentes para el Tribunal en la mira de acreditar hechos que exigen conocimientos y prácticas especiales, cuya comprobación requiere intervención de peritos, de acuerdo con el artículo 705 del Código Judicial; y de error de hecho, porque, dentro de la prueba testimonial aducida, aunque se la tomara por adecuada y conducente, no está acreditada esa circunstancia decisiva, como no lo está la sanidad del ganado. Se habla de estos dos hechos dentro de una misma reflexión, no sólo porque el recurrente los engloba al acusar la apreciación de las pruebas, sino también en fuerza de la relación íntima que tienen entre sí.

Está fuera de duda que murió gran parte del ganado, al punto de que esa es la razón de la controversia, la cual, en suma, consiste en que cada una de las partes contratantes y litigantes atribuye el mal a la otra, así: los arrendatarios a la vez que aseveran la plena salud y buen estado de sus reses, señalan como causa de aquel desastre la falta de sanidad de las tierras del arrendador, y éste, aseverando la sanidad de sus tierras, lo atribuye a infección de aquellos ganados. Como ya se dijo, el Tribunal acogió el concepto de los demandados, sobre la base de estar probados los respectivos hechos, a saber: sanidad de las reses e infección de las tierras.

Para acreditar el buen estado del ganado, los arrendatarios hicieron recibir en primera instancia (cuaderno 3º) las declaraciones de Julio Cuervo (folios 5 vuelto y 6), Hernando Varela (folio 7), Luis Bautista (folio 9), Santiago Ramírez (folio 10), Evangelista Ruiz (folios 12 vuelto y 13), Belisario Cagua (folios 13 y 14) y Maximiliano Ambrosio, Julio Cuervo Ruiz y Patricio Cifuentes (folios 22 a 24); y en la segunda instancia volvieron a interrogar a los dichos Varela, Cuervo Ruiz y Cuervo (folios 1 a 3, cuaderno 7º).

Los más de estos testigos dicen haber conocido el ganado que tenía Galeano en *La Fragua*, y constarles por eso que eran reses de primera calidad, que allí estaban en plena producción y tan gordas que tuvieron sus dueños propuesta para beneficiarlas en el matadero. Hablan algunos de los testigos, los más de oídas o por referencias, de que ese ganado en ese estado fue el trasladado a *El Rincón*. Alguno hace la salvedad de que unos terneros no estaban bien. Ninguno de los testigos informa sobre la calidad y estado de las otras reses aludidas aquí, esto es, de las que los Galeanos llevaron a *El Rincón* a más de las de *La Fragua*.

Caicedo en la primera instancia hizo recibir las declaraciones de Evangelista Ruiz, Pastor Vargas y Jesús María Torres (cuaderno 4º, folios 9 y 10), quienes dicen constarles por haberlo presenciado que la hacienda de *El Rincón* en toda su parte baja, a excepción de los pantanos, estuvo

sembrada de trigo en los años de 1937 y 1938. Torres no extiende su afirmación a este último año, por no recordar. Y en la segunda instancia (cuaderno 6º, folios 2 y 3), Caicedo obtuvo los testimonios de Amadeo Pulido y Hernando Ricaurte, quienes declaran haber tenido ganados en esa hacienda en los primeros meses de 1940, sin que enfermara ni muriera una sola res. A mayor abundamiento en precisión, Pulido habla de una que se ahogó al caerse en un hoyo.

Obran en el proceso también estas piezas: el certificado del Laboratorio de Enfermedades Infecciosas de la Escuela Nacional de Medicina Veterinaria, de 16 de agosto de 1939, sobre análisis de un hueso de ternero de la hacienda de *El Rincón*, enviado a esa oficina para investigar la causa de la muerte. Allí se indica como resultado de ese análisis, *salmonellosis*. Se complementa con el informe de que el 19 del mismo agosto el médico veterinario practicó la necropsia de un ternero de esa hacienda, de cuatro meses. Allí se indican los parásitos hallados en el examen anterior ya dicho, el que se confirma. Estos documentos se acompañaron a la demanda (folios 1 y 2 del cuaderno 1º).

Con el alegato de primera instancia se presentó una carta dirigida al señor Galeano el 20 del mismo agosto de 1939 por persona que dice ser médico veterinario del Ministerio de Agricultura y Comercio (folios 10 a 14 ibídem), con detallada exposición sobre las medidas que deben tomarse "para una mejor explotación ganadera". Esa carta termina así:

"En general, tal como se encuentra la mencionada finca de *El Rincón*, es inadecuada para la explotación lechera y por lo tanto para la cría, por carecer de las siguientes ventajas: buena pradera y cantidad suficiente para el número actual en explotación, bebederos sanos y convenientemente repartidos en los distintos potreros, división adecuada de las mangas para las rotaciones de ganados en los distintos estados de los pastos, dadas las condiciones sobre aguas y lagunas hay un exceso de fuentes de infestación, en especial para los terneros, caso que se contempla como grave."

A petición de Caicedo vino a los autos el certificado de la referida Sección, Departamento de Ganadería, que forma el folio 7 del cuaderno 4º, sobre que la ranilla se produce por alguno de los tres hemoparásitos allí nombrados, transmitidos por distintos géneros de garrapata; y que la salmonellosis la produce el microorganismo salmonellas; el período de incubación de la ranilla es de seis a doce días, de ocho a quince o de veintidós a cuarenta y cinco, según el respectivo hemoparásito de que provenga, de los de la lista aludida, y la salmonellosis es enfermedad de carácter endémico (enzoótico) y excepcionalmente se presenta con carácter epidémico (epizoótico).

Quedan expuestos los varios elementos del haz probatorio formado por las partes.

Caicedo sostiene la sanidad de su tierra, y que el ganado de los Galeanos fue el que llevó la enfermedad de que pereció en alta cifra, y que estos hechos están demostrados así: dos años consecutivos de destinación a siembra acaban con cualquier plaga, por lo cual, aunque la hubiera habido en su finca en tiempo anterior, tenía que estar sana por las siembras de 1937 y 1938 para cuando con el año de 1939 comenzó el contrato a que se refiere el pleito; por lo que hace a 1940, desde sus primeros meses, la completa ausencia de enfermedad en los ganados que hubo entonces en *El Rincón*, está demostrando el buen estado de las tierras, y si Galeano afirma que aquella mortandad se debió a ranilla, no ha sugerido siquiera, ni menos demostrado, que hubiera garrapata, vector obligado de esa infección; y a este respecto lo que consta en autos es la muerte de un ternero por salmonellosis, enfermedad que sólo excepcionalmente es epizoótica.

Caicedo deduce de ahí, como se ha dicho, el cargo de error en la apreciación de las pruebas y el de consiguiente quebranto de las citadas disposiciones sustantivas, tanto desde su punto de vista de actor por haber absuelto el Tribunal a los Galeanos contrademandados, como en su calidad de demandado por haber acogido el fallo la súplica de rescisión de éstos y haberlo condenado a indemnizarles perjuicios.

Los cargos relativos a la absolución de los contrademandados no pueden prosperar. Caicedo reconvino alegando incumplimiento de los arrendatarios de todas sus obligaciones, principalmente por haber faltado a la de no llevar a la finca reses enfermas que la infectarán, y no está demostrada esa falta, como tampoco la de atención y diligencia en el tratamiento curativo y preventivo de las reses, sobre lo cual constan las gestiones de los arrendatarios.

Además, y esto de suyo sería decisivo, el perjuicio demostrado en el proceso consiste en la muerte de gran parte de las reses y el deprecio de otras, y esta desmejora y aquella pérdida no fueron para Caicedo, cuyas tierras, al decir de él mismo, corroborado por el de los testigos cuya declaración solicitó, se hallaban en completo estado de sanidad al principiar el año de 1940, esto es, apenas transcurrida la tercera parte de la duración fijada a su contrato con los Galeanos, y estaban ya desde ese comienzo de 1940 arrendadas a otras personas por él.

Sabido es que en demanda de indemnización de perjuicios lógicamente el primero de los elementos indispensables para su procedencia es la existencia del perjuicio materia y causa de la

indemnización, al punto de que si ese elemento no se ha acreditado en el proceso, hasta inoficioso resultaría indagar si los elementos restantes de los necesarios en esta clase de litigios están comprobados o nó. Esto hace ver que, aunque se compartiera la opinión de Caicedo sobre que la infección la llevaron los ganados de los Galeanos, no podría acogerse su contrademanda, encaminada como está a obtener indemnización de perjuicios.

Aunque esa es la finalidad de su reconvención, como habla en general de incumplimiento de las obligaciones de los arrendatarios, debe observarse sobre ellas lo siguiente: Caicedo declara varias veces en el curso del litigio que sobre el pago de los cánones inició y adelanta juicio ejecutivo, naturalmente distinto y separado del ordinario que aquí se decide; y cuanto a devolución de la finca arrendada, él declara, con análoga insistencia e invocando el aludido incumplimiento de los arrendatarios, que hubo de tomársela sin esperar el vencimiento del término pactado.

Se rechazan, pues, los cargos del recurrente relativos a su contrademanda, esto es, a la absolución de los contrademandados.

Pero si prospera su recurso contra lo que el Tribunal decretó respecto de la demanda principal, esto es, la rescisión del contrato y la condena a indemnizar perjuicios Caicedo a los demandantes, por las razones expuestas ya, y que se resumen en seguida, no sin agregar algunas otras.

Según se vio, no se presentan las circunstancias determinantes del error capaz de viciar el consentimiento ante el artículo 1511 del Código Civil, por lo cual esta disposición se aplicó indebidamente. A esto se agrega que fue mal interpretada.

Aquí no se discute sobre que las partes contratantes, hoy litigantes, ajustaron el arrendamiento de la finca rural *El Rincón*. Dado esto y las demás circunstancias del caso, no ocurre pensar en *error in corpore*. El Tribunal encontró un *error in substantia*, en vista de que cierta calidad de la finca fue el móvil de los arrendatarios para contratar, declarado por ellos, esto es, no un *propositum in mente retentum*, y de que esa calidad faltó. Pero ni las bases y estipulaciones del contrato, ni las probanzas, ni en rigor de verdad las alegaciones mismas de las partes, permiten que al litigio se atribuya esa situación y así se le interprete.

En efecto, tal calidad la entiende el Tribunal implicada en el hecho de que los Galeanos se proponían establecer, sostener y explotar el negocio de hato en la finca, y la falta la ha encontrado en la infección de las tierras. Y, a más de lo observado sobre no haberse comprobado esa infección en ellas, se tiene que, aunque se diese por declarado *ab initio* ese propósito, no significando ello la fijación de una calidad precisa, la ausencia de ella, tal como indica la sentencia recurrida, no puede constituir el error en referencia, puesto que para llenar esos fines, en su caso, basta que sea de pastos la tierra respectiva, y aquí no se ha puesto en duda que *El Rincón* lo sea.

Ese propósito de establecer y explotar hato es de una amplitud que no da margen a pensar que por lo ocurrido, aun siguiendo para esto las afirmaciones de los arrendatarios, se produjera el error contemplado en el inciso 2º del mentado artículo 1511; a que se agrega que el contrato tuvo, además, otras finalidades expresamente declaradas y que éstas no podrían en manera alguna reputarse estorbadas, impedidas o siquiera afectadas porque en la tierra de *El Rincón* hubiera efectivamente la plaga que ellos le atribuyen.

No debiéndose colocar el caso ante el artículo 1511 y siendo, por otra parte, los artículos 1990 y 1991 los que, por lo antedicho, darían lugar al decreto de rescisión y a la condena en perjuicios, es claro que, faltando la causa de lo que éstos disponen y reglamentan, no cabe la producción de estos efectos. En otras palabras, y repitiendo lo ya expresado aquí, como estos artículos hablan, ya de reducción de los cánones, ya de terminación del contrato, ya de su rescisión, en la forma gradual que en ellos se lee, y como para todo ello es punto de partida o base *sine qua non* un mal estado de la cosa arrendada que haya impedido a los arrendatarios hacer de ella total o parcialmente el uso para el cual la tomaron en arrendamiento, esas disposiciones se aplicaron indebidamente dando por probada, sin estarlo, esa mala calidad o ese mal estado de la finca.

Lo dicho hasta aquí, a la vez que determina la infirmación de la sentencia materia del recurso, deja motivada la que ha de reemplazarla en obedecimiento del artículo 538 del Código Judicial.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres y en su lugar confirma la de primera instancia, pronunciada por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá el diez y nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y dos.

No se hace condenación en costas en las instancias ni en la casación.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Reivindicación

Ya dijo la Corte que cuando "uno de los cónyuges ha dispuesto de un bien que no le pertenece, para que la sociedad conyugal, titular de la propiedad, sea reintegrada en su patrimonio, es la acción real de dominio o reivindicatoria que tiene carácter de principal y directa, esto es, que su ejercicio no se subordina a la prosperidad de otra acción. Hay casos en que la acción reivindicatoria se presenta como consecuencial de una de nulidad o de una resolutoria; pero tratándose de la que compete al dueño de la cosa vendida por otro, para evitar perjuicio a su derecho, y en que se va a hacer una confrontación de títulos, es una acción independiente que no tiene por qué ser interferida por un contrato que le es inoponible a él aunque sea completamente válido entre quienes lo celebraron. Estas condiciones de la acción de dominio en querellas de esta especie fueron destacadas por la Corte en sentencia visible a la página 267 del tomo LIII de la Gaceta Judicial". Y esta acción reivindicatoria corresponde en primer término a los herederos y sucesores del cónyuge muerto, porque éstos tienen interés jurídico y, por lo tanto, personería sustantiva, toda vez que son afectados con la disminución del patrimonio herencial y social así como son favorecidos por el aumento de éste. Tienen a título de herederos del causante, sucesores en los derechos y obligaciones transmisibles de éste (artículo 1155 del Código Civil), los mismos derechos que tendría aquél, y esto queda más patente si se considera que hoy bajo el régimen de la Ley 28 el cónyuge sin cuyo consentimiento ha sido vendido un bien social por el otro cónyuge, tiene también esa acción de reintegro y la tienen sus herederos.

La sola declaración de una de las partes sobre que un contrato es simulado, no afecta al otro contratante, ni menos a los terceros de buena fe, ni aun en el caso de que los dos contratantes estuvieran de acuerdo en que hubo simulación. Por otra parte, y como lo tiene establecido esta corporación, no sólo los herederos sino aun los acreedores, en ciertos casos, del que contrató simuladamente, tienen personería para demandar como simulados los actos o contratos de su causante o deudor, que lo hayan sido realmente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, julio doce de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Como lo afirman el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil y el apoderado de la parte recurrente ante la Corte, la demanda con que se inició este pleito adolece de graves defectos, que hubieran dado asidero al Juez *a quo* para devolverla con el fin de enmendarla. Esto sin duda ha sido también la causa de algunas equivocaciones en que incurrió el fallador de segundo grado, como adelante se verá, y todo ha complicado la solución de un trivial problema jurídico.

Para aclarar el asunto, la Corte se ve precisada a referirse primero a los hechos y después a las peticiones de la demanda.

Pedro María Leal contrajo matrimonio católico con Purificación León el 4 de febrero de 1922. El 12 de enero de 1939 fue muerta violentamente, en un asalto hecho a la casa de los cónyuges mencionados, la expresada Purificación, y los asaltantes se llevaron una apreciable suma de dinero, de la cual se recuperó una parte, la cantidad de $ 4.346.43, que le fue entregada al cónyuge sobreviviente Pedro María.

Durante la existencia de la sociedad conyugal fueron adquiridos a título oneroso, por compra que el entonces jefe de la sociedad conyugal Pedro María Leal, hizo a Martín González de los derechos y acciones que el vendedor tenía en la sucesión de Policarpo Flórez, vinculados en una casa de tapia, bahareque y teja, con su correspondiente solar anexo, situada en el poblado del Lazareto de Contratación, y alinderada como aparece en la escritura, que es la número 62 de 7 de marzo de 1922.

Durante también la existencia de la mencionada sociedad se adquirió, por compra que hizo Pedro María Leal a Arcadio Leal, según escritura 236 de 2 de julio de 1930, de la Notaría de

Contratación, una casa de habitación con su solar anexo situada en la población de Hato (Santander); un predio denominado *San Agustín*, situado en la vereda de Hoya Negra, del mismo Municipio, y otro predio denominado *El Desierto*, situado también en los mismos Municipio y vereda. Estos inmuebles están debidamente delimitados en la escritura mencionada.

Nombrado Pedro María Leal Tesorero Pagador de enfermos del Lazareto de Contratación, constituyó fianza prendaria por la suma de $ 2.000 para asegurar su manejo en el cargo, prenda que después de la muerte de su mujer le fue entregada el 12 de abril de 1940 (fojas 40 del cuaderno principal).

Después de la muerte de Purificación León, es decir, después de disuelta la sociedad conyugal y antes de estar liquidada, Pedro María Leal hipotecó, según consta de la escritura 109 de 24 de junio de 1939 de la Notaría de Contratación, a favor de Arcadio Leal y por la suma de $ 1.000 la casa de habitación con su solar anexo situada en el poblado de Contratación y de que se ha hecho mérito. En las mismas condiciones y por medio de su apoderado Ignacio Hurtado, transfirió, a título de venta, a favor de Arcadio Leal, la casa y los dos predios rústicos situados en el Municipio de Hato y de que da cuenta la escritura 386 de 15 de julio de 1939, de la Notaría del Socorro.

El 15 de enero de 1930 Pedro María Leal giró a su cargo y en contra de Arcadio Leal una letra a doscientos días vista por la suma de $ 6.000. Con ese instrumento Arcadio demandó a Pedro María después de disuelta la sociedad conyugal que éste tuvo con Purificación León, y el Juez libró el correspondiente mandamiento ejecutivo contra el expresado Pedro María. Durante el juicio hubo un arreglo entre acreedor y deudor y éste canceló a aquél la letra, parte en dinero, proveniente de los $ 2.000 valor de la prenda de que se ha hablado, parte, es de presumir, con parte del dinero que le fue hurtado por los asaltantes y luégo restituido por la justicia a Pedro María, y por los $ 1.000 que faltaban, Pedro María le hipotecó a Arcadio el inmueble a que se refiere la escritura número 109.

Arcadio Leal le expidió el finiquito definitivo y correspondiente a Pedro María Leal y el documento o recibo del caso se protocolizó en la Notaría de Contratación el 5 de julio de 1939 por escritura número 113.

En el matrimonio que existió entre Pedro María Leal y Purificación León no hubo descendencia; Purificación murió intestada y son interesados en su juicio de sucesión su cónyuge y Petronila Custodia León, quien fue reconocida como heredera de su hermana Purificación y quien es la demandante en este juicio.

Sobre los anteriores hechos, comprobados en los autos, presentó Petronila una demanda, con los errores apuntados, pero en que después de confundir nulidad, con simulación, nulidad absoluta con relativa, inoponibilidad, suplica en definitiva lo que se sintetiza en seguida:

La nulidad de la hipoteca de que da cuenta la escritura 109, la nulidad del contrato de venta de los inmuebles de que da cuenta la escritura 386 de 15 de julio de 1939, la nulidad de la letra de cambio ya mencionada y la nulidad de la escritura de protocolización del finiquito otorgado por Arcadio a favor de Pedro María.

Como heredera de su hermana y pidiendo para la sucesión solicita que el inmueble gravado con la hipoteca se purgue de ella mediante la declaratoria de nulidad; que los inmuebles que aparecen vendidos por la escritura 386 vuelvan a la masa de la sociedad iliquida para partirlos según la ley; que Pedro M.ª Leal reintegre los $ 6.000 que quedaron a la muerte de Purificación León, reintegro que debe hacer a la sucesión iliquida de Purificación, para que también sea partida esa cantidad según la ley. El interés de la demandante de que se declare nula por simulación, como dice, la letra de cambio, es con el objeto de que la suma que ella representa no grave el pasivo de la sociedad conyugal.

Fueron demandados Pedro María Leal y Arcadio Leal, quienes se opusieron a las peticiones de la demanda y propusieron las excepciones de ilegitimidad de la personería de la parte actora.

El Juez del conocimiento, el de Circuito de Contratación, sentenció el 1º de octubre de 1942 accediendo a las súplicas de la demanda, que ya quedaron sintetizadas.

Apelaron los demandados y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil sentenció el 30 de septiembre de 1943 revocando la del inferior, declarando probada la excepción de petición de un modo indebido, en parte, la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante, declarando nula la hipoteca constituida por medio de la escritura número 109 de 24 de junio de 1939 otorgada en la Notaría del Circuito de Contratación y negando las demás peticiones de la demanda.

El apoderado de la demandante interpuso recurso de casación que, concedido y tramitado, pasa hoy a decidirse.

Varios cargos hace el recurrente a la sentencia, de los cuales se estudian dos, que dan motivo para casar el fallo, por lo que luégo se verá.

Es el primero el de infracción de los artículos 757, 783, 1013, 1008, 1296, 1298 y 1299 del Código Civil, por no haberlos aplicado al caso del pleito, por cuanto siendo la demandante he-

redera de Purificación León, tiene la personería para ejercitar las acciones que ha incoado en este juicio, personería que le desconoció el fallador. Es el segundo el de error manifiesto de hecho por haber considerado el Tribunal que con la sola confesión de Pedro María Leal se demostró que el contrato contenido en la escritura 386 de 1929 había sido simulado.

La Corte considera: El extremo sobre la declaración de la nulidad de la hipoteca a que se refiere la escritura 109 ya mencionada, debe quedar en pie, pues no es materia del recurso y no podía serlo, desde luégo que la parte demandante a quien favorece tal declaratoria, fue la única que recurrió en casación.

Cuando entre Pedro María Leal y Arcadio Leal se celebró el contrato de que da cuenta la escritura 386 de 15 de julio de 1939, en la que aparece la venta de varios inmuebles hecha por aquél a éste, ya había muerto Purificación León, suceso que tuvo lugar el 12 de enero de 1939. Los bienes objeto de esa venta fueron adquiridos a título oneroso dúrante la existencia de la sociedad conyugal habida entre Pedro María Leal y Purificación León.

Sobre estas bases indiscutibles el problema y su solución respecto de esa venta, se plantea y define en la siguiente forma: Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges (artículo 180 del Código Civil) y el artículo 1º de la Ley 28 de 1932, aun cuando párte de la base de la libre administración y disposición de los bienes que cada uno de los cónyuges haya adquirido o adquiera durante el matrimonio, consagra, como ya lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte, la existencia de la sociedad conyugal, que se hace ostensible y efectiva cuando se disuelve el matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil debe liquidarse la sociedad conyugal. Se considera entonces que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio.

Los bienes adquiridos a título oneroso durante la existencia de la sociedad conyugal han seguido siendo y son de la sociedad conyugal, de modo que el imperio del artículo 1781 del Código Civil quedó intocado no obstante las disposiciones de la Ley 28 citada.

La sociedad conyugal termina por la disolución del matrimonio, por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, por sentencia de divorcio perpetuo o separación total de bienes, por declaración de nulidad del matrimonio (artículo 1820, Código Civil).

El hecho de la muerte, por sí solo causa automáticamente la disolución del matrimonio (artículo 152, Código Civil), y por ende la disolución de la sociedad conyugal, así como también la sentencia de divorcio ejecutoriada y por su propio imperio, y sin más requisitos ni formalidades, disuelve la sociedad conyugal y tal es el principio que informa el artículo 160 ibídem. La proposición recíproca es también exacta y por eso, disuelto el matrimonio o pronunciada y ejecutoriada la sentencia de divorcio, los bienes que adquiera el cónyuge sobreviviente, a cualquier título, después de la muerte del otro cónyuge, o que adquiera cualquiera de los cónyuges divorciados, después de pronunciada y en firme la sentencia de divorcio, sea civil o eclesiástica, entran dentro de su exclusivo patrimonio, y como bienes propios del cónyuge adquirente, por cuanto la sociedad conyugal termina y se disuelve por cualquiera de esos dos hechos.

Disuelta la sociedad conyugal, queda ésta en estado de liquidación y el marido ni antes de la Ley 28, o sea bajo el régimen del Código Civil, ni menos aún después de que entró a regir aquélla, puede disponer de los bienes sociales. Estos entran en la masa partible, para liquidar la sociedad conyugal y adjudicarlos al cónyuge sobreviviente y a los herederos en la forma preceptuada por la ley.

Vendido un bien de la sociedad conyugal por el cónyuge sobreviviente y sin que ésta haya sido liquidada, se verifica el fenómeno de la venta de cosa ajena, que en sí no es nula pero que no lesiona ni menoscaba los derechos e intereses de los herederos del cónyuge muerto, de donde resulta que válida esa venta, no les es, sin embargo, oponible. El fenómeno que se verifica entonces es el de que el bien o bienes vendidos en esa forma, deben ser reintegrados al patrimonio o a la masa de la sociedad conyugal ilíquida y de la sucesión.

Se configura entonces una verdadera acción reivindicatoria que compete al cónyuge o a los herederos de éste, cuyo bien ha sido indebidamente vendido por el otro cónyuge y el título en que se ampara el que ha comprado en esas condiciones, le es inoponible al cónyuge o a sus sucesores. No es propiamente a través de la nulidad como se configura la acción, sino de la inoponibilidad por lo mismo que la venta de cosa ajena es válida pero sin perjuicio de los derechos del dueño.

Para aclarar más el asunto y evitar las confusiones en que tanto los falladores como las partes en este litigio han incurrido, se transcribe a continuación la doctrina sentada por esta Corte, en su sentencia de 2 de febrero del año en curso, aún no publicada en la *Gaceta*. Dice así en lo pertinente:

«La venta de cosa ajena, válida en nuestro derecho y origen de un título traslaticio y justo de dominio, constituye, según lo enseñan los civilistas, uno de los fenómenos típicos e inconfundibles en que ocurre el caso de la inoponibili-

dad de fondo por falta de concurrencia, inoponibilidad consistente en que para el verdadero dueño de la cosa vendida, en este caso la sociedad conyugal ilíquida, no produce efectos el contrato de compraventa conservando en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y sus acciones correspondientes. La venta que uno de los cónyuges hace de un bien social en las condiciones ya vistas, es un contrato válido de acuerdo con la doctrina del artículo 1871 del Código Civil, de manera que resulta improcedente plantear con ocasión de acto de esta especie cuestiones sobre nulidad que no podrían encontrarse porque no falta en él ninguno de los elementos de existencia ni validez contractual que determina la ley. Y respecto de la tradición tampoco procede la declaratoria judicial de su inefectividad, como malamente lo entendió el Tribunal, porque tratándose de venta de cosa ajena la tradición que de ella se haga es inválida y el dueño, mientras su derecho no se extinga por prescripción, puede obtener del poseedor adquirente la entrega de la cosa. "Para que el modo de adquirir por tradición el dominio de las cosas produzca el efecto de transferir la propiedad, es necesario que ocurran ciertas condiciones subjetivas, que, miradas en la persona del tradente, consisten, como se ha dicho, en ser dueño de la cosa, en tener la facultad de enajenarla y en abrigar la intención de hacer la transferencia. Repítese que no es tradente la persona que dice enajenar o quiere enajenar, sino aquella que por la tradición es capaz de transferir y transfiere el dominio de la cosa entregada, es decir, al sujeto provisto de dominio, facultad e intención. De ahí que según los artículos 742 y 744 del Código Civil, la tradición no es válida mientras no la efectúe con voluntad el tradente o su mandatario o su representante. Lo cual significa que la tradición no puede ser hecha válidamente sino por el dueño de la cosa, hábil para disponer de ella y dispuesto a enajenarla, o por quienes obren dentro de los límites de un mandato o de una representación legal. Como si estos principios no fueran suficientes, el legislador quiso sentar uno más perentorio y así lo dijo en el artículo 752 del Código, que si el tradente no es el 'verdadero dueño' de la cosa que se entrega por él a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. No se habla aquí simplemente de dueño, sino de 'verdadero dueño', para condenar de una vez las enajenaciones hechas por dueños putativos o aparentes." *(Gaceta Judicial,* XLIII, páginas 40 a 43).

«Es a la luz de la teoría de la inoponibilidad, según lo predicho, como más claro se ve y más jurídicamente se explica la doctrina de la Corte en que se ha hablado de invalidez e inexistencia de los actos jurídicos de disposición, ejecutados por el marido a espaldas de su cónyuge respecto de bienes pertenecientes a sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya formadas y que bajo su vigencia no han sido provisionalmente liquidadas.

«La acción conducente en este caso en que uno de los cónyuges ha dispuesto de un bien que no le pertenece, para que la sociedad conyugal, titular de la propiedad, sea reintegrada en su patrimonio, es la real de dominio o reivindicatoria, que tiene el carácter de principal y directa, esto es, que su ejercicio no se subordina a la prosperidad de otra acción. Hay casos en que la acción reivindicatoria se presenta como consecuencia de una de nulidad o de una resolutoria; pero tratándose de la que compete al dueño de la cosa vendida por otro, para evitar perjuicio a su derecho, y en que se va a hacer una confrontación de títulos, es una acción independiente que no tiene por qué ser interferida por un contrato que le es inoponible a él aunque sea completamente válido entre quienes lo celebraron. Estas condiciones de la acción de dominio en querellas de esta especie fueron destacadas por la Corte en sentencia visible a página 267, tomo LIII de la *Gaceta Judicial.*» (Juicio iniciado por Francisco Aguilar y Emiliana Alarcón contra la sucesión intestada de Julia Sanín).

Y esta acción reivindicatoria corresponde en primer término a los herederos y sucesores del cónyuge muerto, porque éstos tienen interés jurídico, y por lo tanto, personería sustantiva, toda vez que son afectados con la disminución del patrimonio herencial y social así como son favorecidos por el aumento de éste. Tienen a título de herederos del causante, sucesores en los derechos y obligaciones transmisibles de éste (artículo 1155 del Código Civil), los mismos derechos que tendría aquél, y esto queda más patente si se considera que hoy, bajo el régimen de la Ley 28, el cónyuge sin cuyo consentimiento ha sido vendido, un bien social por el otro cónyuge, tiene también esa acción de reintegro y la tienen sus herederos.

Como la herencia se defiere al heredero en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata (artículo 1013 del Código Civil), como la sucesión de una persona se abre en el momento de su fallecimiento y en su último domicilio (artículo 1012 ibídem), y como la aceptación de la herencia da la aptitud legal para hacer todas las gestiones conducentes no sólo a la liquidación de aquélla sino a la seguridad de los bienes y a su reintegración, es claro que la demandante Petronila Custodia León Ramírez está investida de la personería sustantiva del caso para hacer las peticiones contenidas en la demanda.

Al no haber sido estimado este extremo en esa forma, el Tribunal dejó de aplicar los artículos que cita el recurrente, y que son los mismos a que acaba de referirse la Corte.

Significa lo anterior que la sentencia debe ser casada.

En cuanto a la declaratoria de que los bienes que aparecen vendidos por la escritura 386 de 15 de julio de 1939 ya mencionada, son de la sociedad conyùgal que existió entre Pedro María Leal y Purificación León y entran por lo tanto en el juicio de sucesión de ésta, es una petición a la que debe accederse por lo que se expresó arriba.

El fallador de San Gil estimó que esa escritura no fue sino el cumplimiento de un pacto secreto entre Pedro María Leal y Arcadio Leal, pues partió de la base de que Arcadio le había vendido simuladamente esos bienes a Pedro María. De esto dedujo que la venta estaba bien hecha y que la demandante carecía por ese concepto de personería. El Tribunal se basó para ello en la sola declaración de Pedro María Leal.

No admite la Corte esta conclusión, porque la sola declaración de una de las partes sobre que un contrato es simulado, no afecta al otro contratante, ni menos a los terceros de buena fe, ni aun en el caso de que los dos contratantes estuvieran de acuerdo en que hubo simulación. Por otra parte, y como lo tiene establecido esta corporación, no sólo los herederos sino aun los acreedores, en ciertos casos, del que contrató simuladamente, tienen personería para demandar como simulados los actos o contratos de su causante o deudor, que lo hayan sido realmente.

Establecido como está que al fallecer Purificación León quedaron $ 6.300 en poder del cónyuge supérstite Pedro María Leal, y teniendo en cuenta que según el numeral 3º del artículo 1781 del Código Civil, ese dinero es de la extinta sociedad conyugal, debe decretarse su reintegro y entrar a formar parte de la masa liquidable y partible de la sucesión y de la sociedad conyugal.

Se demandó la nulidad de la letra de cambio, más bien del contrato de cambio que expresa la letra, por $ 6.000 girados por Pedro María Leal a favor de Arcadio Leal, el 15 de enero de 1930.

En la demanda se afirma que ese contrato es simulado y cree por eso la parte demandante que es nulo. Respalda su afirmación únicamente en una conjetura, o sea, el tiempo en que fue girada, durante la existencia de la sociedad conyugal, y el tiempo en que se presentó para su recaudo ejecutivo. No hay más pruebas sobre el particular. Es obvio que con una conjetura de esa especie no puede proceder una declaratoria de simulación. El Tribunal estudió en sí la letra como instrumento negociable y halló que no adolecía de nulidad. En esta parte acertó el fallador.

Ahora, si habiendo sido girada esa letra durante la existencia de la sociedad conyugal y cobrada después de disuelta ésta a Pedro María Leal, por la vía ejecutiva, procedió la ejecución según el Juez que conoción de ese asunto, contra Pedro María Leal directa y personalmente, en lugar de haberse enderezado la acción contra la sucesión ilíquida de Purificación León y contra la sociedad conyugal de que ésta formó parte, es un extremo que nada tiene qué ver en este litigio y que es materia de una acción distinta.

Se demandó la nulidad del acto de protocolización del finiquito otorgado por Arcadio Leal a Pedro María Leal y de que da cuenta la escritura de 5 de julio de 1939, número 113 de la Notaría de Contratación.

Mas ese acto ni en su fondo ni en su forma adolece de nulidad de ninguna especie. Por otra parte, tal finiquito no afecta los intereses ni situación jurídica de la parte demandante en este juicio, como tampoco los intereses de la herencia de Purificación León ni de la sociedad conyugal que existió entre ésta y su marido Pedro María Leal.

El Juez *a quo* desató la litis sobre el concepto de que se trataba de una nulidad absoluta en la enajenación de que da cuenta la escritura 386; pero, como ya quedó expresado, y para aclarar aún más el asunto, se subraya que en este litigio, en el fondo, no se trata de nulidad de ese acto, sino que todo el problema versa sobre una acción de reintegro y de inoponibilidad de un título de venta, el constituído por la escritura 386, contra los sucesores de Purificación León.

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:

1º No están probadas las excepciones propuestas por la parte demandada;

2º Declárase nula la hipoteca constituída por medio de la escritura pública número ciento nueve (109) de veinticuatro (24) de junio de mil novecientos treinta y nueve (1939), otorgada en la Notaría del Circuito de Contratación;

3º Declárase que los bienes que aparecen vendidos por Ignacio Hurtado, como apoderado de Pedro María Leal a Arcadio Leal, y de que da cuenta la escritura trescientos ochenta y seis (386), de quince (15) de julio de mil novecientos treinta y nueve (1939), de la Notaría del Socorro, pertenecen a la sociedad conyugal ilíquida hoy, y que existió entre Pedro María Leal y

Purificación León, y que deben entrar en la masa partible de esa sociedad;

4º Condénase, por lo tanto, a Arcadio Leal a restituír dichos bienes a la mencionada sociedad iliquida, junto con los frutos civiles y naturales que hubieren producido, desde la contestación de la demanda, dentro del plazo de seis días contados desde la ejecutoria del auto de obedecimiento y cumplimiento que el Juez *a quo* debe dictar en virtud de esta sentencia;

5º Declárase que pertenece a la sociedad conyugal iliquida hoy, que existió entre Pedro María Leal y Purificación León, la suma de seis mil trescientos pesos ($ 6.300) moneda corriente, que debe entrar en la masa partible de dicha sociedad;

6º Condénase a Pedro María Leal a pagar dicha suma, a la mencionada sociedad, junto con sus intereses legales, desde la muerte de Purificación León hasta el día del pago, el cual deberá hacerlo dentro de los seis días de que trata el numeral 4º de esta sentencia;

7º Se niegan las demás peticiones de la demanda, de las cuales se absuelve a los demandados;

8º Por el Juzgado de origen líbrense los correspondientes despachos al Registrador y Notario respectivos para que cancelen la inscripción de la hipoteca y el contrato sobre ésta, de que da cuenta la escritura ciento nueve (109) citada;

9º 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.

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

Recurso de hecho

La Corte, Sala de Casación Civil, sólo puede conocer de un recurso de hecho cuando éste tiene por objeto el que se conceda el recurso de casación por tratarse de sentencias que conforme a la ley, están sujetas a él. En ningún otro caso es procedente ocurrir de hecho ante esta entidad.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Hallándose al conocimiento del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en segunda instancia, el juicio ordinario que Juan de Jesús Morales adelanta contra María y Josefina Rivas Groot, recusó Morales al Magistrado doctor Alejandro Venegas.

Tramitada la recusación en forma legal, los Magistrados restantes de la Sala de Decisión, por auto fechado el doce de mayo último, la declararon no probada y condenaron al recusante al pago de una multa de $ 25.

Tal auto fue notificado por estado el quince de mayo, y ese mismo día pidió Morales que se repusiera en el sentido de no condenarlo al pago de la citada multa, reposición que le fue negada por auto del veintiséis del propio mayo, aunque sí se redujo la multa a $ 15.

Este último auto fue notificado el primero de junio por anotación en estado, y, además, personalmente a Morales, quien hizo constar en la diligencia de notificación: "Impuesto firma, manifestando que apela *de dichos autos.*"

El Tribunal, en providencia de siete de junio, consideró que el auto del veintiséis de mayo era inapelable, conforme al artículo 492 del Código Judicial, y negó "la apelación interpuesta en la anterior diligencia de notificación por el recusante Juan de Jesús Morales".

No satisfecho Morales, presentó un nuevo memorial el doce de junio, en el que insiste en que se reponga el auto y se le conceda la apelación interpuesta, y, en subsidio, pide que se le expida copia de lo conducente para recurrir de hecho.

El Tribunal, en providencia del diez y seis de junio, sostuvo su auto del siete del propio mes y ordenó expedir la copia solicitada.

Expedida la copia ocurrió Morales ante esta Sala, ejercitando el recurso de hecho, por memorial presentado el cinco de los corrientes, en el cual pide que se le conceda, en el efecto suspensivo, la apelación que interpuso contra el auto del Tribunal que lleva fecha doce de mayo próximo pasado.

Dice el memorialista:

"Resuelta la recusación por el auto de fecha 12 de mayo último, presenté mi memorial de reposición, no en lo referente al punto esencial, sino en lo relativo a la multa que se decretó contra mí. Y si bien es cierto que en este memorial no interpuse el recurso de apelación para el caso de que no se accediera al pedimento de reposición parcial solicitada, también lo es como aparece en la notificación personal que se me hizo el día primero de junio, que interpuse, y así está consignado en la diligencia respectiva, apelación contra los autos anteriores, entre los que se cuenta el de 12 de mayo; por eso dice así la notificación: 'Impuesto firma, manifestando que apela de dichos autos'."

Aunque la Corte no ha de entrar a estudiar el asunto en el fondo, por las razones que adelante se expresarán, conviene anotar aquí que el auto que se notificó a Morales en la Secretaría del Tribunal el primero de junio, fue únicamente el de veintiséis de mayo, pues el del doce de ese mes había sido notificado por estado el quince del mismo mayo (folio 5), y, por tanto, para el primero de junio se hallaba más que ejecutoriado.

La diligencia de notificación personal del auto de veintiséis de mayo (folio 6 vuelto), dice:

"En primero de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) notifiqué *el auto anterior* (el de 26 de mayo) al señor Juan de Jesús Morales. Impuesto, firma, manifestando que apela *de dichos autos.*"

Para resolver el recurso de hecho de que se viene hablando, se considera:

Esta Sala, que no es de instancia sino para conocer del recurso extraordinario de casación, sólo puede conocer de un recurso de hecho cuando éste tiene por objeto el que se conceda dicho recurso de casación, por tratarse de sentencias que conforme a la ley están sujetas a él. En ningún otro caso es procedente ocurrir de hecho ante esta entidad.

Como en el presente caso el recurso no se refiere a ninguna de las sentencias enumeradas en el artículo 519 del Código Judicial, sino, simplemente, a un auto interlocutorio, no es procedente, ni la Sala tiene jurisdicción para admitirlo.

En consecuencia, no debe admitirse, y no se admite, el recurso de hecho de que se ha venido haciendo mérito.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

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

Acción para el pago de una suma de pesos

1. Los contratos, al tenor del artículo 1603 del Código Civil, "deben ejecutarse de buena fe", y, así como son nulas según el artículo 1553 ibídem, las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, del propio modo y siguiendo los mismos principios de equidad que dictaron esta disposición, no puede aceptarse la validez de una estipulación que dejara al arbitrio del deudor algo, dígase una suma de dinero, el devolverla o pagarla en cuanto pronunciara o tuviera a bien pronunciar su satisfacción respecto de alguna obligación de su acreedor a que se hubiera sometido ese pago.

2. Nuestra ley no permite la reformatio in pejus. **Así se ve en el artículo 494 del Código Judicial, según el cual la apelación no se entiende interpuesta sino en lo desfavorable al apelante, y "el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso."**

3. Tratándose de una condición consistente en que una escritura pública se inscriba en el competente libro de registro, no es aceptable que para entenderla del modo más racional haya de demostrarse que determinada persona viajó a la cabecera del respectivo Circuito a entregársela personalmente al Registrador, o que se valió de emisario especial con ese fin. Llevar una escritura al registro es una obligación de hacer que no requiere o implica la consideración a la aptitud o talento del deudor a que por excepción mira el artículo 1630 del Código Civil, cuando sienta el principio general de que cualquiera puede pagar por el deudor. Salta a la vista que lo que interesa al comprador de un inmueble no es la persona portadora de la escritura a la Oficina de Registro, sino que la escritura se inscriba en el libro competente de ésta.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Hinestrosa Daza).

El señor Francisco Baraya Vengoechea, por sí y como apoderado de las señoras Rosalbina Vengoechea de Baraya, Inés Baraya de Blanco, Elvira Baraya de Vengoechea y Rosalbina Baraya de Liévano, de la señorita María Baraya V. y del señor Ricardo Baraya V., por escritura número 1576, ante el Notario 2º de Bogotá, el 4 de junio de 1936, vendió al doctor Abel Losada la finca determinada allí, en $ 24.000 pagados por el comprador.

Ese mismo día es el de la carta cuyo original forma el folio 7 del cuaderno 1º de este proceso, la que se transcribe por ser la clave de la demanda inicial del mismo. Dice:

"Bogotá, junio 4 de 1936—Señor General Abel Losada—Ciudad—Estimado señor y amigo: Sirve esta carta para dejar constancia de que hoy va usted conmigo a firmar la escritura de compraventa de la finca *Guayaquil*, ubicada en el Municipio de Puerto Liévano, que yo le he vendido. Los dos hemos convenido en que mandaré inmediatamente que se me entregue por la Notaría 2ª de esta ciudad la copia de la escritura respectiva al registro en el Círculo de La Palma, que es donde corresponde registrarla; y que yo arreglaré con el señor Lucio Silva que se traslade inmediatamente a la finca para que arregle personalmente con los arrendatarios de la hacienda los contratos de arrendamiento que el señor Silva hizo, como arrendatario que fue de la misma finca, contratos que son válidos y que deben quedar en cabeza de usted como dueño ya de la finca y a su entera satisfacción, a fin de evitar conflictos entre los arrendatarios y usted. Una vez que tengamos la copia de la escritura registrada en La Palma, y arreglado el asunto arrendatarios, usted me entregará inmediatamente, bajo entrega que le haga yo de todos estos papeles respectivos, la suma de tres mil pesos ($ 3.000) moneda corriente. Sírvase decirme al pie de esta carta si está usted de acuerdo y conforme con lo expresado en ella. De usted atento seguro servidor y amigo, *Francisco Baraya V.* Aceptado y conforme, *Abel Losada.*"

Descontando $ 500 recibidos a buena cuenta y afirmando estar cumplidas estas obligaciones, los vendedores demandaron ejecutivamente a Losada para el pago del saldo y, por no haberles prosperado su acción en esa vía, incoaron contra él demanda ordinaria a fin de que se le condene a pagarles tal saldo, o sea, un principal de $ 2.500 y sus intereses.

Admitida la demanda por el Juzgado 4º Civil de este Circuito, la contestó el demandado oponiéndose por no estar cumplidas esas obligaciones y al propio tiempo formuló reconvención contra sus demandantes afirmando que no le han entregado totalmente la finca y pidiendo se les condene a esa entrega material en su totalidad y a indemnizarle los consecuenciales perjuicios y pagarle las costas.

Tramitada la primera instancia, el Juzgado sentenció el 14 de noviembre de 1941, así: condenó a Losada al pago de los $ 2.500 y expresamente negó los intereses pedidos a su cargo por los demandantes y absolvió a éstos de los cargos de la contrademanda, sin costas.

Losada apeló. Surtida la segunda instancia en el Tribunal Superior, se decidió en fallo de 26 de noviembre de 1943 confirmando el apelado con la única reforma de condenar a Losada al pago de intereses.

Este interpuso casación, recurso que por estar ya preparado debidamente, pasa a decidirse, no sin advertir que la actuación ha tropezado con dificultades para su marcha, de manera que, por ejemplo, presentada la demanda el 21 de mayo de 1940, no se notificó hasta el 30 del subsiguiente julio; por incidentes que no es el caso de detallar, no se abrió la causa a prueba hasta el 3 de diciembre de ese año; apelada la sentencia del Juzgado el 1º de diciembre de 1941, no llegó el expediente al Tribunal sino el 21 de mayo de 1942, y aunque la sentencia de éste es de 26 de noviembre de 1943, el proceso no llegó a la Corte hasta el 3 de marzo de 1944.

Juzgado y Tribunal hallaron probados, tanto el cumplimiento de los compromisos que asumió Baraya en la citada carta, como la obligación de los vendedores de entregar la cosa vendida. De ahí, respectivamente, la condena al pago de los $ 2.500 y la absolución en lo tocante a la contrademanda. Cuanto a intereses, el Juzgado no encontró mora en Losada, por no haberse estipulado plazo y no habérsele requerido; y, además, por no hallar requerimiento en la actual demanda. El Tribunal sí la halló. De ahí que aquél absolviera y éste condenara a pagarlos.

Adelante se estudiará lo atañedero a intereses, sobre lo cual el abogado del recurrente aduce el motivo 2º del artículo 820 del Código Judicial. Sobre lo restante de la sentencia recurrida aduce el motivo 1º de esta disposición acusando de error de derecho y de error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas y de consecuencial quebranto de las disposiciones sustantivas que cita como corresponde a este cargo y que, en lo pertinente, aquí se verán.

La acusación, en lo atañedero a la demanda principal, se resume en que, siendo la obligación de Losada condicional, se ha pasado por alto el cumplimiento de la condición o se ha dado ésta por cumplida sin estarlo, violando al condenarlo al pago, los artículos 1540 a 1542 del Código Civil, como efecto, según ya se dijo, del error en la apreciación de las pruebas con que los demandantes han pretendido acreditar y el Tribunal reputa acreditado ese cumplimiento de las obligaciones de Baraya a que, como condición, quedó sujeta la de Losada.

Se considera:

Baraya, al tenor de la carta transcrita, se comprometió: a) A proveer sin dilación al registro de la escritura en La Palma, y b) Al arreglo de los contratos de subarriendo celebrados por el arrendatario Silva en forma de que aquéllos quedasen en cabeza del nuevo dueño y de evitarle conflictos, gestión que se encomendaría a Silva y tras de la cual Baraya entregaría a Losada los respectivos papeles.

La primera de esas obligaciones la encuentra el Tribunal cumplida en vista de la nota de registro que se halla al pie de la copia notarial de la escritura y que se ve al folio 6 frente, del cuaderno 1º, según la cual este instrumento quedó inscrito en la La Palma en el competente libro de registro el día siguiente, esto es, el 5 del mismo junio.

Ante hecho tan decisivo, resalta la inadmisibilidad del cargo del recurrente, según el cual el Tribunal incurrió en error de derecho, a que aquél añade el calificativo de manifiesto, porque se toma esa nota como comprobante, no sólo del registro, sino de que fuese Baraya quien a éste proveyó llevando la copia de la escritura a aquella Oficina.

El artículo 1540 del Código Civil dice: "La condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes."

Tratándose de una condición consistente en que una escritura pública se inscriba en el competente libro de registro, no es aceptable que para entenderla cumplida del modo más racional haya de demostrarse que determinada persona viajó a la cabecera del respectivo Circuito a entregársela personalmente al Registrador, o que se valió de emisario especial con ese fin. Llevar una escritura al registro es una obligación de hacer que no requiere o implica la consideración a la aptitud o talento del deudor a que por excepción mira el artículo 1630 del Código Civil cuando sienta el principio general de que cualquiera puede pagar por el deudor. Salta a la vista que lo que interesa al comprador de un inmueble no es la persona portadora de la escritura a la Oficina de Registro, sino que la escritura se inscriba en el libro competente de ésta. Repítese

que, conforme al artículo 1540 que acaba de transcribirse, se presume que las partes han entendido como modo de cumplirse la condición, el más racional.

Así, pues, no puede acogerse el cargo de error que se le formula al Tribunal porque, ante esa nota de registro hecha el 5 de junio de 1936, de la escritura otorgada la víspera, haya reconocido que quedó cumplida ese día esta obligación de Baraya.

Otro tanto es de declararse respecto del reclamo del recurrente porque el Tribunal dé por cumplida esa condición, a pesar de que no consta que Baraya en persona entregara materialmente a Losada la copia de la escritura, una vez realizado su registro. Lo antedicho justifica la inadmisión del cargo, aunque se aceptase la interpretación del recurrente conforme a la cual la copia de la escritura quedó incluída entre los papeles a que se refiere la carta en la frase final de su primer párrafo.

El otro compromiso de Baraya erigido en condición para la entrega del dinero materia del pleito fue el arreglo con los arrendatarios. Como se vio, la carta señala al señor Lucio Silva como agente de que se valdría Baraya para que, trasladándose sin demora a la hacienda, arreglase con sus subarrendatarios los contratos a la sazón vigentes, de que la carta dice "que son válidos", en forma de que éstos quedasen en cabeza de Losada y reconocido este señor por aquéllos como dueño y arrendador, a fin de evitarle conflictos.

El abogado recurrente dice que lo único comprobado es que Silva fue a la hacienda y congregando a los arrendatarios les echó el cuento de la compra de Losada. De ahí deduce, con su acusación de error en la apreciación de las pruebas respectivas, el cargo de violación de las referidas disposiciones legales.

No es sólo eso lo acreditado con tales pruebas. El Tribunal las lee y escudriña y es así como encuentra que un número plural de testigos, Silva el primero, y entre ellos los más de los arrendatarios, declaran, dando pormenores y la razón de su dicho, cuáles son éstos, en lista establecida satisfactoriamente, y que todos ellos han hecho para con Losada el reconocimiento antedicho. De esos arrendatarios los más lo eran por contrato verbal y sólo dos por contrato escrito. No figura entre las obligaciones de Baraya la de que los verbales se extendiesen en documento; de manera que no se justifica esta exigencia.

Los escritos eran el de Jacinto Rojas, acerca del cual nada se reclama, y el de Félix Méndez, respecto del cual el Tribunal halla cumplida la obligación en referencia porque Méndez vino a Bogotá, reconociendo a Losada como dueño y, por ende arrendador, a entenderse con él sobre su contrato a la sazón en curso, y porque, muerto Félix, Jorge Méndez, en calidad de su hijo y heredero, ha hecho ese reconocimiento en favor de Losada y manifestádose dispuesto a continuar con él ese contrato.

Así las cosas, no es admisible el cargo que se le formula al Tribunal en relación con el arrendatario Méndez.

El recurrente dice que la demanda misma contiene la confesión de Baraya de no haber cumplido lo de dichos arreglos en lo que hace a Méndez, y para ello cita el hecho 9º de la demanda inicial. Pero lo que ésta dice allí es algo muy distinto, puesto que comienza por advertir la muerte de Félix, a que atribuye la imposibilidad de cumplir que habría podido invocar en su descargo, para agregar en seguida que a pesar de eso gestionó lo conducente a que Jorge, continuador de Félix en la ocupación de lo arrendado a éste, se entendiese con Losada, de quien Jorge Méndez es arrendatario en la actualidad.

Eso, en cuanto a la susodicha confesión de Baraya en ese hecho 9º. Por lo demás, agrega en lo tocante a Méndez que, por nuevas exigencias de Losada que Méndez ha estimado gravosas, éste se halla dispuesto a desocupar en recibiendo el valor de sus mejoras, sin pretensión alguna sobre el suelo, sin desconocimiento de que sea Losada el dueño de la hacienda.

De paso se advierte que Baraya procedió, como base, sobre la validez de los contratos aludidos, declarada en la carta, y que no asumió responsabilidad alguna sobre los nuevos contratos que ocurrieran más tarde ni sobre las condiciones que hubiera Losada de exigir en lo sucesivo a sus arrendatarios.

El abogado recurrente acusa por haberse admitido lo de la muerte de Félix Méndez y de que Jorge sea calificado de su hijo y heredero sin obrar en el proceso las correspondientes actas del estado civil. No es admisible el reclamo, tanto porque no se trata de causa mortuoria, declaratoria de heredero, disputa de estado civil o en general, contienda o actuación de esa clase en que sería erróneo proceder sin requerir esas precisas pruebas, sino que se trata de fines muy distintos en que el hecho de la muerte y de la sucesión hereditaria sólo tangencialmente figuran, cuanto porque, siendo Jorge Méndez el actual ocupante y habiéndose puesto al habla Losada con él para determinar su continuación en el contrato, sin reparo a su personería, como lo habría sido la previa exigencia de su calidad de representante o heredero de Félix Méndez, el Tribunal no tenía por qué requerir el acta de defunción de éste para saber si mientras vivió estuvo listo a entenderse con Losada como nuevo dueño o si quien le sucedió en esa ocupación ha hecho este reconocimiento.

El abogado recurrente reclama porque la carta establece que los arreglos con los arrendatarios habían de ser a entera satisfacción de Losada y, sin embargo de eso, sin haberse manifestado ni mediar esa satisfacción, el Tribunal da por cumplido el compromiso de Baraya.

Este reclamo es igualmente inaceptable. Una estipulación contractual no puede extremarse así, entre otras razones porque ello implicaría que quien así se obligara quedaría a merced de la otra parte contratante, la cual, como es obvio, bien puede no declararse satisfecha jamás. Los contratos, al tenor del artículo 1603 del Código Civil "deben ejecutarse de buena fe"; y, así como son nulas según el artículo 1535 ibidem las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, del propio modo y siguiendo los mismos principios de equidad que dictaron esta disposición, no puede aceptarse la validez de una estipulación que dejara al arbitrio del deudor de algo, dígase una suma de dinero, el devolverla o pagarla en cuanto pronunciara o tuviera a bien pronunciar su satisfacción respecto de alguna obligación de su acreedor a que se hubiera sometido ese pago.

En el caso presente, siguiendo el precepto de que la condición debe cumplirse como la han entendido las partes y recordando la presunción de que el modo más racional de cumplirla es el entendido por ellas, es de reconocerse que la condición convenida no consiste en que Losada declare su entera satisfacción, sino en algo tan efectivo y fundamental y tan extraño a la mera voluntad de una de las partes como son en su realidad los hechos mismos, esto es, el arreglo con los arrendatarios.

Vistas así las cosas, que en ley y equidad no pueden verse de otro modo, no se encuentra ni el error del Tribunal en la apreciación de la prueba de tales arreglos, ni la consecuencial violación de los citados artículos 1540 a 1542 del Código Civil.

Todo esto significa que no puede infirmarse la sentencia recurrida en lo que mira a la condena sobre pago de los $ 2.500.

Siguiendo este estudio en lo correspondiente al motivo 1º de los del artículo 520 del Código Judicial, se pasa a lo tocante a la demanda de reconvención, fundada en la falta de entrega total de la finca vendida. Esa falta se deriva por el comprador contrademandante de no estar hechos los arreglos con los arrendatarios y también de que dentro de la finca hay terceros que se deniegan a reconocerlo como dueño, alegando serlo ellos o ser baldíos los terrenos que ocupan.

Ya está visto que el reclamo sobre falta de arreglo con los arrendatarios es inadmisible. Cuanto a los colonos, se observa: varias son las declaraciones de testigos que al respecto obran en autos, unas de terceros que deponen sobre ese hecho, y otras de los que aparecen como tales colonos proclamando al rendir su testimonio sus afirmaciones de dominio personal y su negativa a reconocer el de Losada, enfáticamente. No adolece la sentencia de la prescindencia de esta prueba de que la acusa el recurrente. Por el contrario, el Tribunal analiza una a una las declaraciones de todos esos testigos, y si llega a la conclusión a que llegó, es porque, encontrando *ab initio* en escritura y carta la entrega por los vendedores al comprador, encuentra también, de otro lado, que éste no infirma tal entrega con esos testimonios, por la poderosa razón de que los testigos que no son de oídas meramente, no precisan lo que dicen estar ocupado por esos colonos o terceros, al punto de que no puede decirse que lo ocupado así sea parte integrante de la hacienda, esto es, que quede dentro de las lindes trazadas en la escritura de contrato.

Esto hace ver que el cargo de error no prospera y que no puede acogerse, por tanto, el consecuencial de violación del artículo 1882 del Código Civil que de allí deriva el abogado recurrente.

Dentro del mismo motivo 1º se detiene éste a indagar el título en cuya virtud los $ 3.000 de la carta se hallan en manos de Losada, que el Tribunal dijo ser parte del precio. El recurrente, recordando el *constitutum possessorium* de los romanos, sostiene que es prenda.

Es del todo inoficioso seguirlo en esa indagación, puesto que para los efectos de la sentencia, esto es, para saber que Losada está obligado a entregar esa suma, tanto da considerarla prenda que cauciónó los compromisos de Baraya, o como parte integrante del precio o también como parte del precio destinada a ese papel de garantía. Estas distinciones no inciden en casación. Si, como se ha visto, ha de reputarse aquí comprobada la entrega de la cosa vendida y cumplidas, de otro lado, las condiciones pactadas en la carta, de esto ha de derivarse, cualquiera que sea el concepto sobre aquellos temas, la absolución de los vendedores contrademandados y la condena del demandado a pagar el principal materia de su demanda.

Cuanto a intereses, se considera: nuestra ley no permite la *reformatio in pejus*. Así se ve en el artículo 494 del Código Judicial, según el cual

la apelación no se entiende interpuesta sino en lo desfavorable al apelante y "el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso". No hay para qué hablar de las salvedades que hace esa disposición *in fine*, porque no ocurren en el presente recurso.

La sentencia de primera instancia absolvió a Losada del pago de intereses, en fuerza de razonamientos que, acertados o erróneos, no podían estudiarse en el Tribunal por la decisiva circunstancia de que el tema mismo de los intereses no se hallaba ante él *sub judice*, porque Losada fue apelante único de la sentencia del Juez.

Este breve razonamiento basta para acoger el cargo relativo a la condena que la sentencia recurrida pronuncia respecto de intereses, sin necesidad, por tanto, de seguir el estudio del recurrente sobre las varias disposiciones legales relativas a la mora, de donde él, penetrando en el fondo de ese problema, deduce, con razón o sin ella, que no es el caso de hacer esa condenación.

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 Bogotá el veintiséis de noviembre último, suprimiéndole la condenación al pago de intereses, y la deja vigente en todo lo demás, esto es, en cuanto confirma la de primera instancia.

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

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Impugnación de un acta de matrimonio católico.—Alcance jurídico del principio de que la legislación canónica debe ser solemnemente respetada por las autoridades de la República

Conforme a jurisprudencia de la Corte, en desarrollo del 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 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 católicos, y al proceder así surgieron dos consecuencias: la primera, la forma como deben celebrarse esos matrimonios, y la segunda, el modo de prueba de ellos; en cuanto a la primera, 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, hoy reformados; pero reforma, observa la Corte, producida después de verificado el matrimonio cuya existencia se discute y de sentada el acta respectiva. Según lo anterior, el matrimonio civil tiene su prueba principal que es la determinada por los artículos 364 a 367 del Código Civil, y el católico la suya propia, reglamentada por el Derecho Canónico y aceptada por la ley civil. El modo de levantar cada una de esas pruebas, de suplirlas, de enmendar los errores que en ellas se hayan cometido y de sentarlas después de celebrado el acto, está reglamentado, para el matrimonio civil, por el código del ramo y para el católico, por el Derecho Canónico. Presentada en juicio una partida de matrimonio católico, levantada por la autoridad correspondiente, ya sea a raíz de la celebración del matrimonio, ya posteriormente a ese hecho, cuando se ha omitido hacerlo en la oportunidad debida, y cuando esto se verifica con las formalidades del previo juicio que al efecto exige el Derecho Canónico, esa partida se presume auténtica y es plena prueba. Pero lo anterior no quiere decir que las partidas de origen eclesiástico, como las de origen civil, que se presumen auténticas, no puedan ser atacadas o redargüidas de falsas. Así lo había dicho la Corte en sentencia de 15 de diciembre de 1941, publicada en el tomo LII, páginas 883 y siguientes de la Gaceta Judicial. Y es que aunque las partidas de origen eclesiástico procedan de autoridades muy respetables, no son intocables, y la Iglesia no ha pretendido tal cosa. En el caso de autos no se discute la autenticidad de la partida de matrimonio en sí misma, pues lo que debió averiguarse es si, no obstante asentada aquélla, no se verificó el matrimonio, cuestión ésta que no sólo en este caso sino en muchos otros puede suceder por cuanto quienes dan orden de asentarla, aun cuando ésta no proceda de un juicio canónico previo, pueden haber sido inducidos, por error o por engaño, y esto último es muy posible.

Si es cierto que la legislación canónica debe ser solemnemente respetada por las autoridades de la República, tal principio no significa que siempre y en todo caso, y sin restricción ninguna, dicha legislación vincule forzosamente a los Jueces civiles, para hacerla producir efectos meramente civiles. Los efectos canónicos se producen siempre. No se trató en el proceso a que alude la Corte de una causa de nulidad o validez de un matrimonio católico, cuya jurisdicción privativa habría correspondido a la autoridad eclesiástica, ni de casos en que la legislación canónica no interfiere plenamente en la civil, por existir algún texto legal que lo impida, sino de averiguar y estimar el valor probatorio, ante la ley civil, de cierto matrimonio y de establecer si esa partida estuvo o nó conforme con el hecho. El poder civil, por medio del Organo Judicial, tiene facultad para ello, la cual ha ejercitado en muchas otras ocasiones similares al que decidió la Corte, y por eso con frecuencia se dejan de estimar partidas de origen eclesiástico, tanto por defectos de fondo como de forma.

El artículo 22 de la Ley 57 de 1887 no es un texto legal que pueda interpretarse ais-

ladamente, pues debe hacerse a la luz de los artículos 392, 393 y 394 del Código Civil. Las actas a que ese artículo se refiere pueden ser redargüídas o rechazadas ante el Poder Civil y por los procedimientos conducentes ante éste, cuando se está dentro de un juicio civil. Así debe entenderse el artículo citado, pues sería hasta una necedad afirmar que se rechazan o redarguyen de falsas sólo ante el Poder Eclesiástico, porque el Poder Civil no puede legislar sobre materias que son objeto del Derecho Canónico, ni darle a la autoridad eclesiástica el poder o jurisdicción de fallar sobre esas partidas, de estimarlas o rechazarlas, puesto que ese poder lo tiene aquélla en virtud de su propia y exclusiva jurisdicción, y como persona jurídica perfecta y completa, que es la Iglesia, personería que por otra parte reconocen los artículos 24 y 25 de la Ley 57 de 1887, y 4º del Concordato.

Las partidas del estado civil, aunque sean de origen eclesiástico, pueden ser rechazadas o redargüídas o suplidas en los mismos casos y términos que aquellas a que se contrae el Título XX del Código Civil, lo cual quiere decir y significa, como ya se explicó arriba, que caen no sólo bajo la valoración del Poder Civil, sino que ante éste pueden establecerse las tachas sobre su falsedad, y pueden ser rechazadas, en los casos en que se demuestre alguna de las circunstancias de los artículos 393 y 394 del Código Civil. Esta doctrina no es nueva, y ha sido sostenida en varias ocasiones por la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Los señores Francisco E. y Carlos A. Castro, Tulia Castro de González, Estefanía y Rosalía Castro y Nemesio Bohórquez intentaron juicio ordinario contra Abigaíl Farías o Quimbay v. de Cortés, en su carácter de heredera de Aura María Cortés, Julio Cortés Quimbay, Ernesto Ramírez B., Rogelio E. Salcedo y José Alejandro Vásquez, cesionarios y sucesores en parte de los derechos hereditarios de la precitada Aura María, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª Que Aura María Cortés no fue casada con el doctor Heliodoro Castro ni tiene por lo tanto el carácter de cónyuge sobreviviente de dicho doctor;

2ª Que carece de valor legal el reconocimiento hecho por el Juez Quinto del Circuito de Bogotá en auto de cuatro de diciembre de mil novecientos treinta y uno, de Aura María Cortés como cónyuge de Heliodoro Castro;

3ª Que carece de valor probatorio la partida de origen eclesiástico sentada por el Párroco de San Victorino el quince de noviembre de mil novecientos treinta y uno a virtud de la sentencia dictada por la Curia Primada el once de noviembre del mencionado año, en la cual se hace aparecer o constar la celebración del matrimonio entre Heliodoro Castro y Aura María Cortés;

4ª Que los demandantes, en su condición de herederos legítimos del doctor Heliodoro Castro F. son sus únicos herederos, y en tal virtud tienen derecho para recoger, por iguales partes, los bienes dejados por aquél, y

5ª Que carecen de valor y efecto las cesiones que de parte de sus derechos hizo Aura María Cortés a varios de los demandados, y la transmisión que de parte de esos derechos hicieron aquéllos a José Alejandro Vásquez.

El Juez del conocimiento, 1º del Circuito de Bogotá, desató la litis en primera instancia en sentencia de 14 de agosto de 1941, negando las peticiones de la demanda. La parte demandante apeló de ese fallo ante el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá y éste, aunque por razones distintas, confirmó la sentencia del inferior, en fallo de 1º de octubre de 1942, contra el cual interpuso recurso de casación la parte actora, y hoy la Corte procede a decidirlo.

La sentencia recurrida se funda en lo siguiente: Con la partida eclesiástica extendida por el Cura Párroco de San Victorino el 15 de noviembre de 1931, que contiene el acta de matrimonio del doctor Heliodoro Castro F. con Aura María Cortés, acta escrita en obedecimiento a las sentencias dictadas por el Vice-Provisor Eclesiástico y el Tribunal Eclesiástico, se demuestra el matrimonio de Heliodoro Castro con Aura María Cortés.

El anterior considerando es debido a que como el acta del matrimonio mencionado que se verificó en los primeros días de diciembre de mil novecientos diez y siete no se sentó en oportunidad, se ocurrió muchos años después al procedimiento canónico adecuado para la inscripción de la partida y ésta se inscribió el quince de noviembre de mil novecientos treinta y uno, por orden de la Curia Primada, orden contenida en la sentencia de once del mismo mes.

El fallador, fundándose en esa partida y en esas sentencias, basado en la presunción de verdad que de esa partida resulta y en los artículos 12 y 22 de la Ley 57 de 1887, 16 y 79 de la Ley 153 del mismo año, y 17 de la 35 de 1888, se pronunció por la existencia y comprobación del matrimonio católico celebrado entre Heliodoro Castro y Aura María Cortés.

El doctor Luis Felipe Latorre como apoderado de la demandante Estefanía Castro F. presentó su respectiva demanda de casación; a su turno el doctor Aurelio Cruz T., apoderado de los demás demandantes recurrentes, presentó la que le competía, y comoquiera que esas dos demandas son idénticas en el fondo y en las tesis que propugnan, deben considerarse como un solo cuerpo, y así lo que se diga respecto de los cargos aducidos en la del doctor Latorre, debe entenderse dicho respecto de los cargos presentados por el doctor Cruz.

Fundado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, hace varios cargos a la sentencia el apoderado de la señorita Estefanía Castro y es el primero violación de los artículos 12 y 22 de la Ley 57 de 1887, 16 y 79 de la Ley 153 de 1887 y 392 y 394 del Código Civil.

Por su importancia en este recurso, transcribe la Corte el siguiente aparte de la demanda, donde no sólo está concretado el pensamiento sino expuesto el problema que se debate en este juicio: "Ahora bien, dice el recurrente, los demandantes no han negado la autenticidad de la partida de que se trata, considerándola en sí misma por su aspecto extrínseco, no ha dicho nunca que sea falsa, como documento, no desconocen la autonomía de las autoridades eclesiásticas para haber ordenado extenderla y haberla extendido, ni el mérito y fuerza de la legislación canónica, ni la eficacia y efectos legales del matrimonio religioso. Lo que discuten y niegan es la autenticidad o veracidad del hecho que relaciona la partida, cosa diferente; y tanto que la misma sentencia de la Corte en que se apoya el Tribunal contiene pasajes clarísimos en el sentido de la posibilidad jurídica de contradecir el hecho mismo del estado civil a que se refiere una partida eclesiástica auténtica".

Planteado así el problema, surgen dos cuestiones: una de derecho, que no se discute: la autenticidad de la partida; y otra de hecho, a saber: si es exacto lo aseverado en el acta de matrimonio.

En cuanto a lo primero, cree la Corte conveniente por vía de doctrina, referirse a la jurisprudencia que al respecto tiene sentada. y en especial a su sentencia de 15 de diciembre de 1941 (*Gaceta Judicial*, tomo LII, páginas 833 y siguientes). Según el artículo 16 de la Ley 153 de 1887, como se dijo en la mencionada sentencia, 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 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 católicos, y al proceder así surgieron dos consecuencias: la primera la forma como deben celebrarse esos matrimonios y la segunda el modo de prueba de ellos; en cuanto a la primera 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, hoy reformados; pero reforma, observa la Corte, producida después de verificado el matrimonio cuya existencia se discute y de sentada el acta respectiva.

Según lo anterior, el matrimonio civil tiene su prueba principal que es la determinada por los artículos 364 a 367 del Código Civil, y el católico la suya propia, reglamentada por el Derecho Canónico y aceptada por la ley civil.

El modo de levantar cada una de sas pruebas, de suplirlas, de enmendar los errores que en ellas se hayan cometido y de sentarlas después de celebrado el acto, está reglamentado, para el matrimonio civil por el Código del ramo, y para el católico, por el Derecho Canónico.

Presentada en juicio una partida de matrimonio católico, levantada por la autoridad correspondiente, ya sea a raíz de la celebración del matrimonio, ya posteriormente a ese hecho, cuando se ha omitido hacerlo en la oportunidad debida, y cuando esto se verifica con las formalidades del previo juicio que al efecto exige el Derecho Canónico, esa partida se presume auténtica y es plena prueba.

Pero lo anterior no quiere decir que las partidas de origen eclesiástico, como las de origen civil, que se presumen auténticas, no puedan ser atacadas o redargüidas de falsas. La sentencia de 15 de diciembre citada, siguiendo la doctrina de la Corte, la ratificó y precisó en los siguientes términos: "No quiere decir lo anterior, y subraya la Corte, que esas actas, civiles o eclesiásticas, sean intocables; no. Esas actas, como cualquiera otra prueba, como un documento privado, pueden, por ejemplo, ser redargüidas de falsas y entonces el debate planteado sobre ese extremo sigue la regla general y cae bajo la jurisdicción de los Jueces Civiles.... Las actas civiles y eclesiásticas sí pueden caer *sub judice* cuando son rechazadas, redargüidas o tachadas de falsas, en los casos en que puedan serlo las de origen civil, y entonces el poder civil ordinario es competente para decidir sobre tal materia".

La anterior doctrina, que no admite distingos ni excepciones y que es prenda de seguridad y garantía de los asociados, no es otra cosa en síntesis sino la recta interpretación y aplicación del artículo 22 de la Ley 57 de 1887, que al admitir como pruebas del estado civil las de origen eclesiástico, estatuyó que quedan sujetas a ser rechazadas o redargüidas o suplidas en los mismos casos y términos que aquellas a que se

contrae este Título, a las cuales se les asimila. (Ese Título es el XX del Libro I del Código Civil).

Las partidas de origen eclesiástico, como lo ha dicho la Corte, aunque procedan de autoridades muy respetables, no son intocables, y la Iglesia no ha pretendido tal cosa.

Las actas de origen eclesiástico, relativas a nacimientos, defunciones y matrimonios, fueron prueba principal de esos hechos o de ese acto, hasta la vigencia de la Ley 92 de 1938 que les dio el carácter de supletorias; de modo que habiéndose extendido el acta de matrimonio del doctor Heliodoro Castro con Aura María Cortés cuando aún regían los artículos 22 de la Ley 57 de 1887 y 79 de la Ley 153 del mismo año, dicha acta es prueba de tal matrimonio, por lo que acaba de exponerse.

Desde este punto de vista, la acusación no podría prosperar, caso en que se hubiera planteado en la forma a que acaba de aludirse. También, desde ese mismo punto de vista, la sentencia del Tribunal es jurídica.

Pero la cuestión es otra y el problema es por tanto distinto. Si es cierto que el fallador partió de la base exacta de la presunción de autenticidad y veracidad de las partidas de origen eclesiástico, también lo es que omitió por completo el estudio de las pruebas aducidas al proceso, que tienden a demostrar que, no obstante lo expresado en la partida, el matrimonio Castro-Cortés no se verificó.

Es por esto indispensable dilucidar y estudiar ese extremo, al cual se refiere el recurrente en varios de los capítulos de su demanda, al señalar como violadas, entre otras, las disposiciones de los artículos 593, 632, 662 a 665, 696 y 697 del Código Judicial, lo que condujo, por falta de apreciación de las pruebas, que cita el recurrente, al quebrantamiento de varias de las normas sustantivas señaladas en el primer capítulo de su acusación, y ya citadas en este fallo.

La Corte considera: No se discute la autenticidad de la partida en sí misma, sino lo que debe averiguarse es si, no obstante asentada aquélla, el matrimonio Castro-Cortés no se verificó, cuestión ésta que no sólo en este caso sino en muchos otros puede suceder, por cuanto quienes dan orden de asentarla, aun cuando ésta no proceda de un juicio canónico previo, pueden haber sido inducidos, por error o por engaño, y esto último es muy posible.

Al folio 8º del cuaderno número 1 se encuentra la partida de matrimonio en que se ampara la parte demandada y de la cual se deriva una presunción a su favor: "Certifico como Cura Párroco de San Victorino, de Bogotá, que en el Libro Noveno, folio 346 de Matrimonios del Archivo Parroquial, se encuentra la siguiente partida: Sentencia del señor Vice-Provisor Eclesiástico. Provisorato de la Curia Primada. Bogotá, noviembre once de mil novecientos treinta y uno. Vistos. Por tanto, teniendo en cuenta lo pedido, según lo que consta en autos, en el juicio sumario seguido en este Tribunal, de conformidad con los sagrados cánones y el concepto del señor Promotor de Justicia, se ordena: 1º 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 principios del mes de diciembre de mil novecientos diez y siete, cumplidas las prescripciones canónicas, el señor Cura Párroco, doctor Eliécer Gómez, presenció el matrimonio que *in artículo mortis* contrajo el señor doctor Heliodoro Castro F., hijo legítimo de Nicasio Castro y Rosalía Forero, con Aura María Cortés, hija legítima de Silvestre Cortés y Abigail Farías (quien ha llevado también el apellido de Quimbay). Testigos, Jesús Castañeda y Mercedes de Castañeda. Notifíquese y cúmplase. Fidel León Triana, Presbítero Vice-Provisor, José Ignacio Pardo C., Presbítero Notario Eclo.—Firmo la presente partida, en virtud de la sentencia transcrita, en Bogotá, Parroquia de San Victorino, a quince de noviembre de mil novecientos treinta y uno. Doy fe. El Párroco, *Gregorio Forero Nieto.*"

Fue iniciado y seguido un juicio canónico en que se invocó el canon 1814 para obtener la declaración de ser falsos los hechos contenidos en la partida de matrimonio de Heliodoro Castro F. con Aura María Cortés.

Ese proceso terminó con la sentencia de diez de abril de mil novecientos treinta y cuatro, en la cual no se accedió a lo solicitado. El numeral 1º de la parte resolutiva de aquélla dice así: "Primero. No constan las razones evidentes que exige el canon 1814 C. J. C. para declarar falsos los hechos contenidos en la partida de matrimonio de los señores doctor don Heliodoro Castro F. y doña Aura María Cortés, inscrita en el archivo parroquial de San Victorino, en virtud de sentencia de este Tribunal, pronunciada el día once de noviembre de mil novecientos treinta y uno. Queda en vigencia, pues, dicha sentencia y auténtica la partida mencionada". (Fojas 1ª y siguientes del cuaderno número 5).

Estas son las únicas pruebas en que se apoya la parte demandada. Cabe observar que como no se trata de una partida de matrimonio, que aunque sentada extemporáneamente, lo hubiera sido por el Párroco que presenció el matrimonio, la prueba carece de un factor muy apreciable, cual es la declaración del Párroco, porque en toda partida, tanto de origen eclesiástico, como civil, existen dos factores, que aunque indisolubles, se refuerzan entre sí y contribuyen a establecer la plena prueba del acto, a saber: El acta, en sí misma considerada, y la declaración presencial

del funcionario, especialmente en las partidas de nacimiento, defunción y matrimonio de origen eclesiástico, en que el Párroco da fe, de que bautizó, sepultó o casó a las personas señaladas en el acta.

En el caso de este proceso y suplida el acta de matrimonio Castro-Cortés, no existe el factor que acaba de anotarse y además todos los protagonistas que figuran en el acta, a saber: Párroco, contrayentes y testigos, están muertos.

Ante la partida del matrimonio Castro-Cortés, inscrita catorce años después de haberse verificado ese matrimonio, según la misma partida, e inscrita también después de la muerte del doctor Heliodoro Castro F. y ante la norma del artículo 16 de la Ley 153 de 1887, reproducida por el artículo 3º del Concordato (Ley 35 de 1888), es preciso, en virtud de textos expresos, que luégo se citarán, hacer algunas distinciones.

Si es cierto que la legislación canónica debe ser solemnemente respetada por las autoridades de la República, tal principio no significa que siempre y en todo caso, y sin restricción ninguna, dicha legislación vincule forzosamente a los Jueces Civiles, para hacerla producir efectos meramente civiles. Los efectos canónicos se producen siempre.

Para corroborar lo anterior, bastan dos ejemplos: El artículo 19 del Concordato estatuye que son de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que se refieran a la validez de los esponsales. Estos en su constitución y validez se rigen por el Canon 1017, deben hacerse constar por escrito con la firma de los testigos y del Párroco, y cuando se viola la promesa, hay lugar a la reparación de perjuicios. Los esponsales en Derecho Civil son un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, que no producen obligación alguna ante la ley civil y que no dan acción para demandar indemnización de perjuicios (artículo 110 del Código Civil).

Según el canon 1116, inspirado en un alto sentimiento de justicia y basado en una realidad, el subsiguiente matrimonio de los padres legitima a todos los hijos habidos entre ellos, y abarca el tiempo de la concepción, de la preñez o del nacimiento, y esos hijos (canon 117) son equiparados para todos los efectos canónicos a los legítimos, *nisi aliud expresse cautum fuerit.*

En el Derecho Civil, el subsiguiente matrimonio de los padres no legitima *ipso jure* a los hijos sino en los casos de los artículos 237 y 238 del Código Civil, o sea cuando el hijo ha sido concebido antes del matrimonio y nacido en él, o cuando los contrayentes han reconocido como hijos naturales de ambos a sus hijos y se casan luégo. Fuera de los dos casos anteriores, el matrimonio posterior no produce *ipso jure* la legitimidad de los hijos (artículo 239 ibídem), y ésta entonces tiene el carácter de beneficio.

De lo anterior resulta lo que sigue: En el caso de los esponsales, aun cuando ante el Derecho Canónico exista la obligación de indemnizar perjuicios, el Juez Civil no podría reconocer esa acción, porque en la ley civil no existe. En el caso de legitimación por subsiguiente matrimonio católico, el Juez Civil no podría reconocer como legitimados sino a aquellos que hubieren obtenido la legitimación *ipso jure,* o como beneficio, en los casos de los artículos 237, 238 y 239 del Código Civil. Por esto se ve que los efectos canónicos, no obstante el respeto a esta legislación, no son siempre los mismos e idénticos ante la ley civil.

Reconocido por el legislador el matrimonio católico, el cual produce, como es obvio, efectos civiles; reconocida y acatada la jurisdicción de la Iglesia para tal efecto lo mismo que la legislación canónica sobre el particular, era apenas lógico que se dictaran los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887, sintetizados o refundidos en el artículo 51 de la Ley 153 del mismo año. De los juicios de nulidad y de divorcio de los matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo, conocerán exclusivamente los Tribunales eclesiásticos, con arreglo a las leyes canónicas, y la sentencia firme que recaiga producirá todos los efectos civiles con arreglo a lo dispuesto en la Ley 57, artículos 17 y 18, dice la norma que acaba de citarse últimamente.

Quiere lo anterior decir que al Juez Civil no le es dado examinar, ni menos investigar los fundamentos o razones de una sentencia eclesiástica de nulidad o divorcio de un matrimonio católico, sino que su misión y su deber al respecto es el de acatarla. En estos dos casos, la ley civil da toda la efectividad a la legislación canónica al respecto, efectividad que se realza aún más con el artículo 19 del Concordato, que estatuye que serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, y que estatuye también que los efectos civiles del matrimonio se regirán por el poder civil.

No se trata en este proceso, ni podría tratarse, de una causa de nulidad o validez de un matrimonio católico, cuya jurisdicción privativa correspondería a la autoridad eclesiástica; tampoco se trata de casos en que la legislación canónica no interfiere plenamente en la civil, por existir algún texto legal que lo impida. Tratándose de averiguar y estimar el valor probatorio, ante la ley civil de la partida de matrimonio del doctor Castro con la señora Cortés y de establecer si esa partida está o nó conforme con el hecho, y el poder civil, por medio del Organo

Judicial, tiene facultad para ello, facultad que ha ejercitado en muchas otras ocasiones en casos similares por lo menos al presente, y por eso con frecuencia, se dejan de estimar partidas de origen eclesiástico, tanto por defectos de fondo como de forma.

Y esta jurisdicción viene de lo siguiente: Las actas de origen eclesiástico y las de origen civil, tenían desde 1887 hasta 1938 un mismo valor probatorio, o sea pruebas principales del nacimiento, matrimonio o defunción (artículos 347 del Código Civil y 22 de la Ley 57 de 1887). A esas actas las ampara la presunción de autenticidad a que se refiere el artículo 392 del Código Civil.

Proceden dichas actas, como es obvio, de distintas fuentes y las unas, las de origen civil, se levantan y rigen en la forma establecida por las disposiciones pertinentes del Título XX del Libro I del Código Civil, al paso que las otras se levantan y rigen según lo establecido por los cánones 470 y 1103, entre otros. Tenían, como se expresó, la misma eficacia probatoria hasta 1938 y están amparadas por la misma presunción de autenticidad.

Pero como se trata de una presunción legal, quiere decir que ella puede ser desvirtuada; por eso los artículos 393 y 394 del Código Civil establecen que los antedichos documentos (los de origen civil), aun cuando conste su autenticidad y pureza, podrán rechazarse probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma persona a la que el documento se refiere y la persona a quien se pretende aplicar, y podrán impugnarse haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata, por cuanto esos documentos atestiguan la declaración hecha por los contrayentes del matrimonio, por los padres u otras personas en los respectivos casos, pero no garantizan la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes. Pues bien: esas disposiciones, de origen y naturaleza civil, interfieren al tratarse de la estimación o valoración de las partidas o actas de origen eclesiástico; por eso el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, después de establecer que se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos Sacerdotes Párrocos, estatuye que tales pruebas quedan sujetas a ser rechazadas o redargüidas o suplidas en los mismos casos y términos que aquéllas a que se contrae el Título XX mencionado. De esto último manan dos consecuencias: 1ª Que el artículo 22 de la Ley 57 no es un texto legal que pueda interpretarse aisladamente sino que su interpretación debe considerarse también a la luz de los artículos 392, 393 y 394 del Código Civil; 2º Que tales pruebas pueden ser redargüidas o rechazadas ante el Poder Civil y por los procedimientos conducentes ante éste, cuando se está dentro de un juicio civil, y así debe entenderse el artículo 22 citado, pues sería hasta una necedad afirmar que se rechazan o redarguyen de falsas sólo ante el Poder Eclesiástico, porque el Poder Civil no puede legislar sobre materias que son objeto del Derecho Canónico, ni darle a la autoridad eclesiástica el poder o jurisdicción de fallar sobre esas partidas, de estimarlas o rechazarlas, puesto que ese poder lo tiene aquélla en virtud de su propia y exclusiva jurisdicción, y como persona jurídica perfecta y completa que es la Iglesia, personería que por otra parte reconocen los artículos 24 y 25 de la Ley 57 de 1887 y 4º del Concordato.

No se trata en este litigio de una causa matrimonial propiamente dicha, entre bautizados, la cual sería de la exclusiva competencia del Juez Eclesiástico (Canon 1960). El juicio que se tramitó en la Curia Primada, "la causa principal, como dice el señor Provisor (foja 5 vuelta del cuaderno número 5) es y ha sido la revisión de actas y sentencia en orden a la partida del matrimonio Castro-Cortés". No se trata de una sentencia definitiva sino meramente interlocutoria, y por eso el señor Provisor negó el recurso de apelación interpuesto contra ella, y se expresó así: "Siendo por este aspecto la sentencia de que intentan apelar solamente interlocutoria, el derecho no les concede este recurso de apelación con el canon 411 del Procedimiento (1880 C. J. C.)", Efectivamente, el canon 1880 dice en lo pertinente: "Non est locus appellationi: 6º A judicis decreto vel a sententia interlocutoria, quae non habeat vim definitivae, nisi cumuletur cum appellatione a sententia definitiva". O sea, que no hay lugar a apelación del decreto o sentencia interlocutoria que no tenga fuerza definitiva sino acumuladó por apelación a una sentencia definitiva.

Comentando el Cardenal Pietro Gasparri, Secretario de Estado del Papa Benedicto XV, y bajo cuyo gobierno se promulgó el Codex Juris Canonici, los cánones 1960 y 1961, en su obra *Tractus de Matrimonio*, dice así: "Por tanto, aunque una causa matrimonial ocurra incidentalmente en una causa civil, por ejemplo si en una causa de sucesión hereditaria se suscita el problema del valor del matrimonio, el Juez laico debe remitir la cuestión incidental al Juez eclesiástico y esperar su sentencia para proceder en la causa civil... Salvo que se trate de un mero hecho, por ejemplo, si en realidad se celebraron las nupcias, o hubo por el contrario, un puro y simple concubinato, si asistieron o nó dos testigos al matrimonio, etc., pues los doctores admiten que acerca de las causas espirituales puede también el Juez laico conocer del nudo he-

cho, de modo que la cuestión de hecho no se resuelva en cuestión de derecho".

El canonista Santi dice en sus *Preelecciones Juris Canonici*, refiriéndose al mismo punto: "En lo cual debe advertirse que los doctores conceden al Juez laico la facultad de conocer las causas espirituales, cuando se refieren a un nudo hecho, por ejemplo si se celebró o nó un contrato matrimonial, o sólo un concubinato".

El Padre Francisco Javier Schmalzgrueber, reputado por muchos como el más autorizado canonista contemporáneo, en su obra *Jus Ecclesiasticum* (tomo 2º, parte 1ª, Título 2º, número 122) pregunta si los Jueces civiles alemanes llamados *austregae* pueden conocer de las causas matrimoniales y responde que nó, pues son espirituales, pero afirma sin vacilación lo siguiente: "Excipitur, si moveatur quaestio de mero facto; qui hoc nihil spiritualitatis habet", o sea excepto si se suscita una cuestión de mero hecho, porque no tiene nada de espiritual.

Mucho antes el canonista Félix Cavagnis había sostenido la misma doctrina, en su conocida obra *Institutiones Juris Publici Ecclesiastici* (editio Romae 1889, Liber II, Cap. II, art. IX, número 460, página 339). Se expresa así al respecto: "Judici laico conceditur tamtum cognitio nudi facti in re spirituali contra laicum; idest an factum extiterit, puta matrimonium; non autem valet factum qualificare spiritualiter si de hoc quaestio exoriatur, ut si matrimonium contractum inter determinatas personas fuerit validum nec ne". O sea: Solamente al Juez laico se le concede el conocimiento del nudo hecho en cosa espiritual contra un laico; esto es, si existió un hecho, verbigracia un matrimonio, pues no vale calificar un hecho espiritualmente si sobre éste se origina una cuestión, como si el matrimonio contraído entre determinadas personas fue válido o nó.

Los canonistas doctores José Alejandro Bermúdez y José Vicente Castro Silva, en su obra sobre Derecho Eclesiástico, dicen: "Nuestras leyes aceptan, por lo menos implícitamente estas concretas conclusiones sobre la competencia exclusiva de la Iglesia en causas de legitimidad al reconocer que 'serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica, las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio'. La cuestión de la legitimidad puede agitarse de dos maneras distintas: a), como cuestión juris, y en tal caso depende del juicio sobre validez del matrimonio; b), como cuestión facti, y entonces depende, no de la validez misma del matrimonio, sino de la paternidad de que se duda con algún fundamento, verbigratia, porque el hijo nació once meses después de que los cónyuges se habían divorciado. Es evidente que en el primer caso a la Iglesia toca discutir y sentenciar la causa, mientras que en el segundo no hay dificultad ninguna para que intervengan los Jueces seculares. Y la razón es porque averiguar si una persona ha nacido dentro de tal o cual término es absolutamente idéntica, al averiguar si un matrimonio se contrajo o no se contrajo; mas como según Pío VI, el Juez laico es competente sobre todo este último punto, no hay por qué negarle competencia al primero."

Sentado todo lo anterior y aclarada la cuestión, el problema se reduce a averiguar y decidir si realmente el doctor Heliodoro Castro F. contrajo matrimonio *in articulo mortis* con Aura María Cortés a principios del mes de diciembre de 1917, o en otros términos: si no obstante lo que aparece del acta que se inscribió, después de la muerte del doctor Castro y catorce años después de haberse verificado el matrimonio, según el acta, el hecho, el matrimonio, no se verificó realmente. El problema consiste en estudiar la cuestión de hecho, el nudo hecho, como dicen algunos juristas; no se trata de dar cumplimiento a ninguna sentencia eclesiástica en los términos que ya se expresaron, ni menos aún de interferir en cuestiones atañederas al vínculo matrimonial, a la validez de éste, a su disolución, sino de, a la luz del derecho probatorio, estimar esa acta de acuerdo con los artículos 22 de la Ley 57 de 1887 y 394 del Código Civil.

El acta mencionada tiene a su favor la presunción de veracidad, como la tendría en su caso una acta de origen civil; pero esa presunción, que es legal, es decir, que admite prueba en contrario, ha sido desvirtuada en este proceso, por lo que adelante se verá.

Está plenamente reconstruída en autos la escena de los últimos momentos y muerte del doctor Castro, quien falleció a las dos de la mañana del dos de octubre de mil novecientos treinta y uno en la casa número 57 de la calle 4ª de esta ciudad. Alrededor de su lecho de moribundo se hallaban los hermanos del doctor Castro, Aura María Cortés, su mujer, según la parte demandada, o su concubina, según la demandante, María Teresa Forero v. de Fajardo, Etelvina Bohórquez de Valderrama y los presbíteros Luis Cerón Pérez, Párroco de Santa Bárbara, y Luis A. Jiménez Mallarino, Coadjutor de Las Nieves. Estos dos últimos no presenciaron el deceso del doctor Castro; se habían retirado un poco antes de este acontecimiento.

En esa noche y hasta momentos antes del fallecimiento, se habló entre todos los testigos citados, se habló también entre los hermanos del doctor Castro, de la necesidad de que el doctor Heliodoro arreglara su situación espiritual y social, es decir, se casara *in articulo mortis*, siendo la principal interesada Aura María Cortés,

quien al efecto envió a un su allegado para que trajera al Párroco. Resulta de todas las declaraciones de la escena misma, que no pudo realizarse tal matrimonio, no obstante las diligencias que al respecto se hicieron, tanto porque en unos lapsos estuvo inconsciente el doctor Castro, cuanto porque en los que estuvo lúcido, manifestó que no era su voluntad casarse con Aura María.

En la tarde del citado dos de octubre fue llamado el Cura de Santa Bárbara, Presbítero Luis Cerón Pérez, para que casara al doctor Castro, lo cual no hizo aquél, por hallar que el mencionado doctor estaba en estado de inconsciencia. El declarante Presbítero Pérez conocía de larga data al doctor Castro, desde cuando aquél era Cura de Machetá, lugar de origen del doctor Heliodoro. Dicho Presbítero dice lo siguiente en su declaración (fojas 14 del cuaderno número 2): "Es verdad que al llegar yo a la casa del doctor Castró, me entendí con los hermanos de él, quienes me informaron que aun cuando su hermano se había confesado en tierra caliente, vivía amancebado con Aura María Cortés y había necesidad de que los casara; es cierto que me cercioré que el doctor Castro estaba en estado inconsciente, y por este motivo les hice presente a los que allí estaban que el matrimonio no podía celebrarse porque era nulo a causa del estado de inconsciencia en que se encontraba el doctor Castro; fue verdad que el testigo, o sea el suscrito, advirtió la sensación de disgusto que esta determinación mía le causó a Aura María Cortés; y es verdad que aconsejé tanto a los hermanos del doctor Castro como a Aura María Cortés, que lo indicado era que ésta se separara del doctor Castro, consejo al cual asintió la Cortés. Añade que les dijo a todos en general, los hermanos Castro y Aura María Cortés, que estaban reunidos en la misma pieza del enfermo, que si reaccionaba y tenía un momento lúcido, le avisaran para ir al instante a la casa a la práctica del matrimonio. Lo cual no pudo efectuarse. Por el contrario. Yo fui por la tarde del día citado y al día siguiente fui sorprendido con la noticia de la muerte de dicho doctor Castro."

Fracasado este intento de matrimonio, Aura María Cortés, ya tarde de la noche del día expresado, mandó a uno de sus allegados, que dice ser su hermano, donde el Cura Párroco de Las Nieves, también muy amigo del doctor Castro, para que lo auxiliara y especialmente celebrara el matrimonio. La declaración de este Presbítero es de gran importancia, porque en ella expone las razones fundadas que tuvo para no proceder al matrimonio, y no administrarle el Viático al doctor Castro. Dice así en lo pertinente en su declaración que corre a los folios 21 a 22 del citado cuaderno: "Desde niño conocí al doctor Heliodoro Castro F.... Desde mi temprana edad había oído decir en casa, en conversaciones de familia, que el doctor Heliodoro Castro F. era soltero y dejaba mucho que desear por asuntos de moralidad; la última conversación que oí en casa fue la de que el doctor Castro se había sacado de la casa de un señor que tenía almacén en la plaza de mercado a una señorita y vivía con ella sin ser casados..... Ciertamente en los primeros días del mes de octubre una noche fui llamado para ir a atender algún enfermo; salí preparado y antes de abrir el portón de la calle interrogué qué se ofrecía; la voz de un hombre me dijo que el doctor Heliodoro Castro deseaba que fuera a atenderlo, ya que estaba sumamente grave; mas como se me dijo que vivía fuera de mi jurisdicción, cual era la Parroquia de Las Nieves en donde ejercía yo el cargo de Coadjutor, me negué a ir; pero se me instó por motivos de amistad, a lo cual accedí; un joven de unos diez y ocho años, a quien yo no conocía, estaba con un automóvil listo para llevarme; subí al carro y seguimos por la carrera 7ª hasta la calle 18; allí estaba la iglesia del Hospicio en donde teníamos el culto de la Parroquia por estar la iglesia de Las Nieves en obra; habíamos pasado cuando pregunté al joven que me llevaba e iba a mi lado izquierdo si el doctor Castro era casado, para llevarle a Nuestro Amo; con esta idea mía había hecho regresar el carro hacia la iglesia para sacar el Santísimo, pero el joven me respondió que se trataba de eso; entonces di una contraorden al chofer para que siguiera el viaje ya que no podía llevar el Viático por la situación moral del enfermo; bajamos por la calle 18 y cruzamos por la carrera 9ª hasta llegar a una casa de la calle 4ª en donde estaba el doctor Castro y lo hallé verdaderamente grave. El doctor Castro me conoció; me dijo que se había confesado en el Hospital de San José pero yo volví a darle la absolución. Cuando yo abrí la puerta de la habitación del enfermo, e insinué a las personas que estaban fuera para que siguieran, entró una señora de unos treinta años de edad y se colocó al frente del enfermo; me parece que no fue que el enfermo la llamara sino que ella, por su cuenta lo atendía; todos sentados alrededor de la cama del enfermo, una hermana del doctor Castro me habló del matrimonio con esa señora desconocida hasta entonces para mí y de quien yo juzgué inmediatamente la vi, fuese la concubina por las referencias anteriormente dichas. Como me era vedado celebrar dicho matrimonio sin licencia del Párroco de Santa Bárbara, a quien le correspondía, expuse esos motivos para no hacerlo y ofrecí eso sí mis servicios en vista del deseo que tenían todos, inclusive esa señora. Tengo presente, como si lo estuviera viendo, que en el trasportón de la casa a medio abrir, hasta allí me acompañó esa señora con los demás acompañantes, quienes unos se

quedaron detrás y otros habían avanzado hasta el zaguán, y desde allí me dirigió las últimas y vehementes recomendaciones, casi súplicas, de que hiciera todo lo posible para que se pudiera efectuar pronto el matrimonio; mas como yo alegaba siempre los mismos motivos, el doctor Francisco Castro apoyó mis razones, diciendo que en vista de que el enfermo estaba un poco más tranquilo, quizá en las primeras horas de la mañana se pudiera celebrar el matrimonio; esto lo hablamos cuando yo me dirigía hacia la calle, más o menos a la una de la mañana. Si el joven que fue a llamarme a la casa cural de Las Nieves esa noche del mes de octubre de mil novecientos treinta y uno me hubiera dicho que el doctor Castro era casado cuando yo le hice la pregunta sobre su estado, claro está que yo no hubiera hecho retroceder el carro, primero para llevar la Sagrada Comunión, después para no llevarla porque pensé que si no era casado y se trataba de eso como me lo respondió el acompañante, pero que por algún motivo no se celebrara el matrimonio, era más prudente no llevarla, tanto más cuanto que a mí no me correspondía administrar ese Santo Sacramento."

María Teresa Forero v. de Fajardo, conterránea del doctor Castro, y a quien conoció desde muy joven, después de relatar la llegada del Párroco de Santa Bárbara, doctor Cerón Pérez, afirmando que el matrimonio no pudo celebrarse porque el doctor Castro estaba en estado inconsciente, dice así en su declaración que corre a las fojas 15 a 16 ibidem: "Declaro que el mismo día dos de octubre de mil novecientos treinta y uno, siendo las once de la noche, fui con Humberto Cortés a la casa cural de Santa Bárbara, con el fin de llevar al Cura para que efectuara el matrimonio de que se habló en el punto anterior, no habiendo sido posible llevarlo porque no quiso levantarse, por ser muy tarde de la noche; esto lo recuerdo clara y distintamente, porque esta comisión nos fue encomendada por Aura María Cortés, y ocurrió lo relatado. Aura quería casarse, pero el doctor Castro decía que quería morir soltero. Entonces, ocurrió lo que relato, conforme puede atestiguarlo Humberto. Inmediatamente que nosotros regresamos, sin éxito, entonces mandó Aura María a su hermano Alberto a que fuera a Las Nieves a traer al doctor Luis A. Jiménez, quien concurrió allí muy tarde de la noche, a casa del doctor Castro, en donde todavía me encontraba yo prestando los servicios de estos casos. Poco más o menos el doctor Castro desde las once estaba mejor de la cabeza, de modo que cuando llegó el doctor Jiménez hizo salir a todos los que estaban en la habitación, quedando él con el doctor Castro a solas. Oí porque entré a la pieza luégo, con Carmen Castro de Bohórquez, en donde me senté al pie de la cama del enfermo, que Carmen Castro de Bohórquez le decía al doctor Jiménez que casara a Aura María con el doctor Castro; entonces el doctor Jiménez nos dijo: miren lo que dice el enfermo; éste decía que quería morir soltero. Por eso el doctor Jiménez nos dijo que no podía presenciar el matrimonio. Además, nos dijo el doctor Jiménez que había el impedimento de que los que habían de efectuar el matrimonio eran vecinos de la Parroquia de Santa Bárbara, y él, como Párroco de Las Nieves, tendría que pedir permiso... Por lo relatado en el punto anterior, o sea por haber entrado a la pieza y haberlo oído de labios del doctor Castro y en presencia del doctor Jiménez y de Carmen Castro de Bohórquez, sé que el doctor Castro manifestó que no quería casarse sino morir soltero. Me consta que los hermanos querían últimamente que el doctor Castro se casara, porque oí que dijeron que no deseaban que muriera así, soltero, aun cuando antes se oponían al matrimonio. Pero tan pronto como se fue el doctor Jiménez, el doctor Castro mandó llamar al doctor Francisco, quien entró, y oí que le dijo que no quería casarse, sino morir soltero."

Etelvina Bohórquez de Valderrama —fojas 17 a 18 ibidem— de quien fue huésped el doctor Castro en su Hotel Moderno, de lo cual surgieron relaciones de amistad y confianza, y quien conoció a Aura María Cortés de quien dice que era tratada por el doctor Castro en categoría de sirvienta, declara lo que sigue: "Es verdad que el dos de octubre de mil novecientos treinta y uno, sabiendo que el doctor Castro estaba gravemente enfermo, fui a su casa, calle 4ª número 57, y llegué hasta su habitación como a las ocho de la noche. Estuve hasta las dos a. m. del tres. Por esto presencié en esta misma alcoba, en donde había muchos amigos y parientes del paciente, que Alberto Cortés se fue a la casa cural de Las Nieves a llamar al Presbítero doctor Jiménez Luis Alberto, lo que ocurrió como a las once. Recuerdo que fue porque Aura María le mandó que Alberto hizo (sic) esta diligencia. Vaya tráigase al doctor Jiménez, para que nos venga a casar, le dijo Aura María a Alberto. Los Castros añadieron: sí, llámelo, para ver si muere tranquilo. Llegado el doctor Jiménez nos salimos todos los testigos para afuera y ellos dos se quedaron solos. Oí que el doctor Jiménez, ya cuando salió a la puerta, les dijo a los doctores Castros: no puedo casarlos porque no son de mi Parroquia, y el doctor Heliodoro no quiere. Esto lo oímos todos los que estábamos en la habitación contigua. Aura María estaba junto a mí. Esta Aura María salió hasta el zaguán detrás del doctor Jiménez y le decía: cásenos doctor, cásenos. Este le respondió: no puedo, señora. Entonces ésta ya de vuelta, me dijo: ya ven, no nos quiso casar el doctor Jiménez. En seguida entré yo a la pieza de Heliodoro y me senté a la ca-

becera de la cama de él y me dijo: ¿no ve? me vienen a casar, y yo no me caso, porque no dejo ningún hijo. Es verdad que el doctor Castro, como lo digo en el punto anterior, me dijo que no se casaba por no dejar ningún hijo, y que aun cuando sus hermanos lo quisieran comprometer a que se casara con Aura, como creía que querían o se lo sugerían, él no se casaba. Yo estaba en efecto, al pie del lecho del enfermo. Igualmente vi, por continuar en la pieza, que en seguida Heliodoro llamó a Humberto Cortés y le dijo que llevara al Notario, pero éste se demoró un montón de tiempo, muriendo el doctor Castro antes de que el Notario llegara, muerte que presencié, por ahí como a las dos de la mañana, por lo cual el doctor Castro no arregló sus bienes. Recuerdo por estar en todos esos momentos sin interrupción, que Aura María lloraba amargamente y se lamentaba de su mala suerte de no haberse casado, y que los hermanos del doctor Castro la consolaron diciéndole que no se afanara, que ellos la ayudarían."

De todas las pruebas anteriores surge la evidencia legal de que en la noche del fallecimiento del doctor Castro se hicieron por las personas que rodeaban su lecho de muerte, sus hermanos y Aura María, gestiones constantes, activas y adecuadas para que se efectuara el matrimonio del precitado doctor con la mencionada Aura María y que ésta, especialmente, desplegó todo su celo e interés para que ese acto se realizara, y que si no culminaron con éxito esas gestiones, fue debido no sólo a motivos de jurisdicción eclesiástica, sino a la renuencia del doctor Castro a casarse.

Analizando en sí mismas esas pruebas y teniendo en consideración las características psicológicas de cada uno de los testigos y protagonistas, se deduce lo que sigue: Por ignorante que se suponga a Aura María Coriés, si realmente se hubiera casado con el doctor Castro catorce años antes, o sea en 1917, no hubiera hecho ninguna gestión para casarse nuevamente y con el mismo, el 2 de octubre de 1931, porque, se repite, no se necesita ni ilustración, ni menos un alto nivel de cultura, para no caer en la cuenta o no saber, que celebrado un matrimonio, no es necesario ni posible repetir ese acto. Cuando se tiene seguridad que un acto de esa naturaleza se ha verificado, lo mismo que cuando se ha celebrado un contrato solemne, ninguno de los contrayentes o contratantes, hace gestiones para volverlo a celebrar, máxime cuando no tienen dudas respecto de su validez.

El doctor Heliodoro Castro, abogado, persona ilustrada y ex-Magistrado del Tribunal de Bogotá, manifestó en su lecho de muerte su renuencia a casarse con Aura María. Si realmente el matrimonio se hubiera verificado en 1917, la actitud del expresado doctor hubiera sido otra, si no consistente en manifestar que estaba ya casado con Aura María, por querer mantener en secreto ese matrimonio y que sus parientes tuvieran más tarde esa sorpresa, sí por lo menos la de guardar un discreto silencio o asumir una actitud evasiva o dudosa. Pero nada de esto sucedió, sino que rotundamente manifestó que no quería casarse con Aura María, y de esa manifestación no puede concluirse otra cosa distinta, por lo que acaba de expresarse, sino que el doctor Castro no se había casado con ella. También es preciso tener en cuenta que debe presumirse con más veras la sinceridad de los últimos momentos de la vida; de modo que la manifestación del doctor Castro está amparada por este factor, manifestación de la que, se repite, se concluye, que no estaba casado con la expresada señora.

Los parientes y allegados del doctor Castro estaban convencidos de que éste era soltero y que sus relaciones con Aura María eran irregulares, y por eso querían regularizarlas en el trance de muerte de aquél. Si de esto no puede deducirse el hecho contrario, o sea que el doctor Castro era casado, porque los matrimonios que son la consecuencia de un amancebamiento, generalmente se mantienen en secreto, sí es por lo menos sospechoso que dichos hermanos que convivían con el doctor Castro, no hubieran tenido ni la menor sospecha de ese matrimonio, y que estando como estaban interesados en que se casara, el doctor Castro no les hubiera dicho la verdad, o hubiera argüido alguna dilatoria ante los requerimientos que para el efecto le hacían, sino todo lo contrario, hubiera manifestado su voluntad de morir soltero y hubiera dado la explicación de que no se casaba por no tener ningún hijo.

Existe otro factor de gran importancia y que como prueba corre a los folios 25 a 26 del cuaderno número 4, a saber: Según la partida de matrimonio, el doctor Castro se casó *in articulo mortis*, de donde hay que concluír que padecía alguna grave enfermedad que lo puso a las puertas de la muerte. Qué día llegó a ese extremo de gravedad el doctor Castro, y desde cuándo estaba enfermo, es cosa que los autos no dicen. La partida dice que fue a principios del mes de diciembre de 1917 cuando el doctor Castro se casó. Sin embargo, del certificado expedido por el Juez y Secretario del Juzgado 2º del Circuito en lo Penal de Bogotá, cargo que desempeñaba en 1917 el doctor Castro, aparece que éste trabajó casi todos los días de ese mes, dictando sentencias de fondo. El 4 de diciembre pronunció auto de sobreseimiento a favor de Manuel Manrique y otro, por amancebamiento. El 6, auto de cesación del procedimiento a favor de José Avellaneda por heridas. El 13, el 14 y el 15 otras providencias de cesación de procedimiento y dos

sobreseimientos. En los veinte días hábiles de diciembre libró con su firma 37 oficios.

Esto último está corroborado por Heliodoro Ramírez quien declara (foja 6 del cuaderno número 5), que por haberle tomado el doctor Castro una pieza en arrendamiento, le consta que en el mes de diciembre de 1917 y en el mes de enero de 1918, el doctor Castro no estuvo enfermo de gravedad, porque dicho doctor fue en el mes de diciembre a la casa del arrendador, con el fin de arreglar el valor del arriendo de la pieza en donde vivió por algún tiempo con Aura María Cortés. Agrega además, y esto está demostrado con otras pruebas, que en el mes de diciembre durante el lapso de las vacaciones judiciales, el doctor Castro estuvo veraneando en Machetá, y además afirma que el trato que le daba a Aura María era el de sirvienta o dependienta.

Ciertos antecedentes establecidos en los autos y muy anteriores al fallecimiento del doctor Castro, concurren a demostrar por una parte sus relaciones irregulares con Aura María y por la otra, que no se casó con ésta. Isabel Flórez de Lersundy, dueña del hotel donde vivió largo tiempo el doctor Castro, desde 1916, de quien era amigo y compadre, declara (fojas 16 vuelta, cuaderno número 2) que por el conocimiento u observación directa se dio cuenta de que el doctor Castro mientras vivió en su hotel no apareció como casado; que le tenía mucha confianza a la declarante, a quien contó que tenía trato sexual con una muchacha y que de ello había nacido una niña. La declarante le preguntó que por qué no se casaba entonces, a lo cual le respondió: "No, hasta allá no llego". Lo mismo en síntesis declara Etelvina Bohórquez de Valderrama dueña del Hotel Moderno, situado en esta ciudad, en el cual vivió el doctor Castro unos cinco meses antes de su fallecimiento (folios 17 ibídem).

Aura María Morales v. de Castañeda declara (fojas 6 del cuaderno número 4) que conservó relaciones de amistad con el doctor Heliodoro Castro, quien fue su padrino de matrimonio; que después de 1921 fue la declarante con su marido donde el doctor Castro a rogarle que sirviera de padrino de bautizo al primer hijo de ese matrimonio y después de una de las niñas, y que hiciera esto en asocio de Aura María Cortés, a lo cual se negó el doctor Castro, es decir, de ser padrino en asocio de Aura María, dando como razón la de que los dos, Castro y Aura María, no podían ser padrinos por no ser casados entre sí, pero en cambio el doctor Castro le manifestó a la declarante que Aura María Cortés mandara bautizar a la niña y el doctor Castro al niño, lo que así ocurrió, siendo bautizado el niño en 1926 y la niña en 1927. La misma declarante asevera que el doctor Castro no trataba a Aura María como a su esposa, sino más bien como a sirvienta.

El doctor Jesús Perilla V. (fojas 7 ibídem), dice: "Es verdad que siendo el declarante Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en el año de 1927 en una de las ternas para Magistrados del Tribunal de Bogotá figuraba el doctor Heliodoro Castro F., y al tratarse de la elección se presentó una acusación o queja de parte del Arzobispado de Bogotá en virtud de la cual se insinuaba que no se reeligiera al doctor Castro F. porque vivía en mal estado con una mujer. Es verdad y lo recuerdo perfectamente que a los pocos días el Arzobispo retiró la queja afirmando que no eran verdaderos los cargos que le había formulado al doctor Heliodoro Castro F. Al punto 4º contestó: Es cierto que al testigo le contó el doctor Castro F. que él no era casado y que a Aura María Cortés la tenía en su casa en calidad de sirvienta o doméstica."

Si los hechos concomitantes con la muerte del doctor Castro y sus últimos momentos, contradicen lo expresado en la partida de matrimonio; si los hechos anteriores en diez años por lo menos, a la muerte de aquél, también están contradiciendo la declaración de la partida, los hechos posteriores a la muerte del expresado doctor también resultan en oposición a lo dicho en tal partida.

En efecto: apenas inscrita la partida de matrimonio de que se ha hecho mérito, se presentó la denuncia por los delitos de estafa y falsedad, contra Aura María Cortés y Daniel Valencia, denuncia presentada por Francisco E. Castro, hermano de Heliodoro. Esto dio lugar a la iniciación del respectivo sumario en el cual el Juez 1º Superior de Bogotá dictó auto de fondo el 9 de abril de 1940, declarando cesado el procedimiento contra Aura María Cortés por haber fallecido y sobreseyendo temporalmente en favor de Daniel Valencia, Rafael García y Margarita Cortés de García y ordenando se pasara el sumario a los Jueces de Circuito para que conocieran del delito de perjurio en que hubieran podido incurrir García y la Cortés de García. De la lectura atenta de ese auto que corre a los folios 1 a 10 del cuaderno número 2, se desprende lo siguiente: Rafael García y Margarita Cortés de García declararon ante la autoridad eclesiástica, cuando ante ésta se demandó la inscripción de la partida de matrimonio, que lo habían presenciado. Llamados a declarar en el sumario, se contradijeron y por eso dijo el Juez:

"Los señores Rafael García y Margarita Cortés de García fueron indagatoriados por sindicárseles del delito de perjurio en su calidad de testigos en el juicio seguido ante la Curia y en donde declararon haber presenciado el matrimonio celebrado *in articulo mortis* entre Helio-

doro Castro y Aura María Cortés, en diciembre de 1917. Como este delito es de competencia de los señores Jueces de Circuito, es el caso de ordenar que una vez en firme esta providencia, se pase el expediente al repartimiento de dichos funcionarios a fin de que conozcan de dicho delito, por competencia."

Se ve claramente que el Juzgado no pudo concretar la responsabilidad de esos dos testigos por los delitos de estafa y falsedad, por cuanto no le fue posible obtener algunas piezas levantadas en el juicio ante la Curia para la inscripción de la partida de matrimonio. Indagatoriada Aura María Cortés empezó por decir que no recordaba los testigos de su matrimonio ni la fecha en que se celebró éste, sino únicamente el mes. Más adelante asevera que después del matrimonio se velaron y entonces sí recuerda los nombres de los padrinos. El Juez tras de un análisis de esa indagatoria dice lo siguiente:

"Dadas las características del delito de falsedad verificado, es indiscutible que la Cortés tuvo individuos que la ayudaron a la perpetración del delito."

Llamado a declarar Daniel Valencia, asesor de Aura María Cortés, se negó a responder en lo que él consideraba como un secreto profesional. El Fiscal conceptuó sobre la posibilidad de haberse cometido los delitos de falsedad y estafa por parte de la Cortés, concepto, dice el Juez, "basado en indicios más o menos graves, más o menos vehementes, agrupados en la investigación y que proceden de las declaraciones diferentes allegadas a ella". Luégo agrega:

"El Juzgado debería llevar a cabo el correspondiente estudio sobre este acervo de indicios señalados por el Fiscal a fin de determinar si esa prueba indiciaria sería capaz de producir los elementos necesarios para un llamamiento a juicio. Pero como en los autos aparece que la principal sindicada, o sea la mencionada Aura María Cortés falleció, sólo resta en este caso, atendiendo a lo estatuído en el artículo 92 del Código de Procedimiento antiguo, declarar cesado el procedimiento que pudiera seguirse contra dicha sindicada, por cuanto su muerte ha extinguido la acción penal o el derecho de imponerle pena y sólo habrá lugar a la acción civil para la indemnización de perjuicios."

Quien debía cumplir y cumplió la sentencia del Juez eclesiástico, era el Cura Párroco de San Victorino; por eso inscribió la partida del matrimonio Castro-Cortés. Oficiosamente, aunque en virtud de denuncia, se revisó o reconsideró la primera providencia que mandó inscribir dicha partida y de esa reconsideración o revisión, previos los trámites del Derecho Canónico, se concluyó por la autoridad eclesiástica, que era el caso de mantener en pie la partida. La causa principal, como lo dice el señor Provisor, "es y ha sido la revisión de actas y sentencia en orden a la partida de matrimonio Castro-Cortés".

De todo lo anterior resulta: Que la prueba del matrimonio mencionado, no es ni pueden ser las sentencias a que ya se ha hecho referencia, sino la partida inscrita en virtud de tales fallos. Se tiene entonces que el Poder Civil está enfrente de una partida, para valorarla o estimarla.

Las partidas del estado civil aunque sean de origen eclesiástico pueden ser rechazadas o redargüidas o suplidas en los mismos casos y términos que aquéllas a que se contrae el Título XX del Código Civil, lo cual quiere decir y significa, como ya se explicó arriba, que caen no sólo bajo la valoración del Poder Civil sino que ante éste pueden establecerse las tachas sobre su falsedad y pueden ser rechazadas, en los casos en que se demuestre alguna de las circunstancias de los artículos 393 y 394 del Código Civil. Y esta doctrina no es nueva y ha sido sostenida en varias ocasiones por la Corte; se han presentado varios casos, entre otros, el más reciente, el relacionado con la partida de bautizo de Beatriz Pacheco de Van Meek; ésta apareció bautizada en el Hospital de San Juan de Dios, en el año de 1916; se impugnó ante la Curia Primada dicha partida por considerarla que no expresaba la verdad; en virtud de un juicio canónico, el Provisoriato de la Curia de Bogotá ordenó la variación de esa partida, modificándola en cuanto a la fecha del nacimiento de Beatriz y en cuanto al apellido de su madre; se comunicó al Capellán encargado del Hospital la resolución del Juez eclesiástico y se le ordenó inscribir la nueva partida, lo cual obedeció; luégo se siguió otro juicio eclesiástico sobre revisión de la sentencia con el fin de obtener que se modificara el acta mandada sentar por el Provisoriato y éste accedió dando como consecuencia la orden para la inscripción de una nueva partida, lo que se cumplió. Se entabló luégo un juicio civil ordinario, en el cual lo discutido en síntesis fue lo siguiente: Cuál de las dos partidas de nacimiento de Beatriz Pacheco debía prevalecer, no en virtud de las sentencias de la Curia sino de las pruebas que se adujeron ante el Poder Civil, pruebas tendientes unas a demostrar la exactitud y veracidad de la primera partida y otras a demostrar que era la segunda la que se conformaba con los hechos. Interfirió, pues, la cuestión de hecho, para la cual el Organo Judicial se creyó competente. La sentencia de esta Corte resultó acorde con el último fallo del Provisoriato que ordenaba restablecer la primera partida, y resultó acorde, porque los hechos acreditados en el procesó civil demostraron plena-

mente la exactitud de lo expresado en la partida primitiva. (Sentencia de 23 de octubre de 1939. *Gaceta Judicial*, tomo XLVIII, páginas 724 y siguientes);

Pudiera decirse que si es evidente que el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 establece que las pruebas de origen eclesiástico pueden ser redargüidas de falsas o rechazadas, se refiere a aquellas partidas de origen eclesiástico, que han sido inscritas sin controversia y sin previo juicio canónico; mas esta conclusión es inaceptable, tanto a la luz del artículo 22 citado, como ante otras normas generales que luégo se citarán.

En efecto: El artículo 22 se refiere a las certificaciones o actas que expidan los sacerdotes Párrocos respecto de nacimientos, matrimonios y defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica; esa norma no hace distinción ninguna entre las actas o partidas que se inscriben directamente en el acto o a raíz del bautismo, matrimonio o defunción, o las que se inscriben en virtud de un juicio canónico, lo que quiere decir y significa que unas y otras pueden ser rechazadas o redargüidas. Y esta interpretación le parece a la Corte muy razonable y jurídica, porque de no ser así resultaría, que existe una clase de actas de origen eclesiástico, las inscritas mucho tiempo después de acaecido el nacimiento, el matrimonio o la defunción, las inscritas en virtud de un juicio, que quedan por ese solo hecho invulnerables a cualquier ataque probatorio, incontrovertidas, y con una presunción, sobre su autenticidad y veracidad, que no sería entonces legal sino de derecho, lo cual es inadmisible.

No debe perderse de vista, como ya se ha expresado, que el artículo 22 de la Ley 57 debe interpretarse de acuerdo con los artículos 393 y 394 del Código Civil; que las pruebas de origen eclesiástico pueden suplirse en los mismos casos y términos que las de origen civil, pero como lo ha dicho la Corte, esas pruebas de origen eclesiástico se suplen ante la autoridad eclesiástica respectiva.

Ahora bien: Cuando en el registro civil se omite la inscripción de una partida de origen civil, o cuando se ha retardado su inscripción o cuando se ha cometido algún error o equivocación al respecto, se emplean para cada caso los procedimientos a que se refieren los artículos 277, 381 y 407 del Código Civil y entonces en virtud de la resolución judicial, cuando es favorable, se manda inscribir la partida o rectificarla. ¿Una partida inscrita o rectificada en esa forma podría ser rechazada o redargüida de falsa? Claro que sí, porque de lo contrario, como ya se expresó, resultaría que por el hecho de inscribirse extemporáneamente una partida, y en ocasiones después de la muerte del bautizado o de los contrayentes del matrimonio, quedaría incontrovertible, con presunción de derecho respecto de su veracidad, lo que es inadmisible a todas luces. Pues bien: Lo anterior es aplicable también a las partidas eclesiásticas inscritas extemporáneamente, por lo mismo que el imperio de los artículos 393 y 394 incide sobre el artículo 22 de la Ley 57 de 1887.

En el caso de este pleito no se trata de interferir en ningún asunto de naturaleza canónica, cuya legislación es altamente respetable, sino de decidir si la prueba que se ha presentado para acreditar el matrimonio Castro-Cortés, es decir, la partida, es o nó admisible. No puede existir por lo tanto pugna al respecto entre las dos legislaciones, la civil y la canónica; ésta, además de estar inspirada en grandes principios jurídicos, que han trascendido a todos los Códigos Civiles existentes, y de ser ecuménica, interfiere en la legislación colombiana en el modo como quedó ya expresado, que evite colisiones, y que deja a salvo los fueros y la jurisdicción, también altamente respetables de la Iglesia Católica, y trascendentes en la vida de los pueblos y de manera especial en la vida colombiana.

A solicitud de Aura María Cortés se procedió a la información sumaria de testigos acostumbrada en los casos de no haberse sentado oportunamente una partida, y sobre ese pie la Curia ordenó, el 11 de noviembre de 1931, extender, y el 16 de los mismos extendió el Cura Párroco la partida de matrimonio de aquélla con el doctor Castro, como celebrado *in articulo mortis*, en diciembre de 1917.

Habiendo noticiado falsedad de las aludidas declaraciones algunos hermanos del doctor Castro a la Curia, ésta procedió a nuevo estudio, el que culminó en la providencia de 20 de septiembre de 1933, según la cual no habiendo hallado falsos los hechos, mantuvo aquella orden y declaró la autenticidad de la partida, no sin advertir que los efectos civiles quedaban reservados para el Poder Civil.

Esta providencia repetidamente hace constar que no se dicta en juicio contradictorio, sino por simple revisión, y tanto por esas declaraciones como por la conclusión a que llega en su parte resolutiva, esa actuación corresponde, a la que si hubiera de buscársele símil en los recursos del procedimiento civil, al de reposición. Ello es que, esa providencia mantuvo la orden de inscribir la partida.

Las expresas y reiteradas declaraciones de esa providencia sobre la mencionada calidad de la actuación cerrada con ella vinieron a confirmarse con la negativa de la apelación que contra ella interpuso una hermana del doctor Castro, negativa fundada en no ser parte y tratarse para ella de un auto interlocutorio.

Así, pues, no sólo esa actuación no fue ni con mucho una controversia sobre el matrimonio en sí mismo o su validez, sino que no fue tampoco un juicio contradictorio sobre lo que sí constituyó su objeto, que fue simplemente si se mantenía o revocaba la orden de sentar la partida, es decir, algo atinente a ésta como instrumento probatorio.

Por consiguiente, no puede darse por surtido con esa actuación ante la Curia el juicio de impugnación que, en su caso, corresponde al artículo 394 del Código Civil; de suerte que ella no puede ser óbice a que en un juicio civil se estudie aquella partida como instrumento y se decida sobre la cuestión de *nudo facto* aquí suscitada, máxime cuando este juicio versa sólo sobre efectos civiles, y éstos se dejaron a salvo en la citada providencia eclesiástica, como no podía menos de suceder, dados los fines y calidad de ésta, en que aquí se ha insistido con el objeto principal de indagar y establecer su alcance jurisdiccional.

Como ya se dijo, el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 asignó el carácter de pruebas principales del estado civil a las certificaciones de los sacerdotes Párrocos que inserten las partidas existentes en sus libros respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones, y al equipararlas así a las actas notariales advirtió, como tal asimilación lo imponía, que aquéllas quedaban "sujetas a ser rechazadas o redargüidas o suplidas en los mismos términos que esas otras". Tales las palabras de esa disposición. Y el artículo 394 del Código Civil, tántas veces citado en este fallo, distinguiendo entre las declaraciones de las personas y la del funcionario respectivo, para advertir que la fe pública correspondiente a un instrumento público no puede extenderse a que el Estado garantice la veracidad de aquéllas, procediendo en forma análoga a como el artículo 1759 preceptúa en general sobre los instrumentos públicos, advierte que las actas en referencia atestiguan que han acudido a ese funcionario y le han dicho lo que el acta expresa, "pero no garantiza la veracidad de esa declaración en ninguna de sus partes", y agrega en su inciso 2º: "Podrán, pues, impugnarse haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata."

Si aquí se trata de una acta del estado civil; si en esas actas o partidas, tanto da que sean de origen eclesiástico o civil ante el citado artículo 22, para impugnarlas, y si, por otra parte, lo que el Provisoriato hizo fue solamente ordenar que se sentara una partida y denegarse a revocar la orden de sentarla, no se ve por qué a la autoridad civil pueda estarle vedado el estudio de la partida como instrumento a la luz de la cuestión de *nudo facto* de éste, es decir, si el hecho del matrimonio tuvo lugar o nó, máxime siendo así, como se vio, que no puede hacer tránsito a la cosa juzgada un auto interlocutorio, tanto ante la ley civil, como es sabido, cuanto ante el Derecho Canónico, según los cánones ya citados, a los que la Corte, para mayor ilustración agrega estos dos: canon 1902: "Res iudicata habetur: 1º duplici sententia conformi; 2º sententia intra utile tempus non appellata; aut quae, licet appellata coram iudice a quo, deserta fuit coram iudice ad quem; 3º sententia definitiva unica, a qua non datur appellatio ad normam can. 1880." O sea: Existe la cosa juzgada cuando hay dos sentencias conformes; cuando la sentencia no fue apelada en tiempo útil, o cuando apelada ante el Juez *a quo*, fue declarada desierta la apelación ante el Juez *ad quem;* cuando se trata de una sentencia definitiva única, que no da lugar a apelación según el canon 1880. Canon 1903: "Nunquam transeunt in rem iudicatam causae de statu personarum; sed ex duplici sententia conformi in his causis consequitur, ut ulterior propositio non debeat admitti, nisi novis prolatis iisdemque gravibus argumentis vel documentis." O sea: Nunca hacen tránsito a cosa juzgada las causas sobre el estado de las personas; pero de dos sentencias conformes obtenidas en estas causas, no debe admitirse ulterior proposición sino por nuevas alegaciones fundadas en graves argumentos o documentos.

El Tribunal, en el presente caso, no estudió ninguna de las pruebas ya citadas y analizadas y claramente lo dice en estos términos:

"Estas consideraciones hacen innecesario que el Tribunal éntre a estudiar las pruebas presentadas por la parte actora y que tienden a demostrar que no se verificó el matrimonio entre el doctor Heliodoro Castro F. y Aura María Cortés."

Mas para la Corte esta conclusión es inaceptable, porque si es cierta la tesis que en abstracto sienta el fallador, también lo es que interfiriendo la cuestión de hecho o sea la partida de matrimonio, por una parte, y los hechos que demuestran que no se celebró, el Tribunal ha debido considerar ese extremo para estudiar el valor probatorio de la partida pero en relación con el artículo 394 del Código Civil.

Esa omisión cae dentro de la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, falta de apreciación de las pruebas, de donde resulta que la sentencia debe casarse. Dicha omisión infringió los artículos 593, 697, 661, 662 y 665 del Código Judicial, infracción que llevó a la errónea aplicación del artículo 22 de la Ley 57 de 1887 por no haber tenido en cuenta la norma del artículo 394 del Código Civil.

Quiere lo anterior decir que los cargos primero y segundo hechos en casación, por la parte recurrente, deben prosperar.

La motivación de la sentencia de instancia es la expuesta anteriormente, a la que se agrega lo que sigue: Con las declaraciones de los testigos que estuvieron alrededor del lecho del doctor Castro, presenciaron sus últimos momentos y su muerte, así como las gestiones infructuosas que se hicieron en tales momentos para obtener que el doctor Castro se casara con Aura María Cortés; con las declaraciones de los testigos que convivieron con dicho doctor, mucho antes de su muerte y de las que aparece que éste les manifestó, con posterioridad al año de 1917 que era soltero, con los elementos probatorios que dieron base al auto que dictó el Juez Superior, donde salta a la vista la posición contradictoria y equívoca de Aura María Cortés, con ciertos indicios y presunciones, muy fuertes por cierto, como son el de no haberse comprobado que en los primeros días del mes de diciembre de 1917 el doctor Castro hubiera estado en peligro de muerte, con el aviso de la autoridad eclesiástica a la Corte Suprema, sobre la vida irregular del doctor Castro en 1927, que hubiera podido desvirtuar demostrando que era casado, demostración que no sólo no dio sino que reafirmó su estado de soltería, según declaración de un testigo tan serio, ex-Magistrado de la Corte, como el doctor Jesús Perilla, con ciertos antecedentes y conducta de Aura María Cortés, quien vivió irregularmente con el doctor Castro, y luégo de la muerte de éste hizo vida de mancebia con Ernesto Ramírez B., con quien se casó *in articulo mortis*, sujeto de antecedentes raros, a quien le enajenó una parte de los derechos y acciones que creyó tener en la sucesión del doctor Castro, pruebas todas estas que como se ha dicho, no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal, llega la Corte a la conclusión de que los hechos están en contradicción con la declaración que consta en la partida de matrimonio, y por lo tanto ésta no tiene la eficacia probatoria para dar por demostrado plenamente el matrimonio Castro-Cortés.

Bien distinto es el caso de autos, al que dio origen a la sentencia de 15 de diciembre de 1941 pronunciada por la Corte. La cuestión de derecho era más clara y sencilla y la de hecho muy distinta. Se trataba de una partida sentada, aunque extemporáneamente, por el mismo Párroco que casó a las personas a quienes se refiere el acta; existía por lo tanto no sólo ésta sino la aseveración del Párroco respecto de la celebración del matrimonio; en el caso presente se trata de una partida inscrita por un Párroco que no presenció el matrimonio. En el caso de la sentencia de 1941, comparecieron y declararon los testigos presenciales del matrimonio, personas conocidas y abonadas; en el de autos, esto fue imposible por la muerte de quienes se dijo habían sido testigos, personas absolutamente desconocidas; en el primer caso, todos los indicios, todas las pruebas, la honorabilidad y buenos antecedentes de la mujer, concurrían sin dejar la menor duda a establecer la convicción sobre la celebración de ese matrimonio; en el presente caso todas las pruebas, todos los indicios y aun las simples conjeturas se unen y levantan para llevar a una convicción contraria. En el primer caso todas las pruebas corroboraban lo expresado en la partida de matrimonio; en éste, todas las pruebas son contrarias a esa aseveración.

El doctor Heliodoro Castro F. murió intestado; no habiendo dejado hijos naturales, ni ascendientes, recogen su herencia sus hermanos legítimos, que son los demandantes, al tenor del artículo 21 de la Ley 45 de 1936, que en lo pertinente, para este juicio, preceptúa que si el difunto no ha dejado descendientes ni ascendientes legítimos ni hijos naturales ni cónyuge, llevarán toda la herencia los hermanos legítimos.

El reconocimiento que el Juez Quinto del Circuito de Bogotá hizo en su auto de 4 de diciembre de 1931 respecto de Aura María Cortés como cónyuge sobreviviente del doctor Castro, carece de todo efecto legal, como carecen del mismo efecto la cesión que de parte de sus derechos y acciones como cónyuge sobreviviente hizo Aura María Cortés a favor de Tulia Cortés Quimbay, la que ésta hizo a Ernesto Ramírez, la que estos dos hicieron a Rogelio Salcedo y la hecha por las anteriores tres personas a favor de José Alejandro Vásquez, así como los reconocimientos judiciales de tales cesiones hechas dentro del juicio de sucesión del doctor Castro F.

Los títulos en que constan esas cesiones, o mejor, los respectivos contratos de cesión, no son oponibles a los demandantes, señores Castros, ni por lo tanto los perjudican.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia recurrida, *revoca* la de primera instancia y *falla* así este pleito:

Primero. No está comprobado el matrimonio del doctor Heliodoro Castro F. con Aura María Cortés;

Segundo. Carece por lo tanto de valor y efecto legales el reconocimiento hecho por el Juez Quinto en lo Civil del Circuito de Bogotá, en auto de cuatro de diciembre de mil novecientos treinta y uno, de Aura María Cortés como cónyuge sobreviviente del doctor Heliodoro Castro F. en el juicio de sucesión de éste;

Tercero. Los demandantes, a saber: Francisco E. Castro, Carlos A. Castro, Estefanía y Rosalía Castro F., Tulia Castro de González y Nemesio Bohórquez, como heredero de María del Carmen Castro, son herederos *ab intestato* del doctor Heliodoro Castro F., en su carácter, los cinco primeros, de hermanos legítimos del mencionado doctor Heliodoro Castro F., y el último, como sucesor de María del Carmen Castro, hermana de Heliodoro, y tienen el consiguiente derecho de intervenir en la causa mortuoria de éste, en legal forma;

Cuarto. Carecen de valor y efectos legales y no son oponibles a los demandantes las cesiones de derechos y acciones en la sucesión del doctor Heliodoro Castro F., hechas por Aura María Cortés a favor de Tulia Cortés de Quimbay, por medio de la escritura pública número 1616 de 25 de julio de 1933, de la Notaría 4ª de esta ciudad; la que en la misma fecha y con el número 1617 le hizo en la misma Notaría Tulia Cortés de Quimbay a Ernesto Ramírez; la que una y otro le hicieron a Rogelio Salcedo, por escritura 2055 de la Notaría 2ª de Bogotá en 15 de noviembre de 1935 y la hecha por las tres personas que acaban de nombrarse a favor de José Alejandro Vásquez por escrituras números 778 de 8 de marzo y 1273 de 21 de abril de 1939, ambas de la Notaría 1ª de esta ciudad, así como también carecen de efectos legales los reconocimientos judiciales de tales cesiones hechos dentro del juicio de sucesión del doctor Heliodoro Castro F.;

Quinto. No es el caso de hacer ninguna otra declaración;

Sexto. 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.

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

Objeciones a una partición sucesoral.—Porción conyugal

No hay razón de ninguna especie para sostener que la porción conyugal es una asignación exclusiva de la sucesión testamentaria por el solo motivo de que la ley la ha catalogado entre las asignaciones forzosas que el testador es obligado a hacer, según el artículo 1226 del Código Civil, lo mismo que acontece con las legítimas, la cuarta de mejoras, etc. Equivocado es deducir de esta circunstancia ese carácter restrictivo, que no se compadece con la definición que el artículo 1230 del Código Civil da de la porción conyugal. La materia de la porción conyugal no corresponde, por lo demás, al Título 4º del Libro 3º del Código Civil, que versa sobre "Las asignaciones testamentarias", sino que hace parte del Título 5º, "De las asignaciones forzosas", cuyas disposiciones cobijan por igual las sucesiones testamentarias y las ab intestato. Totalmente infundado es el argumento sacado del texto del artículo 18 de la Ley 45 de 1936, de que en las sucesiones intestadas solamente tiene cabida la porción conyugal cuando el cónyuge sobreviviente concurre con hijos legítimos y naturales. La citada disposición de la Ley 45 no hizo otra cosa que extender en favor de los hijos naturales el principio preferencial establecido en el artículo 86 de la Ley 153 de 1887 para los descendientes legítimos, pero sin innovar nada en lo que respecta a la porción conyugal, que expresamente dejó a salvo. Ahora, cuando el cónyuge concurre con descendientes legítimos, éstos excluyen a todo otro heredero menos a los hijos naturales que concurren con ellos, y el supérstite goza de porción conyugal en la misma cuantía y proporción de que gozaba antes de la reforma de 1936.

Para determinar la porción conyugal la ley contempla las dos situaciones que plantea y regla el artículo 1236 del Código Civil, según que existan descendientes legítimos, evento en el cual la porción es una cuota fija de los bienes relictos que se deduce previamente, o que existan tales descendientes. En esta ocurrencia, concurriendo el cónyuge con descendientes legítimos del causante, que, con excepción de los hijos naturales excluyen a todo otro heredero, su porción conyugal es de cuantía igual a la legítima rigorosa de un hijo, entre los cuales, y para ese efecto, será contado el cónyuge. La ley consagra diferencia entre legítima rigorosa y efectiva. La primera es la que corresponde al legitimario como resultado de haber sido dividida la mitad legitimaria entre los que a ella concurran, según el orden de la sucesión intestada (1242, inciso 1º del Código Civil, 23 de la Ley 45 de 1936), y la efectiva es la misma rigorosa, pero aumentada en lo que corresponde de aquello de la cuarta de mejoras o de la de libre disposición de que el testador no haya dispuesto conforme a derecho. (Artículo 1249, Código Civil). Conforme al artículo 1236 del Código Civil habrá necesidad, para computar la porción conyugal, de fijar la cuantía de la legítima rigorosa de cada hijo, para lo cual se dividirá la mitad del acervo líquido herencial entre los hijos, contando entre éstos al cónyuge. El sistema legal no deja duda de que la porción conyugal se paga de la mitad legitimaria, por lo cual disminuye la cuantía de las legítimas rigorosas de los hijos. Tan evidente es que al cónyuge sobreviviente, en este caso, no corresponde como porción sino lo equivalente a una legítima rigorosa, que en realidad la diferencia que la ley establece entre las dos especies de legítimas no parece tener otro objeto que el de excluír a la porción conyugal del aprovechamiento de los aumentos que obtengan los descendientes como consecuencia de no haber dispuesto el causante de la cuarta de mejoras o de la cuarta libre, o haber quedado sin efecto su disposición. La preindicada forma de computar la legítima rigorosa, tal como la estableció el artículo 1242 del Código Civil no ha sufrido modificación por el artículo 23 de la Ley 45 de 1936, porque esta disposición innovó solamente en el sentido de dar entrada a los hijos naturales sin alterar la proporción de la porción conyugal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

En el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga se declaró abierto el juicio de su-

cesión intestada de María Orozco de Becerra, fallecida el 13 de enero de 1940, y en él fueron reconocidos como interesados sus hijos legítimos de un anterior matrimonio Hermann y Yezid Trebert Orozco, y su segundo marido Juan Becerra, en su condición de cónyuge supérstite.

Ampliamente se debatió en el juicio el derecho correspondiente al cónyuge Becerra y se llegó a la conclusión, en providencia que alcanzó firmeza procesal e imperio para los efectos de la partición de la herencia, que habiendo renunciado expresamente a sus gananciales y reuniéndose las demás condiciones legales, le correspondía, a título de porción conyugal, la legítima rigorosa de un hijo legítimo, dado el orden sucesoral de que se trata.

"En su condición jurídica de cónyuge sobreviviente de la causante María Orozco de Becerra —dice el auto que lo reconoció como interesado en la sucesión— con derecho a porción equivalente a la legítima rigorosa de un hijo y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1234 del Código Civil, para el caso de que dicho cónyuge supérstite haya tenido bienes propios en el momento en que falleció la causante."

Aprobados los inventarios sucesorales con inclusión de los bienes sociales y de los propios de la causante, y verificado el pago del impuesto correspondiente, se procedió a la partición de los bienes relictos por el partidor designado por el Juez. La partición, para los efectos de este recurso, puede sintetizarse así:

Acervo hereditario ... ... $	48.303.42
Pasivo	620.33
Acervo líquido	47.683.09

De la mitad de este acervo líquido, o sea la suma de $ 23.841.55 el partidor liquidó las legítimas rigorosas de los dos legitimarios y la porción conyugal equivalente a una de ellas, para lo cual dividió esa mitad en tres partes iguales, lo que dio por cuociente la suma de $ 7.947.18.

"La otra mitad del acervo líquido hereditario —como lo advirtió el partidor— se divide en partes iguales entre los dos hijos legítimos y se agrega a sus legítimas rigorosas para formar la legítima efectiva que les corresponde como asignación herencial."

Dentro de la oportunidad procesal del traslado del trabajo de partición, el apoderado judicial del cónyuge sobreviviente formuló cinco objeciones, todas relacionadas con la manera legal de determinar su porción conyugal, las cuales, en la resolución con que se decidió la articulación a que dieron lugar, de fecha 14 de junio de 1943, fueron declaradas sin fundamento legal, y en consecuencia, se aprobó la partición y se ordenó el cumplimiento de las formalidades correspondientes que señala el artículo 967 del Código Judicial.

Recurrido en apelación este auto por el objetante vencido, se surtió el segundo grado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el cual, previa la sustanciación legal, lo confirmó en sentencia del 21 de septiembre de 1943.

Es esta la sentencia definitiva de segunda instancia que está a la consideración de la Corte por recurso oportunamente interpuesto por el apoderado del cónyuge objetante de la partición.

Se renueva en las acusaciones de casación, con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, la tesis de que al recurrente Juan Becerra, no obstante habérsele reconocido judicialmente su calidad de cónyuge sobreviviente con derecho a su porción conyugal, no se le ha adjudicado su cuota legal correspondiente, y se señalan como infringidos por el Tribunal los artículos 1016, 1042, 1240, 1249 y 1236 del Código Civil, y 18 y 23 de la Ley 45 de 1936. Sostiene el recurrente que el partidor erró al computar como legítima rigorosa y no efectiva la adjudicada al cónyuge Becerra, y para fundar su pretensión expone la teoría de que la porción conyugal es asignación forzosa que sólo tiene lugar en la sucesión testada y en la *abintestato* cuando el cónyuge concurre con hijos legítimos y naturales, como se desprende del artículo 18 de la Ley 45 de 1936.

"Interpretando el espíritu y la voluntad del legislador de contar al viudo o viuda como a un hijo —dice la demanda— debe asignársele en la sucesión intestada, como porción conyugal, la porción hereditaria de un hijo, o, lo que es lo mismo, una legítima efectiva."

"Si las anteriores argumentaciones no se estimaren fundadas —agrega el recurrente—, se tiene que si el cónyuge sobreviviente no es legitimario de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1240 del Código Civil, para formar legítima rigorosa de los hijos legítimos no debe tenerse en cuenta ese cónyuge, a quien debe formársele su porción conyugal de la otra mitad de los bienes y así se tendría que la mitad del acervo líquido hereditario, que es de $ 47.683.09 lo es la suma de $ 23.841.55. Esta última cifra ha debido dividirse por dos que es el número de los legitimarios conforme a la regla del artículo 1240 citado y así se tendría que la legítima de Juan Becerra es de $ 11.920.77, en lugar de $ 7.947.19 que fue lo que señaló el partidor."

La Sala considera los cargos que acaban de enunciarse sintéticamente.

Ninguno de los puntos de vista que plantea la demanda de casación tiene respaldo en las disposiciones legales que gobiernan la sucesión he-

reditaria. No hay razón de ninguna especie para sostener que la porción conyugal es una asignación exclusiva de la sucesión testamentaria por el solo motivo de que la ley la ha catalogado entre las asignaciones forzosas que el testador es obligado a hacer, según el artículo 1226 del Código Civil, lo mismo que acontece con las legítimas, la cuarta de mejoras, etc. Equivocado es deducir de esta circunstancia ese carácter restrictivo, que no se compadece con la definición que el artículo 1230 del Código Civil da de la porción conyugal, como "la parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia". La materia de la porción conyugal no corresponde, por lo demás, al Título 4º del Libro 3º del Código Civil, que versa sobre "Las asignaciones testamentarias", sino que hace parte del Título 5º, "De las asignaciones forzosas", cuyas disposiciones cobijan por igual las sucesiones testamentarias y las *abintestato*.

Totalmente infundado es el argumento sacado del texto del artículo 18 de la Ley 45, de que en las sucesiones intestadas solamente tiene cabida la porción conyugal cuando el cónyuge sobreviviente concurre con hijos legítimos y naturales.

La citada disposición de la Ley 45 no hizo otra cosa que extender en favor de los hijos naturales el principio preferencial establecido en el artículo 86 de la Ley 153 de 1887 para los descendientes legítimos, pero sin innovar nada en lo que respecta a la porción conyugal, que expresamente dejó a salvo. Ahora, cuando el cónyuge concurre con descendientes legítimos, éstos excluyen a todo otro heredero menos a los hijos naturales que concurren con ellos, y el supérstite goza de porción conyugal en la misma cuantía y proporción de que gozaba con anterioridad a la reforma de 1936.

Para determinar el monto de la porción conyugal la ley contempla las dos situaciones que plantea y regla el artículo 1236 del Código Civil, según que no existan descendientes legítimos, evento en el cual la porción es una cuota fija de los bienes relictos, que se deduce previamente, o que existan tales descendientes, como es el caso de autos.

En esta ocurrencia, concurriendo el cónyuge con descendientes legítimos del causante, que, con excepción de los hijos naturales excluyen todo otro heredero, su porción conyugal es de cuantía igual a la legítima rigorosa de un hijo, entre los cuales y para ese efecto será contado el cónyuge. La ley consagra diferencia entre legítima rigorosa y efectiva. La primera es la que corresponde al legitimario como resultado de haber sido dividida la mitad legitimaria entre los que a ella concurran, según el orden de la sucesión intestada (1242, inciso 1º del Código Civil, 23 de la Ley 45 de 1936), y la efectiva es la misma rigorosa, pero aumentada en lo que corresponda de aquello de la cuarta de mejoras o de la libre disposición de que el testador no haya dispuesto conforme a derecho (1249, Código Civil).

"Habiendo tales descendientes —dice el segundo inciso del artículo 1236 del Código Civil— el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigorosa de un hijo."

Habrá, pues, necesidad, para computar la porción conyugal, de fijar la cuantía de la legítima rigorosa de cada hijo, para lo cual se dividirá la mitad del acervo líquido herencial entre los hijos, contando entre éstos al cónyuge. El sistema legal no deja duda de que la porción conyugal se paga de la mitad legitimaria, por lo cual disminuye la cuantía de las legítimas rigorosas de los hijos.

"Acrece a las legítimas rigorosas —dice el artículo 1249 del Código Civil— toda aquella porción de los bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejoras o con absoluta libertad, y no ha dispuesto, o si lo ha hecho ha quedado sin efecto su disposición.

"Aumentadas así las legítimas rigorosas, se llaman *legítimas efectivas*. Este acrecimiento no aprovecha al cónyuge sobreviviente, en el caso del artículo 1236, inciso 2º".

Tan evidente es que al cónyuge supérstite, en este caso, no corresponde como porción sino lo equivalente a una legítima rigorosa, que en realidad la diferencia que la ley establece entre las dos especies de legítimas no parece tener otro objeto que el de excluir a la porción conyugal del aprovechamiento de los aumentos que obtengan los descendientes como consecuencia de no haber dispuesto el causante de la cuarta de mejoras o de la cuarta libre, o haber quedado sin efecto su disposición.

La preindicada forma de computar la legítima rigorosa, tal como la estableció el artículo 1242 del Código Civil no ha sufrido modificación por el artículo 23 de la Ley 45 de 1936, que el recurrente cita como quebrantado por el Tribunal, porque esta disposición innovó solamente en el sentido de dar entrada a los hijos naturales, sin alterar la proporción de la porción conyugal.

Por lo que hace a la manera de liquidar la porción conyugal, que el recurrente propugna en su demanda y que consistiría en dividir la mitad legitimaria exclusivamente entre los hijos para fijar así la legítima rigorosa y una vez fijada tomar su equivalente de la otra mitad de

los bienes relictos para la porción conyugal, no encuadra, como lo tiene establecido la jurisprudencia, dentro de las normas que regulan el sistema del Código colombiano.

Refiriéndose a este modo de liquidación dice don Fernando Vélez en su *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano* (página 391, tomo IV):

"Como el artículo 1250 prohibe gravar las legítimas rigorosas, se ha deducido que la mitad de los bienes que las constituyen debe distribuírse exclusivamente entre los hijos porque sólo éstos tienen derecho a la mitad legitimaria. Según este sistema, la porción conyugal debe sacarse de la otra mitad de bienes.... Este sistema es contrario a la letra y espíritu de la ley, y en sus consecuencias podría llegar hasta suprimir las cuartas últimamente mencionadas. Es lo primero, porque de acuerdo con él el cónyuge sobreviviente no sería contado entre los hijos que es lo que manda el artículo 1236: en vez de contarlo entre ellos, se le haría a un lado para darle su porción conyugal de una mitad de bienes distinta a aquella de donde se tomaban las legítimas rigorosas. Esto sería opuesto además al artículo 1248 en que se dispone que si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima, y no tiene quién lo represente, ese todo o parte se agregará a la mitad legitimaria y contribuirá a formar las legítimas rigorosas y la porción conyugal en el caso del inciso 2º del artículo 1236. Luego dicha porción se toma de la mitad de bienes de donde se toman las legítimas rigorosas.

"La consecuencia del sistema que examinamos, sería que la porción conyugal debía sacarse de la cuarta de mejoras o de la libre disposición. Esto, que no tiene fundamento en la ley, gravaría la primera cuarta en favor de una persona que no era descendiente legítimo del difunto (artículos 1242 y 1253), contrariando abiertamente la ley, y disminuiría la segunda cuarta limitando las facultades del testador sin razón ninguna. Hasta podría suprimir dichas cuartas...."

Las consideraciones que anteceden son suficientes para ver claramente que la partición que ha sido objetada se ajusta perfectamente a las exigencias legales y que la sentencia que le impartió aprobación judicial no viola ninguna de las prescripciones legales sustantivas que señala la demanda de casación.

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 que ha sido materia de este recurso de casación, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 21 de septiembre de 1934.

Condénase al recurrente al pago de las costas del recurso.

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

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

Acción petitoria de declaración de una filiación natural

El artículo 4º de la Ley 169 de 1896 es meramente adjetivo, es una norma para unificar la jurisprudencia de la Corte en casación, fin principal de ese recurso, pero esa disposición no confiere derechos ningunos a los ciudadanos, ya que las doctrinas de la Corte no son obligatorias para ningún miembro del Organo Judicial encargado de administrar justicia, ni aun para la Corte misma.

Es doctrina constante de la Corte la de que con la vida del supuesto padre natural se extingue también la acción de la Ley 45 de 1936, sobre filiación natural.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y nueve de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Alcides León pidió ante el Juez 2º del Circuito de Bogotá, con audiencia del señor Agente del Ministerio Público, se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que soy hijo natural del señor Alfredo Escobar R. y consecuencialmente soy legitimario en la sucesión de él.

"Segunda. Que se me deben adjudicar en la partición de los bienes en la sucesión de mi padre natural Alfredo Escobar R. la totalidad de tales bienes que es mi legítima efectiva, con exclusión de cualesquiera otras personas.

"Cuarto (sic). Que consecuencialmente se me debe entregar la totalidad de los bienes que pudieren inventariarse en la sucesión de mi padre natural señor Alfredo Escobar R."

La demanda principal no fue admitida por el Juez, y la subsidiaria que solicita, en sustancia, lo mismo que se pidió en la principal, fue fallada adversamente al demandante, quien apeló de ese fallo para ante el Tribunal Superior de Bogotá, entidad ésta que le puso fin al litigio, por medio de la sentencia de 13 de julio de 1943, que confirmó la de primera instancia.

Ocurrió en casación Alcides León contra este proveído, y como el recurso se admitió y tramitó con la plenitud de las formalidades legales, se procede hoy a resolverlo.

Como hecho capital del proceso se destaca esto: que el demandante Alcides León estableció su demanda con posterioridad a la muerte de su presunto padre. Hecho éste fundamental para decidir el recurso.

El fallo se ataca en primer lugar, por violación del artículo 4º de la Ley 169 de 1896, que prescribe que tres decisiones uniformes de la Corte como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable que los Jueces podrán aplicar en casos análogos, sin que ello inhiba a la Corte para variar la doctrina en el caso de juzgar erróneas las decisiones anteriores.

Este reparo no puede prosperar en casación. El artículo 4º citado es meramente adjetivo, es una norma para unificar la jurisprudencia de la Corte en casación, es el fin primordial de este recurso, pero esa disposición no confiere derechos ningunos a los ciudadanos ya que las doctrinas de la Corte no son obligatorias para ningún miembro del Organo Judicial encargado de administrar justicia, ni aun para la Corte misma.

Además, es inadmisible que se ataque por quebranto de ese artículo 4º cuando el Tribunal cabalmente falla invocando como fundamento la doctrina establecida por la Corte, contraria a las pretensiones del recurrente.

El segundo cargo consiste en la violación de los artículos 401, 402, 403 y 404 del Código Civil por indebida aplicación e interpretación errónea.

Para confutar el cargo prohija hoy la Sala las razones invocadas en muchísimos fallos, en los cuales se estudió y se decidió uniformemente, la oportunidad de establecer las demandas sobre el reconocimiento de la paternidad natural.

Esas razones se hallan consignadas en el fallo de 17 de noviembre de 1943, advirtiendo que con posterioridad a esta sentencia se han dictado otras en idéntico sentido, que respaldan y refuerzan la doctrina asentada por esta Superioridad y ellas son:

"Este recurso de casación trae nuevamente a la consideración de la Corte el problema interpretativo y fundamental, en cuyo estudio y resolución no ha sido ni es unánime el parecer de la Sala de Casación Civil, de si la acción consagrada en la Ley 45 de 1936, para declarar judicialmente la paternidad natural, sólo puede esta-

blecerse durante la vida del pretendido padre por ser éste el único contradictor legítimo que, para el efecto puede ser demandado, o si tal acción procede también, muerto el pretenso padre, contra sus herederos como continuadores de su persona jurídica. De estas dos tesis en que se ha dividido la opinión de la Sala, amplia y reiteradamente expuestas y sustentadas en sentencias y salvamentos de voto que corren publicados en la *Gaceta Judicial*, ha prevalecido la primera, conforme a la cual con la vida del supuesto padre natural se extingue también la acción de la Ley 45 de 1936, sobre filiación natural.

"Claras y uniformes razones se han expuesto para sustentar la fórmula de decisión mayoritaria usada para desatar los litigios en que se ha debatido la misma cuestión que ha motivado este recurso. Es ésta la séptima sentencia de casación en que la Corte insiste en su doctrina sobre el referido punto de interpretación legal, con el disenso, hoy, de los Magistrados Hinestrosa y Salamanca. Vano replantear una vez más el problema y pormenorizar los argumentos de las tesis encontradas recargando este fallo con inútiles repeticiones, e innecesario también copiar la motivación adoptada en apoyo de la doctrina jurisprudencialmente consagrada por la casación civil, y que puede verse en los fallos de 26 de abril de 1940 *(Gaceta Judicial,* tomo XLIX, páginas 249 a 286, y tomo LI, páginas 43 a 80, de 30 de junio de 1941; tomo LI, páginas 616 a 640), y en los de fechas 22 y 30 de septiembre de 1942 y 20 de febrero y 11 de marzo del año que corre, no publicados aún en la *Gaceta* de la Corte.

"Más del doble de las sentencias uniformes que la ley exige para constituír doctrina probable ha proferido la Corte, como Tribunal de casación, sobre la interpretación y alcance que debe darse a las disposiciones de los artículos 403 y 404 del Código Civil en tratándose de la filiación natural, respecto de la cual, sin limitación ninguna, amplió su aplicabilidad el artículo 7º de la Ley 45 de 1936. Sin desconocer que la ley no le atribuye fuerza obligatoria sino respecto de cada litigio a la interpretación judicial o por vía de doctrina, y si bien es verdad que la llamada doctrina probable por el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, carece de imperio general y vale apenas como un acierto jurídico que puede ser precario, ocurre también que como a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema corresponde la función esencial de uniformar la jurisprudencia nacional, anulando los fallos de los Tribunales que contradigan sus doctrinas, es preciso reconocer a las sentencias uniformes de la Corte sobre un mismo punto de Derecho, cuando se repiten por lo menos tres veces, un valor jurídico particular que sin merma de la libertad judicial para estatuír en sentido diferente, representan cuando menos maneras de interpretación que el legislador, bajo el nombre y con el alcance de doctrinas probables, recomienda aplicar para resolver casos completamente análogos con el fin de unificar y estabilizar interpretativamente el sentido de las leyes.

"No obsta para esta finalidad jurisprudencial la circunstancia de no haber sido unánime la votación de la Sala en torno de la cuestión que de nuevo ha querido replantarse por el Tribunal de Bogotá, porque eso no afecta ninguno de los efectos que legalmente corresponden a las decisiones de la Corte como Tribunal de casación. Este disentimiento en punto esencial de la Ley 45 de 1936 que legalmente no resta autoridad a la doctrina probable de la Corte, puede determinar en cambio el beneficio de poner de manifiesto la necesidad de que el legislador, para evitar toda incertidumbre en punto atacado y defendido con razones importantes, fije con autoridad el sentido y alcance de la reforma en materia de filiación natural con una fórmula precisa. No está fuera de la normalidad institucional que las sentencias de los Tribunales, revelando con interpretaciones contradictorias la oscuridad de una norma positiva, abran el camino a la ley escrita cuya expedición prepararán mostrando la necesidad de una regla nueva e inequívoca y hasta sugiriendo su contenido. Para la Sala de Casación Civil puede ser un nuevo aspecto de uniformar la jurisprudencia."

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, *no infirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha trece de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas son de cargo del recurrente.

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

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

Acción de nulidad absoluta de un contrato y de restitución de bienes

Conforme al artículo 1740 del Código Civil un acto o contrato es nulo cuando le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para que sea válido, teniendo en cuenta su especie y la calidad o estado de las personas. De modo que para saber si un contrato se halla viciado de nulidad, debe examinarse si en su celebración se cumplieron, o nó, las formalidades que la ley señala, según la especie o naturaleza del contrato; y la calidad o estado de las personas, es decir, su capacidad o incapacidad legal.

Aunque es verdad que, en tesis general, un albacea no puede vender bienes de la sucesión, sin anuencia de los herederos, porque no está facultado por la ley para ello, y es claro que si lo hace vende cosa ajena y el contrato no sería oponible a los herederos, a quienes no perjudicaría, no podría sostenerse que tal contrato quedó viciado de nulidad relativa, según los principios expuestos. Sólo quedaría viciado en el caso a que se refiere el artículo 1856 del Código Civil, que es distinto de aquel a que aluden los autos.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Son antecedentes de este negocio:

La señora Leticia Roncancio viuda de Vergara otorgó testamento público por medio de la escritura número 35, del 15 de febrero de 1923, de la Notaría de Leiva. En dicho testamento dispuso de sus haberes y designó albacea, con la tenencia y administración de sus bienes, a su hermano Honorio Roncancio, a quien facultó expresamente para vender la casa de propiedad de la testadora, ubicada en la calle 22 de esta ciudad, marcada con el número 210, siempre que la venta la hiciera por un valor no inferior a $ 6.000.

Hallándose en curso el juicio respectivo, Roncancio, como albacea de la sucesión, vendió la indicada casa a Pedro José Sarmiento, por escritura número 1873, de 23 de junio de 1927, de la Notaría Primera de esta ciudad, por la cantidad de $ 8.200.

Posteriormente Sarmiento vendió la misma casa a Víctor Roncancio, por escritura número 1574, del 21 de septiembre de 1933, de la Notaría Primera de Bogotá, por $ 6.000.

Entre los asignatarios de la testadora figura la señorita María del Carmen Corredor Martínez, quien vendió sus derechos al doctor Aurelio Rodríguez Bermúdez, por escritura número 1066, del 23 de abril de 1936, otorgada en la Notaría Segunda de esta ciudad. (El demandante cita también la escritura número 3337, de noviembre de 1937, otorgada en la propia Notaría Segunda, que no figura en autos).

La sucesión de Leticia Roncancio viuda de Vergara fue liquidada en el Juzgado 1º del Circuito de Tunja, y la partición de los bienes fue aprobada por sentencia de ese Juzgado, de fecha dos de abril de mil novecientos veintinueve.

El 13 de abril de 1939 el doctor Rodríguez Bermúdez, como cesionario de María del Carmen Corredor Martínez, presentó, en el Juzgado 2º Civil de este Circuito, demanda ordinaria contra Honorio Roncancio Castellanos, Pedro José Sarmiento y Víctor Roncancio Mora, y pidió que se hicieran las declaraciones que en seguida se sintetizan:

Que es absolutamente nulo el contrato de compraventa de la casa de que antes se habló, celebrado por Honorio Roncancio, en su carácter de albacea de la sucesión de Leticia Roncancio, con Pedro José Sarmiento; que es también absolutamente nulo el contrato de compraventa de la misma casa, celebrado por Sarmiento con Víctor Roncancio; que, en consecuencia, la indicada casa, por los linderos determinados en la demanda, pertenece a la sucesión líquida de Leticia Roncancio v. de Vergara; que se condene a Sarmiento y a Roncancio Mora a restituir los respectivos frutos del referido inmueble, hasta el día de la entrega de él; que se hagan, respecto de Honorio Roncancio, las declaraciones y condenaciones de que trata el artículo 1357 del Código Civil, y que se ordene hacer las cancelaciones correspondientes en la Registratura de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito.

Admitida la demanda y corridos los traslados de rigor, el apoderado de los demandados la contestó oponiéndose a la acción intentada y ne-

gando la mayor parte de los hechos fundamentales. Además, propuso las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, prescripción adquisitiva del dominio, prescripción de la acción y las demás que resulten probadas.

Agotada la actuación, el Juez del conocimiento puso fin a la primera instancia por sentencia del seis de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, por medio de la cual declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, y, en consecuencia, absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, sin condenar en costas.

En virtud de apelación interpuesta oportunamente por ambas partes, subió el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en donde una vez surtidos los trámites de ley, se pronunció el fallo de fecha doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, que resolvió:

"Primero. Declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa efectuado por Honorio Roncancio, en su calidad de albacea de la sucesión de Leticia Roncancio v. de Vergara, a Pedro José Sarmiento, por medio de la escritura pública número mil ochocientos setenta y tres (1873), otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá el veintitrés (23) de junio de mil novecientos veintisiete (1927) y registrada el treinta (30) de dicho mes. Tómese nota de esta sentencia al margen de la matriz de la precitada escritura y cancélese el registro de la misma.

"Segundo. Condenar a Víctor Roncancio Mora a restituir a la sucesión de Leticia Roncancio v. de Vergara el inmueble de que trata la precitada escritura, individualizada por los linderos que allí constan, junto con los frutos producidos por la casa, del veinticinco (25) de julio de mil novecientos treinta y nueve (1939) al día de la entrega; y no solamente los frutos percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la casa en su poder, descontando los gastos ordinarios que don Víctor hubiera invertido en producirlos, a quien también se le abonarán las mejoras útiles hechas antes de la prealudida fecha. Las prestaciones mutuas se liquidarán al tenor de lo dispuesto en el artículo 553 del Código Judicial.

"Tercero. Declarar que el inmueble especificado en la precitada escritura pertenece a la sucesión de Leticia Roncancio v. de Vergara.

"Cuarto. Negar todas las demás peticiones de la demanda y ordenar la cancelación de su registro.

"Quinto. Declarar no probadas las excepciones alegadas por los demandados.

"Sexto. Dejar a salvo los derechos que Víctor Roncancio Mora y Pedro José Sarmiento puedan tener para que se les restituya el precio que cada uno de ellos dio por el referido inmueble.

"Sin costas en ninguna de las instancias."

El Tribunal, apoyándose en los artículos 483 y 484 del Código Civil, en relación con el 1351, y además en los artículos 1350, 1355 y 1358 del mismo Código, consideró que es absolutamente nula la venta hecha por Roncancio a Sarmiento. Dice la sentencia al respecto:

"Como don Honorio vendió directamente la casa, prescindiendo de la subasta pública, al señor Sarmiento, por $ 8.200, sin anuencia de los herederos, ejecutando la última voluntad del causante, se sigue la nulidad absoluta de tal acto, puesto que el artículo 1358 prohibe al albacea llevar a efecto ninguna disposición del testador en lo que fuere contrario a las leyes, so pena de nulidad y de considerárselo culpable de dolo."

Estimó que la venta hecha por Sarmiento a Roncancio Mora no es nula, sino venta de cosa ajena, que vale sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, conforme al artículo 1871 del Código Civil, por lo cual no declaró la nulidad de ese contrato, pero sí ordenó la restitución de la finca y de sus frutos, de acuerdo con el artículo 1748, considerando al comprador como poseedor de buena fe.

Acerca de la devolución del precio pagado por la cosa, dice la sentencia:

"La nulidad da acción a las partes para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (artículo 1746); pero la sucesión no puede ser condenada a devolver el precio de $ 8.200, al menos en este juicio, porque ella no ha intervenido como parte demandante en este proceso, y además porque la nulidad se pronuncia en razón de que ella no fue parte en la aludida compraventa; y no habiendo intervenido en esa convención, sobre ella no pesa la obligación de restituir.

"Se dejan a salvo las acciones para obtener las restituciones mutuas."

Respecto de las excepciones propuestas, estimó el Tribunal que no podían declararse probadas por estas razones:

La de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, porque sea que se considere a María del Carmen Corredor Martínez como heredera, o como simple legataria, "tiene acción para demandar, toda vez que la nulidad absoluta puede alegarla todo el que tenga interés en ella, según los artículos 15 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936".

La de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, porque Roncancio Mora no tenía posesión regular de diez años, con título, por sí solo, y no podía agregar la posesión de su antecesor porque el título de Sarmiento no puede reputarse como justo, al tenor del ordinal 3º del artículo 766 del Código Civil.

Y la de prescripción de la acción, porque tratándose de una nulidad absoluta no había corrido el tiempo necesario para extinguirla.

El recurso.

Contra esta sentencia interpusieron ambas partes recurso de casación, el que se decide hoy por hallarse legalmente preparado.

El demandante-recurrente, con apoyo en las tres primeras causales de las que señala el artículo 520 del Código Judicial, la acusa por ser violatoria de ley sustantiva, por no estar en consonancia con algunas peticiones formuladas por él, y por contener "disposiciones contradictorias con la misma ley sustantiva".

La demanda es confusa y muy deficiente técnicamente, pero interpretándola con criterio amplio, se llega a la conclusión de que aspira a que se case la sentencia del Tribunal por no haber declarado nulo el contrato de compraventa celebrado entre Sarmiento y Roncancio Mora; por no haber condenado a Sarmiento al pago de los frutos de la casa sobre que versa el pleito, mientras estuvo en su poder, y por no haber hecho respecto de Honorio Roncancio las declaraciones y condenaciones de que trata el artículo 1357 del Código Civil.

Señala como disposiciones sustantivas violadas los artículos 575, 576, 577, 752, 756, 778, 1341, 1353, 1355, 1357, 1358, 1746 y 2521 del Código Civil.

El apoderado de los demandados-recurrentes acusa también la sentencia apoyándose en las tres primeras causales de las que enumera el artículo 520 del Código Judicial.

Se resumen a continuación, brevemente, los cargos que formula:

I. Al no declarar probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, incurrió el Tribunal en error de hecho y de derecho en la interpretación del testamento de la señora Roncancio, interpretación errónea que consistió en tomar a la cedente del actor como heredera de la causante, cuando solamente es legataria.

II. "El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho que aparece de manifiesto en los autos, en la interpretación del título por medio del cual el doctor Pedro José Sarmiento adquirió el dominio del inmueble de que se trata, y como consecuencia de esos errores quebrantó abiertamente los artículos 766, 768, 769, 2528, 2529 y 1871 del Código Civil, este último por haber declarado que se trata de la venta de cosa ajena, hecha por el albacea de la señora Roncancio."

En desarrollo de este cargo el recurrente transcribe algunas cláusulas de la escritura número 1873, de 23 de junio de 1927, y luégo dice:

"No obstante que el honorable Tribunal sostiene en su fallo que dando aplicación al artículo 1355 del Código Civil, la testadora no pudo ampliar las facultades del albacea, yo sostengo que la facultad que le dio de enajenar la casa *siempre que no fuera por una suma menor de seis mil pesos,* no constituye una ampliación de las facultades del albacea, sino un medio que puso en sus manos para facilitar la liquidación de la sucesión, basada sin duda en la confianza que le inspiraba su hermano, a quien dejaba como albacea.

"Y el doctor Sarmiento, al comprar la casa, procedió obrando de buena fe, puesto que el carácter de albacea del vendedor y la facultad de enajenar la casa por determinada suma de dinero, consignado todo en el testamento, lo indujeron a celebrar el negocio."

III. "El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho que aparecen de manifiesto en los autos, en la interpretación y aplicación de las disposiciones sobre el ejercicio del cargo de albacea, y debido a esta errónea interpretación violó los artículos 1740, 1741, 1746, 1750, 1350, 1351, 483 y 484 del Código Civil, unos por indebida aplicación al caso del pleito, y otros por no haberlos aplicado siendo el caso de hacerlo."

El recurrente hace en seguida una larga disertación para demostrar que en el caso de estudio no hay nulidad absoluta, sino, a lo sumo, relativa, por lo cual ha debido el Tribunal declarar probadas las excepciones de prescripción adquisitva del dominio y de prescripción de la acción, y agrega:

"Fuera de esto, insisto igualmente en que la facultad que le dio la señora Leticia Roncancio v. de Vergara al albacea no pugna contra el artículo 1351 del Código Civil, que invoca el Tribunal para sostener que la testadora, contra expresa prohibición, le amplió las facultades a su albacea, porque en realidad, ya lo dije y sostuve antes, la testadora no hizo sino darle facilidades para el cumplimiento de su mandato."

Más adelante dice:

"El señor Honorio Roncancio, al venderle la casa al doctor Sarmiento, no procedió en su propio nombre sino en su carácter de albacea de la causante ya mencionada, y obró dentro de la facultad expresa que le concedió, siempre que la enajenación no se hiciera por una suma inferior a seis mil pesos, condición que aparece cumplida en la escritura que contiene el contrato respectivo."

La demanda de casación formula, además, otros cargos, tales como el de contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias y el de no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, pues alega que falló *extra petita*, cargos que no es necesario determinar aquí, por no ser pertinentes, como se verá al analizar el recurso.

Estudio de los cargos.

Se considera:

Procediendo en orden lógico se estudia primero el recurso de la parte demandada que solicita la casación total de la sentencia acusada.

Es indudable que el apoderado de dicha parte no enfocó debidamente el punto en estudio, pues en su demanda llega a admitir que los contratos sobre que versa el juicio quedaron afectados de nulidad relativa; pero como si pide, de un lado, que se case la sentencia del Tribunal para absolver, en su lugar, a los demandados, y de otro, sostiene reiteradamente que no hubo ampliación de las facultades del albacea, ni éste procedió con violación de la ley, la Sala, apoyada en los párrafos de la demanda que atrás se copiaron, que sí plantean claramente el problema, así como en la facultad que tiene el juzgador para interpretar las demandas, lo mismo que en la sabia regla de hermenéutica consignada en el artículo 472 del Código Judicial, pasa a estudiar el asunto en la siguiente forma:

Conforme al artículo 1740 del Código Civil un acto o contrato es nulo cuando le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para que sea válido, teniendo en cuenta su especie y la *calidad* o *estado de las personas*. De modo que para saber si un contrato se halla viciado de nulidad, debe examinarse si en su celebración se cumplieron, o nó, las formalidades que la ley señala, según la especie o naturaleza del contrato, y la calidad o estado de las personas, es decir, su capacidad o incapacidad legal.

De acuerdo con el 1741 del mismo Código, la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que hagan relación a la naturaleza del contrato y no a la calidad ó estado de las personas, son nulidades absolutas. Hay también nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa.

Aplicando estos principios al contrato de compraventa celebrado por el albacea Roncancio con Sarmiento, se llega a la conclusión de que no está viciado de nulidad absoluta, porque no tiene objeto ilícito, ni causa ilícita, ni en su celebración se omitió algún requisito o formalidad de los que la ley señala para su validez, atendiendo a su naturaleza, ni las personas que lo celebraron son absolutamente incapaces.

Tampoco puede decirse que dicho contrato quedara viciado de nulidad relativa, porque no aparece que en su celebración se omitiera algún requisito o formalidad de los que la ley prescribe para su validez, teniendo en cuenta la calidad o estado de las personas que lo efectuaron.

Es verdad que, en tesis general, un albacea no puede vender bienes de la sucesión, sin anuencia de los herederos, porque no está facultado por la ley para ello, y es claro que si lo hace vende cosa ajena y el contrato no sería oponible a los herederos, a quienes no perjudicaría; pero no podría sostenerse que tal contrato quedó viciado de nulidad relativa, según los principios antes expuestos. Sí quedaría viciado en el caso a que se refiere el artículo 1856 del Código Civil, que es distinto del que ahora se estudia.

En éste resulta que la testadora autorizó expresamente a su albacea, Honorio Roncancio, para vender la única finca raíz que poseía, o sea la casa a que se refiere el pleito, respecto de la cual, después de determinarla claramente, dijo en la cláusula *séptima* del testamento:

"La casa de Bogotá, que vale seis mil pesos oro ($ 6.000) y la que puede vender mi albacea, siempre que no sea por menos de ese valor."

Esta facultad equivale evidentemente a un mandato, que habría de cumplirse después de la muerte de la testadora, para que el albacea pudiera pagar los legados hechos por aquélla en dinero, pues conviene advertir que la causante repartió, en distintos legados, el probable valor de la casa y que a nadie asignó cuota o porción alguna en ésta, y como según el artículo 2195 del Código Civil "no se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella....", es muy claro que Roncancio, al vender la casa, obró como mandatario de la testadora y en ejecución del mandato, sin que ello implique la ampliación propiamente de sus facultades inherentes al cargo de albacea, y como la venta la hizo por valor mayor que el calculado por la mandante, es incuestionable que la venta fue válida, ya que en todo lo demás el contrato se ajusta también a las prescripciones legales pertinentes.

Demostrado como queda así que el contrato de compraventa celebrado por el albacea Roncancio con Sarmiento es legal y válido, lo es también consecuencialmente, el realizado entre Sarmiento y Roncancio Mora, y, por lo mismo, la demanda inicial de este pleito carece por completo de razón y fundamento, y debe pros-

perar el recurso de casación de la parte demandada, porque es claro que la sentencia acusada viola, por indebida aplicación, los preceptos legales que hacen referencia a la nulidad de los contratos.

Prosperando dicho recurso no puede triunfar el interpuesto por la parte demandante y sería inútil estudiarlo, lo cual no quiere decir que si, como afirma el demandante, el albacea no ha pagado los legados que conforme al testamento de la causante corresponden a la señorita María del Carmen Corredor Martínez, quede exento de pagarlos, porque es de toda evidencia que para obtener ese pago quedan a salvo, en favor de la citada legataria, o de su cesionario, las acciones legales que sean procedentes.

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 pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, y previa revocatoria de la de primera instancia, dictada por el Juez 2º Civil de este Circuito el seis de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, niega las peticiones de la demanda y en consecuencia, absuelve a los demandados de los cargos que se formularon contra ellos.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Aplicación de los principios jurídicos de Derecho Internacional Privado conforme al aforismo: locus regit actum

El artículo 11 del Tratado sobre Derecho Procesal originario del Congreso Internacional Suramericano de Montevideo de 1888-1889, al cual adhirió Colombia por medio de la Ley 68 de 1920, se limitó a consagrar el principio universal de Derecho Internacional Privado de que la ley nacional del lugar es la que rige en cuanto a las formalidades y requisitos externos a que deben someterse los actos jurídicos o elementos probatorios surtidos o evacuados en cada Estado. "Locus regit actum". Y esto es así porque tales preceptos legales constituyen normas de orden público íntimamente vinculadas y nacidas del concepto de la soberanía nacional de cada país y en ese campo de acción no es posible que tengan aplicación y operancia sino las leyes nacionales que determinan tales requisitos y formalidades externas. Consecuencia de tal principio universal y de su consagración en el artículo 11 del Tratado Procesal de Montevideo, al cual adhirió nuestro país en la Ley 68 de 1920, es la de que cuando un Juez colombiano ordena la práctica de pruebas a las autoridades políticas, administrativas o judiciales de otra Nación, las cartas y los exhortos rogatorios se diligenciarán conforme a la ley del país comisionado. En lo que mira a los fenómenos de la admisión y de la apreciación o justipreciación de la prueba testimonial en el caso de autos, debía regir la ley colombiana por ser en realidad norma a que viene estar sujeto el acto jurídico materia del proceso, conforme a los artículos 1º y 2º del Tratado Procesal ya citado, porque versando el contrato celebrado en Maracay sobre venta, arrendamiento y pacto de retroventa de un inmueble ubicado en territorio colombiano, debía producir la totalidad de sus efectos jurídicos en Colombia y es por esa definida circunstancia aplicable únicamente la ley nacional, lex rei sitae.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

El Notario 2º Principal del Circuito de Cúcuta, según consta en el instrumento público trescientos cincuenta y siete (357), de once de septiembre de mil novecientos treinta y tres, protocolizó un documento otorgado por el General Juan Vicente Gómez y Belisario Mora en la ciudad de Maracay, República de Venezuela, el 30 de junio del mismo año.

En el aludido documento el General Gómez, Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, pero procediendo en su condición privada, hizo la siguiente declaración:

"Que habiendo pagado el señor Belisario Mora, que se identifica más abajo, la cantidad de ciento setenta y cinco mil bolívares (Bs. 175.000.00) a que monta el crédito hipotecario para hoy, a mi favor, según consta de escritura número seiscientos cuarenta y ocho, de cinco de octubre de mil novecientos veintisiete, protocolizada en la Notaría Segunda del Circuito de San José de Cúcuta, Departamento Norte de Santander, de la República de Colombia, y como consecuencia de ese pago nada queda a deberme el señor Belisario Mora, ya nombrado, doy por cancelada la hipoteca que para garantía del expresado crédito constituyó mi deudor sobre una finca de su propiedad, denominada *La Ley*, situada en el Corregimiento de San Faustino, jurisdicción de Cúcuta, y cuya finca se determina y alindera en el citado documento y en la segunda parte del presente documento."

Por su parte el señor Belisario Mora, afirmando ser vecino de la ciudad de Cúcuta, Departamento Norte de Santander, de la República de Colombia, de estado casado y hábil para contratar, manifestó aceptar la cancelación de la hipoteca en mención, y a la vez declaró que daba en venta real al señor General Juan Vicente Gómez

y por el precio de doscientos cuarenta mil bolívares (Bs. 240.000.00), que recibia en el acto en dinero efectivo y a su entera satisfacción, la finca agrícola de su propiedad denominada *La Ley*, ubicada en el Corregimiento de San Faustino, jurisdicción de Cúcuta, Departamento Norte de Santander, comprendida dentro de los linderos expresados en el instrumento, además de incluir en la venta un rasgo de terreno comprado al señor David Moros y los derechos que correspondían a Víctor César Castro en la Comunidad Almeida, por compra que había hecho a Mercedes y Concepción Salas Nieto y Rafael Ignacio Paz.

Se estipuló igualmente entre las partes que el comprador quedaba obligado a retrovenderle al vendedor la misma finca mencionada *La Ley* y sus anexidades y pertenencias, por el mismo precio, dentro del improrrogable plazo de un año, quedando el vendedor, señor Mora, durante este lapso como arrendatario del inmueble y pagando como renta mensual la suma de un mil doscientos bolívares (Bs. 1.200.00).

"El presente instrumento —se agregó finalmente— se autenticará con lo que respecta a las firmas de ambos otorgantes, por ante el Juzgado del Distrito de Girardot, del Estado de Aragua, en esta ciudad de Maracay, y luégo de legalizado en forma se remitirá al Notario Segundo del Circuito de San José de Cúcuta, de la Provincia de Cúcuta, Departamento Norte de Santander, de la República de Colombia, para su protocolización."

Conforme a lo acordado en esta última parte se surtieron a cabalidad las autenticaciones del caso, inclusive las firmas de los funcionarios que intervinieron, lo mismo que la de nuestro Cónsul General en Caracas, de todo lo cual quedó constancia en la protocolización que se hizo en la Notaría Segunda del Circuito de Cúcuta el nueve de septiembre de 1933.

El proceso.

Muerto el General Juan Vicente Gómez y declarado abierto su juicio de sucesión en el extinguido Juzgado Primero del Circuito de Cúcuta, a petición del Síndico de Sucesiones y Donaciones, Belisario Mora demandó por la vía ordinaria ante el Juez Segundo del Circuito de Cúcuta a la sucesión de Juan Vicente Gómez, representada por presuntos herederos desconocidos, para que mediante el proceso de rigor se hicieran estas declaraciones:

1ª Que se halla viciado por falta de consentimiento de parte del vendedor señor Belisario Mora el contrato de compraventa del fundo *La Ley*, celebrado en Maracay (Venezuela) entre Mora y el General Gómez el 1º de julio de 1933;

2ª Que se declare la nulidad o rescisión del contrato de compraventa, arrendamiento y plazo para recuperar el dominio de lo vendido, de que da cuenta el documento otorgado en Maracay y protocolizado por escritura pública número 357 de 1933, de la Notaría 2ª del Circuito de Cúcuta.

Por no haber comparecido los presuntos herederos desconocidos del General Gómez, luégo de habérseles emplazado legalmente, se les designó como curador *ad litem* al doctor Efraím Vásquez. Corrido el traslado dicho curador *ad litem* pidió que se declarara nulo lo actuado por incompetencia de jurisdicción, con base en que versando el juicio sobre nulidad de un contrato celebrado en Venezuela, por ciudadanos venezolanos, no era a los órganos jurisdiccionales de Colombia a quienes correspondía desatar la litis, sino a las autoridades judiciales del lugar del otorgamiento del contrato. Alegó igualmente que por no haberse acreditado en el proceso la circunstancia de que el juicio de sucesión del General Juan Vicente Gómez en realidad se hubiera abierto y radicado en uno de los Juzgados Civiles del Circuito de Cúcuta, no estaba bien clara la jurisdicción del Juzgado del conocimiento, según el ordinal 5º del artículo 152 del Código Judicial.

Tramitado el incidente como articulación, el Juzgado *a quo*, por auto de 11 de septiembre de 1939, no accedió a declarar la nulidad pedida. Recurrida esta providencia, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, con un voto disidente.

El Juez de primer grado le puso entonces fin a la instancia mediante sentencia de fecha 7 de septiembre de 1940, por virtud de la cual absolvió a la parte demandada de todos los cargos de la demanda.

El Juez de instancia, luégo de aceptar su competencia por haberse definido este extremo en el proceso como cuestión previa, estima que la legislación aplicable a las ritualidades a que deben someterse los funcionarios venezolanos comisionados por los Jueces colombianos para recibir unos testimonios son las que la ley colombiana prescribe, desde luégo que aquí es donde se va a analizar y a apreciar dicha prueba; por lo cual concluye que los testigos están obligados a declarar conforme a la legislación colombiana. Luégo funda su decisión absolutoria en que los elementos de prueba aducidos por el actor para comprobar la violencia —prueba testimonial—, no constituían plena prueba según la legislación colombiana, porque los deponentes a más de contradecirse y de ser vagos en sus respuestas, los interrogatorios a que fueron sometidos constituyen el típico caso de los que algunos denominan "sugestivo" o de "memoria forzada", razón por la cual los despojó de todo valor probatorio para demostrar, como únicos elementos, la existencia de la violencia en el consentimiento.

La sentencia acusada.

El apoderado del actor apeló del anterior fallo y correspondió decidir la segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, quien en sentencia fechada el 7 de diciembre de 1942 confirma en su totalidad la providencia de primer grado.

Acepta el Tribunal la jurisdicción que tiene para conocer de este proceso, no sólo por tratarse de una cuestión ya decidida previamente por él mismo, sino porque es un hecho incuestionable que el contrato celebrado entre Mora y el General Gómez debía tener su cumplimiento y producir sus efectos en Colombia, por versar sobre un inmueble situado dentro de nuestro territorio y aquí debía efectuarse su registro. En sentir del Tribunal, es en extremo desacertada la tesis del Juzgado referente a que las ritualidades a que deba someterse el Juez venezolano al evacuar una diligencia sean, no las fijadas por su ley personal, sino las del funcionario colombiano comitente. Para las formalidades externas que deben rodear la recepción de la prueba testimonial considera que debe regir la ley del país donde se evacuaron. Pero agrega que cosa bien diferente es la cuestión relacionada con el examen y apreciación de la prueba así recibida, las que deben quedar sujetas en su estimación a la ley reguladora del acto jurídico materia del proceso, o sea a la ley colombiana.

Sentada la anterior premisa, entra al análisis de los testimonios recibidos en Venezuela para comprobar la violencia y concluye, de acuerdo con el inferior, que la mayor parte de ellos son ambiguos, deficientes y carentes de la razón o motivo en que basa sus afirmaciones, pues todos ellos contestaron generalmente en esta forma: *"Sí es cierto"; "Si me consta"; "También es cierto y me consta por las mismas razones"*. Recalca el Tribunal, para desestimar dicha prueba testimonial, en que ninguno de los declarantes determina la fecha de la llegada de Mora a Maracay, ni la fecha precisa en que ocurrieron los sucesos que determinaron la firma del contrato por parte de Mora, no citan los nombres de las personas que intervinieron en ese acto, ni la determinación del nombre del militar que penetró al recinto del Juzgado para obligar a Mora a firmar el contrato; ni el nombre del Jefe de Policía que posteriormente amenazó al actor con recluírlo en *La Rotunda* si no se avenía a firmar la aludida convención de venta. Agrega que la razón o motivo en que el testigo funda su dicho es condición esencial para su validez en Colombia, porque el artículo 688 del Código Judicial consagra una serie de formalidades tendientes a obtener un testimonio responsorio exacto y completo, requisitos indispensables para que dicha prueba disfrute de la calidad de plena.

Concluye el Tribunal que las anteriores consideraciones inducen a aceptar que los testimonios invocados como única prueba para acreditar la violencia del consentimiento que alega Mora no constituyen plena prueba de la coacción moral aducida; por lo cual debe confirmarse la sentencia apelada, que llegó a esas mismas conclusiones.

El recurso.

Lo interpone el apoderado del actor Mora e invoca la causal primera de las consagradas en el artículo 520 del Código Judicial, por estimar que el fallo viola la ley sustantiva ya por infracción directa, ora por interpretación errónea e indebida aplicación al caso del pleito y por errores de apreciación de algunas pruebas. De manera global formula el recurrente en casación los siguientes cargos:

1º La prueba testimonial debió apreciarla el Tribunal debidamente, y no lo hizo así, por estimar que si bien el funcionario extranjero se atiene a la ley procesal de su país en la manera de recibir los testimonios, para apreciar el valor probatorio de éstos el Juzgado colombiano debe tener en cuenta el artículo 688 del Código Judicial. No puede el sentenciador colombiano que ha mandado practicar pruebas en otros países aplicar simultáneamente la ley nacional y la ley extranjera, para reconocer por una parte que las pruebas sean practicadas conforme a la ley foránea y luégo apreciarlas con sujeción a las normas de nuestro Código, combinando indebidamente las dos legislaciones. Por semejante error el sentenciador ha violado el artículo 2º de la Ley 68 de 1920, que adopta en materia de pruebas el Tratado Internacional de Montevideo, de 1888 y 1889, norma ésta que tiene su base en teorías muy respetables.

2º El sentenciador aplicó mal el artículo 688 del Código Judicial, que es inaplicable por lo que hace a testimonios rendidos en otro Estado, máxime si admite que el funcionario extranjero se atiene a la ley procesal de su país en la manera de recibir los testimonios. Por tan errado concepto se dejaron de aplicar los artículos 697, 593 y 594 del Código Judicial. La misma desestimación antes expuesta condujo al quebranto de los artículos 1502, 1508 y 1514 del Código Civil, conforme a los cuales se requiere para la validez de un contrato consensual que la persona obligada consienta en dicho acto y que su consentimiento no adolezca de vicio.

Estudio de los cargos.

A. *Cuestión jurisdiccional.*—Este presupuesto procesal fue debatido y decidido desde la primera instancia en una articulación y tanto el Juez de grado como el Tribunal resolvieron que el

Organo Judicial colombiano era el competente para avocar el conocimiento de este pleito, por tratarse de un contrato que debía producir sus efectos jurídicos en nuestro país y así disponerlo el artículo 20 del Código Civil, ya que el convenio se refería a la transmisión del dominio de un inmueble ubicado en el territorio nacional. Igualmente hizo valer el Tribunal, en la sentencia recurrida en casación, la consideración de que al tenor del Tratado originario del Congreso Internacional Suramericano de Montevideo, de 1888-1889, al cual mandó adherir la Ley 40 de 1933, se consignó que la ley del lugar donde los contratos deban cumplirse es la que rige su existencia, su naturaleza, su validez, sus efectos, sus consecuencias y su ejecución (artículo 33); y que las acciones reales y las denominadas mixtas deben ser deducidas ante los Jueces del lugar en el cual exista la cosa sobre que la acción recae (artículo 67).

Pero comoquiera que el actor, que es el único recurrente en casación, acepta esta conclusión de ambos falladores de instancia y conviene en que la ley aplicable es la colombiana y por eso tienen plena jurisdicción los Jueces de nuestro país, queda fuera del recurso este extremo del pleito, sin que sea necesario estudiar y decidir nada sobre las consideraciones que en contra de tal tesis hace el demandado en su escrito de oposición, ya que no quiso acusar en esta forma extraordinaria el fallo que tal decisión adoptó. Por idénticos motivos no es el caso de que esta Sala tenga que pronunciarse sobre la calificación de la naturaleza jurídica de la acción incoada.

B. El Tratado sobre Derecho Procesal originario del Congreso Internacional Suramericano de Montevideo, de 1888-1889, al cual adhirió Colombia por medio de la Ley 68 de 1920, estatuye sobre la cuestión atacada en casación por la parte actora lo siguiente:

"Artículo 1º Los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimientos de la Nación en cuyo territorio se promuevan.

"Artículo 2º Las pruebas se admitirán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico materia del proceso. Se exceptúa el género de pruebas que por su naturaleza no autorice la ley del lugar en que se sigue el juicio."

"Artículo 11. Los exhortos y cartas rogatorias se diligenciarán con arreglo a las leyes del país en donde se pide la ejecución."

La última de las normas antes transcritas se limitó a consagrar el principio universal de Derecho Internacional Privado, de que la ley nacional del lugar es la que rige en cuanto a las formalidades y requisitos externos a que deben someterse los actos jurídicos o elementos probatorios surtidos o evacuados en cada Estado. *"Locus regit actum"*. Y esto es así porque tales preceptos legales constituyen normas de orden público íntimamente vinculadas y nacidas del concepto de la soberanía nacional de cada país y en ese campo de acción no es posible que tengan aplicación y operancia sino las leyes nacionales que determinan tales requisitos y formalidades externas.

Consecuencia de tal principio universal y de su consagración en el artículo 11 del Tratado Procesal de Montevideo, al cual adhirió nuestro país en la Ley 68 de 1920, es la de que cuando un Juez colombiano ordena la práctica de pruebas a las autoridades políticas, administrativas o judiciales de otra Nación, las cartas y los exhortos rogatorios se diligenciarán conforme a la ley del país comisionado. Y como esto fue lo resuelto y lo aceptado por los falladores de ámbas instancias en el caso de autos, al decidir que los testimonios solicitados en Venezuela se evacuaran o diligenciaran conforme a la ley procesal de aquel Estado, es jurídica e inatacable en casación esa conclusión de la sentencia acusada.

Esto en cuanto a la forma. En lo que mira a los fenómenos de la admisión y de la apreciación o justipreciación de dicha prueba testimonial, debía regir la ley colombiana por ser en realidad norma a que viene a estar sujeto el acto jurídico materia del proceso, conforme a los citados artículos 1º y 2º del ya citado Tratado Procesal de Montevideo, adoptados en nuestro país por la Ley 68 de 1920, porque versando el contrato celebrado en Maracay entre Gómez y Mora sobre venta, arrendamiento y pacto de retroventa de un inmueble ubicado en territorio colombiano, debía producir la totalidad de sus efectos jurídicos en Colombia y es por esa definida circunstancia aplicable únicamente la ley nacional, "lex rei sitae".

Fuera de lo dicho otros dos preceptos contractuales del mismo Tratado de Montevideo rigen también este fenómeno de la exclusiva aplicabilidad de nuestra legislación patria cuando en sus artículos 32 y 33 estatuye lo que pasa a transcribirse:

"Artículo 32. La ley del lugar donde los contratos deban cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.

"Artículo 33. La misma ley rige: a) Su existencia; b) Su naturaleza; c) Sus efectos; e) Sus consecuencias; f) Su ejecución; g) En suma, todo cuanto concierne al contrato, a los contratos bajo cualquier aspecto que sea."

De manera que, al tenor de tales normas, de rigurosa observancia en Colombia y que por otra parte no hacen sino darle operancia a principios ya consagrados por el Derecho Internacional Privado universal, hizo bien y se ajustó a derecho el Tribunal sentenciador al aceptar que los testimonios pedidos y luégo evacuados en Venezuela se rigieran, en cuanto a las formalidades externas, por la ley de aquel país, en virtud de la vieja sentencia latina *"locus regit actum."*

También aplicó debidamente la ley sustantiva cuando dispuso que tal elemento probatorio se regía por la ley nacional en cuanto a su aceptación y estimación procesal, porque estando sujeto a la ley colombiana el acto jurídico materia del pleito eran esas mismas disposiciones legales las que se aplicaran para su apreciación probatoria. Con lo cual queda dicho que estuvo rectamente aplicado el artículo 688 del Código Judicial, que establece las cualidades o requisitos necesarios para que un testimonio sea responsorio, éxacto y completo, con especificación de la razón o motivo en que el deponente funda su dicho.

Por lo demás, no existe error de hecho manifiesto ni error de derecho en la apreciación de esa prueba testifical, como parece insinuarlo el recurrente, porque de los testimonios aducidos no se alcanza a obtener, en realidad de verdad, una convicción plena de los hechos en que se hace consistir la coacción moral o la violencia en el consentimiento, de que se pretende víctima Mora.

Y aun aceptándose, por vía de hipótesis, que el Tribunal hubiera incurrido en los errores alegados al apreciar tales testimonios, entonces resultaría que al infirmarse por esa causa la sentencia sometida a este recurso y entrar la Corte a actuar como Tribunal de instancia, habría de llegar forzosamente a las mismas conclusiones absolutorias del fallo acusado, porque el documento exhibido para evidenciar la compraventa con pacto de retroventa, otorgado en Venezuela y apenas protocolizado en Colombia ante una Notaría, no reúne al tenor de nuestra legislación, que es la aplicable, los requisitos o formalidades legales *ad solemnitatem* para su validez, al tenor de los artículos 22 del Código Civil y 32 del Tratado de Montevideo, de 1888-1889, al cual adhirió nuestro país por medio de la Ley 40 de 1933.

De modo que carecen de fundamento los tres reparos del recurrente, que hace consistir en que se combinó indebidamente las legislaciones de Colombia y Venezuela en lo relativo a la apreciación de los testimonios; en que se aplicó erróneamente el artículo 688 del Código Judicial y en que incurrió en error de hecho y de derecho en la estimación de esa prueba. Se rechazan tales cargos.

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 en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el 7 de diciembre de 1942.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Acción para el pago de una suma de pesos

Una cosa es el mérito demostrativo o valor probatorio a que se refiere el artículo 1761 del Código Civil para equiparar al de la escritura pública el de los documentos privados judicialmente reconocidos, y otra la solemnidad indispensable de la escritura pública cuando se trata de venta de derechos hereditarios para que pueda reputarse perfecta ante la ley y capaz de producir efectos civiles, por ser uno de los casos en que este contrato es excepcionalmente solemne.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Por medio de la escritura pública número 488, otorgada el 10 de noviembre de 1936 ante el Notario 1º del Circuito de Fredonia, Apolinar García González vendió a Francisco Luis Alvarez B. "la acción y derecho o cuota hereditaria, que a cualquier título le corresponde o pueda corresponder en todos los bienes de la sucesión de su finado padre Clímaco García, fallecido en Venecia", cuyo juicio sucesorio no se ha iniciado aún.

Posteriormente, en documento privado, suscrito en Fredonia el 16 de septiembre de 1940, introducido al proceso con el alegato de bien probado de la parte demandada en la primera instancia, Francisco Luis y Jesús Alvarez B. hicieron constar que venden a Manuel M. Vera "el derecho y acción que como subrogatarios en la sucesión de Clímaco García, que se sigue ante el señor Juez del Circuito, acción y derecho que consta de siete derechos, y con referencia al crédito hipotecario que consta en la escritura pública número 174, de fecha 7 de noviembre de 1920, que por la suma de $ 2.000 oro quedó a deber Apolinar García al señor Clímaco García y que hoy está a cargo del señor Nacianceno Trujillo.... También siete derechos que en la misma sucesión nos corresponda en la cantidad de 682 arrobas de café al precio fijado en varios recibos que corresponden a la sucesión ya indicada y a cargo del mismo señor Nacianceno Trujillo A.; y siete derechos también que nos corresponden en la cantidad de $ 730.62, que corresponden también a la misma sucesión y que están a cargo del mismo señor Nacianceno Trujillo A. Estos siete derechos que vendemos los adquirimos de los señores Apolinar, Tomás y María del Carmen García por escritura pública pasada por ante las Notarías 1ª y 2ª y debidamente registradas; y los cuatro derechos restantes por promesa de contrato celebrada con la señora Ana Jesús Montoya madre de las menores Ana Rita, María Efigenia, María Graciela y María Alicia García Montoya, quienes figuran en el juicio mortuorio referido representadas por el señor Rafael Arango...."

Alegando como fundamento hechos que se vinculan y hacen provenir de contratos celebrados por Nacianceno Trujillo con Clímaco García y su hijo Apolinar y aduciendo su calidad de interesados en la sucesión del segundo de los prenombrados, en libelo del 20 de septiembre de 1940, dirigido al Juez del Circuito de Fredonia, Francisco Luis Alvarez y Manuel M. Vera, demandaron a Nacianceno Trujillo, para que se declare "que el demandado debe a la sucesión intestada del finado Clímaco García, representada por los suscritos como subrogatario y como presunto subrogatario, respectivamente", la suma de $ 1.032 con sus intereses legales desde el 4 de mayo de 1924 hasta el día del pago, o, en subsidio, la suma que se compruebe en el juicio; la cantidad de $ 2.000 con interés al 1% mensual desde el 7 de noviembre de 1922, garantizada con hipoteca sobre el inmueble *La Sara*, ubicado en el Municipio de Venecia; $ 730.62 y sus intereses; $ 1.776 con sus intereses legales desde el 15 de enero de 1926, o, en subsidio, 597 arrobas de café pergamino de buena calidad, y perjuicios y costas del juicio.

Sustanciado el juicio por sus trámites legales, el Juzgado del Circuito finalizó el primer grado con sentencia del 8 de mayo de 1941, en la cual absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda por haber hallado establecida la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandante, una de las defensas alegadas por el demandado al contestar el traslado de la demanda.

Recurrida en apelación esta sentencia por los actores, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en fallo del 28 de septiembre

de 1942, pronunciado al final de la actuación del segundo grado, revocó la sentencia apelada, y en su lugar declaró que el demandado Nacianceno Trujillo debe a la sucesión intestada de Clímaco García la cantidad de $ 1.032 con intereses desde el 4 de mayo de 1924 al 6% anual, crédito garantizado con hipoteca de la finca *La Sara,* ubicada en el Municipio de Venecia, y las sumas de $ 356.25 y $ 18.40 con intereses legales a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta el pago. Se denegaron los demás pedimentos de la demanda y no se hizo condenación en costas.

Consideró el Tribunal, para fundar su decisión revocatoria, que el derecho para pedir o personería sustantiva del demandante Francisco Luis Alvarez no adolece del vicio que le anotó el sentenciador de la primera instancia, consistente en no haber presentado con su demanda, aunque lo hiciera en el término probatorio, el título escriturario demostrativo de haber adquirido legalmente los derechos de un heredero del causante Clímaco García, y, en consecuencia, estimó que estaba bien representada la sucesión en cuyo interés se demandaba. No así en lo que respecta a Manuel M. Vera, el otro de los actores, a quien negó el Tribunal interés jurídico para accionar en nombre de la sucesión por no haber acreditado en la forma solemne que exige la ley su calidad de subrogatario del derecho de herencia.

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso el demandante Vera recurso de apelación (que el Tribunal, con amplitud de criterio, calificó de casación) y éste, el apoderado de la parte demandada. Admitido el recurso doble por la Corte, durante el término del traslado legal para fundarlo, la parte demandante-recurrente desistió del interpuesto por ella contra la sentencia del Tribunal de Medellín, el cual, por consiguiente, quedó circunscrito, como se dijo en auto del 6 de junio retropróximo, a la parte demandante, y dentro de ésta a los puntos que plantea Manuel M. Vera, único que ha presentado libelo, enviado desde Amagá y que la Sala habilita de demanda de casación a pesar de los evidentes defectos que pudieran anotársele desde el punto de vista de la ley orgánica que reglamenta técnicamente este recurso extraordinario.

Sostiene el recurrente Vera que él es dueño de "siete derechos" en la sucesión de Clímaco García por compra que hizo a Francisco Luis y Jesús Alvarez B., según documento privado que por haber sido judicialmente reconocido adquirió el valor de escritura pública, y que por tanto se equivocó la sentencia al no reconocerle su calidad de subrogatorio con facultad de representación sucesoral. "Sostiene el mismo Tribunal Superior de Medellín en su acotada sentencia —dice el recurrente— que no dizque tiene valor alguno el contrato celebrado entre Francisco Luis y Jesús S. Alvarez con el suscrito por falta de escritura pública conforme lo manda el artículo 1857 del Código Civil, olvidando el mandato imperativo que trae el artículo 1761 del mismo texto, vista la circunstancia que ese documento privado fue reconocido judicialmente por mis vendedores allí, como puede verse en mis cuadernos de pruebas, y, además, que allí se me venden bienes muebles (dineros y frustos de café) y así el H. Tribunal S. interpretó mal este contrato, quebrantando, tanto de hecho como de derecho, el artículo 1761, primera y tercera partes del 1857 del Código Civil y también el artículo 754 ibidem que permite transferir bienes muebles aun por el mero contrato."

Se considera:

El único pasaje de la sentencia acusada en que se hace relación al recurrente, dice:

"Por documento privado, de 16 de septiembre de 1940, Francisco Luis y Jesús S. Alvarez dicen vender a Manuel M. Vera, la acción o derecho que les corresponde en la sucesión de Clímaco García, como subrogatarios de Apolinar, Tomás, María del Carmen García y otros. Por cuanto se trata de venta de cuotas herenciales, carece de valor jurídico la enajenación constante en ese documento, de conformidad con el artículo 1857 del Código Civil. Lo cual traduce que Vera no tiene interés jurídico o personería sustantiva para ejercitar acciones a nombre de aquella mortuoria."

Andan tan descaminadas las tesis del recurso y contradicen nociones tan triviales como son las que una cosa es el mérito demostrativo o valor probatorio a que se refiere el artículo 1761 del Código Civil para equiparar al de la escritura pública el de los documentos privados judicialmente reconocidos, y otra la solemnidad indispensable de la escritura pública cuando se trata de venta de derechos hereditarios para que pueda reputarse perfecta ante la ley y capaz de producir efectos civiles, por ser uno de los casos en que este contrato es excepcionalmente solemne, que la Sala puede limitarse, para rechazar el cargo, a decir que ningún reparo de ilegalidad merecen las conclusiones del Tribunal.

Fuera de lugar y oportunidad están los esfuerzos que hace el recurrente para demostrar sus derechos de comprador originados en el contrato que se hizo constar en el aludido docu-

mento privado, porque tales derechos no están *sub judice* ahora, ni en relación con ellos ha estatuído la sentencia en estudio, que apenas se limitó a negarle al señor Vera la capacidad jurídica para demandar en interés de una sucesión que no representaba.

La vanidad del cargo contra el punto esencial y previo de la personería sustantiva deja sin base de sustentación y oportunidad de estudio el resto de las acusaciones que el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 28 de septiembre de 1942, materia de este recurso.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

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

Acción resolutoria de un contrato

Es consecuencia ineludible que al declararse resuelto un contrato por falta de cumplimiento de una de las partes, las cosas vuelven al estado que tenían antes de celebrarse el contrato restituyéndose lo que se hubiera recibido bajo la condición resolutoria. Si el contrato es de venta, ha de restituírse al comprador, de acuerdo con el artículo 2053 del Código Civil, la parte que hubiera pagado del precio.

Los perjuicios morales tienen su fundamento en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil y se derivan de un hecho delictuoso o culposo que haya inferido daño a otra persona, es decir, por hechos extracontractuales, lo que equivale a lo que los expositores llaman culpa aquiliana; pero como en el litigio a que aluden los autos los perjuicios provienen del incumplimiento de un contrato, ellos se originan en una culpa contractual y no aquiliana y, por consiguiente, no obró correctamente el Juez al condenar a perjuicios morales.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

José Ruiz demandó a la Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, sociedad domiciliada en Barranquilla, representada por Quinto y Tulio Nucci, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, sociedad comercial domiciliada en esta ciudad y representada por los señores Quinto y Tulio Nucci, violó el contrato celebrado conmigo el día 5 de septiembre de 1938 que se transcribe como hecho segundo de la demanda principal, porque desde el seis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, está en mora de entregarme la estructura metálica que, según dicho contrato, se comprometió a confeccionarme y a colocar en el Teatro Granada de esta ciudad, situado en el cruce de la calle Murillo con carrera Hospital.

"Segunda. Que por causa de la mora determinada en la declaración anterior, se declare resuelto el contrato celebrado entre mí e Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, el día cinco de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, quedando la Compañía con la obligación de restituírme, inmediatamente se ejecutorie la sentencia, la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) moneda legal, que le entregué a buena cuenta del precio estipulado por la confección de la obra a que se refiere el susodicho contrato.

"Tercera. Que Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, al incurrir en la mora a que me referí en la primera declaración, me colocó en situación de no poder cumplir a Cine Colombia, S. A., el contrato celebrado con esa Empresa el día veinticuatro de agosto de mil novecientos treinta y ocho, causando con ello grave daño a mi reputación de hombre cumplido, y dando lugar a la transacción que tuve que celebrar con Cine Colombia, S. A., en contrato de veintiocho de enero del presente año, por el cual se me descontó de la suma de diez y ocho mil quinientos pesos ($ 18.500.00) moneda legal, que se había fijado como precio total de la construcción del Teatro Granada, la de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda legal, perjuicios morales y materiales que en su totalidad avalúo en la suma de diez mil pesos ($ 10.000,00) moneda legal, más los intereses legales desde la fecha de la mora hasta que se verifique el pago, y que la Compañía demandada está obligada a pagarme, o los que en su defecto resulten probados, inmediatamente se ejecutorie la sentencia.

"Cuarta. Que Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, constructora de la armadura metálica de que trata el contrato celebrado conmigo el cinco de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, al confeccionar la obra no se ciñó al contrato referido e incurrió en negligencia y falta de cuidado, dando lugar a que la obra se derrumbara antes de su terminación, con lo cual dio motivo para que la prensa de esta ciudad al narrar lo sucedido, mencionara mi nombre como el del arquitecto contratista encargado de la construcción del Teatro Granada, dando oportunidad de que el público pusiera en tela de juicio mi competencia profesional, perjuicio que valoro en diez mil pesos ($ 10.000) moneda legal, o lo que en su defecto resulte

probado, y que la Compañía está obligada a pagarme inmediatamente se ejecutorie la sentencia.

"Quinta. Que Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, por causa del derrumbamiento de que es responsable y a que me referí en el punto anterior, dio lugar también a que de mi bolsillo salieran los gastos necesarios para retirar la armadura derrumbada y reparar los desperfectos que ocasionó dicho derrumbe a la edificación a mi cargo, gastos que tuve que hacer para entregar el Teatro a Cine Colombia, S. A., sin techo, y que significan un perjuicio económico valorado en un mil pesos ($ 1.000.00) moneda legal, que la Compañía está obligada a pagarme inmediatamente se ejecutorie la sentencia.

"Sexta. Que se condene en costas a la entidad demandada si se opone a las anteriores peticiones."

Agotada la tramitación de la primera instancia, se dictó sentencia accediendo a todas las súplicas de la demanda, fallo contra el cual se interpuso el correspondiente recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Barranquilla, y esta entidad, en proveído de 21 de julio de 1943, reformó el fallo recurrido en estos términos:

"1º Declárase resuelto el contrato celebrado entre el señor José Ruiz y la Sociedad Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, representada por los señores Quinto y Tulio Nucci, contrato que lleva fecha cinco de septiembre de mil novecientos treinta y ocho;

"2º Condénase en abstracto a la Sociedad Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, representada por los señores Quinto y Tulio Nucci, al pago de los perjuicios materiales, a favor del demandante, por el incumplimiento del contrato celebrado con el señor José Ruiz y que se deja resuelto;

"Los perjuicios serán estimados mediante el procedimiento que señala el artículo 553 del Código Judicial. Y sólo recaerán a partir de la fecha de la mora, teniendo en cuenta las relaciones contractuales entre demandante y demandado, **exclusivamente.**

"Se niegan las demás súplicas de la demanda."

El señor Ruiz no se conformó con esta sentencia e interpuso el correspondiente recurso de casación, que fue admitido y que hoy se decide previas las siguientes consideraciones:

Varios son los cargos que se le formulan, en casación, al fallo del Tribunal de Barranquilla, pero la Sala, dando aplicación al artículo 538 del Código Judicial, no entra a estudiar la totalidad de los reparos formulados por el recurrente, porque a su juicio prospera la acusación por violación directa de los artículos 2053 y 1546 del Código Civil.

En efecto: el sentenciador de Barranquilla, lo mismo qué el Juez de la instancia, encontraron plenamente demostrado que la Sociedad Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, no había cumplido en oportunidad y tiempo debidos, las estipulaciones contractuales contenidas en el documento suscrito en esa ciudad en 24 de agosto de 1938, pasado entre dicha Compañía y el señor José Ruiz, y fundado en esa demostración lo declaró resuelto por falta de cumplimiento por parte de la Compañía. Pero a pesar de haberse decretado la resolución, el Tribunal de Barranquilla no ordenó, como se pidió en la demanda, que se repusieran las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, quedando la Compañía en la obligación de restituír al demandante la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) que le entregó a la Compañía a buena cuenta del precio estipulado en el contrato memorado.

Es consecuencia ineludible que al declararse resuelto un contrato por falta de cumplimiento de una de las partes, las cosas vuelven al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, restituyéndose lo que se hubiere recibido bajo la condición resolutoria, y si el contrato, tal como lo calificó el Tribunal, fue de venta, de acuerdo con el artículo 2053 del Código Civil, ha de restituirse al comprador la parte que hubiera pagado del precio (artículo 1932), y como el sentenciador al declarar resuelto el contrato de que se trata por incumplimiento de la Compañía, no ordenó la restitución de lo que se pagó a cuenta del precio, es indefectible que con el memorado fallo se quebrantaron de manera directa las disposiciones en cita.

Como consecuencia de lo expuesto se impone la infirmación de la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, y para fundamentar la de instancia es conveniente rememorar estos antecedentes:

El contrato celebrado por Ruiz el 5 de septiembre de 1938 con el señor Quinto Nucci, socio administrador de la Sociedad Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, se ha comprobado debidamente con el documento contentivo de ese pacto traído a los autos y reconocido expresamente por el socio administrador de dicha Compañía; igualmente está comprobado el contrato celebrado por el demandante con Cine Colombia el 24 de agosto de 1938; el señor Ruiz entregó como parte del precio del contrato celebrado por la Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500) moneda legal, hecho comprobado con los recibos correspondientes reconocidos por el socio de la Compañía demandada; la Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, no entregó el día señalado en la cláusula 5ª del contrato la es-

tructura metálica armada y colocada en el sitio correspondiente, hecho que está también debidamente comprobado; se demostró igualmente que Ruiz no pudo entregar a Cine Colombia el Teatro Granada que se había obligado a construír, en el día señalado para ello en el respectivo contrato, como consecuencia del incumplimiento por parte de la Compañía hoy demandada en lo que hace relación a la construcción de la armadura metálica; aparece también como verdad procesal que la Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, no construyó la armadura metálica de acuerdo con las estipulaciones contenidas en el contrato, pues empleó materiales que no tenían las dimensiones que figuraban en el plano aprobado por la Dirección de Obras Públicas Municipales; la armadura metálica que debía construír la Compañía se derrumbó antes de su terminación, según consta de las inspecciones oculares practicadas y de las exposiciones periciales.

Comprobados estos hechos, base de la demanda del señor Ruiz, se impone la condenación de la Compañía demandada.

Resuelto el contrato la Compañía estará en la obligación de restituír la suma que recibió como parte del precio y como a consecuencia de ese incumplimiento no pudo el demandante Ruiz cumplir con el Cine Colombia el contrato de 24 de agosto del 38 por lo cual tuvo que celebrar con esta Compañía una transacción en 28 de enero del año de 1938 en virtud de la cual la Compañía Cine Colombia le rebajó a Ruiz del total del precio en que habían contratado la construcción del Teatro Granada la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) que han de considerarse como perjuicios sufridos por Ruiz como el provecho que dejó de reportar a consecuencia de no haberse cumplido el contrato de construcción de la armadura metálica.

No se ha comprobado en el proceso otros perjuicios provenientes del incumplimiento del contrato por parte de la Compañía demandada. Los perjuicios morales que cobra el demandante como consecuencia del no cumplimiento de sus obligaciones de parte de la Compañía demandada, no tienen base legal en el presente juicio. Ellos tienen su fundamento en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, y se derivan de un hecho delictuoso o culposo que haya inferido daño a otra persona, es decir, por hechos extracontractuales, lo que equivale a lo que los expositores llaman culpa aquiliana, pero como en este litigio los perjuicios provienen del incumplimiento de un contrato, ellos se originan en una culpa contractual y no aquiliana y por consiguiente, no obró correctamente el Juez al condenar a perjuicios morales.

Pero si se pudiera discutir que el incumplimiento de un contrato puede acarrear también perjuicios morales, es lo cierto que en el asunto en estudio no se ha comprobado ni su existencia ni su monto.

Como consecuencia de lo dicho, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla:*

1º Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla de fecha veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

2º Declárase resuelto el contrato celebrado por José Ruiz con la Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, el día cinco de septiembre de mil novecientos treinta y ocho.

3º Como consecuencia de la resolución la Industria Metalúrgica Colombiana restituirá al señor Ruiz, cinco días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00), que le entregó a buena cuenta del precio estipulado por la confección de la obra a que se refiere el mencionado contrato.

4º Condénase a la Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada, a pagar al demandante Ruiz, cinco días después de ejecutoriado este fallo la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) como perjuicios consistentes en que la Empresa Cine Colombia, S. A., le rebajó a Ruiz dicha suma del precio total en que se había contratado la construcción del Teatro Granada, por no haber cumplido la Compañía demandada y no haber entregado a tiempo la armadura metálica a que se refiere este juicio.

5º Condénase a la Compañía demandada a pagar al señor Ruiz los gastos efectuados por éste para retirar la armadura derrumbada y reparar los desperfectos que ocasionó dicho derrumbamiento al edificio del Teatro Granada, perjuicios que se estimarán mediante el procedimiento señalado por el artículo 553 del Código Judicial.

6º Absuélvese a la Compañía de los demás cargos de la demanda.

Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia.

7º Sin costas.

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

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

SALVAMENTO DE VOTO

Suscribo la absolución sobre perjuicios morales; pero no su motivación, la que en mi entender no está en que los artículos 2341 y siguientes del Código Civil regulen la culpa aquiliana.

No olvido la posibilidad y aun probabilidad de que la persona a quien se incumple un contrato alegue el dolor, mortificación o contrariedad que esto le produce, pretendiendo erigirlo en perjuicio moral en cualquier caso; pero también recuerdo que todo perjuicio debe probarse y que, en lo general, esta tarea no es sencilla, asi como que el perjuicio meramente subjetivo, no objetivado, no puede fundar condena a indemnización. En la forma rotunda y aun absoluta en que esta sentencia niega la posibilidad de perjuicios morales cuando la culpa es contractual, me aparto de la respetable opinión de mis colegas. En esto consiste mi salvamento de voto.

Si tomamos como ejemplo un caso de transporte, verbi gracia, por acto u omisión culposos el vehiculo ha causado unas mismas lesiones a un pasajero y a un transeúnte, las que en ambos ha producido perjuicios materiales y morales debidamente comprobados ante el Juez, no veo cómo legal y equitativamente, la sola consideración de que la culpa sea contractual para el uno y extracontractual para el otro haya de determinar en la sentencia indemnización plena para el transeúnte y exclusión para el pasajero de cuanto no sea perjuicio material.

Ricardo Hinestrosa Daza

Acción petitoria de revisión de una sentencia de prelación de créditos, de nulidad de una hipoteca, etc.

1. No cabe acusar una sentencia cuando no ha dejado de considerar ninguna de las pretensiones de la demanda y cuando, de otro lado, al decidir sobre ellas no se ha incurrido en el error de hacerlo extra o plus petita.

2. La calificación que los instrumentos respectivos den a las hipotecas llamándolas primera, segunda, tercera, etc., cualquiera que sea el ordinal empleado y por cabal que sea su empleo al otorgarse esas sucesivas escrituras, no es lo que marca o fija tal ordenación y numeración, la que depende del registro; de suerte que una hipoteca que puede llamarse y ser efectivamente quinta en su otorgamiento, puede ser en realidad la primera con sólo que su inscripción sea anterior a la de las otras cuatro. Los derechos de terceros creados o nacidos en el lapso de tiempo transcurrido entre el instrumento y su inscripción quedan a salvo por virtud del artículo 2674 del Código Civil, según el cual los títulos que deben registrarse no surten efecto legal respecto de terceros sino desde la fecha de su inscripción. Así, por ejemplo, si el dueño de un inmueble lo vende y antes de registrarse esta escritura lo hipoteca, el ulterior registro de la venta, por más que se retrotraiga a la fecha de este instrumento, no puede invalidar el gravamen, porque al acreedor hipotecario, cuyo derecho nació entretanto, no le perjudica ese fenómeno de la retrotracción, en fuerza de que la venta no surte efecto para él sino desde su registro y por tanto no podría conceptuarse que quien le hipotecó ya no era dueño.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el señor Salvador Basto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 9 de septiembre último, confirmatoria de la del Juzgado 5º de este Circuito, de 30 de junio de 1942, que negó las peticiones de él como demandante en vía ordinaria formuladas en libelo que señala como demandados al doctor Carlos M. Pava, a las señoras Angelina Rubio de Pava y Julia Rosa Rubio de Quimbayo, a los señores Elías Quimbayo y Lisandro Rubio y a la sucesión de la señorita Inés Rubio Rubio.

Antecedentes.

Por escritura número 110 de 5 de agosto de 1935 don Abelardo Rubio constituyó hipoteca sobre su finca *La Cajita* en favor del señor Basto para asegurarle los $ 2.000 que éste le dio en mutuo con interés.

Por escritura número 126 de 4 de septiembre subsiguiente, el señor Rubio vendió a la señora Rubio de Quimbayo e Inés Rubio esa finca, reservándose su usufructo vitalicio, y las compradoras se obligaron a pagar los $ 10.750, precio de la finca y de los semovientes incluídos en la enajenación, a los seis meses de consolidado ese usufructo con la nuda propiedad, así: $ 2.000 a la señora Rubio de Pava, $ 1.500 a cada uno de los señores Alfonso, Eduardo, Luis María y Lisandro Rubio Rubio, $ 750 a la señorita Inés, $ 1.000 al doctor Pava como valor de servicios médicos y $ 1.000 a la señora Elisa Beltrán y sus hijos Luis Felipe y Abelardo.

Por escritura número 143 de 17 de dicho septiembre, las compradoras Julia Rosa e Inés Rubio, citando su compra a don Abelardo, aseguraron los expresados créditos de Lisandro Rubio y del doctor Pava y su señora con hipoteca de la misma finca.

Estas escrituras se otorgaron en la Notaría de San Juan de Ríoseco y se registraron así: las de hipoteca, el 27 de ese septiembre ambas, y la de compraventa, el 7 del subsiguiente octubre. El día 5 de este mes falleció don Abelardo Rubio.

El señor Basto entabló ejecución contra Julia Rosa e Inés Rubio para el cobro de sus $ 2.000 e intereses con acción personal y real, de las que se acogió ésta, por ser ellas poseedoras de la finca hipotecada. En esa ejecución introdujeron tercerías como acreedores hipotecarios el doctor Pava y señora Rubio de Pava y Lisandro Rubio. La sentencia de prelación dictada por

el Juzgado la reformó el Tribunal en la de 28 de noviembre de 1938. Reconocidos todos los créditos expresados, se ordenó pagar primeramente los de los terceristas y después el del ejecutante. Rematada la finca el 27 de septiembre de 1940 y adjudicado el remate a los terceristas por cuenta y en proporción de sus créditos, como éstos sobrepasaron el precio a que se llegó en la licitación, el crédito del señor Basto quedó insoluto.

En el presente juicio ordinario este señor, señalando como demandados a las personas cuya lista ya se dijo, pide la revisión de la expresada sentencia de prelación y que se declare que su derecho de acreedor hipotecario de primer grado es mejor que el de los prenombrados terceristas para que el de él se atienda ante todo con el producto de los bienes embargados, que es nula la hipoteca constituída por las dichas compradoras, que los demandados "o algunos de ellos" son solidariamente responsables para el pago del crédito del actor y así deben pagarle los perjuicios sufridos por él y que se les condene en costas. Como al instaurarse este juicio estaba el ejecutivo en curso, para el evento de que antes de sentenciarlo se rematara la finca, pidió Basto que los demandados, todos o los que el fallo indicara, se condenasen a pagarle lo que se le quedara debiendo.

Como desde luégo se echa de ver, el problema del pleito ha sido el orden de preferencia de las hipotecas, al punto de que en la casación misma es este tema el eje de los cargos que se formulan contra la sentencia recurrida.

Sentencias de instancia.

Acontece que las dos escrituras de hipoteca de cuya confrontación se trata, anotadas en el registro, como ya se dijo, un mismo día (septiembre 27 de 1935), lo fueron en orden inverso al de su otorgamiento: la de las compradoras en favor del doctor Pava y señora y de Lisandro Rubio, con el número 179, cerrando el tomo 1º del libro respectivo, páginas 299 y 300; y la de Abelardo Rubio en favor de Salvador Basto, con el número 181, al acabarse de abrir el tomo 2º de ese libro, páginas 3 y 4. Sobre este hecho se dictó la sentencia recurrida, considerándolo decisivo a la luz de los artículos 2435 y 2499, que en lo pertinente establecen, en su órden: la obligación de registrar la hipoteca, como requisito sin el cual no tendrá valor alguno, "ni se contará su fecha sino desde la inscripción", y "las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca, preferirán unas a otras en el orden de su inscripción."

El recurso.

Se invocan en casación los motivos 1º y 2º del artículo 520 del Código Judicial.

Respecto de este último se observa desde luégo su inconducencia e inadmisibilidad, por la poderosa razón de que consiste en falta de consonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y de esto no cabe acusar cuando la sentencia no ha dejado de considerar ninguna de tales pretensiones y, de otro lado, al decidir sobre ellas no ha incurrido en el error de hacerlo *extra* o *plus petita*.

Cuanto al motivo 1º, los cargos, que se analizarán adelante, se resumen así: cuando las compradoras hipotecaron, no se había registrado aún su compra, por lo cual esa hipoteca adolece de nulidad por ser de cosa ajena; habiendo quedado pendiente en esa compraventa el pago del precio, la adquisición fue meramente condicional y estando expuesta a la acción resolutoria, no podía ser base para hipotecar válidamente; las compradoras quedaron impuestas, por la declaración de su vendedor en esa escritura, de que había una primera hipoteca, aún vigente, constituída por su vendedor en favor del señor Basto; a mayor abundamiento, ellas al constituír su referida hipoteca manifestaron que ésta era de segundo grado. De aquí deduce que, siendo esto lo pactado y tal la intención de los contratantes, aunque se tenga por válida la segunda hipoteca, debe ir por delante la de él por ser de primer grado.

Según él, el Tribunal apreció erróneamente esas escrituras, pasando por alto sus aludidas declaraciones sobre grado de las hipotecas, así como sus fechas, y quebrantó las diversas disposiciones sustantivas que cita, relativas a posesión inscrita, tradición, fuerza e interpretación de los contratos, condición y obligaciones condicionales y contrato hipotecario.

Se estudian estos cargos siguiendo para mayor claridad el orden de su formulación.

Quebranto de los artículos 1928, 1548, 750, 756, 1499, 1758, 1940, 2439 y 2441 del Código Civil, porque, siendo primera obligación del comprador pagar el precio, constando en la escritura de venta hecha por don Abelardo que el precio quedaba pendiente y no obrando prueba presentada por las compradoras de haberlo cubierto, a ellas no asiste sino un derecho eventual, expuesto a resolverse y por lo tanto no podían hipotecar; de modo que el Tribunal violó estas disposiciones al dar valor a la hipoteca que en esa situación ellas otorgaron, máxime recordando que al otorgarla no se había registrado aún su escritura de compra.

Se considera: la situación condicional aludida, en relación con el pago del precio, no puede entenderse legalmente como carencia de dominio en las compradoras, esta reflexión elemental basta para rechazar esos cargos. La respaldan,

entre otros, los artículos 750 y 1876 del Código Civil, el primero de los cuales cita como violado el recurrente, según se acaba de ver.

El Tribunal conceptuó, como es obvio, que la compra aludida quedó perfeccionada con el otorgamiento de su respectiva escritura pública, de conformidad con el texto del artículo 1857, y como la formalidad del registro se llenó y como éste, según lo hace ver doctrina sostenida, se retrotrae a la fecha del instrumento registrado, no pudo compartir la opinión del recurrente sobre que la hipoteca constituida por las compradoras en fecha posterior a su compra, aunque anterior al registro, es nula por ser de cosa ajena.

De ahí que sea inadmisible también el cargo de quebranto de los artículos 2439, 2440, 2444 y 2449 de ese Código. Sobre este último se advierte que lo subrogó el artículo 28 de la Ley 95 de 1890.

El argumento basado en la anterioridad de la escritura de hipoteca en favor del demandante, no tiene valor ante el citado artículo 2435, puesto que, según él, la fecha se cuenta desde el registro. Esto significa en el presente pleito que las dos escrituras de hipoteca son legalmente de una misma fecha, por haberse anotado en el libro de registro en un mismo día, esto es, que desde este punto de vista, no hay tal anterioridad. Entonces el problema viene a quedar dentro de lo transcrito del artículo 2499, es decir, que tratándose de dos hipotecas sobre una misma finca, ambas de una misma fecha, su preferencia la determina el orden de su inscripción.

Habiendo el Tribunal procedido así, su sentencia no puede invalidarse. A tan terminantes preceptos de la ley no puede sobreponerse la calificación que al grado de esas hipotecas dieron sus otorgantes el día de sus escrituras, ni la circunstancia de ser acertada esa calificación en tal día y ante tales instrumentos considerados en sí mismos. Se otorgó la de Basto antes que la del doctor Pava y compañeros, por eso se llamó segunda ésta y primera aquélla en las respectivas escrituras; pero la fecha legal es la de la inscripción y ésta se hizo para ambas, repítese, en un mismo día, y quedando de igual fecha ambas por esta razón decisiva, su orden es el de su inscripción, la que por distracción o cualquiera otro motivo la hizo el Registrador en orden inverso al de las fechas de las escrituras, procedimiento en todo caso lamentable y censurable.

La calificación que los instrumentos respectivos den a las hipotecas llamándolas primera, segunda, tercera, etc., cualquiera que sea el ordinal empleado y por cabal que sea su empleo al otorgarse esas sucesivas escrituras, no es lo que marca o fija tal ordenación y numeración, la que depende del registro; de suerte que una hipoteca que puede llamarse y ser efectivamente quinta en su otorgamiento, puede ser en realidad la primera con sólo que su inscripción sea anterior a la de las otras cuatro.

Como de ordinario se ha hecho al afirmar que el registro se retrotrae a la fecha del instrumento registrado, no sobra advertir aquí también que los derechos de terceros creados o nacidos en el lapso de tiempo transcurrido entre el instrumento y su inscripción quedan a salvo por virtud del artículo 2674 del Código Civil, según el cual los títulos que deben registrarse no surten efecto legal respecto de terceros sino desde la fecha de su inscripción.

Así, por ejemplo, si el dueño de un inmueble lo vende y antes de registrarse esta escritura lo hipoteca, el ulterior registro de la venta, por más que se retrotraiga a la fecha de este instrumento, no puede invalidar el gravamen, porque al acreedor hipotecario, cuyo derecho nació entretanto, no le perjudica ese fenómeno de la retrotracción, en fuerza de que la venta no surte efecto para él sino desde su registro y por tanto no podría conceptuarse que quien le hipotecó ya no era dueño.

Las precedentes consideraciones resuelven el problema cardinal y efectivo del pleito y de la casación. Determinan también el rechazo del cargo de violación de los artículos 756, 759, 782, 785 y 789 del Código Civil, sobre lo cual se advierte que el Tribunal no desconoce lo que estas disposiciones establecen sobre tradición y posesión inscrita, sino que se niega a reputar hipoteca de lo ajeno la otorgada por las compradoras, en atención a que su título de tales fue registrado debidamente y a que, en fuerza de lo antedicho, dentro de las circunstancias del presente litigio y de los hechos pertinentes, no hay motivo para que la retrotracción del registro a la fecha del instrumento registrado —aquí el de compraventa— deje de producir sus efectos, entre ellos el de reconocer su calidad de dueñas a las compradoras para el día que hipotecaron.

El reparo consistente en que el doctor Pava no compareció a aceptar la hipoteca en su favor y de que asumió su representación para ello, sin tenerla, la señora Rubio de Pava, carece de alcance, dado el artículo 1506 del Código Civil, y dada, por otra parte, la aceptación de él, demostrada con su intervención en la ejecución y tercería antedichas y en el presente juicio ordinario.

En la larga lista de disposiciones legales de cuyo quebranto se queja el recurrente, figuran los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, esto es, el Título 13 del Libro IV, "De la interpretación de los contratos"; y, a mayor abundamiento, los transcribe uno a uno. Pero no llena al

formular esta acusación las exigencias del artículo 531 del Código Judicial, lo que bastaría para no entrar a estudiarlo. Con todo, se observa que parece encaminarse a sostener que la intención de los contratantes fue la de que ante todo se pagara el crédito del señor Basto, tanto por haberlo citado el señor Rubio al vender, cuanto por haber advertido las compradoras que era de segundo grado la hipoteca que constituyeron.

Lo que en forma terminante y clarísima preceptúan los citados artículos 2435 y 2499 impide seguir el orden reclamado por el recurrente para la preferencia entre las dos hipotecas confrontadas, por la deplorable y decisiva circunstancia de haberse invertido en el registro el orden que correspondía a su otorgamiento.

El cargo de violación del artículo 1458 del Código Civil es a todas luces inadmisible. Esta disposición versa sobre donaciones, y lo que otorgó el señor Rubio fue una venta. Las conjeturas del recurrente sobre que no fue venta sino donación lo que en realidad hubo allí, no pueden dar base ni asidero a una sentencia. Igualmente se rechaza el cargo de quebranto de los artículos 1501 y 1530 de ese Código, formulado dentro de ese concepto de que, con el nombre de compraventa, lo que hubo en aquel contrato fue una donación. Si esto no puede considerarse así dentro de este expediente, el cargo no puede prosperar.

Se alega quebranto de los artículos 1540 a 1542, 1602, 1603 y 1627 de dicho Código, en cuanto por estar pendiente el pago del precio y ser resoluble el contrato, éste debe considerarse condicional; de suerte que al no reconocerlo así, el Tribunal viola esas disposiciones y junto con ellas los artículos 2438, 2441, 2444 y 2449 de esa obra, por haber dado valor a la hipoteca constituida por quienes no tenían, al hipotecar, sino un mero derecho eventual y no la calidad firme de dueños, indispensable para la validez de una hipoteca.

Ya queda visto cómo el comprador no puede dejar de ser considerado legalmente tál porque en un momento dado no aparezca que ha pagado el precio; máxime en un pleito tan extraño a ese hecho y sus consecuencias; el presente no versa sobre resolución de esa compraventa, la que, en su caso y dentro de los aludidos supuestos del recurrente, correspondería a los herederos del vendedor.

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

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Admisión de desistimiento de un recurso de casación

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

Raquel Lozano v. de Viveros demandó la simulación y subsidiariamente la nulidad del contrato de compraventa de que da cuenta la escritura pública número 258 otorgada el 26 de julio de 1934 en la Notaría de Riofrío, celebrado entre el General Cupertino Viveros y Marco Antonio, Roberto, Maximiliano Viveros Escobar y Tránsito Escovar de Gálvez y Clementina Grisales.

El Juez del conocimiento, que lo es el de Circuito de Tuluá, en sentencia de 15 de diciembre de 1942, falló la litis en primera instancia decretando la nulidad impetrada.

La parte desfavorecida apeló de esa providencia y concedido el recurso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga revocó la sentencia del inferior y en su lugar absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

El apoderado de la demandante interpuso recurso de casación, que le fue concedido, y por ese motivo llegó el expediente a la Corte, donde fue repartido y fijado en lista. En ese estado de la tramitación, Primitivo Vergara Crespo, en su carácter de apoderado de la demandante Raquel Lozano v. de Viveros y Germán Cruz Perdomo, apoderado de los demandados, en memorial dirigido telegráficamente a la Corte y presentado personalmente ante el Juez de Circuito de Buga, manifestaron que desistían del recurso de casación y solicitaron se decretara el desistimiento sin costas.

Habiendo recurrido únicamente la parte demandante, sólo a ésta compete el desistimiento, que tiene que decretarse favorablemente por reunir el requisito del artículo 461 del Código Judicial y además porque quien desiste tiene capacidad para ello y su apoderado facultad para desistir (artículo 465 ibídem).

La solicitud del apoderado de la parte demandada sólo puede entenderse para el efecto de la no condenación en costas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, *admite* el desistimiento del recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga proferida el veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, desistimiento hecho por el apoderado de la demandante-recurrente Raquel Lozano v. de Viveros, quedando por lo tanto en firme la sentencia mencionada.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

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

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

Raquel Lozano v. de Viveros y Ramón Serna Giraldo han pedido reposición del auto de esta Sala, de fecha cuatro de agosto del año en curso, por el cual se admite el desistimiento del recurso de casación que la parte demandante interpuso y le fue concedido contra la sentencia de veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Como las dos solicitudes expresadas se fundan en razones distintas, es lo procedente estudiarlas por separado y resolverlas en el mismo orden en que fueron presentadas.

El señor Serna Giraldo presenta copia de la escritura número 168 de 27 de junio postrero otorgada en la Notaría de Riofrío de la que aparece que la demandante Raquel Lozano v. de Viveros le vendió al expresado Serna Giraldo y al señor Primitivo Vargas Crespo el cincuenta por ciento de lo que a aquélla le corresponda o pueda corresponderle en los bienes de la sucesión del mencionado General Cupertino Viveros. Presenta además copia de la escritura de fecha 10 de julio del corriente año, otorgada en la Notaría de Sevilla de la que aparece que el expresado Vergara Crespo le transfiere a título de venta a Ramón Serna Giraldo el veinticinco por ciento de lo que a la señora Lozano de Viveros le corresponda en la sucesión del expresado General Viveros.

Fundado en lo anterior y basado en alguna de las estipulaciones de esos contratos sostiene que Vergara Crespo no podía transigir sin la

intervención del reclamante y que el desistimiento que aquél hizo perjudica a éste.

Basado en lo anterior solicita que se le tenga como interesado en el juicio sobre que versó el auto de desistimiento, y que se reponga éste.

Se considera: La única demandante en este juicio es la señora Raquel Lozano v. de Viveros, y el doctor Vergara Crespo se ha presentado, no en nombre propio sino en nombre de aquélla, para representarla y para desistir del recurso de casación.

Si, según las escrituras mencionadas, el doctor Vergara Crespo, al desistir, salió de las estipulaciones pactadas en aquéllas, si no tenía facultad para transigir, como lo sostiene el reclamante, esas son cuestiones que atañen al reclamante y al doctor Vergara Crespo, pero ajenas en un todo a este itigio. Por el hecho de que el doctor Serna Giraldo pueda tener interés en el resultado de este litigio, no queda habilitado para ser considerado como parte en él ni para coadyuvar la acción de la demandante, toda vez que habiendo ésta desistido, la coadyuvancia es imposible, y por lo tanto, inadmisible, como lo ha dicho la Corte.

Por lo demás, es de advertir que una cosa son las relaciones de derecho a que pudiera dar origen el contrato de transacción a que se hace referencia y otra los efectos procesales del desistimiento, que es lo único que ha tenido en consideración la Corte.

En cuanto al memorial de la señora Raquel Lozano v. de Viveros, se observa: Dicha señora, que es la demandante, confirió poder, en forma debida, al doctor Vergara Crespo, no sólo para que la representara en el juicio sino para que desistiera del recurso. En virtud de esta autorización expresa, su apoderado desistió y la Corte dictó el auto consiguiente, creándose así una situación inmodificable, como es la de renuncia de un derecho, que una vez hecha, no puede revocarse, a menos que interfieran ciertas circunstancias que invaliden *per se* el acto, lo cual no pasa en este caso porque tanto la demandante como su apoderado son personas capaces, éste tiene facultad para desistir, en virtud de ella desistió en la forma debida y el asunto era susceptible de tal desistimiento.

Por lo expuesto, *no se accede* a reponer el auto reclamado.

Notifíquese.

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

Reivindicación.—Baldíos.—Su adjudicación

Aunque conforme a los artículos 65, 66, 69 y 77 del Código Fiscal, 3º de la Ley 85 de 1920 y 1º de la 34 de 1936, quien ocupa un terreno baldío, con cultivos o con ganado, tiene derecho a que el Gobierno le adjudique **lo ocupado y algo más, es incuestionable que mientras no obtenga la adjudicación, en las condiciones y con los requisitos determinados en la ley, no es dueño o no tiene la propiedad plena del terreno. Tiene únicamente el derecho a que se le adjudique, es decir, la aptitud legal necesaria para obtener el dominio, o sea, para adquirir el título traslaticio de propiedad, que es la resolución de adjudicación. Aunque a primera vista pudiera creerse que el artículo 9º de la Ley 34 de 1936 concede la propiedad de los terrenos baldíos, a título de cultivador, por el solo hecho del cultivo, modificando así el principio sentado en los preceptos antes examinados, el propio artículo exige que ese hecho sea reconocido en la providencia de adjudicación. Así, pues, deja intacto aquel principio, o sea, que para adquirir la propiedad del terreno es indispensable la adjudicación, ya que el hecho del cultivo debe ser reconocido en la respectiva providencia, lo que quiere decir que mientras no haya adjudicación no hay propiedad, o, en otros términos, el cultivo es la causa o el motivo que induce al Gobierno a hacer la adjudicación, y lo que le da derecho al cultivador para que se le haga, pero aquélla es indispensable para que éste se convierta en propietario.**

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

(Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda).

Para la mayor comprensión de este negocio conviene relatar sus antecedentes con alguna detención.

Por escritura número 86, de 2 de febrero de 1920, de la Notaría Segunda de Cali, Saturnino y José María Pérez vendieron a Emiliano Lemos unas mejoras situadas en terrenos baldíos, ubicados en el sitio de San Juan de El Queremal, en el Municipio de Dagua.

Por escritura número 288, de 18 de febrero de 1929, otorgada en la citada Notaría, Emiliano Lemos vendió dichas mejoras a Otto Barth.

Por escritura número 992, de 3 de octubre de 1930, de la misma Notaría, Otto Barth y Ricardo Velásquez, este último en representación de la Sociedad Constructora de la Carretera del Pacífico, pactaron una cesión de bienes y una permuta, en la cual se incluyó parte de las mejoras que Barth había comprado a Lemos por la referida escritura número 288.

El 12 de mayo de 1933 se celebró una promesa de contrato entre Carlos Bracht, obrando como apoderado de Elsa viuda de Barth y de sus menores hijos Edgar, Roland y Erika Barth, y Antonio Sánchez, en virtud de la cual Bracht se comprometió a venderle a Sánchez un lote de terreno ubicado en el sitio de El Queremal, en jurisdicción del Municipio de Dagua, con una extensión aproximada de veintiséis plazas, alindando como allí se indica, terreno del cual Bracht hizo entrega real y material a Sánchez, quien declaró haberlo recibido a su satisfacción.

Por medio de Resolución número 130, de 31 de marzo de 1938, del Ministerio de Agricultura y Comercio, se adjudicó a Antonio Sánchez, como baldío, el terreno en referencia.

De otro lado, por escritura número 361, de 13 de julio de 1938, de la Notaría Tercera de Cali, Carlos Bracht, en nombre y representación de Elsa viuda de Barth y de sus hijos Edgar, Roland y Erika Barth, residentes en Alemania, vendió al doctor Eduardo Garrido Campo el dominio del lote de que se ha venido hablando.

Con fundamento en esa escritura el doctor Garrido Campo solicitó al Juez 3º Civil de Cali que obligara al vendedor a entregarle materialmente la finca vendida, solicitud que tramitada de acuerdo con el artículo 887 del Código Judicial fue fallada favorablemente en providencia del 13 de octubre de 1938, que quedó ejecutoriada.

Al ir a verificar la entrega se opuso Antonio Sánchez y tramitado el asunto con arreglo a lo dispuesto en los artículos 882 y 883 del Código Judicial, el Juzgado del conocimiento, en providencia del 6 de marzo de 1939, declaró que Antonio Sánchez, oponente, había probado su derecho a retener la finca y previno que se levantaría el secuestro si dentro de los cinco días siguientes el demandante no proponía el correspondiente juicio ordinario. Dicha providencia

fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali, el once de mayo del mismo año.

Así las cosas, el doctor Garrido Campo, en libelo del 9 de junio de 1939, demandó en juicio ordinario, ante el Juez 3º Civil del Circuito de Cali, a Antonio Sánchez, y pidió que se declarara:

"1º Que el señor Antonio Sánchez es mero tenedor del lote de terreno que queda expresado y determinado por sus linderos en el punto *primero* de la relación de hechos de esta demanda, por haberlo recibido por virtud del contrato de promesa de venta consignado en el documento de fecha 12 de mayo de 1933, que obra a folio 18 del cuaderno número 2 del juicio especial sobre entrega de la cosa vendida, que motiva la presente acción, celebrado entre el señor Carlos Bracht, mi tradente, y el mismo señor Sánchez, contrato que carece de todo valor legal posterior.

"2º Que el señor Sánchez, por lo antes expuesto, es poseedor irregular del mismo fundo, sobre el cual tengo la propiedad plena o nuda por haberlo adquirido por justo título traslaticio de dominio.

"3º Que el mismo señor Sánchez está en la obligación de restituírme al día siguiente de la ejecutoria del fallo que usted pronuncie, o dentro del plazo que señale, el expresado predio.

"4º Que el suscrito demandante está en la obligación de pagar al demandado, previo avalúo y suficiente comprobación, las mejoras que éste haya plantado antes de dar contestación a la demanda.

"5º Que el señor Sánchez está en la obligación de pagarme el valor de los frutos civiles y naturales de la cosa cuya reivindicación pido, desde el día siguiente a la contestación de la demanda, en adelante, lo mismo que todos aquellos que yó pueda(sic) percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en mi poder.

"6º Que el señor Sánchez está obligado a pagarme los costos y costas de este juicio, si lo afronta."

Admitida la demanda y dada en traslado, el demandado la contestó negando la mayor parte de los hechos fundamentales y oponiéndose a la acción intentada.

Llegada la oportunidad legal, el Juez *a quo* decidió el negocio, en la primera instancia, por sentencia de fecha veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta, decretando favorablemente las peticiones de la demanda, incluso la condenación en costas a cargo del demandado.

En virtud de apelación interpuesta oportunamente por éste, subió el asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, donde, una vez agotada la tramitación correspondiente, se pronunció la sentencia de fecha veintinueve de enero de mil novecientos cuarenta y tres, por medio de la cual se revocó la de primer grado y en su lugar se resolvió:

"Declárase que el doctor Eduardo Garrido Campo carece de acción para demandar la reivindicación del lote de terreno a que se refiere el libelo de 9 de junio de 1939, y absuelve al demandado, señor Antonio Sánchez, de todos los cargos de la demanda.

"Sin costas."

Consideró el Tribunal que no obstante la contradicción que existe entre los dos primeros puntos de la parte petitoria de la demanda, es indudable que la acción iniciada es la de reivindicación, que reglamentan los artículos 946 y siguientes del Código Civil.

Mediante un examen detenido de los títulos de propiedad aducidos por el actor, llegó a la conclusión de que no probó suficientemente su derecho, por lo cual carece de la acción que ha intentado.

Dice la sentencia:

"De lo dicho hasta aquí se deduce que el doctor Eduardo Garrido Campo no ha logrado acreditar la calidad de dueño que se arroga en virtud de la inscripción de la compraventa celebrada por la escritura pública número 361, de julio de 1938, Notaría Tercera de Cali, dado que sus antecesores no tenían ese carácter para hacer la tradición de sus derechos en los términos del artículo 756 del Código Civil; por manera que aun aceptando que la señora Elsa Bracht viuda de Barth y sus hijos hayan sido los poseedores inscritos de las mejoras, según la hijuela a que alude el punto *quinto* del certificado de folios 28 y 29 del cuaderno de pruebas del demandado, la inscripción no pudo extenderse más allá de lo adquirido por herencia, y en modo alguno al lote de terreno propiamente dicho, cuyo dominio pertenecía al Estado y se había venido reconociendo en las transferencias sucesivas."

El recurso.

Contra esta sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del demandante, recurso que hoy se decide por haber llegado la oportunidad de hacerlo.

El recurrente acusa el fallo por considerarlo violatorio de ley sustantiva, por los tres conceptos que indica el inciso 1º del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, "o sea por infracción directa, por aplicación indebida y por

interpretación errónea", y desarrolla así este cargo:

"Señalo como disposiciones infringidas los artículos 47, 65, 67 y 68 del Código Fiscal, 3º de la Ley 85 de 1920 y 1º y 9º de la Ley 34 de 1936.

"Afirmo que la sentencia objeto de esta demanda de casación es violatoria de las disposiciones que acabo de mencionar, por infracción directa de ellas, por las siguientes razones:

"Conforme a lo dispuesto en los artículos 65, 67 y 68 del Código Fiscal, 3º de la Ley 85 de 1920 y 1º y 9º de la Ley 34 de 1936, la ocupación con cultivos de carácter permanente, de un terreno baldío que no esté destiñado a ningún servicio o uso público, como el que es objeto de este juicio, hace nacer en quien realice tales trabajos el correspondiente derecho de propiedad sobre ese terreno, y quienes adquieren el dominio de las mejoras y subrogan a las personas que las plantaron son propietarios legítimos del globo de que se trate.

"Conforme a lo dispuesto en el artículo 47 del Código Fiscal, una adjudicación de baldíos no puede vulnerar derechos de terceros y en ningún caso afecta los de los colonos o cultivadores ni los de sus legítimos sucesores.

"La sentencia objeto de esta demanda hace prevalecer un título de adjudicación contra el derecho de dominio adquirido por el doctor Garrido Campo, como sucesor legítimo de los colonos cultivadores del baldío de que se trata. Por consiguiente infringe en forma directa lo dispuesto en las disposiciones legales mencionadas.

"Acuso la sentencia recurrida como violatoria de los artículos citados, por aplicación indebida, por cuanto en esa sentencia se aplicó indebidamente, dándole una prelación que no tiene, al artículo 77 del Código Fiscal, que atribuye a las adjudicaciones de baldíos el carácter de títulos traslaticios de dominio, y se dejaron de aplicar los artículos 65, 67 y 68 del Código Fiscal, 3º de la Ley 85 de 1920 y 1º y 9º de la Ley 34 de 1936, que radican el dominio del terreno de que se trata en el actor, y el 47 del mismo Código Fiscal, que hace ineficaz la adjudicación contra el colono o cultivador o sus sucesores.

"Finalmente, acuso la sentencia como violatoria de las disposiciones legales que me he permitido citar, por interpretación errónea de ellas, porque los artículos 65, 67 y 68 del Código Fiscal, 3º de la Ley 85 de 1920 y 1º y 9º de la Ley 34 de 1936 se interpretaron erróneamente por el honorable Tribunal en el sentido de que el trabajo humano incorporado en baldíos adjudicables no generaba el dominio privado sobre el respectivo terreno mientras no se obtuviera el correspondiente título de adjudicación, y porque el artículo 47 del mismo Código se interpretó erróneamente en el sentido de atribuir a la adjudicación hecha a Antonio Sánchez efectos contra el derecho de dominio radicado en el actor, como legítimo sucesor de los colonos, de ese terreno baldío."

Considera también el recurrente que la sentencia viola las mismas disposiciones legales varias veces citadas, como consecuencia de haber incurrido el Tribunal en apreciación errónea y falta de apreciación de algunas de las pruebas presentadas por el actor, tales como los títulos de propiedad aducidos, especialmente la escritura número 361, de 13 de julio de 1938, y numerosas declaraciones de testigos, cargo éste que desarrolla debidamente.

Para sostener su tesis de que la propiedad de los baldíos se adquiere por sola ocupación con cultivos y ganados, sin necesidad de adjudicación, hace el recurrente un extenso y minucioso estudio de las disposiciones legales que han reglamentado la materia desde el año de 1821 en adelante.

Estudio de los cargos.

Se considera:

Es verdad que según el artículo 65 del Código Fiscal, "la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados", pero, "de acuerdo con lo dispuesto en este Código", es decir, previo el cumplimiento de las formalidades o requisitos que allí se establecen al respecto.

Conforme al artículo 66, "la persona establecida en terrenos baldíos con casa de habitación y cultivos...., *tiene derecho a que se le adjudique gratuitamente* lo cultivado y una parte del terreno adyacente...."; y de conformidad con el 67, "si la ocupación del baldío no se hace con cultivos de las clases indicadas, sino con ganados, *el ocupante tiene los referidos derechos*", pero con algunas limitaciones.

Ahora bien: el 69 dice que *"la persona que quiera hacer efectivos los derechos concedidos por los artículos anteriores"*, debe hacer la correspondiente solicitud de adjudicación, en la forma y con las condiciones determinadas en ese artículo y en los siguientes; y el 77 preceptúa que si llenados todos los requisitos necesarios al efecto el Ministerio dicta la resolución de adjudicación, ésta "tiene el carácter de título traslaticio de dominio, equivalente a una escritura pública, y debe inscribirse original en la Oficina de Registro correspondiente."

Los artículos 3º de la Ley 85 de 1920 y 1º de la Ley 34 de 1936, citados por el recurrente,

consignan el mismo principio sentado en el 66 del Código Fiscal.

Como puede verse claramente, quien ocupa un terreno baldío, con cultivos o con ganado, *tiene derecho a que el Gobierno le adjudique* lo ocupado y algo más, pero es incuestionable que mientras no obtenga la adjudicación, en las condiciones y con los requisitos determinados en la ley, no es dueño o no tiene la propiedad plena del terreno. Tiene únicamente el derecho a que se le adjudique, es decir, la aptitud legal necesaria para obtener el dominio, o sea para adquirir el título traslaticio de propiedad, que es la resolución de adjudicación.

El artículo 9º de la Ley 34 de 1936 dice:

"En las adjudicaciones de baldíos decretadas a título de cultivador, lo que transfiere el dominio tanto sobre el sector cultivado como sobre el adyacente que determinen las leyes respectivas, es el hecho del cultivo *reconocido en la respectiva providencia de adjudicación.*"

A primera vista pudiera creerse que este artículo concede la propiedad de los terrenos baldíos, a título de cultivador, por el solo hecho del cultivo, modificando así el principio sentado en los preceptos anteriormente examinados; pero como el propio artículo exige que ese hecho sea reconocido en la providencia de adjudicación, deja intacto aquel principio, o sea que para adquirir la propiedad del terreno es indispensable la adjudicación, ya que el hecho del cultivo debe ser reconocido en la respectiva providencia, lo que quiere decir que mientras no haya adjudicación no hay propiedad, o, en otros términos, el cultivo es la causa o motivo que induce al Gobierno a hacer la adjudicación, y lo que le da derecho al cultivador para que se le haga, pero aquélla es indispensable para que éste se convierta en propietario.

Aplicando estos principios al caso en estudio se tiene:

Como lo observa el Tribunal en la sentencia acusada, no está completa la cadena de títulos en que se apoya el actor, pues no se trajeron al juicio las hijuelas o cartillas de las adjudicaciones que se hicieran a la viuda e hijos de Otto Barth, de las mejoras puestas por los antecesores de éste, conforme a los títulos atrás relacionados. Al respecto sólo existe en autos un certificado del Registrador, en que se alude a tales adjudicaciones, pero aceptando que dicha cadena de títulos estuviera completa, cabe observar que por las escrituras anteriores a la hecha al actor no se transfirió la propiedad del terreno, sino, simplemente, las mejoras puestas en él, con la expresa advertencia de que se trataba de mejoras hechas en terrenos baldíos de la Nación, es decir, reconociendo dominio ajeno, y, desde luégo, sin ánimo de transferir ese dominio. Interpretando estos contratos con espíritu amplio, podría llegarse a sostener que quedó incluido en ellos, aunque no se dijo, el derecho que la ley concede a obtener la adjudicación, pero en ningún caso la propiedad o el dominio pleno de los terrenos aún no adjudicados por el Gobierno. Y siendo esto así, como lo es, resulta que el demandante no adquirió y no es dueño del terreno que pretende reivindicar, por lo cual no prospera la acción que ha intentado, pues le falta una de las condiciones esenciales que la ley exige para que sea viable, o sea, la de ser dueño de la cosa sobre que versa la reivindicación.

Pero se dice: como la propiedad de los terrenos baldíos se adquiere por el solo hecho de la ocupación con cultivos o ganados es claro que habiendo adquirido el actor el derecho a las mejoras puestas allí por el primitivo ocupante, se hizo también dueño del terreno respectivo, sin necesidad de la correspondiente adjudicación.

En primer lugar, se repite que no es posible aceptar esta tesis, por no ser jurídica, de acuerdo con lo dicho anteriormente; y en segundo lugar, es preciso tener en cuenta que la viuda e hijos de Otto Barth, antes de hacer la venta al actor, celebraron con el demandado una promesa de venta, en virtud de la cual hicieron entrega real y material, es decir, pusieron a Sánchez en posesión de las mejoras y del terreno en que se hallaban y sobre que versó la promesa. Apoyado en esa posesión, que Sánchez conservó por varios años, y en el aumento de las mejoras, solicitó y obtuvo la adjudicación del terreno, en forma legal y con las condiciones pertinentes, sin que los promitentes vendedores se hubieran opuesto, en manera alguna, a la adjudicación que se le hizo antes de otorgar aquéllos la escritura de venta al actor.

¿Que Sánchez no cumplió la promesa de venta de que se ha hablado? Ese punto no es materia de este pleito, pero es claro que si no la cumplió los contratantes pueden hacer valer sus derechos con arreglo a la ley.

Alega también el recurrente que conforme al artículo 47 del Código Fiscal, "la adjudicación en ningún caso perjudica a terceros, y deja a salvo los derechos de los cultivadores o colonos".

Ello es verdad, en tesis general. Pero en el presente caso resulta que los dueños anteriores al actor hicieron entrega real y material de las mejoras que tenían en el terreno baldío, a Sánchez, por razón de la promesa de venta celebrada con él, quien aumentó esas mejoras en el transcurso de varios años de poseerlas, y luégo

obtuvo la adjudicación del terreno, sin oposición ni reclamación alguna de parte de los promitentes vendedores. En esas condiciones, no habiendo otros ocupantes o colonos del terreno adjudicado, distintos de Sánchez, no tiene aplicación el artículo 47 citado.

Se deduce de todo lo expuesto que el Tribunal no violó las disposiciones legales citadas por el recurrente, ni incurrió en los errores de hecho y de derecho que le imputa, por lo cual no son admisibles los cargos formulados contra la sentencia, la que no debe ser infirmada.

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 Cali, el veintinueve de enero de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Recurso de revisión de una sentencia

En tratándose del numeral 2º del artículo 542 del Código Judicial, ha dicho la Corte que debe interpretarse el pensamiento del legislador en el sentido de que ese conocimiento haya sido imposible obtenerlo, o sea, que la parte perjudicada haya carecido de medios adecuados para caer en la cuenta de la falsedad de un documento. Es necesario en este caso que el que ocurre en revisión compruebe que no conocía como falso el documento en que se apoyó el fallo o que la falsedad se haya reconocido o declarado después. En síntesis: Cuando la revisión se demanda con fundamento en el numeral 2º del artículo 542 del Código Judicial, es indispensable que el peticionario acompañe la prueba de que el documento que sirvió de base primordial al fallo que se pretende revisar ha sido declarado falso por el Juez competente o que haya recaído decisión en igual sentido después de dictado el fallo correspondiente, y mientras no se acompañe esa prueba no se puede saber si el documento base de la sentencia es o nó falso, inhibiéndose por este motivo el recurso de revisión interpuesto.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Isaac y Julio Forero, en representación de la sucesión ilíquida de David Forero, formularon demanda ordinaria contra los señores José Antonio y Pedro Forero, para que se hicieran estas declaraciones:

"Que Orocia de Aza no adquirió derecho ninguno de dominio por gananciales en el matrimonio con David Forero; que no era dueña de ningún terreno situado en la vereda de Pueblo Viejo y que era nula la escritura por la cual Orocia de Aza vendió a Pedro y José Forero, parte de sus gananciales en el matrimonio con David Forero."

Tanto el Tribunal como la Corte, consideraron que Isaac y Julio Forero no tenían personería sustantiva para hablar en nombre de la sucesión ilíquida de David Forero, porque de las partidas eclesiásticas presentadas para comprobar su estado civil, aparece que el matrimonio de Forero con la Aza se celebró en época muy posterior al nacimiento de los demandantes y que por tanto no podían considerarse como hijos legítimos de Forero ya que no los amparaba la presunción establecida por el artículo 213 del Código Civil.

Hoy el señor Julio Forero, hablando en su propio nombre, interpuso recurso de revisión contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 1942 dictada por la Sala de Casación, por considerar que ella se fundó en documentos que al tiempo de dictarse no le eran conocidos como falsos, o cuya falsedad se haya reconocido o decretado después, y hace esta aseveración porque de las nuevas partidas eclesiásticas acompañadas en el recurso de revisión aparece que él nació con posterioridad al matrimonio de sus padres.

La demanda de revisión no está concebida en términos precisos, y parece que se funda en el caso 2º de los señalados en el artículo 542 del Código Judicial, ya que al relatar los hechos aducidos como fundamento del recurso estampa éstos:

"a) Al copiar las partidas del estado civil del suscrito y otros, por error o malicia de quien lo hizo apareció que el matrimonio de mis padres había sido posterior a la época de mi nacimiento.

"b) Con base en estos documentos falsos el Tribunal dictó sentencia desconociendo la personería del suscrito y negando los puntos de la demanda.

"c) Contra tal sentencia se interpuso el recurso de casación, pero la Corte, estimó que no debía infirmarse la sentencia, ordenando, eso sí, que se adelantase la investigación para establecer la responsabilidad por falsificación o adulteración de documentos públicos."

Teniendo la revisión como fundamento el caso a que se refiere el citado artículo 542 era necesario, para que ella prosperara, que quien intentó el recurso comprobara que los documentos no eran conocidos por él como falsos, pero esta comprobación está ausente en este proceso. Julio Forero solicitó como prueba en el juicio que estableció contra José Asunción y Pedro Forero las partidas eclesiásticas del matrimonio de su padre y de su nacimiento, y él las acompañó al proceso, de suerte que tuvo ocasión de conocer que esos documentos podían haber sido adulterados al expedirse la copia.

En tratándose del numeral 2º del artículo 542, ha dicho la Corte que debe interpretarse el pensamiento del legislador en el sentido de que ese conocimiento haya sido imposible obtenerse o sea que la parte perjudicada haya carecido de medios adecuados para caer en la cuenta de la falsedad de un documento, y en el caso en estudio, el señor Forero tuvo oportunidad de cerciorarse de si las partidas que presentó estaban o nó adulteradas, confrontando la copia con el original en los libros parroquiales, cosa fácil de ejecutar, de donde se desprende que Forero sí tuvo oportunidad de reconocer que esos documentos estaban adulterados y sin embargo, los presentó como prueba a su favor. Hay que advertir que la Corte ordenó que se sacara copia de lo conducente y se remitiera al Juez competente para averiguar si se había cometido algún delito al expedir las partidas eclesiásticas de que se trata y hasta el presente no se sabe si esas partidas han sido declaradas falsas por el Juez competente.

Conviene recordar que la Corte ha establecido en varias decisiones respecto de este especialísimo recurso, esto:

"Examinadas las cuatro causales de revisión, se concluye que ellas han sido establecidas y tienen eficacia en cuanto provengan no sólo de hechos culpables, sino de hechos delictuosos, emanados de una de las partes, ya directamente, como cuando retienen una prueba decisiva y que favorecía a la parte contraria, ya cuando ha aducido documentos y testigos falsos, o también cuando la injusticia del fallo proviene de un hecho delictuoso del Juez juzgador.

"No ha querido el legislador que una sentencia dictada en alguna de estas condiciones vincule en derecho a las partes, pero si esto es así y tiende a destruír toda incidencia delictuosa en un proceso o en un fallo, también es cierto que el recurso de revisión no puede considerarse como una tercera instancia donde puedan las partes producir nuevas pruebas, o mejorar o complementar las que produjeron en las instancias del juicio." *(Gaceta Judicial* números 1920 y 1921, página 653).

También ha dicho la Sala:

"Para que el recurso de revisión pueda fundarse en este motivo (documentos falsos), es necesario que preceda la declaración de falsedad del documento o documentos que hayan servido de fundamento a la sentencia, cuya declaración deberá hacerla el Tribunal competente para conocer del delito. Si hubiere recaído esta declaración antes de dictarse la sentencia del pleito, deberá alegar el recurrente que ignoraba este hecho, sin perjuicio de la prueba en contrario, pues si tenía conocimiento de ello debió alegarlo y probarlo en el pleito. Terminado éste, tendrá que hacerse uso de la acción criminal para que se declare la falsedad del documento, antes de entablar el recurso de revisión." (Sentencia de 29 de octubre de 1942).

De todos estos antecedentes de la ley sobre revisión y de los comentos de la Corte, se desprende claramente que para que un recurso de revisión tenga éxito se requiere, cuando se funda en el caso 2º del artículo 542, que el que ocurre en revisión compruebe que no conocía como falso el documento en que se apoyó el fallo o que la falsedad se haya reconocido o declarado después.

Aquí se trataba del bautismo del demandante y del matrimonio de sus padres, y él presentó las partidas que dice adulteradas. No se explica cómo no cayera en la cuenta de la adulteración de fechas de que ahora viene a quejarse, sin comprobarla.

En síntesis:

Cuando la revisión se demanda con fundamento en el numeral 2º del artículo 542 del Código Judicial, es indispensable que el peticionario acompañe la prueba de que el documento que sirvió de base primordial al fallo que se pretende revisar, ha sido declarado falso por el Juez competente o que haya recaído decisión en igual sentido después de dictado el fallo correspondiente, y mientras no se acompañe esa prueba no se puede saber si el documento base de las sentencias es o nó falso, inhibiéndose por este motivo el recurso de revisión interpuesto.

Está bien que se diga que el demandante no conocía como falso el documento que sirvió de sustentáculo al fallo, porque si lo sabía ha debido redargüirlo de falso en las instancias y si no lo hizo ha de considerarse que le dio su asentimiento y que hoy no puede hacer en revisión lo que no quiso hacer en las instancias del juicio.

No se replique que al demandante en revisión se le impone la obligación de acompañar una prueba negativa, cual es, la que los documentos no eran conocidos como falsos por él; a juicio de la Corte, "este reconocimiento no incide sino

cuando la parte perjudicada carecía de los medios para conocer que era falso el documento, en las instancias del juicio. De otro modo todo descuido o falta de diligencia de una de las partes en la producción de sus pruebas podría llevar la revisión de los procesos".

No habiendo demostrado el peticionario que los documentos que sirvieron de base a la sentencia sean falsos en las condiciones fijadas por el citado ordinal 2º del artículo 542 del Código Judicial, se impone una solución negativa.

En consecuencia, 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:*

1º Se declara infundado el recurso de revisión interpuesto por Julio Forero D. contra la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el diez de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de Isaac Forero y otros contra José Asunción y Pedro Forero.

2º Condénase en costas al autor del recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

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

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Doctrina sobre perjuicios futuros

No basta para que haya lugar a la obligación civil indemnizatoria, según la doctrina del artículo 2341 y demás disposiciones del Título 34 del Libro 4º del Código Civil, que se haya cometido un delito o culpa, sino que es indispensable, además, que se haya inferido un daño, esto es, causado u ocasionado un detrimento patrimonial. La existencia del daño en las acciones sobre indemnización es cuestión de derecho, como que representa y constituye uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil. Si el hecho delictuoso o culposo que se imputa y alega como base de la demanda no ha causado ningún daño, es estéril en el campo del Derecho Civil en virtud del principio general de que sin interés no hay acción. La ley no presume el daño. Su existencia y extensión y cuantía debe ser materia, como acontece en tratándose de derechos civiles, de fehaciente demostración probatoria. El daño, que en general debe constituír un empobrecimiento o merma patrimonial, cuando no puede calificarse como presente, y se vincula con acaecimientos por venir, puede clasificarse, con base en la certidumbre que conlleve o encierre, en futuro, eventual y contingente, según que ninguna incertidumbre haya porque el hecho que lo causa se ha producido y el daño se producirá fatalmente (la muerte de una persona a cuyo cargo estaba la congrua subsistencia de otra); o según tenga una incertidumbre, porque el hecho cumplido puede o nó dar lugar al perjuicio por no aparecer como una consecuencia cierta de él (la muerte de un menor que económicamente nada producía, pero de quien se supone que en el porvenir llegaría a ser el sostén de una persona); o porque, finalmente, encierre dos incertidumbres: la del hecho que puede dar origen al daño y la del daño mismo. (El daño que puede producirse como consecuencia de la caída de un edificio que amenaza ruina). A esta última especie del daño contingente se refieren varias disposiciones del Código Civil, entre otras, los artículos 988, 992 y 2359, contentiva esta última de una regla general para todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Es cuestión reconocida y corriente en jurisprudencia y doctrina, como fruto del criterio objetivo y realista que debe primar en cuestiones indemnizatorias, que para que el daño pueda ser fuente de reparación debe ser cierto, esto es, corresponder a una realidad positiva, apreciable y no significar simplemente mera posibilidad edificada sobre suposiciones e hipótesis, lo cual, como es obvio, no excluye la indemnización del perjuicio futuro propiamente dicho, o sea, el que lógica y ciertamente habrá de causarse como consecuencia de un hecho cumplido, sin ninguna incertidumbre. Sobre este punto la Sala de Casación Civil acoge la doctrina expuesta por la Sala de Negocios Generales en la sentencia de fecha 20 de noviembre de 1943.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Relatan estos autos que en la madrugada del día 23 de julio de 1937 pereció electrocutado el menor José Vicente Noreña Chaux al pisar y enredarse en los cables conductores de energía eléctrica de propiedad del Municipio de Ibagué, que se hallaban caídos a través del camino público en un punto contiguo al puente de El Amé, en la margen derecha del río Combeima, cuando el prenombrado menor se dirigía a unas pesebreras de propiedad de su padre a conducir un caballo.

Con apoyo en este suceso, que por la forma y alcance de este recurso no es necesario puntualizar más y mejor, los padres de la víctima, Efraím Noreña y Felisa Chaux de Noreña, por medio de apoderado, en libelo de fecha 16 de abril de 1940, demandaron al Municipio de Ibagué para que en sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que, como propietario de la Planta Eléctrica Municipal, es responsable civilmente de los perjuicios ocasionados con la muerte de su hijó legítimo José Vicente Noreña, y que, en consecuencia, se le condene a pagarles

a los actores, dentro del término que fije la sentencia, por iguales partes, la suma de $ 20.000, o la que pericialmente se señale, como indemnización por los daños materiales y morales que sufrieron.

Trabada la litis con la contestación del correspondiente Agente del Ministerio Público, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y alegó la excepción de caso fortuito, fue decidida en primera instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué en sentencia del 18 de octubre de 1941, en la que se condenó al Municipio demandado a pagar a los demandantes, a partir del día de la muerte de José Vicente Noreña, y por concepto de la indemnización demandada, la suma de $ 4.500 en cuotas mensuales de $ 25. No se hizo condenación en costas.

Sentencia acusada.

Llevado el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué por recurso de apelación que ambas partes interpusieron contra el fallo del Juzgado, fue decidido definitivamente en sentencia del 20 de octubre de 1943, en la cual se reformó la apelada en el sentido de reducir la condena de indemnización por perjuicios materiales y morales a la cifra de $ 4.100, pagaderos por el Municipio de una vez y dentro del plazo de treinta días.

De la exposición de motivos de esta sentencia no hay para qué hacer alusión a las cuestiones sobre personería y elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual y su prueba, porque todos estos aspectos del litigio han quedado fuera de la órbita jurisdiccional del recurso que sólo comprende lo referente al monto de la indemnización.

Separadamente aparecen estudiados en la sentencia, lo mismo que en el dictamen de los peritos los daños de carácter material y los perjuicios morales. Por lo que hace a las conclusiones del fallo respecto de estos últimos, avaluados por el Tribunal en la suma de $ 1.000 para cada uno de los actores, nada hay qué decir ni qué considerar porque tal extremo ha sido objeto de expresa aceptación por parte del demandado recurrente. Y con relación a los perjuicios materiales, único aspecto de la indemnización sometido a reparo ante la Corte, el Tribunal de Ibagué acogió integralmente el avalúo hecho por los peritos Jorge Gaona y Otto Moreno Restrepo, quienes los apreciaron en la cantidad de $ 2.100 con fundamento en cálculos sobre la vida probable de los demandantes y sobre la posible y futura capacidad productiva del menor Noreña Chaux, a partir del día en que éste hubiera cumplido veintiún años (murió de 16).

Comentando el dictamen pericial, dice la sentencia:

"En el caso de autos no puede admitirse la existencia del lucro cesante, porque el joven Noreña Chaux no estaba produciendo rendimientos económicos a sus padres, sino que, por efecto de su educación, estaba demandando gastos para éstos. Pero no cabe duda que con la muerte se causó un daño emergente, desde luégo que los demandantes quedaron privados de la ayuda que su hijo les hubiera podido prestar en los últimos años de la vejez, cuando plenamente desarrollado y capacitado para luchar en la vida, hubiera sido un factor de producción en la sociedad."

El recurso.

Contra la sentencia definitiva de segunda instancia, en la debida oportunidad, recurrió en casación el Fiscal del Tribunal de Ibagué, recurso que ha sido fundado por el Delegado en lo Civil de la Procuraduría General de la Nación.

Se acusa la sentencia, con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, por violación directa de la ley sustantiva, aplicación indebida y como consecuencia de error de derecho en la apreciación del dictamen pericial de los doctores Gaona y Moreno Restrepo, en cuanto se condena por perjuicios materiales que no han sido demostrados en ninguna forma en el juicio, con exclusivo apoyo en la prueba pericial, que carece de todo fundamento por no basarse en ningún hecho real sino en meras suposiciones arbitrarias. Como disposiciones legales infringidas se citan los artículos 2341, 2356 del Código Civil y 721 del Código Judicial.

Se considera el cargo:

No hay duda de que esta acción indemnizatoria, por lo que a perjuicios materiales se refiere, descartó desde un principio la existencia de un daño emergente representado en una pérdida real y manifiesta y se enderezó a obtener una reparación por lucro cesante, vinculada a la supuesta productividad económica que en un porvenir más o menos cercano habría de tener José Vicente Noreña y en el apoyo que él habría de prestarles a sus padres. "Era una esperanza para su familia y para la sociedad", dicen los demandantes en el hecho 18º de los fundamentales de su demanda, y en esta misma idea se inspira y funda, como atrás se vio, el dictamen de los peritos, avaluadores, prueba ésta pedida por la parte actora para que se apreciaran no sólo los perjuicios inmediatos, que el

Tribunal desconoció por no existir, "sino los perjuicios futuros, consistentes en la privación del apoyo material que su hijo les habría prestado a lo largo de su vida".

Que en el juicio y en este recurso se ha planteado la cuestión fundamental de la reparación del daño futuro no deja duda el siguiente pasaje que se transcribe del alegato de oposición de la parte demandante:

"En el caso preciso del joven Noreña Chaux —dice— se aceptó de antemano por la parte actora, que aquél nada ganaba en el momento de su muerte, pero que dadas las condiciones morales, tales como su conducta arreglada, su amor al estudio, el aprovechamiento en el colegio donde estaba, su buena salud, era presumible que hubiera sido un apoyo efectivo, en el orden económico, para sus padres."

No basta para que haya lugar a la obligación civil indemnizatoria, según la doctrina del artículo 2341 y demás disposiciones del Título 34 del Libro 4º del Código Civil, que se haya cometido un delito o culpa, sino que es indispensable, además, que se haya inferido un daño, esto es, causado u ocasionado un detrimento patrimonial. La existencia del daño en las acciones sobre indemnización es cuestión de derecho, como que representa y constituye uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil. Si el hecho delictuoso o culposo que se imputa y alega como base de la demanda no ha causado ningún daño, es estéril en el campo del Derecho Civil en virtud del principio general de que sin interés no hay acción. La ley no presume el daño. Su existencia y extensión y cuantía debe ser materia, como acontece en tratándose de derechos civiles, de fehaciente demostración probatoria.

El daño, que en general debe constituir un empobrecimiento o merma patrimonial, cuando no puede calificarse como presente, y se vincula con acaecimientos por venir, puede clasificarse, con base en la certidumbre que conlleve o encierre, en futuro, eventual y contingente, según que ninguna incertidumbre haya porque el hecho que lo causa se ha producido y el daño se producirá fatalmente (la muerte de una persona a cuyo cargo estaba la congrua subsistencia de otra); o según tenga una incertidumbre porque el hecho cumplido puede o nó dar lugar al perjuicio por no aparecer como una consecuencia cierta de él (la muerte de un menor que económicamente nada producía pero de quien se supone que en el porvenir llegaría a ser el sostén de una persona); o porque, finalmente, encierre dos incertidumbres: la del hecho que puede dar origen al daño y la del daño mismo. (El daño que puede producirse como consecuencia de la caída de un edificio que amenaza ruina). A esta última especie del daño contingente se refieren varias disposiciones del Código Civil, entre otras, los artículos 988, 992 y 2359, contentiva esta última de una regla general para todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas.

Es cuestión reconocida y corriente en jurisprudencia y doctrina, como fruto del criterio objetivo y realista que debe primar en cuestiones indemnizatorias, que para que el daño pueda ser fuente de reparación debe ser cierto, esto es, corresponder a una realidad positiva, apreciable y no significar simplemente mera posibilidad edificada sobre suposiciones e hipótesis, lo cual, como es obvio, no excluye la indemnización del perjuicio futuro propiamente dicho, o sea, el que lógica y ciertamente habrá de causarse como consecuencia de un hecho cumplido, sin ninguna incertidumbre.

Sobre este punto la Sala de Casación Civil acoge la doctrina expuesta por la Sala de Negocios Generales de la Corte en la forma razonada y clara que se ve en los pasajes que en seguida se copian de su sentencia del 20 de noviembre de 1943, no publicada aún en la *Gaceta Judicial:*

"El concepto de perjuicios materiales indemnizables, entre los que naturalmente se cuentan los objetivados pero originados en un daño moral, es un concepto exclusivamente económico o patrimonial, relacionado con la productibilidad material contemporánea del lesionado y con las proyecciones *ciertas* que de tal situación actual puedan deducirse en el futuro. Por tal razón los daños en general se dividen en *presentes* y *futuros.*

"El daño futuro es indemnizable a condición de que en el momento presente resulte cierto que se realizará. Es inadmisible conceder reparación por pérdidas puramente futuras y eventuales, porque se ignora su extensión y cuantía. Cualquier base que se fije será necesariamente producto de la fantasía. Que el sujeto lesionado hará en el futuro esto o aquello, que obtendrá ganancias en actividades y en formas determinadas, es una incógnita que nadie tiene el poder de adivinar. De consiguiente, para que el perjuicio futuro sea avaluable requiere que aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual susceptible de estimación inmediata.

"El que tiene una profesión u oficio: abogado, médico, agricultor, mecánico, etc., ejerce una actividad productiva cuyos rendimientos actuales se conocen más o menos exactamente. Muerta la persona o inutilizada total o parcialmente para seguir trabajando y explotando la ocupación de que vivía, la ganancia o actividad futura de la víctima o del lesionado es susceptible de

cálculo y por ende de avaluación, teniendo por base cierta la utilidad actual. Mas el que todavía carece de ocupación u oficio productivo, como el menor de edad, que apenas está recibiendo los primeros grados de instrucción, y que ni siquiera ha elegido la profesión y oficio a que consagra su actividad económica, no ofrece elementos que sirvan para determinar las pérdidas patrimoniales que en el porvenir recibirá como consecuencia de una relativa incapacidad. Nadie puede asegurar que la desfiguración de la cara o el defecto funcional de algún órgano, le acarreará determinada pérdida concreta y cierta de dinero. ¿Que la incapacidad le será fuente de grave quebranto moral? Convenido. Por ello se tratará de buscar el camino o la medida que satisfaga aproximadamente el daño moral. ¿Y que la incapacidad seguramente le creará al sujeto en el futuro escollos y dificultades que se irán a traducir en pérdida de oportunidades económicas y en inferioridad de aptitudes para ganarse la vida y el sustento en campos que, por causa de las lesiones sufridas, le quedarán prohibidos? Nadie se atreverá a negarlo. Mas lo difícil o lo imposible es adivinar cuál va a ser ese campo vedado y cuáles serán las frustradas oportunidades.

"De ahí que la jurisprudencia y la doctrina sostengan la imposibilidad de reparar el daño futuro e incierto. Y que entre nosotros, de poco tiempo acá la jurisprudencia de esta Sala de Negocios de la Corte, tenga la misma inclinación. En fallo reciente, del 10 de marzo último, dijo: 'Porque en juicio no es dable mandar indemnizar sino aquellos daños precisos y concretos que se demuestren. La indemnización es un derecho. Emana por ende de hechos palpables. Donde los hechos no están acreditados por sus circunstancias reales y tangibles, no hay modo de sacar conclusiones prácticas, debido a que el campo procesal repudia el criterio meramente conjetural, aun cuando la hipótesis sea en realidad de acaecimiento probable pero difícil su demostración. Está dentro de lo posible que determinados bienes se perdieron; que un buen negocio en perspectiva fracasó; o que la actividad económica de la cual vivía tuvo que abandonarla en todo o en parte; o la pérdida de la salud más las repercusiones consiguientes de ello en el patrimonio; o la porción en que el sostenimiento del hogar o la educación de los hijos se ha vuelto más costosa; y que se vea claro que todos o cualquiera de esos males sean la secuela inevitable del infortunio que se cernió en el hogar en el momento en que el marido quedó viudo y los hijos huérfanos. Pero en cambio hay otra clase de daños como los futuros y contingentes, difíciles de concretar. Y otros que, aunque actuales y presentes, son inposibles de reducir a cifras numéricas, por su vaguedad e indeterminación. Por ejemplo: ¿cómo es posible, no obstante que el daño existe, concretar materialmente la pérdida que el hombre experimenta en el campo económico y patrimonial, con la muerte de la esposa ejemplar, madre solícita y vigilante de sus hijos, consagrada al cuidado del marido, sabia orientadora de la formación moral e intelectual de aquéllos, celosa por la conservación y acrecentamiento del patrimonio familiar, excelente consejera además en la actividad comercial del marido? El daño material en tal caso es evidente e inmensas sus repercusiones. Pero ¿cómo concretarlo en una medida que lo represente siquiera aproximadamente? Tan vagos e imponderables son los factores integrantes de esos perjuicios, que seguramente ni el mismo interesado que los recibe, puede apreciar su cuantía en ningún momento. Estas dificultades generalmente insalvables conducen a que, como al principio se dijo, las indemnizaciones correspondientes tengan que ser deficientes. Concretarse a lo que se vea más palpable y objetivado. A lo que el interesado haya logrado convertir en hechos tangibles, llevándolos demostrados a los ojos del Juez. Y no será posible, con excusa de la mencionada dificultad, otorgar indemnizaciones a base de meras hipótesis y de afirmaciones indemostradas, de hechos desprovistos del necesario vínculo de la relación con la causa a la cual se atribuyen. Entonces hay que demostrar, que determinada pérdida tuvo en realidad por causa exclusiva la muerte de la esposa; la proporción de gastos mayores que en el hogar produjo la falta de la esposa; que este hecho ha obligado al padre a efectuar mayores erogaciones por la educación de los hijos, como teniendo que cambiar su acostumbrado domicilio por otro donde la vida sea más costosa; que se ha tenido que recurrir a buscar quien cuide de los hijos menores, mediante erogaciones desacostumbradas en la anterior situación de normalidad, etc.'

"Y revisando la doctrina universal obsérvase que Von Tuhr proclama que: 'entendemos por *daño* el menoscabo sufrido por un *patrimonio*. Las lesiones inferidas a los bienes jurídicos de la personalidad no tienen concepto legal de daños, mientras no afecten el *patrimonio*, y la suma de dinero que en ciertos casos se ha de abonar por haberlas causado no constituye verdadera indemnización, sino una satisfacción que se ofrece a una persona lesionada.' (Este último es el caso de daño moral del cual esta Sala se ha ocupado en diferentes y ya bien conocidos fallos para buscar la manera de compensarlo).

"Planiol y Ripert dicen: '*Perjuicio futuro*. Un perjuicio no realizado todavía puede justificar una condena inmediata, si resulta ser cierta

su realización futura, por tratarse del *desarrollo indudable* de un perjuicio actualmente en evolución o que actualmente sea incierto sólo en lo que se refiere a su cuantía; lo mismo podemos decir del caso en que, teniendo un carácter eventual, ha de ser la consecuencia o la repetición de un perjuicio actual: como el daño resultante de un vecindario inconveniente, o los causados a la persona y que impliquen incapacidad para trabajo determinado.' (Planiol y Ripert con el concurso de Esmein, *Derecho Civil Francés*, tomo 6º, 544).

"Demogue enseña: 'La culpa puede originar un daño, pero si éste no aparece todavía por ninguna parte, este daño futuro, cuya efectiva realización se ignora, no puede dar lugar a indemnización en razón de la incertidumbre de su existencia'. *(Tratado de las Obligaciones*, tomo 4º, número 388).

"Los hermanos Mazeaud tienen la misma idea: 'Para que el perjuicio futuro pueda ser reparado, es necesario que sea susceptible de avaluación en el momento en que la acción se formaliza.' Observan que la jurisprudencia se ha unificado alrededor de estos dos principios: primero, que desde el momento en que el perjuicio sea cierto, se debe conceder indemnización, aun cuando el daño se ocasione en el futuro; y segundo, que la indemnización debe negarse cuando el perjuicio de que la víctima se queja sea eventual.

"A fin de aclarar las dudas y confusiones que pueden presentarse por el empleo igual de los adjetivos 'actual' y 'cierto' y 'futuro' y 'eventual', la Corte de Casación francesa en tres famosos fallos redactados por el Consejero M. Pilon, de fechas 1º de junio de 1932, ha formulado la doctrina sobre indemnización de daños futuros así: 'No es dable conceder indemnizaciones por causa de un perjuicio puramente eventual dependiente de acontecimientos que es imposible reconocer antes de su realización; mas sucede lo contrario cuando el perjuicio, aunque de carácter futuro aparece a los ojos del Juez como la *prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual*, susceptible de estimación inmediata.' (Henri y Leon Mazeaud, *Traité Tehorique et Practique de la Responsabilité Civile Delictuale et Contractuale*, tomo 1, número 218).

"Los mismos autores citan en su obra el artículo 134 del Código libanés de las obligaciones, que dice: 'Excepcionalmente el Juez puede tomar en consideración los daños futuros, si de una parte su realización es cierta, y de otra posee los medios de apreciarlos anticipadamente en su extensión exacta.'

"Josserand dice: 'El Juez está autorizado para tomar en consideración el daño futuro, cuando reúne las dos condiciones siguientes: 1ª Que la realización del daño en el porvenir sea cierta; y 2ª Que el Tribunal *posea, actualmente*, los elementos que le permitan fijar su cuantía. El porvenir es así tomado en cuenta en la medida en que es como un postulado necesario desprendido del presente, o su prolongación fatal y lógica.' *(Curso de Derecho Civil Francés*, tomo II, 631)."

Puede agregarse a esto el concepto de Alessandri y Somarriva, quienes dicen a la página 873 del tomo IV de su *Curso de Derecho Civil: "Certidumbre del daño.* Para que el daño dé lugar a indemnización, debe ser cierto, o sea, existir positivamente: un perjuicio puramente *eventual o hipotético* no se considera. Y así la jurisprudencia francesa ha desechado demandas por el pretendido perjuicio resultante, para una persona, de la desaparición accidental de un bienhechor que le hacía a menudo regalos susceptibles de cesar un día u otro. Pero no es menester que el daño sea *actual:* da lugar a indemnización también el daño *futuro*, esto es, el que aún no se ha producido pero que fatalmente se realizará, como consecuencia del desarrollo de una situación desde ya existente o como producto de las circunstancias que lo hacen inevitable."

No está fuera de lugar aquí recordar que esta Sala ya ha parado su atención en la conveniencia de sacar este problema de la indemnización de los perjuicios futuros y su prueba, del terreno de la indeterminación en que frecuentemente se coloca convirtiéndolo en una especie de conocimiento intuitivo del porvenir, desligado de todo hecho concreto y de la realidad procesal. La Corte ha expresado razones en este sentido "en numerosos fallos sobre esta cuestión de la avaluación judicial de perjuicios y en la que es visible su preocupación por dar jurisprudencialmente un criterio realista que utilice en lo posible bases concretas en la apreciación judicial de los daños, a fin de que no resulte completamente arbitaria con la simple acogida, en veces excesiva, que los Jueces suelen dar a la prueba de peritos en los casos en que ésta se apoya exclusivamente en cálculos abstractos y aplicación de fórmulas matemáticas que resultan arbitrarios por no referirse a hechos reales establecidos probatoriamente en los procesos judiciales." *(Gaceta Judicial*, tomo LIII, página 642).

No cabe la menor duda, según las consideraciones que anteceden, de que en el caso del menor José Vicente Noreña se trata de perjuicios simplemente eventuales, y que la prueba pericial producida para su justiprecio no se apoya en la realidad de ningún hecho presente que proyectara sus consecuencias de manera necesaria sobre el porvenir. Su único fundamento lo forman

una serie de cálculos sobre suposiciones e hipótesis que aparecen desconectados de la realidad existente el día en que tuvo ocurrencia el suceso de autos. En vano se busca en este expediente la prueba de la existencia del daño material. La pericial se produjo para su avaluación simplemente, de modo que no habiéndose probado el daño avaluable el dictamen resulta vano. En estas condiciones es patente el error en que incurrió el Tribunal al dar por demostrada plenamente la existencia de un perjuicio material con base en una prueba de peritos, que en verdad carece de fundamento. Por tanto, el cargo, enderezado contra la base misma de la responsabilidad puesto que ataca la prueba de la existencia del daño, debe prosperar y producir consecuencialmente la casación parcial de la sentencia acusada, en la forma pedida en la demanda de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de fecha 20 de octubre de 1943, en el sentido de suprimir la condena por perjuicios materiales, que monta la suma de $ 2.100, por los cuales se absuelve al demandado, y la deja vigente en todo lo demás.

No hay lugar a condenación en costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernán Salamanca, Isaías Cepeda, José Miguel Arango, Liborio Escallón, Fulgencio Lequerica Vélez, Ricardo Hinestrosa Daza.—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

Oposición a una solicitud de adjudicación de baldíos

Los artículos 16 a 21, 24, 25 y 26 de la Ley 200 de 1936 desarrollan y establecen la jurisdicción especial y típica para esta clase de controversias sobre la propiedad territorial y en tales preceptos se determina que los Jueces de Tierras conocían privativamente, en primera instancia, del ejercicio de las siguientes acciones: a) Las de lanzamiento por ocupación de hecho; b) Las posesorias sobre predios rurales, y c) La de división y deslinde de grandes comunidades. Para la tramitación y fallo de la controversia se regían, en general, por las normas especiales fijadas a tales acciones por la Ley 200, pero ello no se opone, sino antes bien exige que se tengan en cuenta las normas generales establecidas por las leyes sobre procedimiento civil ordinario. En lo que atañe a la manera de tramitar y fallar los negocios que le estaban encomendados, a saber: a) En que podían y debían llevar a los autos, de oficio, todos los elementos ilustrativos que consideraran necesarios para adquirir mejor conocimiento de los negocios que debían fallar (artículo 21, Ley 200 de 1936); b) En que no podían decidir asunto alguno sin haber practicado previamente una inspección ocular para apreciar la situación de hecho, que siempre quedaba sometido a su decisión (artículo 20, Ley 200), y c) En que debían fallar sobre lo que resultara de la inspección ocular y de los elementos aportados al juicio, de oficio o a petición de las partes, "teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción especial es que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no deben protegerse el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, el fraude a la ley", principio éste que excluye de la libertad de apreciación judicial los elementos probatorios cuya fuerza de convicción haya determinado expresamente la ley sobre régimen de tierras (artículo 21, Ley 200).

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

Por escrito de 2 de julio de 1930, dirigido al Gobernador del Departamento del Cauca, el doctor Julián Uribe solicitó que, a cambio de bonos territoriales, se le adjudicara un globo de terreno denunciado como baldío, ubicado en la región de Moscopán, jurisdicción del Distrito de Puracé, conocido con el nombre especial de *San Marcos* y comprendido dentro de los linderos particulares de que trata el mencionado escrito.

A su petición acompañó el doctor Uribe Uribe los bonos territoriales marcados con los números 2106 y 3591, por 300 hectáreas el primero y por 600 el segundo, que fueron depositados en la Tesorería del Departamento, conforme a constancia que obra en los autos.

La anterior solicitud permaneció en el Despacho de las autoridades administrativas sin que recibiera el curso correspondiente, hasta que el 5 de diciembre de 1934 los señores Federico Uribe R. y Cicerón Granger, como compradores de los bonos que había depositado el doctor Uribe en la Tesorería, solicitaron por escrito la continuación del trámite de las diligencias administrativas tendientes a obtener para ellos la adjudicación del globo baldío antes denunciado y expresaron que hacían suyo el denuncio presentado por el doctor Uribe. La autoridad administrativa ordenó dar los avisos de que trata el artículo 70 del Código Fiscal, a fin de dar a conocer del público la solicitud de adjudicación formulada por los señores Uribe R. y Granger.

Dentro del término que señala el Código antes citado, los señores José María Lenis O. y José María Obando dijeron por escrito a la Gobernación que se oponían a la adjudicación de que se viene hablando, por ser los opositores condueños del globo de terreno denominado *Potrero del Medio* o *Potrero de los Polancos*, dentro del cual está incluído el terreno de *San Marcos* denunciado por Uribe R. y Granger.

En vista de la anterior oposición, la Gobernación ordenó remitir las diligencias el Juez Civil de este Circuito, para que este funcionario conociera de la controversia. Ante las autoridades judiciales se estuvo discutiendo lo relativo al término que tenían los opositores para formular su oposición, y por auto de 22 de febrero de 1939 el Tribunal ordenó que, de conformidad con la Ley 200 de 1936 y del Decreto reglamentario (artículo 52), el asunto pasara al señor Juez de Tierras de este Circuito, a quien se le atribuyó la competencia para seguir conociendo de estos asuntos. El Juzgado avocó el conocimiento del asunto y requirió a los señores José

María Lenis y Jose María Obando R. a fin de que formalizaran la demanda de oposición hecha ante la Gobernación del Departamento.

El proceso.

El 1º de julio de 1939 formalizaron José María Lenis y José María Obando su demanda de oposición que fue aceptada por el Juzgado de Tierras de Popayán y que fundaron en los hechos determinados minuciosamente en dicho libelo. Cumplidos los trámites de un juicio ordinario y practicadas las pruebas solicitadas, entre las cuales se cuenta la inspección ocular cuya práctica es de riguroso cumplimiento para los Jueces de Tierras en los asuntos sometidos a su conocimiento, dicho funcionario profirió sentencia fechada el 16 de julio de 1941, en la cual declaraba infundada la oposición presentada por los actores Lenis O. y Obando R. a la adjudicación del terreno de *San Marcos*, solicitada por Federico Uribe R. y Cicerón Granger ante la Gobernación del Cauca.

Luégo de un largo análisis de la controversia concluye el Juez *a quo* que es competente para decidir el litigio surgido por la oposición a la solicitud de adjudicación presentada ante la Gobernación por los demandados y concluye que la oposición referida es improcedente toda vez que no aparecen justificados ni probados los hechos que la fundamentan. Agrega que no le incumbe en manera alguna apreciar el valor probatorio que merezcan los títulos de concesión o de deuda pública presentados para obtener la adjudicación del terreno de *San Marcos*, como baldío a cambio de los mismos ni tampoco resolver sobre la legalidad o validez de las transmisiones sucesivas del dominio de dichos títulos desde que salieron del patrimonio de su primitivo dueño o tenedor.

La sentencia acusada.

Apelada la sentencia anterior por el apoderado de los demandantes decidió la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, quien en su fallo de 19 de diciembre de 1942 confirmó la sentencia apelada.

Dice el Tribunal que la cuestión que en este pleito se debate tiene por objeto decidir si los demandantes opositores a la adjudicación de un baldío tienen derecho de dominio, bien sea como comuneros, sobre el lote o globo de terreno que los demandados persiguen como baldío. Estima que lógicamente esta cuestión debe decidirse a la luz de los preceptos consagrados por la ley 200 de 1936, por cuanto la demanda de oposición se formalizó cuando ya estaba en vigencia la mencionada Ley.

Agrega el Tribunal que la posición legal que sostienen los demandantes opositores, frente a la pretensión de los demandados de ser baldío el predio litigioso, no es la de autores de una explotación económica en el fundo de *San Marcos*, pues la inspección ocular practicada por el Juzgado de Tierras acredita plenamente este hecho:

"El globo que se acaba de mencionar está ubicado en la banda oriental de la Cordillera Central y tiene una extensión aproximada de unas mil hectáreas, dato este último que se deduce de las informaciones que el Juzgado solicitó y obtuvo de algunos de los pobladores de esa región; está cubierto de montaña virgen y de vegetación antigua propia de los páramos en la casi totalidad de su extensión, es decir, es un terreno absolutamente inculto."

Luégo hace el Tribunal un examen extenso de la prueba escrituraria exhibida por los actores para desvirtuar la presunción legal que milita contra la situación jurídica de un predio no explotado económicamente. Acerca del valor probatorio de tales títulos, presentados para acreditar el dominio privado, el sentenciador de Popayán llega a estas conclusiones:

"Del contenido de los anteriores títulos y de su correspondencia en el tiempo no puede acreditarse, como ya quedá dicho, la posesión inscrita inmobiliaria de veinte años con inmediata anterioridad al año de 1937, en que entró en vigencia la Ley 200 de 1936. No basta, como ha querido afirmarlo en uno de sus escritos el apoderado de los demandantes, para acreditar el dominio privado y desvirtuar una presunción legal, que remotamente y con anterioridad a los últimos veinte años, aparezca un título traslaticio de dominio entre particulares, referente a cuerpo cierto, si las posteriores transacciones o mutaciones de ese dominio no acusan un claro derecho para verificarla. Porque es un principio elemental en nuestro derecho positivo que la venta de derechos herenciales, si bien puede corresponder a una universalidad, esa universalidad está constituída por el activo y el pasivo de la masa herencial, lo cual implica que, antes de la partición, el derecho sea indeterminado en cuanto a su objeto. Por otra parte, en las sucesiones intestadas el carácter de heredero debe estar comprobado y mientras no se verifique la partición y se adjudique a cada interesado la parte que le corresponda de la herencia, la tradición del dominio no puede concretarse en cuerpo cierto."

El recurso de casación.

Lo interpuso el apoderado de la parte actora y alega numerosos motivos para pedir la infirmación del fallo del Tribunal. Como a juicio de

esta Sala debe prosperar uno de los cargos formulados en casación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial debe limitarse a estudiarlo para decidir lo pertinente. El cargo está presentado en estos términos:

Incompetencia de jurisdicción.—Los artículos 70 a 77, 79 y 89 del Código Fiscal (Ley 110 de 1912) determinaron la competencia para los juicios ordinarios sobre oposición a la adjudicación de baldíos de la naturaleza del que se ventila en este proceso y lo mismo hizo el artículo 109 del Código Judicial, señalando para tales controversias la competencia de la justicia ordinaria, o sea de los Jueces de Circuito y Municipales. Los artículos 16 a 21, 24, 25 y 26 de la Ley 200 de 1936 (Ley de Tierras), determinaron limitativa o taxativamente la competencia de los Juzgados de Tierras, sin comprender esta clase de juicios ordinarios sobre oposición a la adjudicación de baldíos.

Fue el artículo 52 del Decreto ejecutivo número 0059 de 1938, reglamentario del Estatuto de la Tierra, el que en términos generales se refirió a los juicios de oposición sobre adjudicación de baldíos, para asignarlos sin fundamento legal alguno a los Jueces de Tierras. Pero como el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 establece la primacía de la ley sobre los simples decretos reglamentarios, debe darse preferente aplicación a las normas legales sobre una de carácter reglamentario que no podía dictar en este caso el Gobierno Nacional.

Estima violados directamente este último precepto legal y por interpretación errónea los demás que se acaban de citar, porque el Tribunal debió conocer del negocio únicamente para decretar su nulidad, absteniéndose de decidirlo en su fondo.

Se considera por esta Sala de Casación:

A. Es verdad que en lo atañedero a la competencia no hizo la sentencia acusada en casación argumentación especial, sino que se limitó a reproducir la decisión tomada anteriormente por el mismo Tribunal, en su auto de 22 de febrero de 1939, que a la letra dice:

"En primer lugar se observa que este asunto había permanecido sin actuación alguna desde el mes de julio de 1937 hasta agosto de 1938 y que el Decreto reglamentario de la Ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras, que fue expedido en enero de 1938, ordenó en su artículo 52 'que previa notificación a las partes, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del presente Decreto fueran enviados los expedientes que se hallaran en primera instancia en los Juzgados, sobre acciones posesorias referentes a predios rurales, oposiciones a adjudicación de terrenos baldíos, etc., a los correspondientes Jueces de Tierras, quienes actualmente son los competentes para conocer de esos asuntos'...."

Resalta de lo transcrito que el Tribunal de Popayán se fundó exclusivamente en el artículo 52 del Decreto número 0059 de 1938, reglamentario de la Ley de Tierras (Ley 200 de 1936), para remitir este negocio al Juzgado de Tierras de Popayán y dicho funcionario se basó también exclusivamente en tal decisión del superior para avocar su conocimiento y fallo.

El mencionado artículo 52 del Decreto número 0059 de 1938, "por el cual se reglamenta la Ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras" y que sirve de fundamento a la decisión del Tribunal sobre competencia, dice:

"Artículo 52. Los Juzgados, así como los Alcaldes y demás Despachos administrativos en donde se tramiten en primera instancia acciones posesorias referentes a predios rurales, *oposiciones a adjudicación de terrenos baldíos*, o juicios de lanzamiento por ocupación de hecho de terrenos de la misma naturaleza deberán remitir, previa notificación a las partes, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del presente Decreto, los respectivos expedientes al correspondiente Juzgado de Tierras, que tengan jurisdicción para que allí continúe dándosele el curso legal."

B. El artículo 25 de la Ley 200 de 1936, que vino a crear la competencia especial de los Juzgados de Tierras, es de este tenor en su primer inciso:

"Créanse los Jueces de Tierras, encargados de *conocer privativamente* en primera instancia de las demandas que se promuevan en ejercicio de *las acciones que consagra esta Ley.*" (Subraya la Corte).

Los artículos 16 a 21, 24, 25 y 26 del mismo Estatuto de la Tierra desarrollan y establecen la jurisdicción especial y típica para esta clase de controversias sobre la propiedad territorial y en tales preceptos se determina que los Jueces de Tierras conocían privativamente, en primera instancia del ejercicio de las siguientes acciones: a) Las de lanzamiento por ocupación de hecho; b) Las posesorias sobre predios rurales, y c) La de división y deslinde de grandes comunidades. Para la tramitación y fallo de la controversia se regían, en general, por las normas especiales fijadas a tales acciones por la Ley 200, pero ello no se opone, sino antes bien exige que se tengan en cuenta las normas generales establecidas por las leyes sobre procedimiento civil ordinario.

En lo que dice referencia a la manera de tramitar y fallar los negocios que le estaban encomendados, a saber: a) En que podían y debían llevar a los autos, de oficio, todos los elementos

ilustrativos que consideraran necesarios para adquirir mejor conocimiento de los negocios que debían fallar (artículo 21, Ley 200 de 1936); b) En que no podían decidir asunto alguno sin haber practicado previamente una inspección ocular para apreciar la situación de hecho, que siempre quedaba sometido a su decisión (artículo 20, Ley 200), y c) En que debían fallar sobre lo que resulte de la inspección ocular y de los elementos aportados al juicio, de oficio o a petición de las partes, "teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción especial es que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no deben protegerse el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y el fraude a la ley", principio éste que excluye de la libertad de apreciación judicial los elementos probatorios cuya fuerza de convicción haya determinado expresamente la ley sobre régimen de tierras (artículo 21, Ley 200).

Coincide esta Sala con la observación que hace el fallador de primera instancia (Juez de Tierras de Popayán), de que en el caso de autos se ejercita una acción procesal declarativa tendiente a obtener el reconocimiento de la existencia del derecho de dominio que los actores, en su carácter de condóminos, alegan a favor de la comunidad sobre el globo de tierras denominado *San Marcos*, globo que los demandados alegan ser baldíos y como tales solicitan su adjudicación por parte del Estado, a cambio de unos bonos territoriales de deuda pública.

Si todo lo anterior es exacto, forzosamente llega la Corte a estas conclusiones:

1ª La competencia de los extinguidos Jueces de Tierras no podía extenderse por el Organo Ejecutivo a asuntos distintos de aquellos que la Ley 200 de 1936 les había asignado expresamente. La jurisdicción y competencia de los funcionarios del Organo Judicial constituye un fenómeno de orden público que el Gobierno Nacional no puede crear, fijar y determinar por medio de un simple decreto ejecutivo, de carácter reglamentario de una ley, dictado en ejercicio de la atribución constitucional que le señala el ordinal 3º del artículo 115 de la Constitución Nacional.

2ª El Juez de Tierras de Popayán no era competente para conocer de este juicio ordinario, surgido de la oposición a la adjudicación de un terreno baldío, a cambio de títulos territoriales de deuda pública, en el que necesariamente se ejercitaba una acción declarativa de dominio y se alegaba la existencia de títulos traslaticios de dominio privado sobre el mismo globo de terreno que se denunciaba como baldío.

3ª Como consecuencia, los funcionarios judiciales competentes para conocer de esta clase de controversias son los determinados por la organización procesal ordinaria, según la cuantía del negocio, al tenor de lo estatuido en el artículo 89 del Código Fiscal, en relación con los artículos 70 a 77 del mismo Código, preceptos legales que no han sido por esta circunstancia modificados en lo que mira a litigios sobre oposición a la adjudicación de baldíos y que son los que fijan la competencia para esta clase de asuntos judiciales.

C. Se deduce de lo expuesto que debe prosperar y acogerse la acusación presentada en casación contra la sentencia del Tribunal y que se hace consistir en violación directa por falta de aplicación del artículo 12 de la Ley 153 de 1887; y por interpretación errónea de los artículos 7º, 79 y 89 del Código Fiscal, y 16 a 21, 24, 25 y 26 de la Ley 200 de 1936. Debe infirmarse el fallo sometido a este recurso y al entrar la Corte a actuar como Tribunal de instancia son suficientes las razones antes expuestas para decidirse que debe anularse lo actuado en este negocio, al tenor de lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 448 del Código Judicial, por incompetencia de jurisdicción, desde el auto proferido por el Tribunal Superior de Popayán el día 22 de febrero de mil novecientos treinta y nueve (1939) en adelante (folio 63 del cuaderno 1º).

Fallo.

En mérito de lo dicho, 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 negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 19 de diciembre de 1942 y previa revocatoria de la de primera instancia proferida por el Juez de Tierras de Popayán el 16 de julio de 1941, falla este pleito así:

1º Declárase la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 22 de febrero de 1939, que figura en el folio 63 del cuaderno 1º, por incompetencia de jurisdicción del Juez de Tierras de Popayán para conocer y decidir la primera instancia de este juicio. Por tanto, el mismo Tribunal antes mencionado debe entrar a estudiar y decidir la apelación que fue concedida por auto de fecha 13 de septiembre de 1938.

2º Por tratarse de un problema de interpretación legal, no es el caso de aplicar el artículo 458 del Código Judicial.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez.—Emilio Prieto, Oficial Mayor en propiedad.

Acción sobre pago de una suma de pesos.—Revisión de sentencias. Cuándo procede este recurso en el juicio especial de venta

Salta a la vista la distinción que se impone entre la sentencia y los autos de tramitación en un juicio dado. No se oculta la trascendencia que éstos también tienen, la que para algunos de ellos es muy grave; pero ella no los habilita de fallo definitivo, ni, por tanto, puede ser óbice para aquella distinción. En el juicio ejecutivo, y también en el especial de adjudicación o venta, ocurre decreto de avalúo, nombramiento de peritos avaluadores, liquidación del respectivo crédito, liquidación de costas, señalamiento de día para el remate, etc. A nada de esto se provee por medio de sentencia, sino de autos (artículo 466, Código Judicial).

Así como en una ajecución lo revisable es la sentencia de excepciones y la de pregón y remate, al indagar, en fuerza de la supradicha analogía, qué es lo revisable en el especial de venta, se encuentra que lo que en éste corresponde a sentencia y, a mayor abundamiento de claridad lleva por ley el nombre de fallo (Código Judicial, artículo 1192), es el que dicta el Juez sobre la demanda inicial cuando no hay oposición, o sobre esa demanda y lo demás a que la oposición, cuando la hay, haya dado lugar. Lo restante es lo que, en uno y otro juicio, corresponde a su marcha, a su encaminamiento hacia el logro de su fin legal.

La intangibilidad de la sentencia definitiva es principio de derecho que por su consagración en todos los tiempos y su aceptación universal uniforme, ya no puede ser materia de disquisiciones que serían inoficiosas ante lo trajinado y consabido de los fundamentos que lo sostienen y causan. Es, por lo mismo, excepcional la posibilidad de volver a poner sub judice una cuestión ya decidida, cuando su decisión tiene la fuerza de la cosa juzgada, la que, al tenor del artículo 473 de nuestro Código Judicial, "hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes." La excepción a que da entrada ese mismo artículo 473 consiste en el recurso de revisión en juicio ordinario de un asunto fallado en juicio especial, "cuando así lo disponga la ley", según sus palabras finales. Unicamente en estos casos lo disponen: a) Respecto de la sentencia de excepciones y de la de pregón y remate en juicio ejecutivo (Código Judicial, artículo 1030); b) Respecto de la dictada en juicio especial sobre imposición, variación o extinción de una servidumbre o el modo de ejercerla, y pago de las indemnizaciones correspondientes (artículo 876 ibídem); c) El fallo sobre cuestiones ventiladas entre cónyuges de acuerdo con el artículo 8º de la Ley 28 de 1932, y ch) La sentencia en juicio sumario de oposición a la exploración y explotación del petróleo (Ley 37 de 1931, artículo 8º).

Aunque el artículo 1151 del Código Judicial se vale del vocablo revisión al referirse a lo que se decide en el incidente a que provee para los detalles del juicio divisorio de una comunidad allí atendidos, no parece que la posibilidad que declara de ventilar esa cuestión en juicio ordinario ulteriormente constituya otro caso análogo al de los juicios especiales acabados de citar, sino simplemente la advertencia de que el derecho existe y no lo extingue, por no agotarlo, aquel incidente, al que acude la ley como medida de emergencia, solucionando por de pronto y provisionalmente ciertas dificultades en forma que no estorben el juicio principal y a la vez tengan los interesados una norma que entretanto les defina su situación a manera de modus vivendi. Mas si este caso del artículo 1151, por su aludida redacción se reputara de revisión de esa clase, se tendría que para ese único evento no sería una sentencia propiamente dicha la materia de aquel recurso, el cual siempre versa, según todas las demás disposiciones citadas, sobre una sentencia, lo que vale como decir en otras palabras, que precisamente ha de ser sentencia lo revisable. Dentro del concepto de que, en fuerza del artículo 1197 del Código Judicial, es revisable la sentencia dictada en el juicio de venta, ésta es la que se dicta de conformidad con el artículo 1192 de ese Código, fallo que, si es favorable al demandante, consiste en que el Juez ordene respecto de los bienes pignorados, su avalúo y remate, y respecto del crédito, su liquidación y pago.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cuárenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla de 15 de octubre último, confirmatoria de la del Juzgado 1º Civil de ese Circuito de 9 de septiembre de 1941 que negó lo pedido en la demanda inicial del presente pleito incoado por The Anglo South American Bank, Limited, contra los señores Alberto R. y Carlos A. Osorio.

Antecedentes.

Por escritura de 18 de julio de 1931 estos señores hipotecaron sus inmuebles especificados en ella para garantizar al Banco las cantidades de dinero que le debían y habrían de deberle en virtud de los contratos, celebrados ya unos y prometidos otros al tenor de ese instrumento, así como sus intereses y las costas en el evento de cobro judicial, procediérase para aquéllos por uno solo de los hipotecantes o por ambos.

El 21 de ese julio el señor Alberto R. Osorio suscribió en favor del Banco un pagaré por ciento sesenta mil dólares con interés y seis meses de plazo, y lo autorizó para exigir $ 16.000 moneda corriente como honorarios de abogado, caso de ejecución, sin perjuicio de optar por las costas. En garantía le entregó en prenda las acciones allí especificadas.

Según escritura de 25 de enero de 1933, las obligaciones asumidas en ese documento privado quedaron caucionadas con las hipotecas de 1931 de que ya se habló.

El 16 de marzo de 1933, apoyándose en dichas escrituras y documento, el Banco demandó a ambos señores Osorios en la vía establecida por el Código Judicial en sus artículos 1189 y siguientes, a fin de que se decretara la venta en pública subasta de todos los bienes pignorados para que con su producto o con ellos mismos, en su caso, se pagara al actor el principal referido con sus intereses y costas.

Hubo oposición con su tramitación consecuencial en el Juzgado 3º del Circuito de Barranquilla, a quien correspondió conocer de esa causa y quien el 24 de agosto de ese año (1933) sentenció decretando lo pedido. La parte demandada apeló y el Tribunal Superior de allí confirmó el fallo en el de 12 del subsiguiente diciembre.

Tras de suspensión que no es el caso de discriminar aquí, la actuación se reanudó en forma de proveer al avalúo de los bienes y a la liquidación del crédito, medidas anunciadas para su oportunidad en la referida sentencia. La liquidación fue materia de discusión reñida entre las partes en cada uno de sus detalles y de detenido estudio de Juzgado y Tribunal que, con la más plausible y nimia atención, consideraron uno a uno los argumentos y objeciones de aquéllas a la luz de los contratos aludidos y de las disposiciones de leyes y decretos aplicables a la sazón, en sentir de los falladores. Así se ve en sus providencias de 24 de julio, 5 de agosto, 18 de septiembre y 4 de diciembre de 1935 y en las de 28 de marzo, 22 de julio, 29 de septiembre y 16 de noviembre de 1936.

El señalamiento antelado de los $ 16.000 antedichos para el caso de cobro judicial, fue materia de esas discusiones, a más de haberlo sido de la referida oposición a la demanda inicial.

La rata del interés fue tema importante de esa discusión. El acreedor sostenía la estipulada y los deudores la que correspondía a las concesiones anunciadas por el Banco a su clientela en fuerza de las leyes y decretos con que, sobreponiendo el interés público al individual y aun a la autonomía de la voluntad consignada en contratos, se bregó en el país por atenuar los estragos de la crisis que para entonces conmovió al mundo.

En forma análoga por sus fundamentos y su tenacidad, contendieron sobre el tipo del cambio de monedas, y, principalmente, sobre aquel a que debieran computarse los bonos de deuda pública entregados al Banco por los deudores en pagos parciales, pues ellos sostenían que debía ser a la par, al tenor de las aludidas leyes y decretos de emergencia, y el acreedor pretendía que se tomasen al precio comercial en las respectivas fechas.

Salvo el reclamo sobre los $ 16.000, en que se acogió la tesis del Banco, en todo lo demás prosperaron las alegaciones de la parte deudora, de conformidad con los autos de 1935 y 1936 ya citados.

Hecha el 26 de junio de 1937 una liquidación adicional en que se tomaron en cuenta los abonos e intereses posteriores a la liquidación primitiva, hubo reclamos de los demandados a que el Banco se opuso, y quedó al fin señalado firme y definitivamente el monto total del crédito por principal y accesorios, y, con él, el de su saldo líquido. Sobre este pie la parte demandada consignó en el Juzgado en dos cheques el valor de ese saldo, advirtiendo que así quedaban libres de toda obligación los deudores y de todo gravamen sus aludidos bienes. Y por su lado el abogado del Banco elevó un memorial manifestando aceptar esa consignación, con declaración expresa de que "cubre el total de la liquidación del crédito"; advierte el descuento de una suma retirada por el secuestre, "alguna aclaración sobre intereses y alguna concesión sobre honora-

rios profesionales de abogado", y concluye con estas palabras:

"En consecuencia, pido a usted que se levante el embargo decretado y se mande archivar el expediente, ordenando la cancelación de la hipoteca y de la prenda."

A este memorial, que es de 14 de julio de 1937, recayó el mismo día un auto del Juzgado que, citando en lo pertinente las solicitudes del mismo y las advertencias con que los deudores hicieron la mencionada consignación, declaró terminado el juicio por pago, ordenó levantar el embargo y depósito de los bienes y que el secuestre los entregase a sus dueños, ordenó también la entrega de la aludida suma al Banco y decretó la cancelación de las hipotecas.

En la misma fecha se notificaron de esta providencia ambas partes personalmente, manifestando renunciar el término de su ejecutoria.

Con todo, el Banco, en libelo de 19 de febrero de 1938 entabló contra los mismos señores Osorios el presente juicio ordinario solicitando se declare:

Que el pago hecho en el juicio especial de venta no causó el de la obligación total por ser insuficiente lo que los deudores entregaron; que éstos solidariamente deben al Banco $ 159.000 oro americano con sus intereses al 12% anual desde el 16 de febrero de 1933 hasta el día del pago, más $ 16.000 colombianos, por no haber pagado oportunamente; que no tuvo valor el arreglo privado entre acreedor y deudores hecho en julio de 1934; que, en subsidio, si se declara la validez de ese arreglo, los dichos ciento cincuenta y nueve mil dólares deben pagarlos los deudores al cambio del 103.45% con sus intereses al 7% anual; que deben descontarse para abonarlos a los deudores los bonos de deuda pública que entregaron al Banco a buena cuenta, por su precio en el mercado a la fecha de cada entrega o al hacerse el pago que decrete la sentencia de este juicio, o en subsidio, si se reputa válido dicho arreglo, computándolos al precio que éste señaló; que es nula la cancelación de las referidas prenda e hipotecas; que estas cauciones están vigentes para garantizar toda suma que la sentencia de este juicio reconozca en favor del Banco; que esta sentencia sustituye lo resuelto en el juicio especial, singularmente en los autos del Juzgado de 24 de julio y 5 de agosto de 1935 y del Tribunal de 17 de marzo y 7 de junio de 1937. La demanda, a manera de resumen de sus mencionados pedimentos, formula el de que se fije la cantidad líquida que los demandados deben pagar al Banco por concepto de la obligación que se hizo constar en el pagaré de 21 de julio de 1931, descontando los abonos hechos. Como súplica final (punto 10º) hace la de condenación en costas.

Sentencias de instancia.

La del Juzgado llega a su referida conclusión absolutoria en fuerza de las razones que expone detenidamente, entre las cuales resaltan éstas: no tratarse de sentencia señalada expresamente por la ley entre las revisables y, además, versar este juicio, no sobre revisión de la sentencia pronunciada en el especial de venta, sino sobre providencias distintas.

El Tribunal, si comparte esos conceptos, se basa principalmente en que el pago se hizo en forma y cuantía declaradas suficientes por el acreedor, que es el mismo demandante de ahora, quien en el juicio especial solicitó la cancelación de las garantías, el levantamiento del embargo y la terminación de la causa con envío del expediente al archivo.

El recurso.

El recurrente acusa en primer lugar de violación de estos artículos del Código Judicial: 473, en cuanto deja a salvo la revisión del fallo dictado en juicio especial cuando así lo dispone la ley; el 1030 que tal dispone para la sentencia de excepciones y la de pregón y remate en juicio ejecutivo, y el 1197 que hace aplicables las disposiciones sobre este juicio al especial de venta. El recurrente advierte que tratándose en el presente pleito de revisar la sentencia del especial de venta, al negarse el recurso se han quebrantado esas disposiciones.

Se considera:

Si simplemente ese concepto del Juzgado, compartido por el Tribunal, hubiera sido el fundamento del fallo, el recurso de casación sería viable, en aceptándose que, por fuerza de la similitud entre esos dos juicios, el ejecutivo y el especial de venta, reconocida por el dicho artículo 1197, la revisión es procedente cuando versa sobre lo que constituye sentencia no sólo en el uno sino en el otro.

Pero no es ese el cardinal fundamento de la sentencia recurrida, la cual, como la del Juzgado, anota como decisiva la circunstancia de no versar la revisión sobre sentencia alguna, sino sobre autos, y hace ver que, por esto, no cabría el recurso, aunque se acogiera la tesis de que él cabe respecto de lo que es sentencia en el juicio especial de venta o adjudicación de la prenda o de los bienes hipotecados a que provee dicho Código en Título XLII de su Libro 2º

Salta a la vista la distinción que se impone entre la sentencia y los autos de tramitación en un juicio dado. No se oculta la trascendencia que éstos también tienen, la que para algunos de ellos es muy grave; pero ella no los habilita de fallo definitivo ni, por tanto, puede ser óbice para aquella distinción.

En el juicio ejecutivo, y también en ese especial de adjudicación o venta, ocurre decreto de avalúo, nombramiento de peritos avaluadores, liquidación del respectivo crédito, liquidación de costas, señalamiento de día para el remate, etc. A nada de esto se provee por medio de sentencia, sino de autos. No sobra recordar cómo los define el artículo 466 del Código Judicial.

Así como en una ejecución lo revisable es la sentencia de excepciones y la de pregón y remate, al indagar, en fuerza de la supradicha analogía, qué es lo revisable en el especial de venta, se encuentra que lo que en éste corresponde a sentencia y, a mayor abundamiento de claridad lleva por ley el nombre de fallo (Código Judicial, artículo 1192), es el que dicta el Juez sobre la demanda inicial cuando no hay oposición, o sobre esa demanda y lo demás a que la oposición, cuando la hay, haya dado lugar.

Lo restante es lo que, en uno y otro juicio, corresponde a su marcha, a su encaminamiento hacia el logro de su finalidad legal.

La intangibilidad de la sentencia definitiva es principio de derecho que por su consagración en todos los tiempos y su aceptación universal uniforme, ya no puede ser materia de disquisiciones que serían inoficiosas ante lo trajinado y consabido de los fundamentos que lo sostienen y causan. Es por lo mismo excepcional la posibilidad de volver a poner *sub judice* una cuestión ya decidida, cuando su decisión tiene la fuerza de la cosa juzgada, la que, al tenor del artículo 473 de nuestro Código Judicial, "hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes".

La excepción a que da entrada ese mismo artículo 473 consiste en el recurso de revisión en juicio ordinario de un asunto fallado en juicio especial, "cuando así lo disponga la ley", según sus palabras finales.

Unicamente en estos casos lo disponen: a) Respecto de la sentencia de excepciones y de la de pregón y remate en juicio ejecutivo (Código Judicial, artículo 1030); b) Respecto de la dictada en juicio especial sobre imposición, variación o extinción de una servidumbre o el modo de ejercerla, y pago de las indemnizaciones correspondientes (artículo 876 ibidem); c) El fallo sobre cuestiones ventiladas entre cónyuges de acuerdo con el artículo 8º de la Ley 28 de 1932, y ch) La sentencia en juicio sumario de oposición a la exploración o explotación del petróleo (Ley 37 de 1931, artículo 8º).

Aunque el artículo 1151 del Código Judicial se vale del vocablo *revisión* al referirse a lo que se decide en el incidente a que provee para los detalles del juicio divisorio de una comunidad allí atendidos, no parece que la posibilidad que declara de ventilar esa cuestión en juicio ordinario ulteriormente constituya otro caso análogo al de los juicios especiales acabados de citar, sino simplemente la advertencia de que el derecho existe y no lo extingue, por no agotarlo, aquel incidente, al que acude la ley como medida de emergencia, solucionando por de pronto y provisionalmente ciertas dificultades en forma que no estorben el juicio principal y a la vez tengan los interesados una norma que entretanto les defina su situación a manera de *modus vivendi*.

Mas, si este caso del artículo 1151, por su aludida redacción se reputara de revisión de esa clase, se tendría que para ese único evento no sería una sentencia propiamente dicha la materia de aquel recurso, el cual siempre versa, según todas las demás disposiciones citadas, sobre una sentencia, lo que vale como decir en otras palabras, que precisamente ha de ser sentencia lo revisable.

En la de 15 de abril de 1942 (*Gaceta Judicial*, tomo LIII, páginas 315 y siguientes), la Corte halló revisable también la de prelación de créditos, por su analogía con las del ejecutivo a que se refiere el citado artículo 1030 del Código Judicial.

Tratábase allí del alcance de la sentencia de prelación de créditos pronunciada en el ejecutivo sobre la del concurso de acreedores. La Corte, en lo pertinente a la cuestión en estudio en el presente juicio, dijo:

"El argumento de que la sentencia de prelación en el ejecutivo hace tránsito a la cosa juzgada cuando se acumula a un concurso, no es jurídico. En el concurso de acreedores puede revisarse la sentencia de excepciones o la de prelación de créditos pronunciada en un juicio ejecutivo. Esta clase de sentencias tiene fuerza de cosa juzgada formal o adjetiva, pero no material o sustantiva. El artículo 473 del Código Judicial, en relación con el 1030 del mismo Código, así lo indica.

"En la teoría de derecho procesal la fuerza de cosa juzgada, material o sustantiva significa que cualquier Juez está vinculado, en todo proceso jurídico que se promueva, a la decisión contenida en una sentencia definitiva y firme. 'Lo que se reconoce con fuerza material de cosa juzgada (en firme), no puede controvertirse de nuevo (con éxito, se entiende), y lo que se desestima con fuerza material de cosa juzgada, no se puede volver (con éxito) a hacer valer', dice James Golschmidt. (*Derecho Procesal Civil*). La función, pues, de la fuerza material o sustantiva de la cosa juzgada, es positiva. De ella no gozan las sentencias a que se refiere el artículo 1030, las que se limitan a ser ley del mismo proceso pero no de otro, como en el caso de autos.

"Cuando la sentencia no es impugnable, entonces lo que tiene es fuerza de cosa juzgada en su sentido formal, adjetivo o externo. Naturalmente que no puede existir cosa juzgada en sentido material, sustantivo o intrínseco sin que haya cosa juzgada en sentido formal o externo, pero lo contrario sí es frecuente. Esto es precisamente el caso de autos. La sentencia de prelación en el ejecutivo, que el legislador expresamente despojó del aspecto positivo de la fuerza de cosa juzgada, porque permite que se revise por la vía ordinaria, tiene sólo fuerza formal o externa de cosa juzgada, porque se cumple y no es impugnable una vez transcurrido el plazo de su ejecutoria. Pero nada más, porque sí es revisable en juicio ordinario.

"Ahora bien: en el juicio de concurso de acreedores, el Juez del conocimiento no está vinculado a esa clase de sentencias y los terceros participantes en la masa pueden volver a discutir lo resuelto en ellas."

Queda hecha la lista de los casos excepcionales en que es revisable en vía ordinaria lo sentenciado en determinados juicios especiales. Nuestra ley no autoriza ninguno otro de esa extraordinaria **acción.**

Dentro del concepto antedicho de que, en fuerza del artículo 1197 del Código Judicial, es revisable la sentencia dictada en el juicio de venta, preciso es indagar cuál es ella. Como ya se insinuó, tiene que ser el fallo que se dicta de conformidad con el artículo 1192 de ese Código, fallo que, si es favorable al demandante, consiste en que el Juez ordene respecto de los bienes pignorados, su avalúo y remate, y respecto del crédito, su liquidación y pago.

Ahora bien: no es la sentencia pronunciada sobre estos puntos en el juicio especial lo que forma la sujeta materia del presente juicio ordinario. Como sobra decirlo, el Banco no ataca, ni sería explicable que atacase, el fallo del Juez que, acogiendo en un todo su demanda inicial del juicio especial de venta, decretó la de los aludidos bienes, la liquidación del crédito y su pago con el producto del respectivo remate o con ellos mismos. Como era lo natural, fue la parte demandada quien apeló de ese fallo y el Banco lo consintió, puesto que ordenaba cuanto éste había pedido.

Más tarde, confirmada esa sentencia y adelantándose la consecuencial tramitación, al proveerse en ésta a la liquidación, ocurrieron profundas diferencias entre las partes litigantes, decididas por Juzgado y Tribunal en autos, tal como se citaron ya aquí. No cabe llamar sentencia toda providencia que vaya atendiendo a los pasos sucesivos de una tramitación judicial. El citado artículo 466 hace ver la diferencia entre sentencia y auto, así como, en éstos, entre interlocutorios y de sustanciación.

Aconteció que, como ya se ha dicho en el presente fallo, esas diferencias quedaron definitivamente sentenciadas en el juicio especial, según lo hacen ver esos autos en que, repítese, con singular atención consideraron Juzgado y Tribunal una a una las nimias objeciones de los interesados, así como sus alegaciones sobre lo trascendental, como rata del interés, tipo de computación de ciertos abonos, tipo de cambio de monedas, etc., todo ello a la luz de las disposiciones que hallaron aplicables, no sin que sobre este detalle importantísimo dejara de ocurrir también pugna tenaz entre las partes.

El relato hecho aquí de lo ocurrido entonces al respecto y, de otro lado, la cita, que en parte ha sido transcripción, de los pedimentos de la demanda del presente juicio, ponen de relieve en su obligada confrontación la circunstancia en que, por lo decisiva, vuelve a insistirse, a saber: que no es el fallo dictado en aquel juicio lo que se pretende revisar, sino lo decidido en dichos autos sobre la liquidación y consecuencial fijación del monto del crédito.

Claro es que cuando la acción de revisión cabe y prospera, cae con la sentencia revisada todo lo que ocurrió en fuerza y virtud de la misma: *sublata causa, tollitur efectus.* Pero aquí, invirtiendo la relación lógica, se pretende, mediante ataque a lo accesorio, infirmar lo principal; o, más bien y en rigor de verdad, dejando intocada la sentencia, destruir otras providencias, so capa de revisión, cual si a ésta diese lugar la ley tratándose sólo de autos.

Lo dicho bastaría para decidir en casación en forma de dejar en pie la sentencia recurrida, puesto que, como queda demostrado, la ley no da entrada a lo que con el nombre de revisión pretende en este pleito el demandante.

Con todo, como formula otros cargos, a más del ya estudiado, es del caso considerarlos también. El recurrente acusa de violación del artículo 461 del Código Judicial, por hallarse un desistimiento en el memorial de 14 de julio citado y parcialmente transcrito aquí, y del artículo 604 de ese Código, en relación con el 607 del mismo, por calificársele de confesión y aceptarse esta prueba.

Estos cargos no inciden en casación, y para reconocerlo así basta observar que cualquiera que sea el calificativo de ese escrito y sea acertado o nó ver en él una confesión y un desistimiento, su alcance y sentido no podía en el juicio especial en que se presentó dejar de producir los efectos que correspondían a su redac-

ción inequívoca y a los claros pedimentos que formulaba, con entera independencia de una circunstancia extrínseca como es la calificación que más tarde se le diera ocasionalmente al redactarse la parte motiva de un fallo en causa distinta.

El recurrente, volviendo sobre el tema tan discutido en el juicio especial de la aplicabilidad de los aludidos decretos y leyes de emergencia, entre éstas la 37 de 1932, formula el cargo de quebranto de tales disposiciones por indebidamente aplicadas. Inadmisible el cargo ante la sola consideración de que esa aplicación que hoy se tacha de indebida por el recurrente y que él tánto bregó entonces porque no se hiciera, se hizo en autos y no en sentencia, y que ella es la revisable, en su caso, y no aquéllos.

Por igual razón, no es admisible el cargo de quebranto de los artículos 1603 y 1627 del Código Civil, según los cuales los contratos deben ejecutarse de buena fe y el pago hacerse al tenor de la obligación, disposiciones cuya violación halla el recurrente en que la sentencia dictada en este juicio ordinario por el Tribunal no corrige la liquidación hecha en el especial, la que se apartó de lo estipulado por las partes y acogió como pago total uno muy distante de serlo. Aprobada esa liquidación de modo definitivo por medio de los autos de que tánto se ha hablado y no siendo los meros autos sino la sentencia definitiva de ciertos juicios especiales lo revisable, el cargo es aquí improcedente.

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 asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el quince de octubre de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Acción principal reivindicatoria y de reconvención sobre nulidad de un contrato.-Fideicomiso.-Sus requisitos esenciales.-Constitución de fideicomiso oneroso y sobre la nuda propiedad.-Apreciación del dictamen pericial.-Libertad judicial de apreciación

1. Los códigos modernos determinan y establecen los elementos esenciales que constituyen el fideicomiso, que son los siguientes: bienes que sean susceptibles de constituírse en fideicomiso; existencia de dos personas, fiduciario y fideicomisario, y existencia de una condición en virtud de la cual la propiedad pasa del fiduciario al fideicomisario. (Artículos 794, 795 y 799 del Código Civil). En cuanto al modo de constituírlos, la ley lo determina en el artículo 796 ibídem. Desaparecieron, pues, de los códigos modernos, los fideicomisos sucesivos y la no inenajenabilidad del bien dado en fideicomiso (artículos 805 y 810 ibídem), que eran hasta esenciales antiguamente, y desapareció también el concepto de que el fideicomiso era una institución hereditaria como parecía deducirse de la Ley de Partidas. Establecidos los elementos esenciales del fideicomiso, que son los que ya quedan señalados, se presentó la cuestión de si aquél puede constituírse a título oneroso, o si, por el contrario, debe ser siempre gratuito. Desde que el fideicomiso dejó de ser considerado como una institución esencialmente hereditaria se concluyó por varios expositores que no pugnaba contra su esencia que pudiera constituírse a título oneroso. Ni el modo como se concibe y aprecia en la época contemporánea el fideicomiso, ni la legislación colombiana, consideran de la esencia del fideicomiso que sea siempre gratuito; luego por establecerse o pactarse en forma onerosa no puede sostenerse ni concluírse que no exista, que sea inválido o ineficaz.

La disposición del artículo 797 del Código Civil que permite constituír a la vez un usufructo a favor de una persona y un fideicomiso en favor de otra, entraña una modalidad en la disposición y limitación del dominio, pero no entraña ni puede entrañar la prohibición consistente en que el dueño de la nuda propiedad no pueda constituír fideicomiso sobre ésta. Las disposiciones prohibitivas son siempre expresas y de carácter taxativo. Por otra parte, no se ve la razón por la cual pudiendo transferirse la nuda propiedad por acto entre vivos y transmitirse por causa de muerte (artículo 832 del Código Civil), no pueda constituírse un fideicomiso sobre ella. Cuando se constituye éste sobre la nuda propiedad, la única duda que puede ocurrir, como lo observa el señor Vélez (Derecho Civil, página 187, número 284), es la de a quién corresponde la propiedad mientras no se cumple la condición. El comentador citado adhiere a la opinión de don Andrés Bello, al referirse al artículo correspondiente, al 735 del Código Civil chileno, que corresponde al 797 del colombiano, opinión seguida por los comentadores chilenos Chacón y Vera y aceptada por la jurisprudencia de ese país.

No puede sostenerse tampoco que en el fideicomiso el fiduciario debe ser el único dueño mientras pende la condición, puesto que pueden coexistir sobre un mismo cuerpo cierto dos calidades: la de dueño absoluto, de una cuota, y la de fiduciario, en otra, según enseña el artículo 812 del Código Civil, por donde se ve más aún de bulto que el nudo propietario puede enajenar la cosa que le ha sido dada en fideicomiso, para lo cual está autorizado por el artículo 810 del Código Civil y no tiene más valla que impida la transmisibilidad de ese derecho sino cuando el día fijado para la restitución es la muerte del fiduciario; entonces no podrá transmitir por testamento el bien que tiene en fiducia.

El fideicomiso puede constituírse sobre la nuda propiedad.

2. La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido aceptada nunca por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los artículos 722 y 723 del Código Judicial, que no sólo

permiten sino autorizan el análisis y valoración de los fundaméntos de un dictamen; esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente. El texto e interpretación del artículo 722 del Código Judicial no cohiben al Juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen pericial, porque, como se ha dicho, ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica, sino que su alcance y eficacia desprenden no sólo del dictamen en sí mismo considerado sino de los fundamentos de éste. El artículo 723 coloca al Juez en un plano de apreciación muy amplia, para estudiar la fuerza probatoria del dictamen pericial, de acuerdo con las reglas generales sobre valoración de pruebas. En tratándose de un dictamen, en cualesquiera de los dos casos a que se refieren las normas que acaban de citarse, el juzgador puede aceptarlo o nó, dando las razones para ello, sin que pueda nunca modificarlo, porque entonces su misión sería la de perito y no la de Juez.

3. No es cualquier error el que puede alegarse en casación, sino el manifiesto, de acuerdo con el texto expreso de la ley, ni es tampoco una mera duda la que sobre el particular incide en casación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Antecedentes del presente litigio, que hoy decide en casación la Corte, son éstos:

El 23 de noviembre de 1886 contrajeron matrimonio Demetrio Vargas y Petronila Martínez y de esa unión nacieron Julia Vargas, el 8 de junio de 1887 y Roberto Vargas el 21 de octubre de 1888.

El 6 de septiembre de 1917 y según consta de la escritura 664 de la Notaría de Gachetá, los citados padres vendieron a su hija María Julia Vargas Martínez la nuda propiedad de los tres inmuebles señalados en ese instrumento, entre otros, la casa y solar ubicados dentro del área de esa población, y se reservaron el usufructo de los inmuebles vendidos por los días de su vida. La compradora aceptó para sí la venta de dos de esos inmuebles y para la menor María Alejandrina Vargas, la finca situada en la sección de *Salinas* del Municipio de Gachetá, cuyo valor dijo pagar con dinero propio de la menor indicada.

El 19 de marzo de 1928, según consta de la escritura 1596 de la Notaría 1ª de Bogotá María Julia Vargas Martínez estableció un fideicomiso a favor de la menor María Alejandrina Vargas y nombró fiduciario a Roberto Duarte Camacho, quien aceptó la transferencia y quien se obligó a restituir el fideicomiso a la menor, una vez que ésta cumpliera veintiún años. La cláusula 3ª de dicha escritura dice así: "que le hace la enajenación o venta por la suma de seiscientos pesos ($ 600) que la compareciente recibió a su satisfacción hoy".

El 20 de noviembre de 1939 según consta de la escritura 694 de la Notaría de Gachetá, Roberto Duarte Camacho restituyó a María Alejandrina Vargas de Zubieta, los inmuebles mencionados. La cláusula 3ª de dicha escritura reza así: que habiendo llenado este requisito (la mayor edad de María Alejandrina Vargas) por el transcurso del tiempo, ejercitando el encargo de fiduciario, cede y transfiere a título de venta real y enajenación perpetua a favor de la señora María Alejandrina Vargas de Zubieta, el derecho de dominio, propiedad y posesión de los siguientes bienes que constituían el fideicomiso: a) Una casa de habitación de construcción de adobe y teja de barro cocido con el suelo donde está edificada y solar adyacente, situada dentro del área de esta población, manzana quinta, y alinderada así: por el costado occidental, partiendo de la pared divisoria de la casa de Eduardo S. Peña se toma hacia el Norte hasta encontrar la pared divisoria con el local fue (sic) del señor José del Carmen Medina dando por todo este lado frente a la carrera tercera; por el Norte, vuelve por la pared divisoria indicada, formando un ángulo recto hasta encontrar la pared divisoria con casa de herederos del señor Juan de Jesús Bernal; vuelve hacia abajo por esta pared hasta encontrar el deslinde con casa y solar de herederos del señor Gamaliel Bernal; sigue hacia abajo por el cimiento de unas paredes derruídas en deslinde con el solar del señor Hortelio Patiño G. hasta encontrar edificación del señor Arturo Beltrán, y por esta pared de por medio hasta la carrera cuarta; por el Occidente vuelve por la mencionada carrera hasta encontrar la pared divisoria del solar del señor Eudoro S. Peña; por el Sur, la pared mencionada hasta encontrar la carrera tercera, punto de partida; b) Un lote de terreno ubicado en la sección de Resguardo segundo, jurisdicción de este Municipio, que llevará el nombre de *La Joya*, alinderado así: por el pie, desde una sauza a dar a un mojón de piedra que está entre una mata de madreselva y deslinda tierras que fueron de Emilio Bonilla, a dar a un caminito, siguiendo todo éste hasta encontrar otra sauza en deslinde con tierras de Ricardo Beltrán y Manuel Hidalgo;

por el primer costado, desde esta última sauza, sigue por todo el camino que va para la "hoya" de para arriba hasta donde se encuentra un mojón de piedra; por cabecera, de este mojón línea recta a dar a otra sauza; y vuelve por último costado de para abajo a dar a un mojón de piedra y siguiendo por otra hilera de sauzas, a dar a la sauza primer lindero. c) Un lote de terreno ubicado en jurisdicción de este Municipio sección de *Salinas* que llevará el nombre de *Los Cámbulos*, alinderado así: por pie, de la quebrada que baja a *Las Salinas*, por hilera de árboles y cerca a encontrar una sauza y deslinda con tierras de herederos de Francisco Jiménez, y de Emiliano Beltrán; por segundo lado, por toda la zanja arriba, cerca de alambre y madera hasta encontrar el deslinde de terrenos que fueron del señor Santos Prieto y deslinda tierras que fueron de Hortelio Patiño G.; por cabecera, vuelve deslindando con tierras que fueron de Santos Prieto por cercas de alambre y piedra a encontrar la quebrada; por último lado, la quebrada, aguas abajo, a dar al primer lindero". La cláusula 5ª dice así: "que hace la restitución por la suma de seiscientos pesos ($ 600), que la actual compradora pagó a la señorita Julia Vargas M. cuando se firmó la escritura de fideicomiso".

Demetrio Vargas, padre de María Julia Vargas, murió el 10 de septiembre de 1917; María Julia falleció el 14 de julio de 1935 y la madre de ésta, Petronila Martínez, dejó de existir el 16 de enero de 1941. Muerta esta señora, su hijo Roberto Vargas Martínez continuó en la posesión de la casa y solar de la población de Gachetá, posesión que había tenido su madre, como usufructuaria de tal inmueble.

Ante la retención de la casa y solar mencionados, por parte de Roberto Vargas Martínez, Alejandrina Vargas de Zubieta, o sea la menor a cuyo favor se había constituído el fideicomiso, entabló demanda reivindicatoria sobre dicha casa y solar, contra el expresado Roberto.

Este, al contestar la demanda oponiéndose a las peticiones de ella y proponiendo varias excepciones, presentó demanda de reconvención contra Alejandrina Vargas de Zubieta para que se declarara que es absolutamente nulo el contrato de que da cuenta la escritura 1596; que en consecuencia carece de todo valor la restitución a que se refiere la escritura 694; que los bienes a que se refieren esos dos contratos pertenecen a la herencia de Julia Vargas Martínez y Petronila Martínez de Vargas y que en subsidio se declare que tales bienes pertenecen al demandante por haberlos adquirido por prescripción extraordinaria.

Fundamentos de su acción son éstos: que su hermana Julia Martínez Vargas era absolutamente incapaz, por estar demente cuando celebró el contrato de que da cuenta la escritura 1596 y que este contrato no reúne los requisitos esenciales del fideicomiso; por estas causas es nulo e inexistente el pacto contenido en la escritura 694.

El Juez *a quo*, o sea el del Juzgado de Circuito de Gachetá, en sentencia de 6 de marzo de 1942 falló el pleito declarando no probadas las excepciones propuestas por el demandado, condenándolo a restituir el inmueble objeto de la reivindicación, con sus frutos naturales y civiles, negando las peticiones de la demanda de reconvención y condenando al demandado Vargas al pago de las costas del juicio.

Apelada por éste la sentencia, el Tribunal Superior de Bogotá la reformó en fallo de 30 de agosto del año próximo pasado, reforma más bien de carácter accidental, porque en la esencia y en el fondo es idéntica a la de primer grado.

La parte vencida recurrió en casación y concedido el recurso y previa su tramitación legal del caso, pasa a decidirse.

La sentencia acusada se funda en lo siguiente: la acción reivindicatoria incoada por la demandante debe prosperar a juicio del Tribunal porque de acuerdo con el artículo 946 del Código Civil reúne los requisitos en él contenidos, a saber: titularidad en el demandante; posesión en el demandado y cosa singular reivindicable. La excepción de prescripción propuesta por el demandado, no está comprobada a juicio del fallador.

En cuanto a la demanda de reconvención el Tribunal concluyó lo siguiente: que no está comprobado el estado de demencia de María Julia Vargas, por cuanto el dictamen pericial no está debidamente fundamentado "ya por cuanto se apoya en una consideración que va contra un precepto legal; ora porque reina incertidumbre sobre la existencia o no existencia de ciertos períodos cortos de completa lucidez mental en el enfermo de psicosis periódica". El Tribunal encontró que al tenor de la escritura 1596 ya citada se constituyó un verdadero fideicomiso y teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 801, 1144, 1139 y 797 del Código Civil, halló que esa figura jurídica existe al tenor de la mencionada escritura, por cuanto existen los elementos que la configuran, a saber: bienes que sean susceptibles de constituirse en fideicomiso; existencia de fiduciario y condición restitutoria.

Además, en el supuesto dice el Tribunal, de que el contrato no fuera de fideicomiso "habría que tenerlo como válido porque reúne las modalidades propias de la compraventa que una persona celebra en favor de otra, aplicando los principios que rigen la interpretación de los contratos consignados en el Título XIII del Libro IV

del Código Civil que manda estarse a la intención clara de los contratantes, más que a lo literal de las palabras."

El recurrente impugna la sentencia por los siguientes motivos: Por ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa y por aplicación e interpretación errónea de la ley; por error de hecho y de derecho manifiesto, este último, en la apreciación de las pruebas y por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. En síntesis, dice el recurrente, que alega las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del Código Judicial.

La Corte sigue en esta sentencia el mismo orden que el recurrente señala en su demanda y por lo tanto estudia en primer término el problema de la existencia o inexistencia del fideicomiso a que se refiere la escritura 1596 citada.

La tesis fundamental al respecto, sostenida por el recurrente es la siguiente: "que es condición esencial del fideicomiso, que este acto sea gratuito." Ahora como el pactado por la escritura 1596 es oneroso, concluye el recurrente que ese contrato no existe, no tiene ninguna eficacia ni operancia legal.

También sostiene el recurrente que al fideicomiso le falta otra condición especial, o sea la de recaer sobre un cuerpo cierto.

Estima el recurrente que el Tribunal violó, por este aspecto, los artículos 794 y 796, 1055, 1497, 820, 798 y 822 del Código Civil, ya por infracción directa unos, ya por no haberlos aplicado al caso del pleito otros.

La Corte considera: La exposición sobre la naturaleza, alcance y fines jurídicos y sociales que el fideicomiso tenía en Derecho Romano, y que hace el recurrente, es exacta y al respecto la Corte nada tine qué observar. El problema al respecto que se presenta a esta corporación en este juicio, es el siguiente: Si el fideicomiso en el Derecho moderno, aun cuando tiene su origen en el Romano, es lo mismo que éste en todas sus modalidades, consecuencias y aun naturaleza, y si el Código Civil colombiano, está ceñido estrictamente al fideicomiso clásico, en el Título en que lo reglamenta o por el contrario si se ha apartado de éste.

Don Andrés Bello tuvo en cuenta al respecto la legislación romana y la española, pero comprendiendo que la limitación del dominio sin restricciones perjudicaba a la sociedad, las eliminó casi hasta el mínimo, tanto en el fideicomiso como en el usufructo. Por eso se expresa así:

"En este Título, se ha tenido la mira de reducir a lo menos posible aquel estado de la propiedad, en que ésta sufra restricciones y trabas perjudiciales a la industria. En Francia se abolieron con el mismo fin las sustituciones fideicomisarias que en este Código sólo se permiten por una sola vez, regla que se ha extendido por paridad de razón al usufructo."

En vista de lo anterior se dictó en Chile el artículo respectivo que equivale al 805 de nuestro Código Civil, el cual prohibe constituír dos o más fideicomisos sucesivos y en cuanto a las sustituciones, fueron también reglamentadas con un criterio restricto y de ahí los artículos 803, 804 y 806 de nuestro Código, contrarios al Código Civil francés, que fue aún más lejos en su artículo 896, que dice así:

"Se prohiben las sustituciones. Toda disposición por la cual el donatario, el heredero o el legatario es sometido al gravamen de conservar y restituír a un tercero, será nula aun con respecto al donatario, heredero o legatario."

El señor Bello observó al respecto lo siguiente:

"La comisión ha elegido un medio entre la antigua libertad de las asignaciones fiduciarias y la absoluta prohibición del Código Civil francés,"

En el primitivo Derecho Romano no estando reconocidos los fideicomisos por la ley, por cuanto ellos tenían por objeto hacer pasar los bienes de una persona a otra incapaz, no podían hacerse efectivos y su efectividad no dependía sino de la honorabilidad o rectitud del encargado de hacer el traspaso. Por esto posteriormente ese Derecho reconoció el fideicomiso, para darle efectividad y ese principio pasó al derecho español, dividió las instituciones en, vulgares, ejemplares, compendiosas y recíprocas, y les dio un carácter de indefinido a algunas de ellas, que fueron la base y fundamento del establecimiento de los mayorazgos. Anotan los expositores que el sistema romano y el español complicaron el asunto y que si en las legislaciones modernas se reconoce esa figura jurídica, se le ha reducido a términos más simples y menos complicados que antes. Así por vía de ejemplo, no existen los fideicomisos sucesivos y en materia de sucesiones la ley no acepta sino la vulgar y la fideicomisaria, que se regla esta última por el título de la propiedad fiduciaria (artículos 1215 y 1223 del Código Civil).

El criterio anterior ha llevado en los códigos modernos a determinar y establecer los elementos esenciales que constituyen el fideicomiso, que son los siguientes: Bienes que sean susceptibles de constituirse en fideicomiso; existencia de dos personas, fiduciario y fideicomisario y existencia de una condición en virtud de la cual la propiedad pasa del fiduciario al fideicomisario (artículos 794, 795 y 799 del Código Civil). En cuanto al modo de constituírlos, la ley lo determina en el artículo 796 ibidem.

Desaparecieron, pues, de los códigos modernos los fideicomisos sucesivos y la no inenajenabilidad del bien dado en fideicomiso (artículos 805 y 810 ibidem), que eran hasta esenciales antiguamente y desapareció también el concepto de que el fideicomiso era de institución hereditaria como parecía deducirse de la Ley de Partidas.

El erudito expositor Ortolán, citado por el recurrente, y quien sigue en su obra las sabias exposiciones de Arnoldo de Vinnio, estudia el fideicomiso a la luz de la legislación romana, de donde resulta por lo expuesto que los conceptos de tan autorizado comentador, no pueden hoy seguirse de una manera irrestricta.

Establecidos los elementos esenciales del fideicomiso que son los que ya quedan señalados, se presentó la cuestión de si aquél puede constituírse a título oneroso o si por el contrario debe ser siempre gratuito. Desde que el fideicomiso dejó de ser considerado como una institución esencialmente testamentaria, se concluyó por varios expositores, que no pugnaba contra su esencia que pudiera constituírse a título oneroso. Don Fernando Vélez, siguiendo a Vera, se expresa así:

"A pesar de esto, se dirá que un individuo puede adquirir como fiduciario, en virtud de contrato oneroso, el dominio de unos bienes con obligación de restituírlos gratuitamente a otra persona luégo que se cumpla cierta condición. En este caso el contrato sería aleatorio para el fiduciario, puesto que si se cumple la condición sólo tendrá el goce de los bienes durante cierto tiempo más o menos largo, y si no se cumple, le corresponderán en dominio perpetuo.... Desde que la ley no establece que sea de la esencia de los fideicomisos que éstos transfieran gratuitamente la propiedad, se sostendrá que por medio de un contrato pueden establecerse, y que, por ejemplo, un individuo en cambio de valores que le diesen otras dos personas, podría convenir en que una de ellas recibiera ciertos bienes para entregarlos a la otra luégo que se cumpliese una condición determinada.... Tratados los fideicomisos en el Libro II, hasta puede sostenerse, como lo hemos visto, que son contratos que transmiten la propiedad a título oneroso." (Fernando Vélez, tomo III, página 181, números 274 y 275).

Según el artículo 1501 del Código Civil se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales. De la esencia del fideicomiso son los cuatro extremos que ya se dejaron anotados, tres de fondo y uno de forma. Ni el modo como se concibe y aprecia en la época contemporánea el fideicomiso, ni la legislación colombiana, consideran de la esencia del fideicomiso que sea siempre gratuito, luego por establecerse o pactarse en forma onerosa, no puede sostenerse ni concluírse que no exista, que sea inválido o ineficaz.

Consideradas así las cosas no encuentra la Corte, y por el aspecto que acaba de estudiarse, que hayan sido infringidas ya por indebida aplicación, ya por no haberlas aplicado al caso del pleito, las disposiciones que cita el recurrente al respecto.

Pero hay más: Según se vio al principio de este fallo, donde se transcribieron algunas cláusulas de los contratos consignados en las escrituras 1596 y 694, Julia Vargas Martínez hizo la enajenación o venta de los bienes que constituyó en fideicomiso por $ 600; se partió, pues, de la base de una enajenación o venta y así lo entendieron las partes contratantes por cuanto en la escritura 694, no obstante que se habla de restitución, en la cláusula 3ª de ella el fiduciario dice que cede y transfiere a título de venta real y enajenación perpetua a favor de la fideicomisaria, los bienes materia del fideicomiso.

De lo anterior resulta que aun suponiendo que no existiera el fideicomiso, existirían dos contratos de compraventa, a saber: el de que da cuenta la escritura 1956 hecha por Julia Vargas Martínez a Roberto Duarte Camacho y el consignado en la escritura 694, en que consta la venta de Duarte Camacho a María Alejandrina Vargas de Zubieta.

Y esta conclusión le parece exacta a la Corte, por lo que sigue: La orientación general de la doctrina y de la jurisprudencia es la de dar efectividad a los pactos y a los actos jurídicos, respetando así la voluntad contractual, la voluntad unilateral, como en los testamentos, sin hacerla depender exclusivamente de ciertos requisitos y hasta de términos sacramentales, que si convenientes en muchas ocasiones, no constituyen la esencia del acto en sí mismo considerado. El derecho no es una mera abstracción, como lo observa Josserand sino que tiene finalidades prácticas, concretas y trascendentes y por eso al par que la escuela exegética ha cedido el campo a la científica, en la interpretación de los contratos, se ha seguido una vía paralela en que las finalidades y objetivos que buscaron las partes al contratar o el individuo al hacer una declaración unilateral, se anteponen y hasta sustituyen el análisis exegético. De ahí que, como lo observan los doctrinantes contemporáneos, como lo tiene establecido la jurisprudencia, y como lo ha hecho resaltar esta Corte, en materia, por ejemplo, de testamentos, la orientación general es la de darles toda su eficacia, la de salvar la voluntad del testador y de ahí que cada día sean más raros los casos en que se declara la nulidad o invalidez de un acto de esa naturaleza. No estando comprometidos los principios de orden público ni buenas costumbres, ni

la forma de los actos cuando ésta es esencial para que produzcan efectos civiles, ni violadas, en cada caso, prohibiciones claras y taxativas de la ley, los actos jurídicos, se presentan al juzgador como exteriorización de voluntad a la que debe darse la operancia y la eficacia legal correspondiente.

Y lo anterior tiene amplia base en la legislación colombiana, por cuanto las normas sobre interpretación de los contratos contenidas en el Título XIII del Libro IV, del Código Civil, dan asidero más que suficiente para interpretar los actos declarativos de voluntad que ligan a las partes haciendo prevalecer la intención de los contratantes, interpretándolos en el sentido de que produzcan algún efecto y acomodando esa interpretación a lo que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (artículos 1618, 1620, 1621 del Código Civil). Y no sólo en los pactos sinalagmáticos sino en los actos jurídicos esencialmente unilaterales como el testamento, la voluntad es la ley del acto que prevalece a menos que interfiera un concepto de orden público que impida su vigencia o una disposición expresa que la haga ineficaz. Y es en consideración a lo anterior, a la prevalencia de la voluntad, como el concepto de nulidad absoluta ha perdido parte de su eficacia, pudiendo sanearse cuando no es generada por objeto o causa ilícitos y ese es el fin del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, quitándole parte de su alcance, y esa es la razón también por la cual las normas prohibitivas y las que establecen nulidades, son cada vez más limitadas.

Pues bien: del contexto de la escritura 1596, aparece claramente la voluntad e intención de Julia Vargas Martínez, que los bienes relacionados en ella pasen a su hija María Vargas, cuando ésta llegue a la mayor edad. Así lo entendió también el fiduciario señor Duarte Camacho, quien traspasó esos bienes a la expresada María cuando ésta cumplió veintiún años, como consta de la escritura 694. En ambas escrituras se habló de enajenación o venta, en ambas hubo precio, en ambas, objetos o cosas vendidos, lo cual configura un contrato de compraventa ya por su aspecto formal (artículo 1857), ya en cuanto a los elementos que la constituyen (artículos 1864 y 1866 del Código Civil).

El extremo subsidiario considerado por el Tribunal, es por lo tanto jurídico, de donde resulta que los pactos de que dan cuenta las dos escrituras que acaban de citarse, pueden considerarse como contratos de compraventa.

No estima la Corte, por todo lo ya dicho y expuesto, que esa apreciación del Tribunal haya violado los artículos 1619, 1661 y 1622 del Código Civil. Ahora: en cuanto a que el precio señalado por esas ventas sea o nó el equitativo, es cuestión que no se discute en este juicio por lo cual no puede la Corte detenerse en ese extremo.

Sostiene el recurrente que el fallo violó el artículo 797 del Código Civil, porque lo interpretó erradamente y lo aplicó también indebidamente al caso del pleito, que quebrantó el artículo 795 ibidem directamente e indirectamente los artículos 653 y 824 de la obra citada. El recurrente desarrolla así su tesis:

"Yo sostengo que precisamente, la excepción especialísima que consagra el artículo 797, está diciendo que sólo en el caso de que un individuo dueño de la propiedad absoluta, sea quien puede constituir en favor de una persona el usufructo y en favor de otra el fideicomiso. Sólo en este caso está permitido el fideicomiso sobre la nuda propiedad."

Luégo concluye:

"Pero en el caso qué aquí se discute, la señora Julia Vargas Martínez, constituyente, no tenía la propiedad plena o absoluta de la casa y lotes, sino mera y simplemente la nuda propiedad. De manera que la disposición del artículo 797 no puede interpretarse como regla general, sino como una excepción, para el único caso que contempla, ya que hay otras disposiciones como el artículo 795, que exigen cuerpo cierto."

El Tribunal en la parte que ataca el recurrente y que es materia del cargo que se estudia, dijo lo siguiente:

"Esas exigencias las cumple el contrato de autos. En efecto. 1º Se constituyó sobre la nuda propiedad de un inmueble singularizado y determinado por linderos, es decir sobre un cuerpo cierto, la cual es objeto lícito del fideicomiso por mandato expreso y obvio del artículo 797 del Código Civil."

Que los bienes constituidos en fideicomiso son cuerpos ciertos, se ve sin lugar a duda de las escrituras 1596 y 694. Por este aspecto y al tenor del artículo 795 esa constitución se ajusta a la ley.

La disposición del artículo 797 que permite constituir a la vez un usufructo a favor de una persona y un fideicomiso en favor de otra, entraña una modalidad en la disposición y limitación del dominio, pero no entraña ni puede entrañar la prohibición consistente en que el dueño de la nuda propiedad, no pueda constituir fideicomiso sobre ésta. Las disposiciones prohibitivas son siempre expresas y de carácter taxativo. Por otra parte no se ve la razón por la cual pudiendo transferirse la nuda propiedad por acto entre vivos y transmitirse por causa de muerte (artículo 832, Código Civil), no pueda

constituírse un fideicomiso sobre ella. Cuando se constituye éste sobre la nuda propiedad, la única duda que puede ocurrir como lo observa el señor Vélez (obra citada, página 187, número 284), es la de a quién corresponde la propiedad mientras no se cumple la condición. El comentador citado adhiere a la opinión de don Andrés Bello, al referirse al artículo correspondiente, al 735 del Código Civil chileno, que corresponde al 797 del colombiano, opinión seguida por los comentadores chilenos Chacón y Vera y aceptada por la jurisprudencia de ese país. Dice así el señor Bello:

"Se trata en una palabra de saber quién es respecto al fideicomiso el propietario fiduciario que mientras dura el usufructo es al mismo tiempo nudo propietario de la casa fructuada. La respuesta es obvia: La persona que debe quedarse con dicha casa, si el fideicomisario no cumple la condición."

La Corte se ha referido a lo anterior, para demostrar que el artículo 797 del Código Civil, no puede interpretarse en la forma como lo sostiene el recurrente ni ha sido interpretado en esa forma por la jurisprudencia.

Y no puede sostenerse tampoco que en el fideicomiso el fiduciario debe ser el único dueño mientras pende la condición, puesto que pueden coexistir sobre un mismo cuerpo cierto dos calidades: la de dueño absoluto, de una cuota y la de fiduciario, en otra, según enseña el artículo 812 del Código Civil, por donde se ve más aún de bulto que el nudo propietario puede enajenar la cosa que le ha sido dada en fideicomiso, para lo cual está autorizado por el artículo 810 del Código Civil y no tiene más valla que impida la transmisibilidad de ese derecho sino cuando el día fijado para la restitución es la muerte del fiduciario, entonces no podrá transmitir por testamento el bien que tiene en fiducia.

El artículo 795 establece que no puede constituírse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia, o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos. La nuda propiedad radicada sobre un inmueble, es obvio que es un cuerpo cierto, luego no estando excluída en la enumeración de que trata el artículo que acaba de citarse, puede constituírse el fideicomiso sobre la nuda propiedad. No hay disputa sobre este extremo entre los expositores. El señor Vélez, siguiendo a los comentadores chilenos se expresa así en el comentario del artículo 795 del Código Civil:

"De modo que los bienes sobre que pueda recaer un fideicomiso, pues la existencia de éste requiere a aquéllos, pueden ser: 1º La totalidad de la herencia, o sea el conjunto de todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de una persona (artículos 1008 y 1115) cualquiera que sea la naturaleza de los bienes, es decir, sean raíces, muebles, fungibles, etc.; 2º Una cuota de una herencia, como la mitad, tercera o cuarta parte de ella, cuota que comprendería parte de los bienes, derechos y obligaciones, como lo hemos indicado; 3º Uno o más cuerpos ciertos, como una finca, una casa, unas mulas, etc. Así es que un individuo puede dejar en su testamento todos sus bienes en fideicomiso, o una cuota de ellos, o uno o más cuerpos ciertos. Podría, pues, instituir como heredero de la mitad de sus bienes a Pedro y dejarle la otra mitad como propiedad fiduciaria, al mismo Pedro, con el gravamen de que el día que Juan se casara, la entregase."

La única disputa o divergencia que existe respecto de la interpretación y alcance del artículo 795 es si las cosas fungibles pueden ser materia del fideicomiso; la mayoría de los comentadores opinan que nó, entre ellos el que se acaba de citar, quien fija su pensamiento respecto del artículo 795 en la siguiente forma:

"Según los términos del artículo 795, parece que puede recaer un fideicomiso sobre toda clase de bienes, exceptuando sólo los indeterminados." (Obra citada, página 133, números 277 y 278).

En vista de lo anterior, no se encuentran fundados los cargos que se han venido estudiando.

Ataca el recurrente el fallo en cuanto decretó la reivindicación de la casa y solar de la población de Gachetá y a que se refiere la acción de la demandante señora María Vargas de Zubieta.

Ese ataque está condicionado al triunfo de la tesis expuesta por el recurrente sobre la inexistencia o invalidez del fideicomiso y por eso dice así:

"Si el fideicomiso no existe, no ha probado su acción la demandante principal; si no existe, la excepción debe prosperar, y si no existe el fideicomiso, la demanda de reconvención quedará triunfante.... Si, pues, he logrado llevar al ánimo de la Corte que la institución fideicomisaria no existe, el Tribunal al acogerla, violó directamente el artículo 946 del Código Civil, dándole valor de plena prueba de dominio, al acto inexistente o nulo consignado en la escritura 1596, llamada de fideicomiso, tántas veces citada; indirectamente quebrantó el artículo 669 reconociendo a Alejandrina Vargas el derecho de gozar y disponer arbitrariamente de las cosas corporales materia de la demanda, precisamente contra lo dispuesto por el artículo 950 que dispone que la acción de dominio sólo corresponde a quien tiene la propiedad de la cosa.... Así se ve, que el Tribunal estimó erróneamente

la escritura 1596, dándole el valor de constitución fideicomisaria, error de hecho y de derecho que ya traté de fundar, errores que llevaron al Tribunal a quebrantar las disposiciones anteriormente citadas."

La Corte observa: Habiendo llegado esta Superioridad a la conclusión de que existe el fideicomiso, la argumentación del recurrente en el capítulo que se estudia, cae por su base. Existiendo el fideicomiso, existiendo el título, o sea el de que da cuenta la escritura 694 de 20 de noviembre de 1939, resulta la demandante Vargas de Zubieta amparada con un título eficaz para que prospere su acción, por cuanto el demandado carece de él y no puede por otra parte concluirse que haya adquirido el inmueble por prescripción, toda vez que la madre del demandado o sea la señora Petronila Martínez de Vargas, tuvo la posesión, de tal inmueble hasta su fallecimiento, el cual ocurrió el 16 de enero de 1941 (fojas 11 del cuaderno principal).

El cargo que se estudia no puede, por lo tanto prosperar.

En la demanda de reconvención suplicó Roberto Vargas la nulidad absoluta de los contratos recogidos en las escrituras 1596 y 694 ya citadas, no sólo por estimar que el contrato de fideicomiso no tiene valor legal, como por la incapacidad absoluta de Julia Vargas Martínez, al celebrar el primer contrato mencionado, incapacidad proveniente de su falta de sanidad mental.

Ya quedó estudiado el extremo sobre la validez del fideicomiso; corresponde ahora estudiar el extremo sobre la capacidad mental de la expresada Vargas Martínez, siguiendo el mismo orden que el adoptado por el recurrente.

Dicha señora Vargas Martínez padeció alguna enfermedad mental, estuvo varias veces en el Manicomio de Bogotá, y murió en él, según aparece de autos.

Los expertos no examinaron directamente a Julia, como lo dice el sentenciador, porque ésta ya había muerto, sino que apoyaron su diagnóstico; el que concluyeron por la incapacidad mental de dicha señora, basados en los datos y síntomas relatados por los testigos y en el concepto de otros técnicos.

Teniendo en cuenta el sentenciador los artículos 1503, 1504, 553 y 1741 del Código Civil y los artículos 722 y 723 del Código Judicial, concluyó que no estaba demostrado que la expresada Julia Vargas Martínez estuviera en incapacidad mental al celebrar el contrato atacado de nulo.

Para esto se fundó en lo siguiente: dicho contrato se celebró el 19 de mayo de 1928 y las declaraciones aducidas en primera instancia para comprobar que Julia no era sana de espíritu no se refieren a su estado mental en los años de 1926 a 1930; lo mismo resulta de las declaraciones recibidas en segunda instancia, y algunas que parecen referirse a ese lapso son imprecisas. Los certificados de la Dirección del Asilo de Locas de Bogotá, demuestran la historia clínica de Julia y el diagnóstico de la dolencia mental que la afectaba, pero guardan silencio en el lapso de 1923 a 1932.

Los peritos en virtud de estos datos y de esas declaraciones, en virtud, pues, de la apreciación que ellos hicieron de esos elementos probatorios, concluyeron, como ya se expresó, por la enajenación mental de Julia antes de otorgar la escritura 1596, cuando la otorgó y después de otorgada.

El fallador estimó que no era el caso de considerar el dictamen pericial a la luz del artículo 722 del Código Judicial, por cuanto los peritos no percibieron directamente los hechos sino que fundaron sus conclusiones, basados en las declaraciones y pruebas que existen en los autos y además en que no es un principio inconcuso de psiquiatría el que la psicosis periódica tenga o no ligeros intervalos lúcidos, puesto que unos especialistas aceptan la existencia de ciertos períodos cortos de lucidez mental y otros los rechazan. El Tribunal estimó que el mérito y la fuerza probatoria del dictamen se rige por el artículo 723 del Código Judicial y entonces analizando las mismas pruebas, especialmente las declaraciones que tuvieron en cuenta los peritos, y valorándolas, concluyó que el dictamen no estaba debidamente fundado entre otras causas porque "reina incertidumbre sobre la existencia o no existencia de ciertos períodos cortos de completa lucidez mental en el enfermo de psicosis periódica". Observó además el fallador que la personalidad de Julia Vargas Martínez, exteriorizada en sus afectos, se muestra claramente en sus dos actos jurídicos de que da cuenta este proceso, en los cuales tuvo siempre en consideración los intereses de su hija natural María Vargas hoy de Zubieta.

"Es decir, dice el Tribunal, en las dos únicas operaciones jurídicas y económicas de que da fe este proceso, surge que tales actos civiles acusan plena lucidez en quien los ejecuta y que excluyen su concomitancia con una anomalía psíquica. Esas operaciones corresponden a verdaderos actos humanos y por consiguiente son civilmente válidos, desde el punto de vista de la capacidad civil."

En el capítulo respectivo, el recurrente acusa el fallo, en la parte que se acaba de hacer relación, por violación de los artículos 553, inciso 2º, 1503, 1504 del Código Civil, 602, 722 y 723 del Código Judicial. Sostiene el recurrente que tal violación proviene de error manifiesto en la apreciación de las pruebas que incide, ese error,

en la falta de apreciación debida del dictamen pericial, y por eso asevera que la sentencia recurrida incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar la prueba pericial. Para el recurrente los elementos que existen en el proceso para acreditar el estado de enajenación mental de Julia Vargas Martínez, en la época en que suscribió el contrato de que da cuenta la escritura 1596 son suficientes y por lo mismo bastantes, para que en él pudiera apoyarse el dictamen de los expertos. Estima además que el fallador incurrió en un error al afirmar que los documentos emanados del Manicomio guardan silencio con respecto al lapso de 1923 a 1932 "aun cuando sí reconoció, dice el recurrente, expresamente que demuestran la historia clínica de Julia Vargas y el diagnóstico de la dolencia mental que la aquejaba." El recurrente párte de esta base: "que en el caso de autos no se trata de fijar, en la vida de Julia época alguna determinada de demencia; ya que toda su vida, desde los diez y siete años, estuvo enferma y privada por esa dolencia de su razón", y que el error de interpretación del artículo 553, inciso 2º, provino de la apreciación también errónea que el fallo dio a la prueba pericial, la documental y la testifical, error que aparece de manifiesto en los autos.

La Corte considera: El concepto emitido por el Tribunal en la sentencia y la acusación al respecto y de que se acaba de hacer mérito, plantea de nuevo el problema que sobre el particular tiene ya resuelto la Corte y que además ha sido estudiado ampliamente por los doctrinantes, a saber: Hasta dónde vincula al juzgador un dictamen pericial. La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido aceptada nunca por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los artículos 722 y 723 del Código Judicial que no sólo permiten sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen; esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente. En sentencia publicada en la *Gaceta Judicial* número 1935 y citada por el fallador, dijo la Corte:

"No se establece en esos artículos 722 y 723 del Código la imperativa aceptación mecánica por parte del Juez del dictamen uniforme de los peritos.... con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al Juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos."

En sentencia de 9 de mayo de 1938 *(Gaceta Judicial,* tomo XLVI, número 1935, páginas 421-22) dijo la Corte:

"Es la natural imposibilidad de que el Juez posea conocimientos universales y en cantidad y calidad adecuadas sobre las múltiples materias, algunas de gran complejidad técnica, que se someten a su decisión jurisdiccional, el verdadero fundamento filosófico y jurídico de la institución de la prueba de peritos, mediante la cual el sentenciador alumbra sus decisiones y juicios con el examen y concepto que personas técnicas realizan sobre determinadas cuestiones de hecho que requieren la sistematización de conocimientos especiales para su comprensión y dominio. El perito es, pues, un auxiliar técnico del Juez. Sus conclusiones o dictamen de acuerdo con la naturaleza sui géneris de sus funciones, y como lo tiene consagrado la doctrina jurídica universal, constituyen datos o elementos de juicio aprovechables por el funcionario del Poder Judicial en la medida que encuentre aceptables los fundamentos en que se apoyen las conclusiones a que lleguen que en todo caso deben expresar con precisión, exactitud y claridad."

En sentencia de 1º de diciembre de 1938 *(Gaceta Judicial,* tomo XLVII, número 1943) se expresó así esta corporación:

"El perito en cuestiones de psiquiatría forense al dar al Juez el testimonio de sus convicciones razonadas de hombre de ciencia, no ofrece la prueba de una verdad científica sino de un hecho científico, esto es, con sus luces no busca la justicia establecer una verdad ideal sino una verdad de hecho, al frente de una realidad concreta que jurídicamente no importa sino para deducir la existencia del consentimiento legalmente sano que procede de una mente lúcida y de una voluntad normal, capaces de obrar con razón y libertad."

De modo que a juicio de la Corte y ante los términos de los artículos 722 y 723 del Código Judicial, el fallador no quebrantó esas normas al estudiar los fundamentos del dictamen médico producido en este juicio, y esta es la primera cuestión del problema que nuevamente dilucida hoy la Corte.

El texto e interpretación del artículo 722 del Código Judicial no cohibe al Juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen peri-

cial, porque, como se ha dicho, ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica sino que su alcance y eficacia desprenden no sólo del dictamen en sí mismo considerado sino de los fundamentos de éste.

El artículo 723 coloca al Juez en un plano de apreciación muy amplia, para estimar la fuerza probatoria del dictamen pericial, de acuerdo con las reglas generales sobre valoración de pruebas.

En tratándose de un dictamen, en cualesquiera de los dos casos a que se refieren las normas que acaban de citarse, el juzgador puede aceptarlas o nó, dando las razones para ello, sin que pueda nunca modificarlo, porque entonces su misión sería la de perito y no la de Juez.

El Tribunal estimó y valoró el dictamen ante el texto del artículo 723 citado y no ante el 722 y dio para esto las siguientes razones, en el caso de este último artículo: "para que el dictamen tenga plena fe son indispensables dos condiciones: a), que los peritos perciban los hechos directamente por sus sentidos, y b), que rindan su parecer fundado en principios inconcusos de su pericia, esto es, sin lugar a la menor duda. Como los expertos no examinaron directamente a Julia, quien ya había muerto, sino que apoyaron su diagnóstico retrospectivo en datos y síntomas relatados por los testigos y en el concepto de otros técnicos; y como no es un principio inconcuso de la psiquiatría el que la psicosis periódica tenga o nó ligeros intervalos lúcidos, puesto que unos especialistas aceptan la existencia de ciertos períodos cortos de lucidez mental y otros los rechazan, se sigue que el mérito y fuerza probatoria del dictamen en estudio no se rige por la disposición precitada, sino por la doctrina del artículo 723...."

Es evidente que los peritos no examinaron a Julia; ésta había muerto antes del peritazgo; de manera que no dictaminaron sobre hechos sujetos a sus sentidos y que su dictamen es retrospectivo fundado en las declaraciones y otros elementos existentes en autos, que interpretados por los expertos, fueron las premisas de sus conclusiones. También es exacto que como los mismos peritos lo exponen en su dictamen, en la parte motiva, alguna escuela o algunos autores admiten en la psicosis periódica (enfermedad mental que sufrió Julia), los intervalos lúcidos. En esa enfermedad por lo tanto no es un principio inconcuso de la ciencia la existencia o no existencia de esos intervalos lúcidos.

En vista de esos factores y observaciones, no puede sostenerse que el fallador incidiera en error al valorar el dictamen a la luz del artículo 723 y no a la del 722 citados; no hubo, pues, infracción de esa norma, por no haberla aplicado al caso del pleito.

Ahora, ante la aplicación del artículo 723, es preciso estudiar y decidir si el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas existentes en los autos, para no adherir al dictamen pericial.

Primeramente observó el fallador que no es un principio inconcuso de la psiquiatría que la enfermedad mental que padeció Julia Vargas tenga o nó intervalos lúcidos y observó que la escuela francesa los admite. Se basó para esto, en lo expresado en el mismo dictamen pericial. Encontró que falta la prueba de ataques o accesos de locura que padeciera Julia Vargas en el lapso de 1923 a 1932. Se expresó así al respecto:

"No se ha comprobado que el 19 de mayo de 1928 ni un año antes o después de esa fecha, es decir, 'entonces' estuviera demente, y como esta prueba es la exigida por el artículo 553 del Código Civil para decretar la nulidad de tal acto, pues Julia no estaba en interdicción judicial, es necesario concluir la validez del acto impugnado."

Según el certificado del Director del Asilo de Locas, que tuvieron en cuenta los peritos, certificado que corre a los folios 37 a 39 del cuaderno número 5, Julia Vargas estuvo en el Frenocomio de Mujeres de Bogotá, cinco veces a saber: en 1904, mes de noviembre, y salió el 21 de enero de 1905 por curación; en 1923; 1932, mes de agosto, y salió el 22 de noviembre de ese año por mejoría; en enero de 1935 hasta abril del mismo año; y del 7 de mayo de ese año hasta el 14 de julio, también de ese año, en que se registró su defunción por entero-colitis.

De esto resulta exacta la aseveración del fallador, a saber: que de 1923 a 1932, no está comprobado que Julia hubiera padecido accesos o ataques de locura que hubieran motivado su entrada al Frenocomio. De donde también resulta exacta la aseveración del fallador, a saber: que habiéndose otorgado la escritura 1596 que contiene el contrato acusado, en 1928, no existe la prueba que demuestre que dentro de un período anterior o posterior razonable, Julia hubiera estado enajenada.

No se ve que en esas aseveraciones el Tribunal haya incurrido en error manifiesto de hecho ni en un error de derecho que lo hubiera llevado a aplicar indebidamente el artículo 553 del Código Civil.

Los peritos tuvieron en cuenta las declaraciones rendidas en este juicio sobre los accesos de perturbación que padecía Julia consistentes en gritar, llorar, romper la ropa, etc. El Tribunal analizó y valoró esas declaraciones y concluyó

que ninguna de ellas relata la vida y estado de Julia por los años de 1926 a 1930, lo cual es importante porque el contrato impugnado fue celebrado el 12 de mayo de 1928. Anota además que dos declarantes solamente, de los muchos que rindieron su testimonio, que se refieren a ese lapso, son imprecisos. Agrega además que según esos mismos declarantes cuando a Julia le pasaban los accesos quedaba en estado normal, dedicándose a coser, leer y ocupándose en oficios domésticos habituales.

De ese análisis concluyó el juzgador que no estaba demostrado que de 1926 a 1930 Julia hubiera estado en incapacidad mental para celebrar el acto acusado de nulo.

No se ve que en ese análisis haya el fallador incurrido en error manifiesto de hecho, que lo hubiera llevado a quebrantar ninguna norma legal.

La convicción del Juez sobre el particular se formó por el estudio de la historia clínica de Julia y de las declaraciones de que se ha hecho mérito, y esa convicción formada de esa manera, es decir, tras de la apreciación de los factores probatorios sobre el particular, es intocable en casación.

Para que surgiera el error manifiesto de hecho hubiera sido preciso que el juzgador, o hubiera interpretado indebidamente las pruebas, o no les hubiera dado el valor legal correspondiente o hubiera dejado de estimar otros factores probatorios, y nada de esto ha sucedido en el presente caso.

Y no es cualquier error el que incide en casación, sino el manifiesto, de acuerdo con el texto expreso de la ley. Por eso ha dicho la Corte que "un error de hecho posible, mas no evidente en los autos, no puede tenerse en cuenta para el efecto de casar la sentencia". No es tampoco una mera duda la que sobre el particular incide en casación y de ahí también que la Corte haya dicho: "cuando la cuestión de hecho apreciada por el sentenciador ofrece dudas, no es posible declarar que hay error de hecho evidente en la apreciación que de ella se haga." (Sentencias de 31 de mayo de 1911, *Gaceta Judicial*, tomo XIX, de 9 de julio de 1908; *Gaceta Judicial*, tomo XVIII, sentencia de 15 de febrero de 1932, *Gaceta Judicial*, tomo XXXIX).

Los peritos tuvieron en cuenta los antecedentes patológicos de algunos parientes de Julia, pero no puede sostenerse que el juzgador al no formar su convicción teniendo en cuenta ciertas leyes de herencia, que son muy discutibles, hubiera incidido en manifiesto error de hecho.

De todo lo anterior se concluye que el cargo que acaba de estudiarse no puede prosperar.

Alega el recurrente la segunda causal del artículo 520 del Código Judicial y da como razón de su acusación lo siguiente:

"Como el sentenciador al variar la intención de las partes con el hecho nuevo aducido en la sentencia de que se trata, no de un fideicomiso, sino de una compraventa, varió las pretensiones deducidas en el litigio por los litigantes..... Luego el fallo que así lo estima no se encuentra de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes."

La Corte considera: La sentencia al confirmar la del inferior decretó la acción reivindicatoria entablada por la señora Vargas de Zubieta y negó la declaratoria de nulidad de la escritura 1596 a que se refiere la demanda de reconvención. Por este aspecto no puede caer la sentencia dentro de la causal 2ª

Tampoco el concepto aducido por el recurrente, porque el Tribunal estudió el extremo sobre nulidad del fideicomiso y encontró que no era nulo ese acto y esa es la razón de la absolución al respecto. Lo relativo al concepto de compraventa, emitido por el Tribunal, que fue un supuesto que hizo el fallador, no fue lo que lo llevó a negar las peticiones de la demanda de reconvención ni se pronunció el fallador, en la parte resolutiva sobre la validez del contrato de compraventa, ni este extremo, se repite, fue la razón por la cual el Tribunal negó las peticiones de la contrademanda.

El cargo, pues, no puede prosperar.

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

Las costas del recurso son a cargo del recurrente.

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

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

Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Alejandro Espinosa le confirió poder al doctor Adalberto Vergara y Vergara para que cobrara judicialmente una suma de dinero del Jockey Club de Bogotá. En virtud de ese poder el doctor Vergara gestionó el asunto hasta que se dictó por el Tribunal Superior de Bogotá la sentencia de 5 de noviembre de 1943, por la cual se absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda.

En tiempo oportuno el doctor Vergara interpuso el correspondiente recurso de casación contra el proveído de segunda instancia, y el Tribunal, en 15 de diciembre de 1943, se lo concedió.

Pero es el caso que el mismo día en que se otorgó el recurso para ante la Corte, Rosa María Ponce de Espinosa hablando en su carácter de curadora de los señores Jorge, Ana, Beatriz y Alejandro Espinosa Angel, María Espinosa de Vargas, Honorato Espinosa y Mario Espinosa, hablando en el carácter de únicos herederos del señor Alejandro Espinosa y refiriéndose al juicio ordinario que dicho señor adelantaba contra el Jockey Club y contra Carlos A. Dávila, Eduardo de Valenzuela, Ulpiano A. de Valenzuela, Alberto Serna, Hernando Gómez Tanco, Alfonso Hurtado e Ignacio Escallón, presentaron personalmente por ante el Juez del Municipio de El Colegio un memorial en el cual manifestaron que consentían la sentencia proferida por el Tribunal Superior en este litigio de fecha 5 de noviembre del año de 1943 y solicitaban que se declarara ejecutoriada.

A ese memorial acompañaron: 1º Copia debidamente autenticada expedida por el Juzgado 1º del Circuito de Bogotá, en la cual consta que la señora Rosa María Ponce de Espinosa es curadora de los menores Jorge, Ana, Beatriz y Alejandro Espinosa Angel; 2º Copia de la partida de defunción del señor Alejandro Espinosa; 3º Copia expedida por el Notario 5º del Circuito de Bogotá, de la cual aparece que María Espinosa de Vargas, Honorato y Mario Espinosa y los menores Jorge, Ana, Beatriz y Alejandro Espinosa Angel, fueron declarados únicos herederos de Alejandro Espinosa. Se trajo también la comprobación de que en el juicio de sucesión de dicho señor se les adjudicó a los citados menores el derecho litigioso que es materia del juicio ordinario a que se hace referencia en este auto.

El Tribunal de Bogotá consideró que el memorial presentado por la señora Rosa María Ponce de Espinosa, entrañaba un desistimiento del recurso, que no podía admitirse al tenor del artículo 465 del Código Judicial y por ello negó la solicitud en el memorial de que se ha hecho mérito.

Se remitieron los autos a la Corte y la parte contraria, es decir, el representante del Jockey Club, considera que no debe admitirse el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante.

De acuerdo con el artículo 529 del Código Judicial, la Sala entra a decidir si el recurso es o nó admisible.

No puede discutirse que las partes en un litigio judicial tienen el derecho de interponer el correspondiente recurso de casación; pero para que éste prospere es necesario que quien lo interpone sea parte en el juicio, es decir, un litigante o grupo de litigantes que sostengan alguna pretensión judicial, lo que vale decir, que cuando el litigante o litigantes se conforman con el fallo de segunda instancia, el negocio ha terminado y el litigante o litigantes que manifiesten su conformidad con el proveído del Superior, ya no tienen interés jurídico en el litigio, y no teniendo interés jurídico, carecen de derecho para interponer el correspondiente recurso de casación.

Eso es lo que ha pasado al presente. Los herederos de Espinosa se conformaron con la decisión del 5 de noviembre de 1943 y desde que hicieron esa manifestación, por escrito presentado personalmente, ante el Tribunal, renunciaron al derecho de impugnar por medio de cualquier recurso el fallo al cual adhirieron y aceptaron, y es aberrante que el apoderado quisiera forzar a la parte que representa a sostener un recurso contra el fallo que el poderdante consintió.

Bien es verdad que al doctor Vergara y Vergara no se le ha revocado expresamente el poder que se le confirió para representar al señor Espinosa en este juicio, hoy a sus herederos, pero por el hecho de haberse conformado los interesados, sus poderdantes, con el fallo del Tribunal, el doctor Vergara dejó de ser apoderado de estos señores que ya no tienen interés en el litigio.

En vista de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *declara* que no es admisible el recurso de casación interpuesto por el doctor Adalberto Vergara y Vergara en el juicio ordinario que Alejandro Espinosa, hoy sus herederos, adelantaban contra el Jockey Club de Bogotá.

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

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez.—El Conjuez, *Alberto Zuleta Angel. Pedro León Rincón,* Secretario en propiedad.

Acción de resolución de un contrato

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Es de importancia suma transcribir el concierto pactado entre Juan León Linero y Louis Gieseken C., cuya interpretación jurídica, hecha por el Tribunal Superior de Barranquilla, se somete hoy al juicio de la Corte en vitrud del recurso de casación interpuesto contra ese proveído, que está aparejado debidamente.

"Yo Juan León Linero, mayor y vecino de esta ciudad, declaro que he recibido del señor Louis Gieseken C., la suma de cuatro mil cuatrocientos pesos ($ 4.400) moneda legal colombiana para el negocio de jabonería *León*, bajo las siguientes condiciones:

"1º Por utilidades del negocio mensualmente reconoceré al señor Louis Gieseken C. la suma de cuarenta y cuatro pesos ($ 44.00) moneda legal colombiana, mientras mejora la situación actual y aumentan las ventas que en la actualidad montan a seiscientos pesos ($ 600.00) moneda legal colombiana, más o menos.

"2º Los útiles de la jabonería pertenecen al señor Louis Gieseken C. por haber sido comprados con la suma referida al precio que más adelante se detalla en el inventario inserto en este documento.

"3º La mora del pago de utilidades que corresponden a Louis Gieseken C. durante dos mensualidades consecutivas da lugar para dar por terminado el negocio, en cuyo caso serán devueltos los útiles que recibirá el señor Louis Gieseken C. al precio de inventario siempre que éstos le sean devueltos en el mismo estado de servicio en que los recibo, salvo pérdida total en cuyo caso perderemos en partes iguales el valor correspondiente.

"4º La diferencia que quede a deber al señor Louis Gieseken C. le será pagada por mí dentro de un plazo prudencial que fijaremos al firmarse la obligación respectiva.

"5º Los útiles que recibo no puedo darles otro uso que el expresamente convenido.

"6º El término de este contrato es *cinco* años prorrogables.

"7º Las reparaciones de los útiles serán por mi cuenta, pues me obligo a conservarlos en el mismo estado en que los recibo, salvo el deterioro por el uso natural.

"8º En caso que el negocio de jabón se desarrolle favorablemente y necesitare más útiles y maquinarias, le daré aviso al señor Gieseken C. para que por tal evento que ha de solventar, convengamos el aumento de la renta que debo seguir pagándole mensualmente desde el día en que quede ampliado el negocio."

Con fundamento en este contrato Gieseken demandó a Linero para que se resolviera judicialmente:

"a) Que ha quedado resuelto el contrato que aparece celebrado entre el señor Juan León Linero y yo, en documento privado otorgado en esta ciudad el día diez de diciembre de mil novecientos cuarenta;

"b) Que, como directa e inmediata consecuencia de la declaración que se pide en el punto anterior, se me restituyan, una vez ejecutoriada la sentencia respectiva, los bienes de mi legítima propiedad que entregué al demandado en virtud de lo estipulado en el referido contrato, en el cual aparece un inventario de ellos;

"c) Que se le impongan las correspondientes costas procesales, y

"d) Que se condene al demandado a indemnización de perjuicios que me ha causado por el incumplimiento del contrato a que me refiero."

El Juez 2º del Circuito de Barranquilla, en sentencia de fecha 22 de octubre de 1942, escueta de razonamiento y estudio jurídicos, absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda.

El Tribunal de Barranquilla reformó la sentencia del Juez y declaró probada la excepción de carencia de acción o petición de modo indebido propuesta por el demandado, fundándose en que el contrato celebrado entre Linero y

Gieseken fue uno de "cuentas en participación" al tenor de los artículos 629 a 633 del Código de Comercio que por tanto la acción que le correspondía a Gieseken era la de rendición de cuentas y no la de resolución o terminación del dicho contrato, como se propuso en la demanda.

El apoderado del actor le hace al fallo del Tribunal varios reparos: unos por error de hecho en la interpretación del contrato y otros por violación directa de los artículos del Código de Comercio allí señalados y por falta de aplicación de los artículos 1602, 1544 y 1546 del Código Civil.

La violación de las disposiciones del Código de Comercio se refiere a la mala interpretación que el Tribunal le dio al contrato, considerándolo como "cuentas en participación", ya que según el recurrente, él no reúne los requisitos que exige la ley comercial para la existencia de la asociación denominada "cuentas en participación".

Considera la Sala que para la solución del punto jurídico sometido a su juicio, no es necesario indagar si el Tribunal erró al considerar el contrato, base de la demanda, como una asociación o cuentas en participación y si él reúne todas y cada una de las condiciones que la ley mercantil exige para la existencia jurídica de esa asociación, porque cualquiera que sea la condición legal de ese pacto, es lo cierto que él contiene una cláusula expresa que no es contraria ni al orden público ni a las buenas costumbres y que puede figurar en el contrato de asociación o cuentas en participación, sin que por estar allí, suponiendo que no sea ella ni de la esencia ni de la naturaleza de ese pacto, deje de producir efectos jurídicos, siendo ella la expresión libre de la voluntad de las partes que estipularon esa condición en virtud de la libertad contractual de que gozan los habitantes del territorio en sus negocios particulares.

En efecto: si se estipuló que el no pago de dos mensualidades consecutivas por parte de Linero y a favor de Gieseken, daba asa para solicitar la terminación del negocio, es de toda evidencia que si Linero no cumplió con esa obligación, asístele a Gieseken perfecto derecho para solicitar de la justicia la terminación de ese contrato aun cuando en su demanda hubiera pedido la resolución del mismo.

Apenas habrá para qué advertir que la diferencia de denominación, en ambos supuestos tiene por finalidad que el contrato expire, distinguiéndose en sus efectos, porque en unos contratos cabe la resolución con toda su eficacia retroactiva, y en otros, no tiene este alcance y lo procedente es terminarlos cuando ellos son de ejecución sucesiva, como el que puede configurarse en el documento que ha servido de base en este juicio.

El artículo 1602 ordena que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y el 1603 que los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan a lo que en ellos se expresa y a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenezcan a ella.

Eso y no otra cosa debió resolver el sentenciador de Barranquilla. La cláusula 3ª era de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes y la justicia estaba en el deber de ordenarlo así porque es ley de hermenéutica que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, máxime en el caso de autos en que la intención de las partes es claramente conocida.

Gieseken asegura que Linero no cumplió con la obligación de pagarle la renta estipulada en la cláusula 1ª y esta afirmación echaba sobre el demandado la carga de la prueba, es decir, Linero quedaba obligado a demostrar que había cumplido lo estipulado en la cláusula 1ª, prueba que no se ha traído a los autos, y por consiguiente es de rigor declarar terminado el contrato en litis y condenar a Linero por su incumplimiento, de acuerdo con las peticiones de la demanda.

Gieseken no ha demostrado los perjuicios que demanda. Se impone, pues, la negativa de esta petición.

El no pago por dinero de las referidas dos mensualidades no corresponde al concepto de indemnización. Habrá de decretarse como obligación contractual.

Fluye de lo dicho la infirmación del fallo de segunda instancia y la revocación del de primera, ya que lo dicho hasta aquí es suficiente para casar la sentencia del Tribunal de Barranquilla y revocar la del Juez, obrando la Sala como Juez de instancia.

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

1º Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla de fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres.

2º Revócase la sentencia de primera instancia proferida por el Juez 2º del Circuito de Barranquilla de fecha veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta y dos.

3º Se declara terminado el contrato celebrado entre el señor Juan León Linero y Louis Giese-

ken C., contenido en el documento privado otorgado en Barranquilla el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta.

4º Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a Linero a restituir a Gieseken los enseres a que se refiere el inventario inserto en dicho contrato.

5º Condénase a Linero a pagar a Gieseken la suma de ochenta y ocho pesos ($ 88.00) moneda legal, valor de las dos mensualidades que dejó de cubrirle.

6º Absuélvese al demandado Linero de los demás cargos de la demanda.

7º Sin costas en el recurso ni en las instancias.

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

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

Acción petitoria de disminución proporcional del precio de venta de una finca raíz por cabida

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

En libelo presentado y repartido el 30 de julio de 1940 al Juzgado 5º Civil de este Circuito, la señora Clementina Barragán de Muñoz demandó en juicio ordinario a Francisco Peñaranda Arenas, y solicitó que se hicieran contra él, en sentencia definitiva, las declaraciones que a continuación se sintetizan:

Que el demandado debe sufrir, en favor de la demandante, la disminución proporcional en el precio de la venta que le hizo a ésta, de un lote que dijo tener 1.125 varas cuadradas y que sólo tiene 937.50.

Que como el precio del referido lote, con relación a su cabida de 1.125 varas cuadradas, fue de $ 6.500, la disminución que debe sufrir el demandado y reembolsar o pagar a la demandante es la cantidad de $ 1.081.87.

Que el demandado debe pagarle también los intereses legales de esta cantidad, desde el 24 de noviembre de 1939, fecha del contrato.

Que igualmente debe pagarle el demandado los perjuicios sufridos, que la actora estima en $ 2.000, y las costas del juicio.

En subsidio solicitó que tanto el valor de la disminución como el de los perjuicios que debe pagarle el demandado, sean fijados por el Juez. de acuerdo con los correspondientes dictámenes periciales y demás pruebas que arroje el expediente, y que los intereses se fijen teniendo en cuenta las disposiciones legales respectivas.

Los principales hechos básicos de la demanda son:

Que por escritura número 3510, de 24 de noviembre de 1939, de la Notaría Cuarta de Bogotá, Peñaranda Arenas vendió a la demandante un lote de terreno situado en el barrio de Chapinero, de esta ciudad, en la urbanización de La Concepción.

Que según afirmó Peñaranda Arenas en la escritura de venta, dicho lote tiene una cabida total de 1.125 varas cuadradas y está compuesto de los lotes números 149 y 150, conforme al plano de la mencionada urbanización de La Concepción, más una faja o zona de 3 metros de Oriente a Occidente y de 20 metros de Sur a Norte, en la parte en que colinda con los lotes números 142 y 143 del mismo plano.

Que el precio de venta fue la cantidad de $ 6.500, con relación a la cabida asegurada por el vendedor, de 1.125 varas cuadradas.

Que teniendo en cuenta dicha cabida la demandante mandó hacer los planos para la construcción de tres casas, pero que el lote en realidad no tenía sino 937.50 varas cuadradas, por lo cual le faltaban 187.50 varas cuadradas, cuyo valor es el que debe pagar el demandado.

La demanda contiene la enumeración de otros hechos relacionados con los perjuicios que dice haber sufrido, los que no se considera necesario resumir aquí.

Amitida la demanda y dada en traslado, el demandado la contestó oponiéndose a la acción intentada. Negó algunos de los hechos y aceptó otros. A los marcados con las letras b) y k) contestó:

"b) El lote vendido tiene una cabida de un mil ciento veinticinco varas cuadradas (1.125 v²), de acuerdo con el plano de La Concepción, que fue debidamente aprobado por el Municipio de Bogotá."

"k) No es cierto. En la escritura correspondiente consta que la venta la hizo mi poderdante teniendo en cuenta los títulos anteriores y el plano de la urbanización de La Concepción, que la demandante tuvo a la vista antes de extender la escritura en la Notaría, cuando fueron estudiados por sus abogados los títulos."

Luégo agregó:

"Presento la certificación de la Secretaría de Obras Públicas Municipales de Bogotá, Departamento de Urbanismo, de la cual aparece que el plano de la urbanización de La Concepción, en el barrio de Chapinero, fue aprobado en el año de mil novecientos veintinueve, por escritura pública número 3028, de 24 de agosto de tal año y de la Notaría Segunda de Bogotá, escritura que no presento por no tenerla en mi poder."

Surtida la tramitación propia de la primera instancia, vino la sentencia de fecha diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y dos,

que negó las peticiones formuladas en la demanda, por carecer la señora Clementina Barragán de Muñoz de la acción intentada, y, en consecuencia, absolvió al demandado de dichos cargos, sin condenar en costas.

Consideró el Juez *a quo* que no hay duda alguna de que el lote vendido por cabida es un predio urbano, destinado a la edificación de casas, dentro del área urbanizable de la ciudad, por lo cual es improcedente la acción ejercitada con base en los artículos 1887 y 1888 del Código Civil, pues no se trata de un predio rústico.

Apelada dicha sentencia por la parte demandante y sometido el negocio a la ritualidad correspondiente al segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá pronunció la sentencia de fecha dos de julio de mil novecientos cuarenta y tres, que revocó la de primera instancia y en su lugar resolvió:

"Primero. Condenar a Francisco Peñaranda Arenas a restituír a Clementina Barragán de Muñoz la cantidad de mil ochenta y un pesos con ochenta y siete centavos ($ 1.081.87) en moneda legal, y los intereses legales sobre dicha cantidad desde el trece (13) de septiembre de mil novecientos cuarenta (1940) hasta el día del pago, suma equivalente a la disminución proporcional del precio de la compraventa recogida en la escritura número 3510, de 24 de noviembre de 1939, de la Notaría 4ª de Bogotá.

"Segundo. Negar todas las demás peticiones de la demanda.

"Sin costas en ninguna de las instancias."

Dice la sentencia del Tribunal:

"Como la cabida que el señor Peñaranda Arenas declaró vender fue de 1.125 v² y la real es de 937.50 v², se sigue que doña Clementina tiene derecho a que se le disminuya el precio en $ 1.081.87, que es la proporción equivalente a 187.50 v² sobre el precio total de $ 6.500.

"La diferencia de cabida fue establecida claramente por los peritos, quienes rindieron su dictamen uniforme sobre el particular, el cual constituye plena prueba al tenor del artículo 772 (sic) del Código Judicial.

"Explica la diferencia entre la cabida real y la declarada el hecho de que se vendió por el plano protocolizado por escritura número 2556, que es el mismo custodiado en el Departamento de Catastro, el cual indica el ancho de las calles y carreras, con excepción de la carrera 13, ancho que los peritos estimaron, por escala, en 28 metros; en tanto que la anchura real y efectiva de dicha vía ha sido de 34 metros, que es la que reza el plano de la Sección de Urbanismo, precisamente el aprobado y adoptado oficialmente desde el 24 de agosto de 1929 en adelante, y el que se ha ejecutado para todas las construcciones que existen en dicho sector desde junio de 1937."

Contra la opinión del Juzgado, estimó el Tribunal que según alguna jurisprudencia de la Corte y la definición que trae el Diccionario de la Lengua, edición de 1884, el lote de que se trata debe considerarse como rústico y no como urbano.

El recurso.

Contra esta sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del demandado, recurso que se decide hoy por haber llegado la oportunidad de hacerlo.

Con apoyo en la primera de las causales de las que enumera el artículo 520 del Código Judicial, el recurrente formula contra la sentencia acusada tres cargos, a saber:

A. Con relación a la cabida.

Alega que se violó el artículo 1887 del Código Civil, por aplicación indebida y errónea interpretación, y que se infringió, de manera indirecta, el 1888.

Sostiene que el lote en discusión no fue vendido lisa y llanamente con relación a su cabida, sino con relación a la cabida indicada en el plano que las partes tuvieron como elemento de referencia para determinar la cosa vendida, y que dicho plano no ha sido tachado por la demandante, ni ésta ha demostrado que esté equivocado. Que, además, el lote no fue medido, para comprobar que no tiene la cabida señalada en el plano mencionado, pues los peritos dijeron al contestar la pregunta tercera del cuestionario del demandado:

"No estando, como se ha dicho, demarcados sobre el terreno, ni suficientemente deslindados los lotes números 149 y 150, ni la faja correspondiente a parte de los lotes números 142 y 143, *no es posible hacer la mensura de los mismos.*" (Cuaderno número 3, folio 18).

B. Con relación a la entrega.

Violación de los artículos 1887 y 1888 del Código Civil y 723 del Código Judicial, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la prueba pericial practicada en el juicio, en relación a la anchura de la carrera 13.

Dice el recurrente que conforme a la cláusula *sexta* de la escritura de contrato, el vendedor hizo a la compradora entrega real y material del lote de terreno vendido, por los linderos y demás especificaciones indicadas en la cláusula *primera* de dicho instrumento, en donde se determinó el lote con arreglo al plano de la urbanización de La Concepción, según el cual la anchura de la carrera 13 es de 28 metros. Que tanto los peritos, en su dictamen, como los cer-

tificados del Departamento de Urbanismo del Municipio, reconocen esa anchura de 28 metros, y que nada importa que los peritos digan que posteriormente el Municipio, por sí y ante sí, cambiara el ancho de la carrera 13. Que el Tribunal acogió la anchura de 34 metros cuando ha debido acoger la de 28, porque ésta estaba aprobada por los colindantes interesados y el Municipio, y aquélla nó.

C. Cabida y entrega.

Violación de los artículos 1494, 1527, 1757, 1887 y 1888 del Código Civil y 26 de la Constitución Nacional, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar las pruebas que obran en autos, así:

a) Error manifiesto de hecho al no apreciar los certificados del Departamento de Urbanismo del Municipio que figuran a los folios 13 vuelto del cuaderno número 1; 32, del cuaderno número 3; y 4 vuelto del cuaderno número 5, certificados con los cuales se comprueba plenamente que el plano de la urbanización de La Concepción fue aprobado por el Municipio en el año de 1929.

b) Error de hecho y de derecho al apreciar el dictamen de los peritos, visible a folios 17 y 18 del cuaderno número 3. En efecto, los peritos dijeron al folio 18 vuelto:

"No estando demarcados sobre el terreno los lotes conforme al plano que indica las dimensiones lineales y el área de los lotes en cuestión, no puede apreciarse con exactitud lo que debe entenderse por 'actual globo de terreno formado por los lotes números 149 y 150'. Con todo y considerando que en los planos de la urbanización aparece un ancho de 28 metros para la carrera 13, y que la demarcación municipal fue hecha para un ancho de 34 metros, se concluye que la faja cercenada por el Municipio para la ampliación de la carrera 13 fue de seis metros de ancho por una longitud de 20 metros, correspondiente a los lotes 149 y 150, faja cuya superficie es de 120 metros cuadrados, o sea de 187.50 varas cuadradas."

Dice el recurrente que de este concepto de los peritos resultan comprobados los siguientes hechos: Que los peritos no midieron sobre el terreno el lote vendido, y que, por lo mismo, no se ha probado que dicho lote no tenga la cabida estipulada; que los peritos, sin medir el lote, dedujeron que faltaban 187.50 varas cuadradas, porque tomaron el ancho de la carrera 13 de 34 metros, cuando han debido tomarlo de 28, que es el que corresponde a los planos aprobados por el Municipio en 1929; que de los planos de la urbanización de La Concepción aparece la carrera 13 con una anchura de 28 metros entre paramentos, que es la única obligatoria para los colindantes del Municipio y dueños de terrenos; y que precisamente tomando esa anchura de 28 metros, inicial y definitivamente aprobada en 1929, resulta el lote vendido con una superficie de 1.125 varas cuadradas, que fue exactamente la cabida estipulada.

Estudio de los cargos.

Se considera:

En concepto de la Sala son fundados los dos últimos cargos formulados por el recurrente. En efecto, el Tribunal no apreció legalmente los certificados del Departamento Municipal de Urbanismo, citados por aquél, ni dio al dictamen pericial la interpretación que conforme a la ley le corresponde.

Dicen los aludidos certificados:

El Ingeniero Jefe del Departamento de Urbanismo, en cumplimiento de lo ordenado por el Secretario de Obras Públicas del Municipio, certificó el 25 de septiembre de 1940, bajo el número 612:

"Que el plano de la urbanización denominada La Concepción, en el barrio de Chapinero, calles 69 a 70, entre carreras 13 y 17, fue aprobado en el año de 1929 y sus calles fueron cedidas al Municipio por escritura número 3028, de fecha 24 de agosto de 1929, Notaría Segunda de Bogotá." (Cuaderno número 1, folio 13 vuelto).

El mismo Ingeniero Jefe, previa la orden del Secretario de Obras Públicas, certificó el 24 de febrero de 1941, bajo el número 0111:

"1º Que en los archivos del Departamento de Urbanismo se encuentran dos planos de la urbanización denominada La Concepción; uno en escala de 1:1.000, levantado por el doctor Jorge Acosta V., autorizado en el año de 1929 por el doctor Pedro M. Silva, Ingeniero de Construcciones del Municipio, y aprobado según escritura número 3028, del 24 de agosto de 1929, de la Notaría Segunda de Bogotá, y otro, igual al anterior pero en escala de 1:500, con la subdivisión de las manzanas en lotes.

"2º Que es de presumirse que la citada urbanización, en virtud de la aprobación de los planos a que se acaba de hacer mención, abrió al público la venta de lotes.

"3º Que hay una diferencia entre el paramento de construcción que tiene la urbanización sobre la carrera 13, entre las calles 69-A y la 73, y el actual paramento en el mismo sector, y que dicha diferencia corresponde a un retroceso de 6.40 metros.

"4º Que el nuevo paramento así retrocedido comenzó a regir desde el mes de junio de 1937,

fecha en que fue aprobado el proyecto de ampliación de la carrera 13 a 36 (sic) metros, por la Secretaría de Obras Públicas Municipales." (Cuaderno número 3, folio 32).

El propio Ingeniero Jefe, previa la orden de la Secretaría de Obras Públicas, certificó el 18 de diciembre de 1942, bajo el número 0922:

"1º Que el plano de la urbanización de La Concepción que se acompaña a la presente certificación es cópia del que existe en los archivos del Departamento de Urbanismo, en escala 1:1000, que tiene la firma del Ingeniero Jorge Acosta V., mayo de 1929, que tiene una leyenda que dice: 'Aprobado por escritura número 3028, de 24 de agosto de 1929, Notaría 2ª (Fdo), *Pedro M. Silva,* Ingeniero de Const.; agosto 29 de 1929'."

"2º Que el plano que se acompaña a la presente certificación, en escala 1:500, corresponde al aprobado en escala 1:1000, arriba citado, en lo que se relaciona con el ancho de vías." (Cuaderno número 5, folios 4 vuelto y 5).

Con los certificados que acaban de transcribirse; con los planos de la urbanización de La Concepción, a que aluden dichos certificados y que en copias auténticas obran en autos; con el concepto pericial, transcrito atrás, en parte, rendido por los ingenieros Ernesto González Concha y Julio Carvajal, visible en su totalidad a los folios 17 a 19 del cuaderno número 3; con la escritura de contrato, número 3510, y con las declaraciones de los señores Roberto Posada (folio 6), Luis Soto del Corral (folio 7 vuelto) y doctor Víctor M. Pérez (folio 11), del cuaderno número 2, se ha comprobado plenamente por el demandado en este juicio:

Que los planos de la urbanización de La Concepción fueron aprobados por el Municipio en el mes de agosto de 1929 y sus calles cedidas a dicha entidad por escritura número 3028, de los citados mes y año, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá; que según tales planos, el ancho de la carrera 13, cedido al Municipio, fue de 28 metros; que correspondiendo a la carrera 13 conforme a los mismos planos, únicamente un ancho de 28 metros, el lote de terreno vendido por Peñaranda Arenas a la demandante sí tiene la cabida estipulada, o sean 1.125 varas cuadradas; que Peñaranda Arenas entregó a la demandante, y ésta declaró haberlo recibido, el lote materia del contrato, conforme a las determinaciones de los referidos planos, y, por tanto, con la cabida que ellos indican; que con base en aquellos planos se ha ido desarrollando la aludida urbanización y se han realizado las enajenaciones de los lotes respectivos; que posteriormente a la aprobación de los planos de que se ha venido hablando, el Municipio resolvió la ampliación de la carrera 13 a 34 metros y al efecto elaboró el proyecto de ampliación o plano correspondiente, que fue aprobado en el mes de junio de 1937; que los peritos no midieron, sobre el terreno, el lote sobre que versa el pleito, pero que de su exposición se deduce, sin lugar a duda, que si se acepta el ancho de 28 metros para la carrera 13, que tiene conforme a los planos de la urbanización, el lote vendido tiene la cabida estipulada, de 1.125 varas cuadradas, pero que si se acepta el ancho de 34 metros que la carrera 13 debe tener conforme al proyecto de ampliación elaborado por el Municipio, le faltan al lote vendido 187.50 varas cuadradas.

Con base en tales hechos, sobre los cuales, además de estar plenamente demostrados, no discuten las partes, se observa:

Peñaranda Arenas, fundado en los planos de la urbanización de La Concepción, debidamente aprobados por el Municipio, vendió el lote objeto del pleito, con la cabida señalada en esos planos y con la advertencia de que vendía lo mismo que había comprado por escritura número 1612, de 23 de junio de 1937, de la Notaría Cuarta de Bogotá. Dicho lote tiene la cabida estipulada, según los citados planos. Es claro que si el Municipio, después de aprobarlos, resolvió y proyectó, por sí y ante sí, la ampliación de la carrera 13, debe expropiar y pagar a los propietarios respectivos las fajas necesarias para realizar la ampliación proyectada, pero ese es un problema que la demandante deberá discutir y resolver con el Municipio y no con Peñaranda Arenas, quien no siendo ya dueño del lote en referencia nada tiene que hacer frente al Municipio, y como éste sólo tiene título de propiedad sobre una faja de 28 metros de anchura en lo tocante a la carrera 13, es claro e incuestionable que si desea ampliar esa anchura a 34 metros, o más, tiene que adquirir las zonas correspondientes, haciendo los arreglos necesarios con los actuales propietarios, o expropiando tales zonas, mediante las indemnizaciones que ordena la ley.

Como dice el recurrente, el Tribunal erró de hecho y de derecho al no tener en cuenta los certificados del Departamento de Urbanismo, que atrás se copiaron, con los cuales se comprueba plenamente que el Municipio aprobó los planos de la urbanización de La Concepción desde el mes de agosto de 1929, y al no interpretar debidamente el concepto pericial, también citado. Todavía más: en un pasaje de la sentencia dice el Tribunal: "....en tanto que la anchura real y efectiva de dicha vía ha sido de 34 metros, que es la que reza el plano de la Sección de Urbanismo, precisamente el aprobado y adoptado oficialmente desde el 24 de agosto de 1929 en adelante", sin que pueda saberse en qué se fundó para hacer esas afirmaciones, porque lo que

consta en los certificados del Departamento de Urbanismo es que los aprobados el 24 de agosto de 1929 fueron los planos de la urbanización de La Concepción, y que el proyecto de ampliación de la carrera 13 sólo fue aprobado en junio de 1937.

Se deduce de todo lo expuesto que prospera el recurso de casación que se ha venido estudiando y que, en consecuencia, debe infirmarse la sentencia acusada, para confirmar, en cambio, la de primer grado, aunque por razones distintas, como se ha visto, las cuales sirven también de soporte a la sentencia de instancia que se dicta. No quiere esto decir que la Corte encuentre equivocadas las razones en que fundó su decisión el Juez *a quo* y que el Tribunal rechazó, sino que no habiendo sido acusada la sentencia por ese extremo no era el caso de entrar a estudiarla. No obstante, no sobra advertir aquí que en concepto de la Sala es muy claro que el lote de terreno sobre que versa el pleito es urbano y no rústico, porque no hay la menor duda de que se halla dentro del perímetro urbano y evidentemente destinado a construir en él edificaciones, lo que, en concepto de los tratadistas y también de acuerdo con la definición que trae el Diccionario de la Lengua, edición de 1914, le da la calidad de predio urbano. Desde ese punto de vista es acertada y jurídica la sentencia de primer grado, pues la acción de que hablan los artículos 1887 y 1888 del Código Civil, se refiere únicamente a los predios rústicos y no a los urbanos.

En atención a 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 Bogotá el dos de julio de mil novecientos cuarenta y tres, y en su lugar confirma la dictada por el Juez 5º Civil de este Circuito con fecha diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y dos.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Acción para el pago de una suma de pesos.—Cosa juzgada

1. La inversión de los papeles, por haber sido demandado el que después se hace demandante en un juicio, no desvirtúa la identidad jurídica de las partes cuando se debate la misma cuestión y se aduce la misma prueba.

El artículo 473 del Código Judicial establece el principio general de la relatividad de la cosa juzgada respecto de las partes militantes en un proceso, principio general, como acaba de expresarse, que tiene unas pocas excepciones porque hay casos en que ciertos fallos tienen fuerza erga omnes, como los contemplados en los artículos 401 del Código Civil y 476 del Código Judicial. Por lo mismo que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas (artículo 17, Código Civil), el legislador reafirmó ese principio y lo desarrolló en el artículo 473 del Código Judicial, que enseña que la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene fuerza de cosa juzgada y este fenómeno jurídico y legal tiene incidencia cuando dictado un fallo, las partes que intervinieron en el litigio pretenden revivirlo incoando una nueva acción, la misma acción, sobre lo mismo que fue materia de la decisión anterior. La obligatoriedad de la primera sentencia, que emana precisamente del artículo 17 del Código Civil, inhibe a las partes o a alguna de ellas para volver a reclamar o pedir judicialmente lo mismo que fue materia del primer fallo y esa inhibición, o mejor, impedimento legal, se presenta y surge cuando se reúnen las tres condiciones que exige el artículo 474 del Código Judicial, inhibición o prohibición que quebrantada por el juzgador produciría la nulidad absoluta del nuevo fallo. En las sentencias que tienen fuerza erga omnes el factor de la identidad jurídica de las partes pierde su operancia, como uno de los elementos constitutivos de la cosa juzgada, por cuanto dada la generalidad de esos fallos, que comprometen a los terceros, ese factor se amplía saliendo de la órbita dentro de la cual actuaron las partes, para extenderse a toda otra persona.

2. Es preciso no confundir la causa petendi, que es la que configura la identidad de ésta con los documentos, argumentos o pruebas en que se apoya aquélla, porque si no se hace la distinción que acaba de señalarse, todo proceso judicial podría revivirse invocando nuevos argumentos o presentando nuevas pruebas o complementándolas. Lo que queda más de bulto si se considera lo siguiente: Una obligación, especialmente si es dinero, puede extinguirse por varias causas como pago, compensación, confusión, remisión, etc. Una sentencia que desconozca la extinción por pago, no inhibe o impide a quien propuso esa defensa, para volver a incoar nuevo juicio para obtener esa misma declaración, por confusión, por ejemplo, porque entonces no se trata del mismo documento vinculado al primer pleito, ni del mismo argumento relacionado con el primer elemento probatorio, sino que la causa petendi ha variado, es diferente.

3. La naturaleza de la cosa juzgada, tal como fue configurada por el Derecho Romano, pasó al moderno, que la considera no sólo como la simple exceptio antigua, sino también como la actio. Res judicata pro veritate habetur fue la fórmula que expresó la presunción legal al respecto, presunción que establecen todas las legislaciones, unas en el Código Civil, como en Francia (artículo 1351), otras en el Código de Procedimiento, como en Colombia (artículo 473). En todas las legislaciones se configura ese fenómeno exactamente con los mismos tres elementos que señalaron los juristas y legisladores romanos, a saber: idem jus, eadem causa petendi, eadem conditio personarum, elementos que traducidos literalmente forman la primera parte del artículo 474 del Código Judicial, que corresponde exactamente al artículo respectivo del Código de Enjuiciamiento especial. La presunción de verdad de la cosa juzgada puede ser desvirtuada excepcionalmente en el derecho colombiano, de dos modos: o por la acción consagrada en ciertos y determinados textos legales, y relativa a juicios que no tienen el carácter de ordinarios, o por la acción extraordinaria establecida por el legislador en el artículo 542 del Código Judicial, respecto de las sentencias ejecutoriadas proferidas por la

Corte Suprema o por un Tribunal Superior. En el primer caso, y por disposición expresa de la ley (inciso 2º del artículo 473 del Código Judicial), en ciertos juicios especiales el fenómeno de la cosa juzgada no se produce y de ahí que no obstante la sentencia proferida en ellos quede en pie la acción ordinaria. La Corte, en sentencia de 17 de agosto de 1944, ha hecho relación de tales juicios. En otros juicios, es el recurso de revisión, término éste que usa en dos sentidos el legislador colombiano, lo cual da lugar a confusiones. Ese recurso, que es el consagrado en el Capítulo VIII del Libro II del Código Judicial, es por su naturaleza extraordinario y taxativo, y no va encaminado a dar campo a que se exhiban o presenten nuevas pruebas sino que brinda una oportunidad a las partes para presentar aquellas que sean decisivas, y que no pudieron presentarse por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida, como brinda también la ocasión para demostrar que los documentos que se tuvieron en cuenta al tiempo de fallarse no eran conocidos como falsos por una de las partes, y cuya falsedad se ha reconocido después; así como también brinda la oportunidad para comprobar que la prueba testimonial en que se basó el fallo es ineficaz por haber sido condenados los testigos por falso testimonio o que la sentencia es injusta, por cohecho, violencia o fraude.

La excepción que consagra este recurso extraordinario no tiene otro fin que el de evitar el imperio legal y judicial de una sentencia, en que el fraude o la violencia, en algunos de sus aspectos haya tenido interferencia eficaz y directa en la sentencia, pero no puede estimarse como uno nuevo, en que haya amplitud absoluta de pruebas, porque la revisión no tiene ese fin sino el ya expresado. Por eso ese cargo es taxativo y muy ceñido a las condiciones que al respecto expresa la ley y no se desarrolla sino dentro de los términos restrictos que ella misma indica.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Antecedentes del presente pleito son éstos:

El 9 de febrero de 1924 José Isaac Carreño se declaró deudor del señor Ascensión Moreno por la suma de $ 6.000 que se obligó a pagarle dentro del plazo de dos años contados desde el 9 de febrero mencionado.

El 24 de octubre de 1924 murió el acreedor Moreno, quien otorgó testamento en que instituyó heredero universal y albacea a su hermano Gregorio Moreno.

El documento en que consta la deuda de los $ 6.000 quedó depositado en manos del doctor Andrés Girardot, médico de Ascensión Moreno, quien se lo entregó al deudor Carreño mediante la presentación de un recibo por el total de la deuda, expedido por Gregorio Moreno, días después de la muerte de Ascensión, y cuando aún faltaban más de quince meses para vencerse el plazo que el acreedor había concedido al deudor.

El 10 de marzo de 1925, la viuda de Ascensión Moreno, señora Rosa María Hurtado de Villamarín, quien abandonó el hogar de su marido, según lo expresa éste en su testamento, le transfirió a título de venta a Romualdo Torres los derechos y acciones que a título de gananciales, herencia y porción conyugal le corresponden o puedan corresponderle en la sucesión de su marido.

En virtud de esa cesión, Torres demandó a Carreño en septiembre de 1927, para que por la vía ordinaria se condenara a éste a pagarle a la sociedad conyugal Moreno-Hurtado la suma de $ 6.000 más sus intereses correspondientes.

Se fundó esta demanda en lo siguiente: En que Carreño era deudor de Ascensión por $ 6.000 y que el pago nó lo había hecho realmente no obstante el recibo que le expidió Gregorio Moreno al deudor.

El demandado Carreño contestó la demanda admitiendo que se había obligado a pagarle a Moreno la suma de seis mil pesos, pero que estaba ya solucionada en virtud del pago de ella. Propuso por consiguiente la excepción de pago, fuera de algunas otras.

Trabada la litis, no sobre la constitución de la deuda que el demandado admitió, sino sobre su vigencia al tiempo de la demanda, el Juzgado del Circuito de El Cocuy en sentencia de 15 de octubre de 1930, falló en primera instancia condenando a Carreño a pagar la mitad de la suma demandada, por considerar que tratándose de un crédito que pertenecía a la sociedad conyugal, el heredero del cónyuge premuerto no podía cancelarla sino en lo que a él le correspondía, que era la mitad.

Subido el negocio, por apelación, al Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, éste profirió la sentencia de 20 de junio de 1936, en la forma que sigue: Condenó a José Isaac Carreño a pagarle a la sociedad conyugal que existió entre Ascensión Moreno y Rosa María Hurtado, la suma de seis mil pesos y declaró no probadas las excepciones de pago y petición de modo indebido presentadas por el demandado.

Para rechazar la excepción de pago, tuvo en cuenta el Tribunal que el recibo presentado para demandarlo, era ineficaz, porque no estaba reconocido por Gregorio Moreno, ni abonada la firma de éste por los testigos que lo suscribieron y porque no había sido aducido original sino en copia rechazada en todo momento por el actor.

Contra ese fallo interpuso recurso de casación la parte demandada y esta Superioridad mantuvo la sentencia recurrida en fallo dictado el 25 de junio de 1937. La Corte sostuvo que Torres podía pedir para la sociedad conyugal en su carácter de cesionario de Rosa María Hurtado, cónyuge sobreviviente de Ascensión Moreno y respecto de la excepción de pago, defensa que estudió detenidamente, concluyó que el fallador de Santa Rosa de Viterbo no había violado ninguna disposición legal al declarar ineficaz la prueba presentada para demostrarla.

Con estas sentencias, como título, Romualdo Torres ejecutó a José Isaac Carreño, ante el Juez del Circuito de El Cocuy, a fin de que se librara orden de pago a cargo de Carreño y a favor de la sociedad conyugal mencionada, por la suma de seis mil pesos, sus intereses correspondientes y las costas del juicio.

El Juzgado dictó mandamiento ejecutivo el 24 de junio de 1938 y al serle intimado al deudor, manifestó que la suma por la cual se le ejecutaba, la había pagado. En dicho juicio el ejecutado Carreño presentó las excepciones de ilegitimidad de la personería del demandante y pago de la deuda. Respecto de la primera, la fundó en que no habiéndose liquidado aún la sociedad conyugal, no se le había adjudicado el crédito a ninguno de los herederos y por lo tanto, ninguno podía cobrarlo por sí solo. Respecto de la excepción de pago, la volvió a fundar en el mismo recibo que desestimó el Tribunal y cuya desestimación halló legal la Corte.

El incidente de excepciones terminó en primera instancia con la sentencia de 22 de enero de 1940, que declaró no probadas las excepciones propuestas por el ejecutado. Apelada esa resolución, fue confirmada el 20 de junio del mismo año por el Tribunal de Santa Rosa.

Las dos sentencias se fundan en la consideración de que las excepciones propuestas fueron consideradas en los fallos cuyo cumplimiento se pidió en el juicio ejecutivo, por lo cual no era pertinente volver a presentarlas ni a estimarlas. El Tribunal mencionado refiriéndose a esas defensas, dijo lo siguiente: "fueron las mismas propuestas y con igual fundamento en el juicio que terminó con los fallos de que se ha hecho mérito, en los cuales se debatieron ampliamente los tópicos enunciados, tratándose con profusión de argumentación".

El ejecutado José Isaac Carreño, promovió entonces juicio ordinario contra Romualdo Torres, encaminado a que se revisaran los fallos del incidente de excepciones, para lo cual invocó el artículo 1030 del Código Judicial y adujo como razón, la de que no se tuvo en cuenta la prueba del pago.

Este juicio ordinario fue incoado ante el Juzgado del Circuito de Málaga, por ser el demandado Torres vecino del Municipio de Macaravita, de la comprensión de aquel Circuito. El 3 de noviembre de 1942 el Juez de Málaga puso fin a la primera instancia, al mencionado juicio de revisión, negando las declaraciones impetradas en la demanda. Apelada la sentencia por el demandante, el negocio subió al Tribunal Superior del Distrito de Bucaramanga, que cerró la segunda instancia con su sentencia de 27 de agosto de 1943, en la cual confirmó la apelada aunque por otras razones. La de primer grado negó las peticiones de la parte actora, porque no encontró fundados lo hechos en que se apoya la demanda, y la de segundo grado, porque dedujo la excepción de cosa juzgada.

Interpuso recurso de casación el apoderado de Carreño y tramitado debidamente, pasa a decidirse.

La sentencia acusada la funda el Tribunal en dos bases: a) No existe la ilegitimidad de la personería del ejecutante, porque Torres como cesionario de la viuda Hurtado de Moreno, tiene las mismas acciones y derechos que ésta para demandar en nombre de la sociedad conyugal y de la herencia de Ascensión Moreno; b) Respecto de la excepción de pago el fallador dedujo la excepción de cosa juzgada, porque ese extremo fue materia de la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo y de la Corte Suprema, ya mencionadas y en esos fallos se concluyó que no se había demostrado esa defensa, demostración que pretende hacer en este juicio el demandante, basado en la misma prueba que adujo en el juicio que decidió la Corte en su sentencia de 25 de junio de 1937, ya mencionada. Sobre el particular y a la luz de los artículos 473 y 474 del Código Judicial estudió los elementos que configuran la cosa juzgada y halló que estaban demostrados y existen en este proceso.

El recurrente invoca en casación las causales consagradas por los numerales 1º y 2º del artículo 520 del Código Judicial.

Refiriéndose al primer cargo acusa la sentencia como violadora, por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 17 del Código Civil, 473, 474 y 1025 del Código Judicial y toda su acusación está destinada a demostrar que no existe la cosa juzgada en este caso. Esto determina a la Corte a estudiar si existen los ele-

mentos esenciales de la cosa juzgada o sean identidad jurídica de las partes, identidad del objeto e identidad de la causa y si el Tribunal erró al considerar y concluir que tales elementos se presentan y están demostrados en ese pleito.

Las partes que han intervenido en todos los litigios a que ha dado lugar el cobro de la deuda son las mismas, o sean: Romualdo Torres y José Isaac Carreño. Aquél cobra la obligación, éste no niega su existencia pero asevera que está extinguida por pago. Torres demandó en juicio ordinario a Carreño para que pagara la deuda, Carreño propuso la excepción de pago, que no prosperó. Entonces Torres ejecutó a Carreño, quien volvió a proponer la misma excepción, fundado en el mismo documento extintivo, defensa que no triunfó. Luégo Carreño entabló el presente juicio, para la revisión de las sentencias de excepciones, en el que pretende demostrar nuevamente la excepción de pago, fundado en definitiva en el mismo documento que presentó en el juicio ordinario anterior.

Por lo expuesto salta a la vista que existe identidad jurídica entre las partes que es una de las condiciones esenciales que establece el artículo 474 del Código Judicial. Es cierto que en este juicio están invertidos los papeles y que Carreño es demandante y Torres demandado, pero como lo observan los tratadistas, entre ellos Ricci, esa inversión no desvirtúa la identidad jurídica de las partes cuando se debate la misma cuestión y se aduce la misma prueba. El expositor que acaba de citarse se expresa así: no puede rechazarse la cosa juzgada "porque en el primer juicio el actor resulte ser hoy el demandado, y viceversa, toda vez que la distinta posición judicial de actor y demandado no implica nada para que la personalidad jurídica les sea la misma, siendo además la misma la cuestión y también el fundamento o causa en que la cuestión se apoye". *(Tratado de Pruebas,* tomo II, página 483, número 676).

La identidad de objeto, otra de las condiciones establecidas por la ley para que surja el fenómeno de la cosa juzgada, está también acreditada en el juicio. En efecto: por lo que se ha relacionado aparece de bulto que de lo que se ha tratado desde el principio, en los tres litigios a que ha dado lugar el cobro de la deuda es no sólo el de hacerla efectiva sino el de demostrar por parte de Carreño que aquélla se extinguió por pago. En el juicio que hoy falla la Corte se trata del mismo punto, por donde se ve que la identidad de objeto es del todo indiscutible.

No una sino muchas veces esta corporación se ha referido a ese extremo y lo ha estudiado, y en sentencia de 31 de octubre de 1936 *(Gaceta Judicial,* tomo XLIV, página 461), dijo lo siguiente:

"La fuerza de la cosa juzgada no dimana sino de la parte resolutiva de la sentencia, pero ello no significa que para analizar el alcance de aquélla haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta. Se entiende por parte resolutiva de una sentencia a este respecto, no el pasaje del fallo colocado en determinado lugar, sino lo que ha sido objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que revista y el puesto que ocupe la sentencia. De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo que ha sido fallado expresamente.... El criterio adoptado por la doctrina moderna para orientarse en la averiguación sobre la identidad del objeto, consiste en investigar si en el nuevo juicio es cuestionado el mismo derecho que se afirmó o negó en el proceso anterior, aun cuando ello haya sido realizado con el fin de deducir una consecuencia no contemplada en el primitivo juicio. En las hipótesis conflictivas que se suscitan con motivo de la desigualdad de ámbito del objeto de la sentencia anterior con el de la nueva demanda, el problema se resuelve mediante el examen de si en la sentencia posterior se llegaría fatalmente a contradecir el fallo anterior, afirmando un derecho negado o negando un derecho afirmado por aquél. La causa de la sentencia es el fundamento jurídico, la fuente inmediata del derecho, o sea del objeto reclamado por vía de acción u opuesto por vía de excepción."

En la sentencia proferida por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo se estudió el valor probatorio del instrumento que como extintivo de la deuda presentó Carreño. En la sentencia proferida por la Corte, se concluyó tras un prolijo estudio que el Tribunal no había errado, por ningún concepto en la apreciación de esa prueba al estimarla como ineficaz para la extinción de la obligación. Si hoy, con esa misma prueba, se decidiera que está demostrado el pago que alega Carreño, se llegaría fatalmente a contradecir el fallo anterior, o sea el de la Corte, pronunciado entre las mismas partes y por el mismo motivo en su sentencia de 25 de junio de 1937, lo cual quebrantaría el imperio de la cosa juzgada y quebrantaría asimismo el artículo 473 del Código Judicial. El artículo 17 del Código Civil no pudo ser infringido por la sentencia. En efecto: esa norma establece el principio general de la relatividad de la cosa juzgada respecto de las partes militantes en un proceso, principio general, como acaba de expresarse, que tiene unas pocas excepciones porque hay casos en que ciertos fallos tienen fuerza *erga omnes,* como los contemplados en los artículos 401 del Código Civil y 476 del Código Judicial. Por lo mismo que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas (artículo 17,

Código Civil), el legislador reafirmó ese principio y lo desarrolló en el artículo 473 del Código Judicial que enseña que la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene fuerza de cosa juzgada y este fenómeno jurídico y legal tiene incidencia cuando dictado un fallo, las partes que intervinieron en el litigio, pretenden revivirlo incoando una nueva acción, la misma acción, sobre lo mismo que fue materia de la decisión anterior. La obligatoriedad de la primera sentencia, que emana precisamente del artículo 17 del Código Civil, inhibe a las partes o a alguna de ellas para volver a reclamar o pedir judicialmente, lo mismo que fue materia del primer fallo y esa inhibición o mejor, impedimento legal, se presenta y surge cuando se reúnen las tres condiciones que exige el artículo 474 del Código Judicial, inhibición o prohibición que quebrantada por el juzgador produciría la nulidad absoluta del nuevo fallo. Se ve por esto que el artículo 17 citado no sólo no fue violado por la sentencia acusada, sino justamente aplicado y que tiene una operancia directa con los fundamentos de la sentencia materia de este recurso. En las sentencias que tienen fuerza *erga omnes* el factor de la identidad jurídica de las partes pierde su operancia, como uno de los elementos constitutivos de la cosa juzgada, por cuanto dada la generalidad de esos fallos, que comprometen a los terceros, ese factor se amplía saliendo de la órbita dentro de la cual actuaron las partes, para extenderse a toda otra persona.

Encontró el Tribunal establecida la identidad de la causa, tercer elemento de la cosa juzgada, en el orden que se viene siguiendo en este fallo.

Dada la acusación general al respecto, precisa estudiar si evidentemente ese factor está o nó establecido.

Párte el fallador de las siguientes bases: En el primer pleito, el incoado por Torres, Carreño propuso la excepción de pago, que no le prosperó. En este pleito Carreño en definitiva tiende a demostrar esa misma excepción y ese es el alcance de su demanda de revisión de las sentencias de excepciones.

Este primer extremo es evidente en los autos.

El Tribunal sostiene que se ha presentado por Carreño como base única de su defensa el recibo, que ha exhibido en copia y que le otorgó Gregorio Moreno y que esa es la misma prueba, algo perfeccionada en este juicio, que Carreño presentó en el primer juicio ordinario y en el incidente de excepciones.

También es exacto este otro extremo. De modo que como cuestión de hecho no puede sostenerse que el Tribunal incurriera en error manifiesto al respecto.

En cuanto a la cuestión de derecho en sí misma considerada, resulta la identidad de la causa por cuanto la base de Carreño para defenderse en el primer pleito, la base de su defensa también en el incidente de excepciones, y la base de su acción en este litigio, es la misma, a saber: Extinción de su obligación por pago, el cual ha pretendido comprobar en todos esos tres juicios, con la misma prueba.

Es preciso no confundir la *causa petendi*, que es la que configura la identidad de ésta, con los documentos, argumentos o pruebas en que se apoya aquélla, porque si no se hace la distinción que acaba de señalarse, todo proceso judicial podría revivirse invocando nuevos argumentos o presentando nuevas pruebas o complementándolas.

La Corte ha tenido varias veces la oportunidad de referirse a este punto, entre otras, en sentencia de 29 de noviembre de 1929 *(Gaceta Judicial,* tomo XXXVII, página 285), sentencia citada por el fallador de Bucaramanga y que dice así:

"Es evidente que pueden existir varios medios para comprobar una causa, pero si el demandante al ejercitar su acción no adujo los medios probatorios adecuados para justificar su acción, no puede luégo ejercitar la misma acción, presentando nuevas pruebas, pues si bien es cierto que los medios son distintos, no lo es la causa, y la ley de lo que habla es de identidad de la causa y no de los medios, sin que contra este rigorismo pueda invocarse la equidad. De ahí que rechazara, un segundo pleito de reivindicación entre las mismas partes de otro anterior, sobre el mismo terreno, porque la prueba invocada era la misma escritura que en el primer pleito se presentó mal registrada, y bien registrada en el segundo."

La distinción que acaba de hacerse y que es fundamental queda más de bulto si se considera lo siguiente: Una obligación, especialmente si es dinero, puede extinguirse por varias causas, como pago, compensación, confusión, remisión, etc. Una sentencia que desconozca la extinción por pago, no inhibe o impide a quien propuso esa defensa, volver a incoar nuevo juicio para obtener esa misma declaración, por confusión, por ejemplo, porque entonces no se trata del mismo documento vinculado al primer pleito, ni del mismo argumento relacionado con el primer elemento probatorio, sino que la *causa petendi* ha variado, es diferente.

Y no está por demás observar que los expositores son unánimes en el sentido en que ha fallado la Corte y que acaba de expresarse.

No erró por lo tanto el Tribunal al estimar que el tercer elemento de que se viene tratando está establecido en el proceso.

Respecto de la otra defensa, ilegitimidad de la personería de Torres para entablar la acción, y caso de que pudiera considerarse que ese extremo es también materia de acusación, son pertinentes las mismas razones y consideraciones que se han hecho respecto del fenómeno de la cosa juzgada en cuanto al pago de la obligación.

Dadas la tesis sostenida en la acusación y la importancia del asunto, esta Corte estima que no son improcedentes otras consideraciones generales sobre la fuerza de la cosa juzgada y su naturaleza.

La naturaleza de la cosa juzgada, tal como fue configurada por el Derecho Romano, pasó al moderno, que la considera no sólo como la simple *exceptio* antigua, sino también como la *actio*. *Res judicata pro veritate habetur* fue la fórmula que expresó la presunción legal al respecto, presunción que establecen todas las legislaciones, unas en el Código Civil, como en Francia (artículo 1351), otras, en el Código de Procedimiento, como en Colombia (artículo 473). En todas las legislaciones se configura ese fenómeno exactamente con los mismos tres elementos que señalaron los juristas y legisladores romanos, a saber: *Idem jus, eadem causa petendi, et eadem conditio personarum*, elementos que traducidos literalmente forman la primera parte del artículo 474 del Código Judicial, que corresponde exactamente al artículo respectivo del Código de Enjuiciamiento español.

Sobre esa presunción, sobre casi su intangibilidad y sobre su operancia en el futuro, no ha habido discrepancia entre los doctrinantes, tanto antiguos como modernos. Por eso Demolombe después de expresar que la causa que es el fundamento de hecho en que se apoya la acción o la excepción, no puede confundirse con los argumentos de hecho o de derecho que puedan ponerse a su servicio, ni con los medios de prueba con los cuales pueda demostrarse, sostiene que si una persona demanda a otra para el pago de una suma de dinero con apoyo en una prueba testimonial y pierde el pleito, si más tarde vuelve a demandar la suma, por la misma causa y contra la misma persona, su demanda es inadmisible. (*Los Contratos*, tomo VII, números 327 y 328).

Una demanda de revisión de la naturaleza de la que es materia de este pleito, no tiene por objeto mejorar o aducir nuevas pruebas que fueron presentadas imperfectamente o que no fueron exhibidas en el primer litigio, porque entonces el imperio de la cosa juzgada desaparecería contrariando no sólo el principio de seguridad en que aquél se funda, sino el texto claro de la ley (artículo 473 del Código Judicial). Refiriéndose a ese principio se expresa así Josserand:

"La cosa juzgada no puede ser remitida a duda; es necesario terminar una vez por todas; en ella va la dignidad de la función judicial; sería ridículo y aun escandaloso que el mismo litigio pudiera ser objeto de decisiones contradictorias; la sociedad está interesada en que la cosa juzgada sea considerada como la expresión de la verdad; las decisiones judiciales se presume que expresan la verdad). (Artículo 1350)." Louis Josserand, *Derecho Civil Positivo*, tomo I, número 227, página 120).

Y Planiol, sosteniendo la misma tesis dice lo siguiente:

"Para evitar que la misma cuestión vuelva a ser objeto de procesos indefinidamente renovados, se ha establecido como una regla absoluta que lo que ha sido juzgado una primera vez no puede ser remitido por segunda delante de la justicia. La ley tiene por verdadero lo que ha sido decidido por una sentencia. Esta autoridad particular que se da a la cosa juzgada es el efecto de una presunción y por eso el Código Civil en el artículo 1351 se ocupa de ella a propósito de las presunciones." (Marcel Planiol, *Droit Civil*, tomo I, número 361, página 142).

La presunción de verdad de la cosa juzgada puede ser desvirtuada excepcionalmente en el Derecho colombiano, de dos modos: o por la acción consagrada en ciertos y determinados textos legales, y relativa a juicios que no tienen el carácter de ordinarios, o por la acción extraordinaria establecida por el legislador en el artículo 542 del Código Judicial respecto de las sentencias ejecutoriadas proferidas por la Corte Suprema o por un Tribunal Superior.

En el primer caso y por disposición expresa de la ley (inciso 2º del artículo 473 del Código Judicial), en ciertos juicios especiales el fenómeno de la cosa juzgada no se produce y de ahí que no obstante la sentencia proferida en ellos, quede en pie la acción ordinaria. La Corte en sentencia de fecha 17 del mes en curso ha hecho la relación de tales juicios que son aquellos a que se refieren los artículos 876 del Código Judicial. (Juicios especiales sobre servidumbres), 1030 ibídem (sentencias de excepciones en los juicios ejecutivos), 1151 ibídem (división material, comunidad), artículo 28 de la Ley 37 de 1931 (sobre hidrocarburos), artículo 8º de la Ley 28 de 1932 (régimen patrimonial en el matrimonio) y la sentencia de prelación de créditos (según doctrina de esta Corte. *Gaceta Judicial*, tomo LIII, página 318).

En los segundos, es el recurso de revisión, término éste que usa en dos sentidos el legislador colombiano, lo cual da lugar a confusiones. Ese recurso que es el consagrado en el Capítulo VII del Libro II del Código Judicial, es por su natu-

raleza extraordinario y taxativo y no va encaminado a dar campo a que se exhiban o presenten nuevas pruebas sino que brinda una oportunidad a las partes para presentar aquéllas que sean decisivas, y que no pudieron presentarse por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida, como brinda también la ocasión para demostrar que los documentos que se tuvieron en cuenta al tiempo de fallarse, no eran conocidos como falsos por una de las partes, y cuya falsedad se ha reconocido después; así como también brinda la oportunidad para comprobar que la prueba testimonial en que se basó el fallo es ineficaz por haber sido condenados los testigos por falso testimonio o que la sentencia es injusta, por cohecho, violencia o fraude.

La excepción que consagra este recurso extraordinario, no tiene otra finalidad sino la de evitar el imperio legal y judicial de una sentencia, en que el fraude o la violencia, en algunos de sus aspectos haya tenido interferencia eficaz y directa en la sentencia, pero no puede estimarse como un nuevo proceso en que haya amplitud absoluta de pruebas, porque la revisión no tiene esa finalidad sino la ya expresada. Por eso ese cargo, es taxativo y muy ceñido a las condiciones que al respecto expresa la ley y no se desarrolla sino dentro de los términos restrictos que ella misma indica.

Estima el recurrente que el Tribunal incidió en la causal 2ª del artículo 520 al declarar demostrada la excepción de cosa juzgada. Este reparo no puede prosperar por lo que sigue:

Al haberse dictado sentencia absolutoria, por haber sido estudiadas y denegadas todas las peticiones de la demanda, no pudo el fallador incurrir en esa causal puesto que la sentencia siendo absolutoria está en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes. No pudo haber *ultra petita* como tampoco existe ninguna declaración que estuviera fuera del debate planteado por la demanda y su contestación. Así lo tiene resuelto la jurisprudencia en varios casos.

El falladór de Bucaramanga como Juez de instancia, podía deducir de oficio la excepción perentoria de cosa juzgada al tenor del artículo 343 del Código Judicial. Pero no tuvo necesidad de apoyarse en esa norma porque dicha defensa fué alegada desde el principio.

El Tribunal de Bucaramanga estudió la cuestión debatida en esta litis de una manera completa, y por todos sus aspectos; es un fallo estrictamente jurídico y por todo lo que se deja expuesto se concluye que debe quedar en pie, por cuanto los ataques que se le han hecho en casación no tienen eficacia para quebrar su imperio.

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 del recurrente.

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

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Liborio Escallón, Isaías Cepeda, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez.—El Oficial Mayor, en propiedad, *Emilio Prieto H.*

Acción petitoria de declaración de inexistencia de un contrato

La causal 6ª no puede originarse en nulidades procedimentales, como son las que para todos los juicios enumera y autoriza el artículo 448 del Código Judicial. La consistente en la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, se funda en el quebranto del derecho de defensa garantizado constitucionalmente, y ocurre, como es obvio, solamente respecto de las personas que han sido demandadas, pues "mal podría dictarse una sentencia contra el que no fue formalmente llamado a enterarse de la demanda contra él deducida y hacer uso de los medios de defensa que la ley le brinda". Es el desconocimiento de esta formalidad esencial del enjuiciamiento que permite la defensa lo que induce la nulidad, de tal modo que no obstante haberse omitido, si la persona o personas demandadas intervienen en el juicio sin oportuna reclamación al respecto, desaparece el motivo de nulidad porque por su comparecencia quedan enteradas de la demanda contra ellas deducida y en capacidad de controvertir y defender su derecho.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Los que en seguida se enuncian son los hechos originarios de este pleito:

Por medio de la escritura pública número 1874, otorgada ante el Notario 4º del Circuito de Bogotá el 8 de octubre de 1931, Martín Vargas C., afirmando que no la había enajenado antes ni estaba sometida a embargo judicial ni condiciones resolutorias, vendió a Hernando Villa "la mitad en común y proindiviso de la casa número 92 de la carrera 13 de esta ciudad", alinderada como allí se dice, por el precio de $ 8.500, de los cuales recibió el vendedor de contado $ 1.500, habiéndose estipulado que el resto se pagaría en contados mensuales de $ 200. En la cláusula 5ª consta que la casa vendida está gravada con una hipoteca a favor del Banco de Colombia, respecto de la cual se dijo en la cláusula 6ª:

"Es condición de este contrato el que tanto el comprador señor Hernando Villa, quien adquiere como ya se dijo, la mitad de la casa relacionada, como el señor Salomón Gutt, dueño de la otra mitad, titulares los dos, a virtud de esta compraventa del dominio de todo el inmueble sobre el cual pesa el crédito que consta en la escritura citada en la cláusula anterior, que eximen a Vargas C., de cualquier responsabilidad que pudiera corresponderle por haber sido dueño de la mitad de la finca alinderada sobre la cual pesa el expresado gravamen."

Al final de la escritura se lee:

"En este estado advierte el comprador que esta compra la hace para la Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias de la cual es Gerente."

A la fecha del contrato de venta aludido, la casa estaba embargada por orden del Juzgado 3º Civil de este Circuito en el juicio especial de venta seguido por el Banco de Colombia contra Salomón Gutt y Martín Vargas. El embargo fue decretado el 5 de noviembre de 1930, registrado el 13 de ese mes y cancelado el 24 de septiembre de 1934. El instrumento número 1874 se registró el 28 de este mismo mes de 1934.

Martín Vargas demandó ejecutivamente a la Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias para el pago del resto del precio de la venta, y en esta ejecución prosperó la excepción fundada en el hecho de que la Compañía demandada, por medio de su Junta Directiva, no había aceptado ni aprobado la estipulación a su favor consignada por el comprador Villa en la escritura que recogió el contrato, de donde se deduce que la convención no producía ningún efecto para la Compañía.

Ejecutó entonces Vargas personalmente a Hernando Villa para el cumplimiento de la referida obligación, y en este juicio excepcionó éste nuevamente con fundamento en que la obligación era de la Compañía y no de él personalmente, defensa desechada por el Juez, no sólo por haber sido el punto materia de decisión judicial, sino porque "la justicia no puede aceptar que cuando se ejecuta a la Sociedad o Compañía ya nombrada por el pago de la deuda que cobra el señor Vargas, la Compañía se defienda manifestando que quien debe es el señor Villa perso-

nalmente; y cuando se ejecuta a este señor, se defiende diciendo que quien debe es la Compañía. Este círculo vicioso lo rechaza la sola lectura del instrùmento ejecutivo, el cual contiene con claridad las cláusulas necesarias para aceptar que el señor Villa, comprador de la finca, es quien quedó a deber el resto de su precio, y si lo quedó a deber, es obvio, que sólo él está en la obligación de pagarlo."

Con apoyo y referencia de estos hechos, Hernando Villa, en libelo de fecha 15 de mayo de 1940, repartido al Juzgado 7º Civil de este Circuito, en su propio nombre y como Gerente de la Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias, S. A., demandó a Martín Vargas C. para que se hagan las siguientes declaraciones:

Que es inexistente el contrato de venta contenido en la escritura pública número 1874 del 8 de octubre de 1931, "por cuanto la Compañía que figura como compradora no tuvo la intención de adquirir en razón de que la Junta Directiva de dicha Compañía no aprobó el mencionado contrato, que en todo caso el vendedor se puso en mora de entregar".

Que si se estima que en ese contrato fue el demandante el comprador, personalmente, "entonces se declare que tal contrato no ha tenido la virtud de transmitir el dominio a Hernando Villa de la cosa que aparece como vendida en la mencionada escritura, por no habérsele hecho a éste la tradición de lo vendido".

Que se declaren "nulas y en todo caso inobligatorias" para el actor las sentencias interlocutorias que decidieron las excepciones en el juicio ejecutivo seguido por el demandado contra Villa en el juzgado 8º de este Circuito y se ordene cesar la ejecución a que esas sentencias se refieren.

En subsidio de lo anterior se pide se declare absolutamente nulo el contrato referido y la tradición de la cosa que se dijo vender por "estar viciado el contrato por objeto o causa ilícita y por error de hecho capaz de viciar el consentimiento, en razón de que Vargas entendió vender a Hernando Villa, y Villa, actuante en el contrato, pretendió comprar para la Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias, pero ésta no aprobó la negociación".

Que, en consecuencia, se ordene la cancelación del registro de la citada escritura y se condene al demandado a restituir al actor y a fin de que las cosas vuelvan al estado anterior al contrato, los $ 1.500 que le pagó como parte del precio, y los perjuicios materiales y morales causados por haberle vendido una cosa que estaba fuera de comercio y en razón de los cobros ejecutivos que por tal contrato ha iniciado.

En segundo subsidio, para el caso de que no triunfe ninguna de las peticiones principales y primeras subsidiarias, pide que se declare que del precio fijado en la escritura 1874 citada debe descontarse el valor de los gravámenes que tiene la finca vendida y los gastos judiciales y privados que la Compañía Urbanizadora y el actor han hecho en razón del referido contrato.

Trabada la litis con la contradicción del demandado, que se opuso a las pretensiones del actor y negó los hechos fundamentales de la demanda, fue decidida en la primera instancia por el Juzgado del Circuito, en sentencia del 11 de junio de 1941, en la cual se declaró absolutamente nulo el contrato de compraventa contenido en la escritura 1874 del 8 de octubre de 1931, de la Notaría 4ª de este Circuito celebrado entre Martín Vargas C. y Hernando Villa, se ordenó la cancelación de su registro y se condenó al demandado Vargas a restituir al demandante la suma de $ 1.500 como parte de precio recibido, con sus intereses legales desde la fecha de la contestación de la demanda, y al demandante Villa a restituir al demandado la mitad de la casa, o su valor, con los frutos civiles a partir de la misma fecha de contestación de la demanda y en la cuantía que se fije en el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial. Se denegaron todas las demás peticiones principales y subsidiarias de la demanda y no se hizo condenación en costas.

Sentencia acusada.

Demandante y demandado interpusieron recurso de apelación contra este fallo y por ese motivo subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde, después de la tramitación del segundo grado, fue decidido en sentencia definitiva del 5 de octubre de 1934, confirmatoria de la apelada en todas sus partes. También sin costas.

De los largos razonamientos que contiene la parte motiva de esta sentencia de segunda instancia solamente se hace referenecia a los puntos o cuestiones que a través de los cargos del recurso han llegado a la consideración jurisdiccional de la Corte.

Después de advertir, con la cita de los documentos correspondientes, que está plenamente probado que la casa cuya mitad proindiviso fue el objeto de la venta de Vargas al demandante Villa, estaba legalmente embargada el 8 de octubre de 1931, fecha en que se perfeccionó la compraventa, concluye el Tribunal que tal contrato está viciado de nulidad absoluta, por ilicitud del objeto. Las demás declaraciones que contiene la sentencia sobre restituciones mutuas son las consecuencias jurídicas que corresponden a la declaratoria de nulidad, para la restitución

del estado de cosas anterior a la celebración del contrato nulo. Por lo que hace a la orden de restitución de la suma de $ 1.500, que el demandado debe hacer al actor como parte del precio de la venta que recibió, analizó el sentenciador las pruebas que el proceso ofrece sobre el conocimiento que Hernando Villa tuviera de la incomerciabilidad de la casa por efecto del embargo y concluye que no habiéndose demostrado el elemento a sabiendas que exige la ley no era de aplicación el artículo 1525 del Código Civil.

"En virtud de estas consideraciones —dice el Tribunal— debe concluírse que no obró (Villa) en el contrato a sabiendas de la ilicitud del objeto materia de él, y debe reconocérsele el derecho que le asiste para repetir lo que pagó por razón del contrato nulo."

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia, interpuso la parte demandada el recurso de casación que hoy se decide después de tramitado legalmente.

Se apoya la acusación de la sentencia en la 1ª, en la 2ª y en la 6ª de las causales legales de casación que enumera el artículo 520 del Código Judicial. En el orden que la Sala considera lógico se pasa a considerar los cargos.

Causal 6ª—Se funda esta acusación en lo estipulado en la cláusula 6ª de la escritura pública número 1874 del 8 de octubre de 1931, transcrita en esta decisión al enunciar los hechos antecedentes del litigio, conforme a la cual Salomón Gutt, lo mismo que el comprador Villa, eximieron a Martín Vargas C. de toda responsabilidad en razón de los gravámenes hipotecarios que afectaban la casa vendida.

"Si Salomón Gutt —dice el recurrente— intervino como parte en el contrato cuya inexistencia o nulidad se ha pedido y su responsabilidad está ligada a la suerte de ese contrato, es indudable que debe intervenir en el litigio planteado y en donde debe resolverse sobre su existencia y demás consecuencias, y como no se le citó para que se hiciera parte en el juicio, es patente que la nulidad indicada en el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial concurre en el presente juicio."

Se considera:

La causal 6ª que se invoca no puede originarse sino en nulidades estrictamente procedimentales, como son las que para todos los juicios enumera y autoriza el artículo 448 del Código Judicial. La consistente en la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, aducida en este caso, se funda en el quebranto del derecho de defensa garantizado constitucionalmente, y tiene ocurrencia, como es obvio, solamente respecto de las personas que han sido demandadas, pues "mal podría dictarse una sentencia contra el que no fue formalmente llamado a enterarse de la demanda contra él deducida y hacer uso de los medios de defensa que la ley le brinda". Es el desconocimiento de esta formalidad esencial del enjuiciamiento que permite la defensa, lo que induce nulidad, de tal modo que no obstante haberse omitido, si la persona o personas demandadas intervienen en el juicio sin oportuna reclamación al respecto, desaparece el motivo de nulidad porque por su comparecencia quedan enteradas de la demanda contra ellas deducida y en capacidad de controvertir y defender su derecho.

No reza la causal de nulidad de que se trata con las personas que debiendo ser demandadas no lo han sido, sino con aquellas que habiendo sido demandadas no han sido citadas ni emplazadas en el juicio en la forma legal. En el primer caso, que es el propuesto en el cargo que se estudia, la ausencia procesal se vincula, no a un aspecto simplemente procedimental o adjetivo que pudiera afectar la validez de la actuación judicial, sino que implica una cuestión sustantiva o de fondo que se traduce en la improcedencia de la acción por falta de una de sus condiciones jurídicas esenciales, que no es considerable en casación sino dentro de la primera de las causales autorizantes del recurso.

Por lo expuesto, se rechaza el primer cargo.

Causal 1ª—Tres cargos dentro de esta causal formula la demanda, a saber:

a) Violación de los artículos 1746, 963, 964 y 969 del Código Civil. Porque "el comprador Villa no puede invocar en este caso la presunción de buena fe que la ley reconoce a favor de un poseedor con ánimo de señor y dueño, porque él estaba cierto y convencido de que no había pagado la cosa que usufructuaba". Se trata de un caso como el reglamentado en el artículo 1932 del Código Civil, por lo cual el Tribunal ha debido condenar al demandante a restituir frutos desde el día en que entró en posesión de la casa hasta cuando la restituya o pague su valor o al menos los que correspondan proporcionalmente a la parte del precio que quedó debiendo.

Se considera:

De acuerdo con las disposiciones legales pertinentes y teniendo en cuenta las probanzas de autos, el Tribunal dedujo en su sentencia los efectos que entre las partes se determinan por la nulidad judicialmente declarada, y que buscan la restitución del *statu quo ante* con las prestaciones recíprocas correspondientes según las reglas generales contenidas en los artículos 962

y siguientes del Código Civil, teniendo en cuenta la posesión de buena o mala fe de las partes. Carece de todo fundamento la invocación del artículo 1932 del Código Civil porque las reglas y presunciones que allí se establecen no tienen aplicabilidad sino en el caso de resolución del contrato de venta por no haberse pagado el precio, y apenas es necesario advertir que tal fenómeno jurídico es fundamentalmente diferente de la nulidad, de que aquí se trata. Las conclusiones del fallo en punto a restitución de frutos son las que corresponden a la calificación de la fe jurídica con que en el negocio intervino el demandante Villa, calificación ésta que en la sentencia aparece apoyada en análisis de pruebas que no han sido atacadas en el recurso de casación.

b) El Tribunal quebrantó los artículos 2640, numeral 4º, 2658, 2559 y 1758 del Código Civil al apreciar simultáneamente dos certificados de registro de la Oficina de Bogotá contradictorios: el visible al folio 13 del cuaderno 1, en que se afirma que por la escritura número 1874 de 8 de octubre de 1931 la Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias compró a Martín Vargas la mitad de la casa en referencia, y el visible al folio 13 vuelto del mismo cuaderno, en que se dice que el comprador de este inmueble fue Hernando Villa.

"El Tribunal —dice la demanda— apreció mal las pruebas del proceso, consistentes en los dos certificados contradictorios del Registrador, pues al ser contradictorios tales certificados ha debido desecharlos y absolver a la parte demandada por falta de la prueba adecuada de la existencia del contrato cuya nulidad se pidió."

Se considera:

Sin dejar de advertir que el certificado de registro no constituye en manera alguna la prueba legalmente adecuada de la existencia del contrato de venta, que se ha demostrado fehacientemente con la correspondiente escritura pública, el cargo que se estudia no da base, por la naturaleza de las disposiciones que se citan como violadas, para la acusación por la causal 1ª En efecto: los tres primeros de los precitados artículos se refieren a deberes del Registrador, contenido de la inscripción y manera de hacerse, y la última es contentiva simplemente de la definición de instrumento público, de manera que a ninguna de ellas corresponde la calidad de precepto sustantivo, consagrador de un derecho, cuyo quebranto diera oportunidad y cauce a la casación del fallo recurrido.

Por lo demás, no se ve la manera como la acusación podría incidir para determinar la invalidación o siquiera la modificación de la sentencia acusada, porque ya se considere que la adquisición de la casa fue hecha por Hernando Villa como Gerente de la Compañía Urbanizadora o personalmente por él, habiéndose propuesto la demanda de nulidad por el actor en ambas calidades, la solución de fondo no tendría por qué afectarse.

c) El Tribunal violó los artículos 1525 del Código Civil y 15 de la Ley 95 de 1890, porque teniendo o debiendo tener el comprador Hernando Villa conocimiento de que la casa cuya mitad proindiviso compraba estaba embargada por decreto judicial, conocimiento éste que el recurrente deduce de razonamientos que formula en su demanda, el demandante carece de derecho para pedir que se le devuelvan los $ 1.500 que pagó como parte del precio, como lo dispone el primero de los citados preceptos, y porque conforme a la segunda de estas disposiciones, si Villa tuvo conocimiento o pudo tenerlo del vicio del contrato, carece de la acción para demandar su nulidad.

Se considera:

Se vio al sintetizar los fundamentos del fallo acusado que el Tribunal, sobre este punto del conocimiento que tuvieran los contratantes de la escritura 1874 del 8 de octubre de 1931 de la existencia del embargo de la finca vendida, constitutivo legalmente de ilicitud del objeto, y menos inverosímil en el vendedor que en el comprador, adoptó la conclusión de que ambas partes lo ignoraron al tiempo de la celebración del contrato y que, por tanto, habiendo intervenido en él con ignorancia de la ilicitud del objeto que lo afectaba, no era procedente aplicar la prohibición excepcional de restituir a que se refiere el artículo 1525 del Código Civil. Habiéndose formado el Tribunal la convicción de que Hernando Villa procedió a celebrar el contrato de compraventa ignorando la existencia del embargo judicial a que estaba sometida la casa, como producto o consecuencia del estudio apreciativo de diversos elementos probatorios que analiza y discrimina en su sentencia, no se puede atacar esta conclusión, dentro de la técnica legal de la casación, por violación directa de ley sustantiva, como se ha hecho en el cargo que se estudia, sino a través del error de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas en que se apoyó el sentenciador, demostrando la equivocación de su juicio y citando las probanzas erróneamente apreciadas y las que pusieran en evidencia que el demandante Villa compró a sabiendas de que el inmueble estaba fuera del comercio por efecto del embargo. Sin la demostración plena de este elemento positivo del conocimiento de la ilicitud del objeto no puede operar la regla del artículo 1525 del Código Civil, porque la condición a *sabiendas*, que allí se establece, corresponde a su esencia jurídica.

Por lo que respecta al artículo 15 de la Ley 95 de 1890, que el recurrente cita también como violado por la sentencia, si bien es cierto que regía al tiempo de la celebración del contrato, había sido subrogado a la fecha de la iniciación del juicio y de la sentencia que lo decidió, por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 que otorgó la acción para pedir la declaratoria de nulidad absoluta a todo el que tenga interés en ello.

De manera, pues, que no hay razón para deducir ninguna ilegalidad al fallo por este respecto, como por ninguno de los demás cargos que se han formulado por la causal 1ª

Causal 2ª—Para fundar la acusación contra la sentencia por inconsonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, dice el recurrente que al decidirse el litigio debe el juzgador estudiar todas las cuestiones propuestas, y que en este caso, si se atiende al texto de la demanda, se ve que la acción fue propuesta a nombre de la Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias y por consiguiente la relación jurídica de la sentencia debe establecerse entre Martín Vargas y dicha Sociedad y no respecto de Hernando Villa como se hizo, dejando sin solución la verdadera cuestión planteada entre las partes.

Se considera:

No menos infundado que los anteriores es este último cargo que se formula contra la sentencia recurrida, en forma no suficientemente clara. Parece darse a entender algo en relación con un error en la interpretación de la demanda, lo que sacaría el cargo del terreno adecuado de la causal 2ª La demanda, como se dejó dicho, se propuso por Hernando Villa en la doble condición personal y como Gerente de la Compañía Urbanizadora. El Tribunal consideró largamente esta cuestión y concluyó que "quien compró fue Hernando Villa en propio nombre, ya que esta solución es la que corresponde a la realidad del contrato que expresa la escritura", y en este entendimiento, dentro de los límites jurisdiccionales de la litis, después de considerar a espacio la totalidad de los aspectos del pleito y de los pedimentos de la demanda, adoptó la solución que estimó más ajustada a la ley. En estas condiciones claramente se ve la improcedencia con que se trae la cuestión de inconsonancia, que en manera alguna existe en el sentido que tiene en el numeral 2º del artículo 520 del Código Judicial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 5 de octubre de 1943, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Acción para el pago de una póliza de seguro

1. El artículo 646 del Código de Comercio previene terminantemente que no pueden ser materia de seguro las ganancias o beneficios esperados, y si se diera por reformado por el artículo 13 de la Ley 27 de 1888, habría de reconocerse; sin embargo, que en las pólizas en que se hace la estipulación excepcional a que éste se refiere, cabe, según el mismo, comprobar y reducir las exageraciones. El artículo 656 de ese Código no da eficacia al seguro sino hasta concurrencia del verdadero valor del objeto asegurado, "aun cuando el asegurador se haya constituído responsable de una suma que le exceda", y el artículo 658 ibídem permite reducir una estimación exagerada.

2. La condenación en costas se origina unas veces, subjetivamente, de la temeridad de la respectiva demanda o recurso o gestión en general, y otras, objetivamente, de la mera adversidad del resultado; en ocasiones se atiende a ambos motivos. Es ella una pena de orden civil por el abuso del derecho de litigar, abuso demostrado con esa falta de buen suceso o con llevar en sí la respectiva gestión o pedimentó la indicación de que quien lo hace lo ha hecho a sabiendas de no ser viable, y con un insano propósito, como el de demorar el cumplimiento de una obligación indiscutible, o el de mortificar a su contraparte o cansarla, etc., y solicitando así y haciendo malversar la atención y tiempo de las respectivas autoridades. Toda condenación en costas lógicamente requiere que las haya. De ahí que no sea infrecuente la terminación del fallo con frases como "sin costas, por no aparecer que se hayan causado", u otra equivalente con que se hace ver que la parte triunfante no puede obtener en su favor el aditamento de esa condena cuando no ha incurrido en gastos ni ejecutado labor en razón de las gestiones de su adversario. Y esto, aun en los casos en que la ley ordena imperativamente condenar en costas, como por regla general sucede, verbigracia, en las apelaciones que concluyen con la confirmación de la sentencia apelada. Cuandoquiera que se ha tratado de esa condenación hecha por Tribunal Superior en fallo de segunda instancia, se ha hallado en casación improcedente el cargo consistente en que tal condena no debió pronunciarse, y para proceder así la Corte se ha fundado en que ese paso es de los que la ley deja al arbitrio y conciencia del juzgador.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Alberto Gattas o Jettis, en nombre propio y en el de la Sociedad comercial Salomón Gattas e Hijos, demandó en vía ordinaria a The London & Provincial Marine & General Insurance Company para el pago del valor total ($ 15.000) de la póliza de seguros que el libelo determina y que se estudiará aquí, con intereses y un 25% adicional. Repartido el asunto al Juzgado 8º Civil de este Circuito y admitida la demanda, la Compañía demandada, reconociendo en principio los hechos pertinentes a su obligación de indemnizar, se opuso a las pretensiones de la parte actora por exageradas, y se manifestó dispuesta a pagar la cantidad a que resultara obligada en derecho en razón del riesgo consumado.

En la misma forma antedicha Gattas demandó a la Compañía Colombiana de Seguros sobre pago de los $ 15.000 valor total de la póliza de seguros contratada con ésta, de que se hablará adelante, con sus intereses corrientes y el adicional 25%. Correspondió este asunto al Juzgado 5º Civil de este Circuito. El demandado contestó oponiéndose del todo a las pretensiones del libelo, alegando que el actor había perdido su derecho, y advirtió, en cuanto al valor de las mercancías perdidas: "me atengo a lo que se demuestre en el juicio".

Este segundo pleito se acumuló al primero y, continuada así la tramitación de la primera instancia, la cerró dicho Juzgado 8º con sentencia de 23 de julio de 1942, según la cual no hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en ninguna de las dos demandas, sin costas.

Apelada, no sólo por el demandante, sino por ambos demandados, éstos por no haber obtenido condenación en costas a su favor, cursó en el Tribunal Superior la segunda instancia, cuya sentencia terminal, de 19 de noviembre de 1943, revoca la del Juzgado y condena a las Compañías demandadas a pagar a la demandante $ 3.046.08 por igual entre las dos y separadamente, esto es, $ 1.523.04 cada una como valor de la indemnización materia del litigio, y las absuelve de los demás cargos de las demandas. A esta absolución provee en el numeral 2º de la parte resolutiva y a aquella condena en el numeral 1º En el numeral 3º condena a la parte demandante a pagar a los demandados las costas del juicio en cuanto corresponda en razón del exceso en las peticiones de las demandas.

Estas provienen de que la Casa demandante aseguró su almacén establecido en Cali contra incendio en ambas Compañías aseguradoras, aquí demandadas, en sendas pólizas por $ 15.000 cada una, y de que, estando ambas vigentes, se incendió el almacén en la noche del 2 de septiembre de 1930.

Ni el siniestro ni la circunstancia de estar vigentes ambos contratos de seguro cuando ocurrió, han sido discutidos por las partes, cuya discrepancia se concreta al *quantum*, pues los aseguradores, limitándolo a lo efectivamente perdido, se negaron a pagar como indemnización el valor total de las pólizas, y el asegurado exige éste indicando que ni aun cubierto queda libre de pérdida, porque ésta fue mucho mayor. Además, acusando de mora en el pago exige los intereses corrientes y el aludido 25% adicional establecido para el caso de mora por la Ley 105 de 1927 en su artículo 25, bien que lo redujo al 5% la Ley 89 de 1928 en su artículo 3º

La base y clave de la sentencia del Tribunal está en que él estima aceptada por la actual parte demandante la fijación del monto de la indemnización que consta en acta suscrita el 13 de dicho septiembre y en el inventario anexo; de suerte que a infirmar estos comprobantes y el valor que el sentenciador les da es a lo que encamina sus esfuerzos la parte actora en su recurso de casación, el que se decide en el presente fallo después de habérsele tramitado debidamente.

Como ninguno de los demandados recurrió contra la sentencia del Tribunal, dentro del recurso no se halla *sub judice* sino lo desfavorable al recurrente, a saber: a) El monto de la indemnización, en cuanto aspira a los $ 30.000 suma del total de las pólizas, monto que la sentencia recurrida fija en los $ 3.046.08 supradichos, y el porcentaje adicional e intereses, que la sentencia niega; y b) La condena a pagar a los demandados costas por el exceso en la demanda.

Como se dijo, el incendio ocurrió el 2 de septiembre de 1930. Los agentes de las Compañías aseguradoras intervinieron en el salvamento esa noche misma y atendieron a la vigilancia y guarda del local y de las mercancías que quedaron, en los días subsiguientes, y después del necesario estudio y de discusiones con el actual demandante, se llegó el 12 del mismo mes a lo que se hizo constar en la mencionada acta e inventario y avalúo anexos suscritos el siguiente día (el 13).

Dicho anexo termina así: "Detalle: Valor de las existencias el día del siniestro, $ 5.226.90. Valor del demérito de las mercancías averiadas parcialmente, $ 1.014.85. Valor de las mercancías con demérito del 100%, $ 2.028.23." Se suman allí estas dos partidas, lo que da la referida cifra de $ 3.046.08. De paso se anota que esta suma es sólo de $ 3.043.08; pero que los $ 3 de diferencia en favor del demandante no son materia de reclamo de los demandados.

Ese documento, firmado por quien representaba a los aseguradores, señor Ernesto Lora, y por el señor Gattas con la antefirma "Aceptado, Los asegurados", es anexo de la mencionada acta, que dice:

"Nosotros, Alberto Gattas como socio y apoderado de la firma Salomón Gattas e Hijos y Ernesto Lora como perito avaluador nombrado por la Compañía Colombiana de Seguros y The London Provincial Marine & General Insurance Co., Ltd., certificamos que de común acuerdo hemos avaluado y practicado el inventario de las mercancías que se encontraban en el almacén de los señores Salomón Gattas e Hijos situado en la calle 12 entre carreras 8 y 9 incendiado en la noche del dos del presente mes a las once p. m.

"Durante nuestra labor de avalúo e inventario hemos podido constatar que ninguno de los artículos fue totalmente destruído por el fuego, y nos fue posible identificar y avaluar cada uno de ellos sin haber encontrado un solo objeto reducido a cenizas y por lo tanto las existencias quedaron correctamente inventariadas.

"En constancia de la presente certificación firmamos en compañía de los señores Noé Garcés y Alonso Rodríguez que actuaron como ayudantes en el inventario desde el principio hasta su fin.

"Cali 13 de septiembre de 1930.

(Firmados), *Alberto Gattas, Ernesto Lora, Noé Garcés C., Alonso Rodríguez M.*"

Al absolver el señor Gattas las posiciones decretadas como prueba en la primera instancia a solicitud de su contraparte, contestó al vencerse el plazo que había obtenido "para consultar papeles y documentos con el fin de poder responder a la novena pregunta", en esta forma: la

pregunta versaba sobre si había suscrito el documento que acaba aquí de transcribirse, que hace referencia al inventario contentivo de las cifras ya expresadas aquí, y respondió:

"Es cierto y aclaro: suscribí esa acta; pero el contenido de ella es falso, pues me hicieron firmar con engaños no estando presente el señor Lora sino el señor Víctor M. Rodríguez, agente de la Compañía de Seguros, quien me dijo que si firmaba eso me pagaría todo el seguro; como yo no leo bien ni escribo el idioma castellano, no pude darme cuenta de lo que firmé sin leer."

El Tribunal, relacionando entre sí esta confesión, el acta transcrita y el inventario anexo, transcrito en lo pertinente también, encuentra plena prueba de un acuerdo de las partes sobre el monto preciso de la indemnización por pagar en razón de ambos seguros. De ahí su condena antedicha.

El recurrente acusa de violación de disposiciones legales sustantivas y adjetivas por obra de esa interpretación de tales pruebas, cuya apreciación dice ser errónea tanto en derecho como de hecho, y de otro lado, formulando igual cargo sobre cada una de las distintas pruebas restantes que obran en este voluminoso proceso, deduce de ahí quebranto de disposiciones legales, las que en cifra notoriamente alta enumera en cada uno de los párrafos respectivos de su demanda de casación.

Habiendo tenido la calidad de decisiva la dicha prueba consistente en el acta e inventario y en su aceptación por quien hoy es actor, lo procedente es estudiar ante todo los cargos relativos a tal prueba.

Desde luégo se observa que para que el error en la apreciación de pruebas dé lugar a casación por la violación de disposiciones sustantivas ocurrida o sobrevenida en fuerza de él, requiere, al tenor del artículo 520 del Código Judicial, ser de tal clase y situación en el proceso que aparezca en éste de modo manifiesto. Y la sola lectura de las piezas transcritas conduce a la inadmisibilidad del cargo.

El error de derecho lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal toma de la respuesta de Gattas sólo la parte en que dice ser cierto haber firmado, prescindiendo de lo que el absolvente agrega como aclaración, a pesar de que el artículo 609 del Código Judicial prescribe que "la confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho". Sostiene, pues, el recurrente que, habiendo hecho Gattas esa aclaración, el Tribunal ha debido aceptarla y, por ende, abstenerse de dar por comprobada la aceptación y acuerdo que aquella firma significaría si Gattas se hubiera limitado a confesarla sin salvedad alguna.

El Tribunal estimó el caso como influído en la segunda parte de ese artículo 609 que en forma adversativa lo complementa diciendo: "pero si el confesante agrega hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar."

La Corte no halla en esa opinión un error de derecho. El confesante, a manera de aclaración, lo que hace es afirmar una intención suya que con su mera afirmación no puede darse por probada, y atribuír a otras personas actos que no están comprobados tampoco, debiendo estarlo por precepto legal, con más veras, si cabe, por ser delictuosos. Eso que él llama aclaración, sería nada menos que la destrucción de su confesión, y sabido es que ésta no puede infirmarse sino excepcionalmente y en todo caso con plenitud probatoria.

Su desconocimiento de la lengua castellana no se compagina con lo que el mismo Gattas asevera acerca de sus discusiones sobre el inventario y avalúo antes y después de extenderse y firmarse el acta e inventario transcritos, ni con el hecho de aparecer él otorgando diversos instrumentos públicos en nuestras Notarías, así como firmando cartas y otros documentos escritos en ese idioma, ni con el hecho de haber estado largos años al frente de su negocio de mercancía por mayor y por menor en poblaciones colombianas.

Si, pues, no se halla error de hecho ni de derecho en la apreciación de esa prueba y si ella acredita plenamente el referido acuerdo de las partes, lógicamente se impone la conclusión de que no puede infirmarse la sentencia que reconoce el alcance de esa prueba y se ajusta a lo que ésta fija.

Así las cosas, con lo dicho hasta aquí bastaría para negar la casación del fallo recurrido. Con todo, no sobran algunas reflexiones sobre lo restante del alegato de casación acerca de la condena en la parte en que ésta se pronunció y en su absolución sobre el pedimento de intereses y de porcentaje adicional.

Largas, muy detenidas y minuciosas reclamaciones formula el recurrente contra la intervención de los agentes de las Compañías aseguradoras en el incendio y en los siguientes días. Esas reclamaciones están fuera de lugar, ya porque cualesquiera irregularidades en que aquéllos hubiesen incurrido habrían quedado subsanadas con el convenio firmado por las partes, como repetidamente se ha dicho aquí, ya porque esa intervención fue prevista en las pólizas y autorizada expresamente en ellas, como lo está por nuestras leyes.

Igualmente inoficiosas hoy en casación son sus quejas contra el hecho de haber procedido la

autoridad en lo criminal a investigar la posible complicidad de los asegurados en el siniestro. El recurrente, no sin llamar enfáticamente la atención a que esas gestiones terminaron con sobreseimiento, encuentra en ellas un propósito dañado de los aseguradores de esquivar el pago, o al menos disminuírlo en lo posible y, en todo caso, demorarlo. No aparece acreditado ese empeño de esquivar o procastinar el cumplimiento de una obligación, y por otra parte, la ley y las pólizas con ella autorizan a las Compañías, no sólo a esperar el resultado de investigaciones como aquélla, que fue lo que hicieron en este caso, sino a provocarlas cuando hubiere fundado motivo de sospecha y a aplazar todo pago entretanto.

Tampoco está demostrado que en la oportunidad legal formulasen los actuales demandantes la reclamación debidamente respaldada a que los obligaban cláusulas expresas de las pólizas y, aun sin ellas, los artículos 680 del Código de Comercio y 25 de la Ley 105 de 1927.

Obran declaraciones de testigos sobre que el almacén era importante y valioso y obra el concepto pericial rendido en el curso de la actuación en lo criminal aludida, según el cual el valor de las mercancías para el día del incendio era mayor del señalado por las partes en su tántas veces citado convenio de septiembre. Se acusa de error en la apreciación de estas pruebas por no haberlas tenido en cuenta el Tribunal. Lo que ocurre al respecto es que los testigos no precisan las mercaderías, ni la fecha de sus observaciones aparece ser la del siniestro, sino anterior; y que ese peritazgo se rindió y tramitó en diligencias extrañas y ajenas a la presente causa y a quienes son demandados en ella. De otro lado, aunque esas pruebas tuvieran valor en este juicio, no podrían prevalecer contra el tántas veces mencionado acuerdo de las partes que aquí litigan.

Otro tanto cabe decir sobre las demás probanzas de cuya errónea apreciación acusa el recurrente para derivar de ahí quebranto de disposiciones legales sustantivas puestas de presente por él reiteradamente y con singular profusión.

Para la audiencia pública el apoderado de la parte recurrente que había fundado el recurso, nombró vocero. Este abogado acusa de violación del artículo 13 de la Ley 27 de 1888 por no haberse tomado en cuenta la ganancia lícitamente esperada por los asegurados al celebrar el contrato. Inadmisible el cargo. El artículo 646 del Código de Comercio previene terminantemente que no pueden ser materia de seguro las ganancias o beneficios esperados, y si se diera por reformado por dicho artículo 13, habría de reconocerse, sin embargo, que en las pólizas en que se hace la estipulación excepcional a que éste se refiere, cabe, según el mismo, comprobar y reducir las exageraciones. El artículo 656 de ese Código no da eficacia al seguro sino hasta concurrencia del verdadero valor del objeto asegurado, "aun cuando el asegurador se haya constituído responsable de una suma que le exceda", y el artículo 658 ibídem permite reducir una estimación exagerada. Además, y esto bastaría para rechazar el cargo, las pólizas estipularon que lo pagadero por los aseguradores al sobrevenir siniestro sería tan sólo lo que los asegurados efectivamente perdiesen.

Acusó también en la audiencia el abogado vocero de interpretación errónea del artículo 641 de dicho Código, según el cual para el asegurado "el seguro es un contrato de mera indemnización, y jamás puede ser para él la ocasión de una ganancia". El cargo consiste en haber visto el Tribunal ganancia en lo que sólo es indemnización dentro de lo que los demandantes exigen sobre la pequeña suma que se les reconoce. El cargo es inadmisible ante la circunstancia, ya estudiada y calificada de decisiva, de haber aceptado ellos el avalúo de 12 y 13 de septiembre, por obra de lo cual desaparecieron las diferencias habidas entre ellos y los asegurados antes de esa fecha, y ante lo cual lógicamente no caben reclamos ulteriores sobre el mismo tema del monto de la indemnización.

Respecto de la condenación en costas pronunciada en la parte final de la sentencia recurrida en favor de los demandados por haber habido exceso en la demanda, se considera:

La condenación en costas se origina unas veces subjetivamente de la temeridad de la respectiva demanda o recurso o gestión en general, y otras objetivamente de la mera adversidad del resultado; en ocasiones se atiende a ambos motivos. Es ella una pena de orden civil por el abuso del derecho de litigar, abuso demostrado con esa falta de buen suceso o con llevar en sí la respectiva gestión o pedimento la indicación de que quien lo hace lo ha hecho a sabiendas de no ser viable y con un insano propósito, como el de demorar el cumplimiento de una obligación indiscutible, o el de mortificar a su contraparte o cansarla, etc., y solicitando así y haciendo malversar la atención y tiempo de las respectivas autoridades.

Toda condenación en costas lógicamente requiere que las haya. De ahí que no sea infrecuente la terminación del fallo con frases como "Sin costas, por no aparecer que se hayan causado", u otra equivalente con que se hace ver que la parte triunfante no puede obtener en su favor el aditamento de esa condena cuando no ha incurrido en gastos ni ejecutado labor en razón de las gestiones de su adversario. Y esto, aun en los

casos en que la ley ordena imperativamente condenar en costas, como por regla general sucede, verbigracia, en las apelaciones que concluyen con la confirmación de la providencia apelada. Cuandoquiera que se ha tratado de esa condenación hecha por Tribunal Superior en fallo de segunda instancia, se ha hallado en casación improcedente el cargo consistente en que tal condena no debió pronunciarse, y para proceder así la Corte se ha fundado en que ese paso es de los que la ley deja al arbitrio y conciencia del juzgador.

Marcada diferencia hay entre esos casos y uno como el que se contempla en el presente pleito, porque en éste no se trata de corregir una opinión sobre el punto preciso de la temeridad, sino de algo tan distinto como es la indagación de si hay o no hay efectivamente el objeto sobre el cual ha recaído la condena. El problema aquí es simplemente el de saber si hay o nó materia para ella. Y al analizar el expediente y ver que no puede hallársele esa sujeta materia por no poderse afirmar que haya habido mayor esfuerzo y gasto en la defensa de los demandados en razón de no reconocerse a la postre al demandante todo lo que demandó, se encuentra indebidamente aplicado el artículo 210 del Código Judicial, de cuya indebida aplicación acusó el vocero en la audiencia y cuya calidad de disposición sustantiva, aun figurando en el Código de Procedimiento, depende de que, en su caso, crea un derecho para el reo e impone la concomitante obligación al actor.

Este artículo ordena al Juez que al declarar el derecho del demandante a lo que pruebe adeudarle el demandado, lo condenará a pagar las costas que éste haya tenido que hacer por razón del exceso en la demanda. Así lo ordenó el Tribunal en el presente juicio.

Como ya se insinuó, no se advierte, estudiando el proceso, cómo ni por qué las Compañías demandadas hubieran puesto menor esfuerzo o gastado menos en su defensa en el evento de no llegar las pretensiones de las demandas al total valor de las pólizas con sus accesorios referidos.

Es de suponerse que si se hubiera limitado el demandante a exigir de cada asegurador los antedichos $ 1.523.04, hubiera obtenido pago inmediato sin necesidad de intervención del Organo Judicial. Pero contra esta simple conjetura se yergue la realidad del proceso, el que demuestra que una y otra de las Compañías demandadas respondieron defiriendo a lo que judicialmente se demostrase y fijase como valor de la indemnización, no sin que una de ellas negase al actor todo derecho, según se vio ya al informar aquí sobre libelos y respuestas.

Determinado así con ellas, en lo tocante a este tema, el presupuesto procesal, no se ve cómo se hubiera podido evitar un pleito, indispensable para la fijación de la cuantía, aunque el derecho en sí no se le hubiese negado al actor. Ni se ve, repítese, cómo ni por qué del hecho de demandarse por el total de las pólizas se dedujera recargo en los gastos o en la labor jurídica de la defensa.

Es, pues, procedente el cargo relativo a dicha condenación.

Por la misma razón de ser incierta la cuantía o, mejor, de ser indispensable decisión judicial que la determinara, está plenamente justificada, por faltar el elemento mora, la absolución sobre intereses y porcentaje adicional.

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 Bogotá el diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, en cuanto le suprime la condenación en costas que a cargo de la parte demandante hace en el numeral 3º de su parte resolutiva, y la deja vigente en lo demás, o sea, en la condenación y absolución respectivamente pronunciadas en sus numerales 1º y 2º

Sin costas en las instancias ni en la casación.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Reivindicación

Contra la mera posesión inscrita puede oponerse la prescripción extraordinaria adquisitiva por lo mismo que ésta no requiere justo título (artículo 2531, Código Civil, numeral 1º), y basta solamente, además del animus domini **de quien la invoca, el lapso de tiempo, según expresión del artículo 2532 ibídem, que es según esa norma, de treinta años, hoy de veinte (artículo 2º, Ley 52 de 1936). Si así no fueran las cosas, la prescripción extraordinaria adquisitiva no tendría lugar nunca. Contra un título inscrito puede oponerse la prescripción adquisitiva ordinaria, exhibiendo otro título inscrito y tal es el sentido y alcance del artículo 2525 del Código Civil, en relación y concordancia con los artículos 756, 759, 980, 764, 765 y 529 de la misma obra, según doctrina invariable y continua de la Corte. En el extremo que acaba de considerarse, el problema se reduce a la prelación entre los dos títulos inscritos, para lo cual se tiene en cuenta lo siguiente: La posesión material y el título inscrito de quien alega la prescripción adquisitiva; el título inscrito que presenta quien reivindica. El título del reivindicador debe abarcar un lapso mayor de tiempo, que el de la mera posesión del demandado; cuando esto no sucede, el título que se presenta no es eficaz para desvirtuar la presunción de que trata el artículo 762 del Código Civil, o sea, que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. Cuando el título abarca un lapso mayor que el de la posesión, viene forzosamente la comparación entre los dos títulos, el del demandante y el del demandado, para dar la prevalencia a uno de ellos, teniendo en cuenta en esa valoración el origen de los títulos, el modo como se efectuó la tradición del dominio y los demás elementos del caso que demuestren la superioridad de un título sobre otro. Cuando a una mera posesión, no amparada por título inscrito, se opone un título inscrito que abarca un lapso mayor que esa posesión, si no interviene el fenómeno de la prescripción, triunfa la pretensión de quien se presenta a reivindicar.**

Para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o su representante y en el tradente debe radicar el dominio de lo que transfiere (artículos 741 y 742, Código Civil). Mas este principio general sufre una excepción en un caso, y no tiene operancia en otro. La excepción es la consagrada por el artículo 752, ibídem que contempla el caso en que el tradente no sea el verdadero dueño de la cosa que se entrega, pero que adquirida después por él, surte efecto retroactivo, entendiéndose entonces que transfirió la cosa no desde el momento en que fue dueño, sino desde el instante en que verificó la tradición. La regla que acaba de citarse se aplica expresamente al contrato de compraventa (artículo 1874 ibídem).

La no operancia de los artículos 741 y 742 citados tiene lugar en la venta de cosa ajena. Cuando ésta se verifica y aun cuando exista título, la tradición no es válida porque el que vendió no era el verdadero dueño; pero transcurrido el lapso legal extintivo de los derechos del verdadero dueño, éste pierde su aptitud legal para reclamar contra esa venta, la cual es válida, sin perjuicio de los derechos de terceros de acuerdo con el artículo 1871 de la obra citada. Una venta de esa clase, venta de cosa ajena, no perjudica los derechos del verdadero dueño, por lo mismo que quien vendió no tenía la calidad de tál, pero puede hacer perder los derechos del dueño, o mejor, pueden éstos extinguirse por el fenómeno de la prescripción.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Tramitado debidamente el recurso de casación interpuesto por José Ramón Sierra S. contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el 30 de noviembre de 1943, pasa hoy a decidirse.

Dicha sentencia cerró la segunda instancia del juicio ordinario promovido por el expresado José Ramón Sierra contra Justiniano Ruiz, que fue desfavorable a aquél.

Son antecedentes de este litigio los que siguen: Aparece de la escritura número 91 de 26 de septiembre de 1912, otorgada ante el Notario Segundo de Buga, escritura que se halla debidamente registrada, que Rogerio Riomaña vendió a Justiniano Ruiz un predio rural denominado *La María,* ubicado en jurisdicción del Municipio de El Cerrito. Este predio, en menor extensión, lo había adquirido Riomaña por compra hecha a Salvador Vaca, por escritura 108 de 19 de noviembre de 1901, de la Notaría de El Cerrito.

El vendedor Riomaña había contraído matrimonio con Julia Quintero el 16 de enero de 1901 y de ese matrimonio nació Víctor Julio Riomaña Quintero, el 26 de noviembre del mismo año de 1901. Cuando Riomaña vendió a Ruiz el predio de *La María,* la sociedad conyugal que existió entre el vendedor y su mujer Julia Quintero se hallaba disuelta, por cuanto dicha señora falleció el 4 de enero de 1904.

Muchos años después de la venta hecha por Riomaña a Ruiz y de la muerte de la señora Quintero, se inició el juicio de sucesión de ésta que cursó en el Juzgado Civil del Circuito de Buga y fue protocolizado el 3 de agosto de 1940. En dicho juicio se le adjudicó a José Ramón Sierra, como cesionario de los derechos del cónyuge sobreviviente y del legitimario Víctor Julio Riomaña todo el inmueble que Riomaña había adquirido de Salvador Vaca y que en 1912 había vendido a Ruiz, quien en 1912, es decir, desde la fecha en que compró ese predio entró en posesión de él.

El cesionario de los derechos y acciones del cónyuge supérstite y del legitimario de la sucesión de Julia Quintero, o sea el señor José Ramón Sierra S., adjudicatario del predio de *La María,* demandó al comprador y poseedor de ese predio, señor Justiniano Ruiz para que previa la tramitación de un juicio ordinario de mayor cuantía, se decrete la nulidad absoluta, o en subsidio la relativa, del contrato de que da cuenta la escritura 91 de 26 de septiembre de 1912; para que se declare que la posesión real y material que ejerce el demandado es de mala fe y para que se le condene a éste, a restituírle al demandante dicho inmueble, con sus frutos respectivos. El demandado se opuso a las pretensiones del actor y contrademandó a éste para que se declare que ha adquirido el dominio del inmueble *La María,* por prescripción ordinaria, que es nula la inclusión de ese bien en los inventarios de Julia Quintero y que es ineficaz el contrato en que consta la cesión de los derechos que en la sucesión de la Quintero le fue hecha al expresado Sierra.

En primera instancia y en sentencia de 27 de noviembre de 1942, el Juez declaró que el inmueble en pleito, pertenece al demandante José Ramón Sierra y ordenó su restitución a éste, y en cuanto a las peticiones de nulidad, las denegó. En segunda instancia, el Tribunal de Buga reformó fundamentalmente la sentencia de primer grado, declarando que Justiniano Ruiz ha adquirido el inmueble mencionado por prescripción ordinaria, y confirmó lo resuelto por el inferior respecto de la nulidad absoluta y relativa impetradas.

El demandante Sierra interpuso recurso de casación, como ya se expresó.

Los fundamentos de la sentencia son éstos: No existe nulidad absoluta ni relativa en el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura 91 de 1912. Teniendo en cuenta la fecha de esa escritura, la posesión del señor Ruiz desde que compró el predio de *La María,* y la época en que fue notificada la demanda, en el presente juicio, se concluye que ha pasado mucho más del lapso exigido por la ley para que se consume a favor del demandado Ruiz la prescripción adquisitiva del dominio, respecto del predio ya mencionado. Si es cierto que cuando Riomaña vendió la finca a Ruiz, Víctor J. Riomaña Q., hijo del vendedor y de la señora Julia Quintero, era menor de edad, llegó a la mayor edad el 26 de noviembre de 1922 y de esta fecha al 13 de noviembre de 1942 en que le fue notificada la demanda de reconvención, han transcurrido más de los diez años que señala el artículo 2529 del Código Civil, para que se opere el fenómeno de la prescripción adquisitiva del dominio.

En síntesis, triunfó la primera petición de la demanda de reconvención y fueron denegadas todas las peticiones de la demanda principal.

Vistos los fundamentos de la sentencia recurrida y la demanda de casación, por vía general y de doctrina, observa la Corte: Los cargos operantes en un recurso de casación, no son otros sino aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlos o quebrantarlos. Por eso cuando los cargos hechos en un recurso no se relacionan con esos fundamentos, son inoperantes. El recurso de que se viene tratando se encamina a demostrar que la sentencia acusada quebranta la ley, dados los fundamentos de derecho o de hecho en que ella se apoya y esto es así porque en casación se contemplan dos factores: el fallo acusado y la ley pero sin que el sentenciador pueda salirse de los motivos o causales que alega el recurrente, y sin que éste a su turno pueda alegar con éxito, razones o aducir argumentos en que no se apoya el fallo recurrido.

Aplicando lo anterior al caso presente y previo el estudio de los diez capítulos que contiene el recurso de casación, es preciso considerar los cargos que sean pertinentes, dados los fundamentos de la sentencia recurrida.

En ésta, como se expresó, se declara que Justiniano Ruiz V. adquirió por prescripción ordinaria el predio de *La María*, y esa declaración es la esencial en el fallo.

Por este concepto, el recurrente, invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, estima que la sentencia es violadora de la ley, por aplicación errónea de los artículos 764, 765, 2529 y 1971 del Código Civil y por infracción de los artículos 2528, 1871, 753, 1874 y 1875 de la obra citada.

Planteado así el problema, y esto es lo operante en el caso de autos, toda la cuestión se reduce a estudiar y decidir estos extremos: a), si a favor de Ruiz se consumó la prescripción adquisitiva que invoca, tanto por estar amparado por un título justo como por haber corrido y vencido el término que la ley señala para la prescripción ordinaria de los inmuebles; y b), si el Tribunal incidió o nó en error manifiesto de hecho al apreciar el título en que se ampara Ruiz, o incidió en ese mismo error al concluir que el lapso de la prescripción corrió en los términos de la ley.

Para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión no interrumpida durante el tiempo que las leyes requieren (artículo 2528 del Código Civil), y el tiempo necesario a la prescripción ordinaria es de diez años para los bienes raíces (artículo 2529 ibídem). Posesión regular es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque ésta no subsista después de adquirida la posesión (artículo 764 ibídem); el justo título puede ser traslaticio o constitutivo de dominio y es traslaticio de éste la venta (artículo 765 de la obra citada).

La escritura 91 de 26 de septiembre de 1912, de la Notaría 2ª de Buga, contiene el contrato de compraventa celebrado entre Rogerio Riomaña y Justiniano Ruiz, del predio de *La María* respecto del cual invoca Ruiz la prescripción adquisitiva del dominio. Se tiene por este aspecto que Ruiz es un poseedor regular de acuerdo con el artículo 764 citado y que esa posesión lo habilitaba para prescribir, según el artículo 2528. Ruiz por lo tanto está amparado con un justo título y de las estipulaciones contenidas en la precitada escritura 91 no se ve que hubiera adquirido de mala fe. La buena fe, pues, se presume y aun suponiendo que esa buena fe no hubiera subsistido después de adquirida la posesión, ello no sería óbice para desvirtuar su calidad de poseedor regular, según lo enseña el artículo 764 ya citado.

Por este aspecto la primera condición para ganar la prescripción ordinaria señalada por el artículo 2528 citado, está cumplida.

Es cosa que no se discute, y en que conviene y acepta la contraparte que Ruiz entró en posesión de la finca de *La María*, desde que adquirió ésta, es decir, desde 1912, y vale la pena observar que Ruiz no tiene sólo desde ese año la posesión material, sino también la inscrita, porque el contrato de que da cuenta la escritura 91 citada, fue registrado el 18 de noviembre de tal año. Luego por este otro aspecto, la segunda condición para ganar la prescripción ordinaria de los inmuebles, y que señala el artículo 2529 citado, está cumplida, toda vez que la demanda fue notificada el año de 1942.

Cuando Rogerio Riomaña vendió la finca a Justiniano Ruiz, en 1912, el hijo del vendedor o sea Víctor J. Riomaña Q. de quien deriva en parte sus derechos el demandante y contrademandado Sierra, era menor de edad, pues había nacido el 26 de noviembre de 1901. Llegó por lo tanto a la mayor edad el 26 de noviembre de 1922 y como de esa fecha al 13 de noviembre de 1942 en que le fue notificada la demanda a Ruiz, transcurrieron más de diez años, se concluye que se operó el fenómeno de la prescripción ordinaria por haber corrido el término que señala la ley, tanto respecto de Rogerio Riomaña como de su hijo Víctor. Ese término se suspendió o mejor no corrió para el expresado Víctor desde 1912 hasta 1922, y de ahí en adelante empezó a correr, cumpliéndose más de los diez años, según se ha expresado. Por este aspecto resulta que ni el artículo 2530 del Código Civil pudo ser infringido, ni hubo aplicación indebida del artículo 2529 ibídem.

Por los aspectos en que se ha considerado el asunto, y que son los pertinentes al caso, se llega a la conclusión de que el Tribunal aplicó debidamente los artículos 2528 y 2529 del Código Civil y no incidió en error manifiesto de hecho al estimar que con la prueba presentada por Ruiz o sea la escritura pública ya citada y su posesión, había éste comprobado el hecho fundamental de su contrademanda y su excepción contra la demanda principal.

Como el recurrente hace otros cargos sobre el particular, que no son operantes por lo ya dicho, la Corte, para evitar algunas confusiones que se destacan en la exposición de aquéllos, pasa a referirse a ellos, aunque de una manera general.

Contra la mera posesión inscrita puede oponerse la prescripción adquisitiva extraordinaria, por lo mismo que ésta no requiere justo título (artículo 2531 del Código Civil, numeral 1º), y basta solamente, además del *animus domini* de quien la invoca, el lapso de tiempo, según expresión del artículo 2532 ibídem, que es según esa norma de treinta años, hoy de veinte (artículo 2º, Ley 52 de 1936).

Si así no fueran las cosas, la prescripción adquisitiva extraordinaria no tendría lugar nunca.

Contra un título inscrito, puede oponerse la prescripción adquisitiva ordinaria, exhibiendo otro título inscrito y tal es el sentido y alcance del artículo 2526 del Código Civil, en relación y concordancia con los artículos 756, 759, 980, 764, 765 y 2529 de la misma obra, según doctrina invariable y continua de la Corte.

En el extremo que acaba de considerarse, el problema se reduce a la prelación entre los dos títulos inscritos, para lo cual se tiene en cuenta lo siguiente: La posesión material y el título inscrito de quien alega la prescripción adquisitiva; el título inscrito que presenta quien reivindica. El título del reivindicador debe abarcar un lapso mayor que el de la mera posesión del demandado; cuando esto no sucede, el título que se presenta, no es eficaz para desvirtuar la presunción de que trata el artículo 762 del Código Civil, o sea que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. Cuando el título abarca un lapso mayor que el de la posesión, viene forzosamente la comparación entre los dos títulos, el del demandante y el del demandado, para dar la prevalencia a uno de ellos, teniendo en cuenta en esa valoración el origen de los títulos, el modo como se efectuó la tradición del dominio y los demás elementos del caso que demuestren la superioridad de un título sobre otro. Cuando a una mera posesión, no amparada por un título inscrito, se opone un título inscrito, que abarca un lapso mayor que esa posesión, si no interviene el fenómeno de la prescripción, triunfa la pretensión de quien se presenta a reivindicar.

Y la anterior, en síntesis, ha sido la doctrina de la Corte y las sentencias que cita el recurrente en su demanda de casación, no hacen sino confirmarla.

El demandante en casación invocando los artículos 791 y 764 del Código Civil que estima infringidos por la sentencia, sostiene que como se trata de compra de cosa ajena, no ha perdido la posesión porque no se efectuó la tradición por el *verus dominus*, de donde deduce que la inscripción del título del inmueble que perteneció a la sociedad conyugal Riomaña-Quintero, que se unifica con su cartilla de adjudicación, es la que subsiste.

Se observa en primer término que no se trata en el caso de autos de que el predio de *La María*, tenido a nombre del dueño de ella, haya sido enajenado por el representante del dueño o por el simple tenedor del inmueble. No; Gregorio Riomaña vendió ese predio a Justiniano Ruiz, en su carácter de dueño, del predio, del cual no fue nunca mero tenedor ni representante de ningún otro dueño. Por este aspecto no sería el caso contemplado en el inciso 2º del artículo 791 del Código Civil, y aunque lo fuera, como la escritura 91 citada fue inscrita, de acuerdo con ese numeral, habría perdido la posesión el dueño del predio.

Por otra parte: Cuando Ruiz compró a Riomaña no existía sino la posesión inscrita a favor de éste, en virtud de la compra que del predio de *La María*, le había hecho a Vaca; la posesión inscrita de éste cesó para quedar en cabeza de Riomaña; al vender éste a Ruiz y al ser registrado su título, la posesión inscrita se radicó en cabeza del comprador. Ruiz no se apoderó de la finca, como lo afirma el recurrente, sino que vino a ser dueño de ella, por justo título según ya se expresó. La posesión inscrita a favor del recurrente Sierra comenzó en 1940 como ya se dijo, de donde fluye claramente que el artículo 789 del Código Civil no puede ser invocado con éxito por el recurrente, entre otras cosas, porque no se está en el caso de esa norma.

Para que la tradición sea válida, debe ser hecha voluntariamente por el tradente o su representante y en el tradente debe radicar el dominio de lo que transfiere (artículos 741 y 742, Código Civil). Mas este principio general sufre una excepción en un caso, y no tiene operancia en otro. La excepción es la consagrada por el artículo 752 ibídem que contempla el caso en que el tradente no sea el verdadero dueño de la cosa que entrega, pero que adquirida después por él, surte efecto retroactivo, entendiéndose entonces que transfirió la cosa no desde el momento en que fue dueño, sino desde el instante en que verificó la tradición. La regla que acaba de citarse se aplica expresamente al contrato de compraventa (artículo 1874 ibídem).

La no operancia de los artículos 741 y 742 citados tiene lugar en la venta de cosa ajena. Cuando ésta se verifica y aun cuando exista título, la tradición no es válida porque el que vendió no era el verdadero dueño; pero transcurrido el lapso legal extintivo de los derechos del verdadero dueño, éste pierde su aptitud legal para reclamar contra esa venta, la cual es válida, sin perjuicio de los derechos de terceros de acuerdo con el artículo 1871 de la obra citada. Una venta de esa clase, venta de cosa ajena, no perjudica los derechos del verdadero dueño, por lo mismo que quien vendió no tenía la calidad de tal, pero esa venta puede hacer perder los derechos del dueño, o mejor, pueden éstos extinguirse por el fenómeno de la prescripción.

Considerando la venta hecha por Gregorio Riomaña a Justiniano Ruiz, como venta de cosa ajena, resulta que como transcurrió el lapso que para reclamar su derecho de dominio en ella correspondía a los sucesores de Julia Quintero y a los que tenían derecho a los bienes que

formaron la sociedad conyugal en que ésta tuvo parte, se concluye que tales derechos quedaron extinguidos por la prescripción y que si Ruiz compró cosa ajena, como éste alega la prescripción adquisitiva ordinaria, y corrió el lapso que al respecto señala la ley y está amparado por un justo título que respalda su posesión material, se concluye que el dominio del predio de *La María* se radicó en cabeza de Ruiz, por el fenómeno de la prescripción ya apuntado.

La venta de cosa ajena no adolece de ninguna clase de nulidad; su efecto es el de no ser oponible contra el verdadero dueño mientras sus derechos no se extingan por la prescripción, de donde se desprende que los extremos de nulidad propuestos en la demanda, son ajenos a la esencia de este litigio. La adjudicación que a Sierra se le hizo del predio mencionado, en la sucesión de la señora Quintero, tampoco adolece de nulidad, es simplemente inoperante respecto del derecho de dominio que en el predio de *La María* tiene el contrademandante Ruiz.

Considerados los fundamentos de la sentencia recurrida y la demanda de casación, la Corte se ha referido a los cargos que hubieran podido herirla, o mejor, a los pertinentes, que son todos los que ya quedaron analizados; los demás no tienen esa pertinencia ni menos operancia y por lo tanto no serían eficaces para quebrar el fallo.

Del estudio que ha hecho la Corte, se concluye que los cargos aducidos contra la sentencia no son eficaces para casarla y que el fallador de Buga no quebrantó la ley, por ningún aspecto, ni en la forma en que lo sostiene el recurrente.

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

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

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

Recurso de revisión

El concepto subjetivo, la simple apreciación sobre la injusticia de un fallo, no da entrada al recurso de revisión, ni la causal cuarta del artículo 542 autoriza esa interpretación ni mucho menos tiene ese sentido. En el caso de dicha causal debe establecerse, prima facie, cuándo se entabla ese recurso extraordinario, que o por cohecho, o por violencia, o por fraude, se dictó injustamente la sentencia cuya revisión se impetra. No es, pues, el concepto o apreciación personal lo que fundamenta esa causal, sino que ella, como las otras del citado artículo 542, requieren el elemento objetivo, que es esencial, como esencial es su demostración, siquiera sea prima facie, para que la demanda pueda ser admitida, según lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corte de acuerdo con el artículo 544 ibídem, que estatuye que con la demanda debe presentar el recurrente las pruebas en que funde su solicitud.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Luis Enrique Galindo en su carácter de apoderado de Julio Enrique Munévar ha interpuesto recurso de revisión contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 13 de diciembre de 1943, en el juicio especial promovido por Carlos Pompilio Rojas contra el expresado Munévar para reclamar las prestaciones sociales establecidas por la Ley 10 de 1934.

Los antecedentes de ese litigio son éstos: Carlos Pompilio Rojas pidió prestaciones sociales a Julio E. Munévar, de quien fue su empleado o dependiente, en la farmacia que éste tiene en la ciudad de Bogotá, pedimento del que conoció el Juez 5º del Circuito de Bogotá, y que se tramitó por el procedimiento señalado en el Título XLVI del Libro II del Código Judicial, según lo establece el artículo 1º de la Ley 45 de 1939.

El Juez *a quo* dictó sentencia el 9 de marzo de 1943 y en ella absolvió al demandado de los cargos de la demanda, por lo cual Rojas apeló ante el Tribunal Superior de Bogotá, el que en fallo de 13 de septiembre de 1943 reformó la sentencia del inferior y condenó al demandado a pagarle al demandante el servicio que éste pruebe haberle prestado en la Droguería Munévar de esta ciudad, en horas extras y días feriados, cuyo monto debe fijarse conforme al procedimiento del artículo 553 del Código Judicial. También lo condenó al pago de la cantidad de cincuenta pesos, por concepto de remuneración de vacaciones durante el penúltimo año de servicio.

Teniendo en cuenta la demanda de revisión y su fundamento, la Corte no la admite por lo siguiente:

El peticionario funda su recurso alegando que la sentencia del Tribunal es injusta, y dice así:

"Este recurso que fundamento en la primera causal del numeral 4º del artículo 542 del Código Judicial, o sea en la causal de injusticia cometida por el Tribunal Superior de Bogotá, al condenar al demandado Munévar a pagar lo ya pagado."

La Corte observa al respecto: El concepto subjetivo, la simple apreciación, sobre la injusticia de un fallo, no da entrada al recurso de revisión, ni la causal cuarta del artículo 542 autoriza esa interpretación ni mucho menos tiene ese sentido. No; en el caso de dicha causal, debe establecerse *prima facie* cuándo se entabla ese recurso extraordinario, que o por cohecho, o por violencia, o por fraude, se dictó injustamente la sentencia cuya revisión se impetra. No es, pues, el concepto o apreciación personal lo que fundamenta esa causal, sino que ella, como las otras del citado artículo 542, requieren el elemento objetivo, que es esencial, como esencial es su demostración, siquiera sea *prima facie*, para que la demanda pueda ser admitida, según lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corte de acuerdo con el artículo 544 ibídem que estatuye que con la demanda debe presentar el recurrente las pruebas en que funde su solicitud.

La interpretación y alcance que la Corte le ha dado y le da a la causal cuarta del artículo 542 del Código Judicial, aparece más de bulto con sólo la transcripción de esa norma: "Si la sentencia se dictó injustamente, por cohecho,

violencia o fraude", es decir, si alguno de estos elementos delictuosos fueron la causa eficiente del fallo.

La Corte ha entrado en esta cuestión de fondo, no obstante que un elemento meramente formal, habría sido suficiente para no darle curso a la demanda, a saber: Esta fue presentada en papel común, que no es el competente para este caso porque si es cierto que el artículo 1º de la Ley 45 de 1939 dispone que las controversias sobre aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, jornales de trabajo y descanso dominical están exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional, también lo es que esa excepción se refiere a los juicios especiales a que den lugar esas demandas o solicitudes pero nada más. No puede darse una interpretación extensiva al mencionado artículo primero, para hacerlo operar en todo caso, sin limitación alguna, y para asuntos que no son en sí las controversias a que se refiere esa norma.

Por todo lo expuesto, *no se admite* la demanda de revisión de que se ha hecho mérito en esta providencia.

Devuélvase al interesado, por la Secretaría, previo recibo, el título del depósito bancario que acompañó a su demanda.

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

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

Objeciones a una partición

El artículo 1385 del Código Civil no es norma sustantiva, contentiva de ningún derecho, cuyo desconocimiento pudiera dar base adecuada para el uso de la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial. Es precepto simplemente adjetivo y no se ve la manera como su desacato pudiera refluír sobre la partición misma, cuyas condiciones de equidad distributiva según las normas legales es lo que puede dar lugar y apoyo a formular objeciones contra ella o a atacar en casación la sentencia que las declare infundadas. El deber de fidelidad, que por su promesa jurada liga al partidor en el desempeño de su cargo, significa en su acepción legal que lo ha de desempeñar tan bien como le sea posible, con puntualidad y exactitud en su ejecución, pero en manera alguna es concepto subordinado a la arbitraria apreciación que cada uno de los interesados quiera hacer desde el ángulo de sus particulares intereses.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

En las sucesiones intestadas acumuladas de Eva Novoa de Zapata y Julio Enrique Zapata, abiertas en el Juzgado 1º Civil de este Circuito por auto de 24 de julio de 1926, fueron declarados herederos Rafael, Higinio, Ana Celina, Luis E., Belisario, Isabel y Alberto Zapata Novoa, de los cuales solamente Isabel y Alberto han conservado sus derechos herenciales. Los cinco restantes los han cedido y en su lugar y nombre han intervenido en el juicio sus respectivos cesionarios de acuerdo con las titulaciones que obran en autos.

Alonso Burbano es cesionario de los herederos Higinio, Rafael, Ana Celina y Luis E. Zapata Novoa.

De acuerdo con los inventarios y avalúos, aprobados debidamente por no haber sido objetados en ninguna forma, el acervo sucesoral se compone de varios inmuebles ubicados en esta ciudad y de un derecho litigioso en la sucesión de José María Zapata Rojas, por valor total de $ 10,285; y un pasivo por valor de $ 513.20, formado por dos partidas: una de $ 213.20, crédito a favor del heredero Belisario Zapata Novoa por valor de funerales y lápida de la causante, y otra por los $ 300 restantes, suma en que fueron calculados los gastos del juicio hasta su terminación.

Según constancias procesales, los derechos fiscales que gravan la sucesión se pagaron, unos por Alonso Burbano (folio 66, cuaderno número 1), otros por el depositario Mosquera (folio 166, cuaderno número 1) y otros por Alberto Zapata (folio 71, cuaderno número 6). También aparece que este último pagó algunos de los honorarios periciales (folio 65, cuaderno número 6).

Sobre estas bases y en la oportunidad procedimental, el partidor, debidamente nombrado y posesionado, procedió a verificar su trabajo de liquidación y distribución de los bienes hereditarios para lo cual dedujo el pasivo inventariado, aumentándolo en $ 100, suma faltante para cubrir sus honorarios que estimó en $ 400, más $ 2.40 valor de catorce hojas de papel sellado invertido en la partición. Para atender al pago de las deudas y gastos por valor de $ 615.60 formó el partidor el lote correspondiente y lo adjudicó a Luis A. López, en parte, y en el resto a Alberto Zapata, con cargo de pagar las deudas y gastos relacionados. Hechas las deducciones del caso, el partidor distribuyó el acervo líquido sucesoral entre los herederos y los cesionarios formando a cada uno su respectiva hijuela de adjudicación.

Dentro del término legal de traslado el cesionario Alonso Burbano objetó la partición en memorial que forma los primeros cuatro folios del cuaderno número 8, en el cual, en forma confusa y desordenada, formula al trabajo partitivo reparos que se refieren a la imputación del pasivo sucesoral, a la formación de la hijuela para el pago de deudas y gastos, a la adjudicación hecha en las hijuelas del objetante, Luis López, Rafael Zapata y Luis Emilio Novoa, y al hecho de haberse llevado a cabo la partición antes de que se hubiera verificado la diligencia de inventarios adicionales decretada en uno de los sucesorios acumulados.

Tramitado el incidente de objeciones en la forma legal, el Juzgado del Circuito lo decidió en providencia del 6 de mayo de 1943, declarando infundadas todas las objeciones propues-

tas, aprobando, en consecuencia, la partición herencial y ordenando su protocolización y registro, con costas a cargo del objetante.

Recurrido en apelación este proveído por Alonso Burbano se surtió la segunda instancia ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, el cual, en sentencia del 18 de noviembre de 1943, lo confirmó en todas sus partes y condenó al recurrente en las costas del grado.

Es esta la sentencia que está a la consideración de la Corte por haber interpuesto contra ella el objetante vencido, en la debida oportunidad, el recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente preparado.

Se invocan en apoyo del recurso la 1ª y la 2ª de las causales que enumera el artículo 520 del Código Judicial.

La demanda fundamental, en la cual el recurrente señala quiénes son sus demandados en el recurso de casación y el sitio donde recibe notificaciones, es un libelo elaborado con inobservancia de las exigencias que la ley establece para esta especie de piezas procesales, lleno de consideraciones que no responden en manera alguna a la finalidad técnica de este recurso extraordinario. Entresacando de la demanda lo útil que ella ofrece para esta decisión se enuncian en seguida los cargos que se hacen contra la sentencia, con cita de los artículos que se dicen violados y expresión del concepto del recurrente en que lo fueron, como la pauta y límite obligatorios para las consideraciones de la Sala.

Dentro del cargo por violación de ley sustantiva dice el recurrente que el Tribunal quebrantó los siguientes artículos del Código Civil por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea:

a) El 1385, porque "el partidor por sí y ante sí, sin arreglo con los miembros de la seción (sic), lo cual es la lealtad, sin consulta al Juez, se auto-fijó los honorarios de su trabajo que adolece de parcialidad y que por lo mismo no tiene en sí valor intrínseco. Cometió una deslealtad e infidelidad con las partes al no tratar y convenir con ellas en el precio del trabajo y al no consultar al menos con el Juez".

La precitada disposición que establece que "el partidor que acepta el encargo deberá declararlo así, y jurará desempeñarlo con la debida fidelidad y en el menor tiempo posible", no tiene la calidad de norma sustantiva, contentiva de ningún derecho, cuyo desconocimiento pudiera dar base adecuada para el uso de la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial. Es precepto simplemente adjetivo y no se ve la manera como su desacato pudiera refluir sobre la partición misma, cuyas condiciones de equidad distributiva según las normas legales es lo que puede dar lugar y apoyo a formular objeciones contra ella o a atacar en casación la sentencia que las declare infundadas. El deber de fidelidad, que por su promesa jurada liga al partidor en el desempeño de su cargo, significa en su acepción legal que lo ha de desempeñar tan bien como le sea posible, con puntualidad y exactitud en su ejecución, pero en manera alguna es concepto subordinado a la arbitraria apreciación que cada uno de los interesados quiera hacer desde el ángulo de sus particulares intereses.

b) El artículo 1930 del citado Código Civil, porque "el partidor ha debido arreglar el valor de su trabajo y solicitarle a cada uno su parte; pero no lo hizo así, ni lo solicitó al Juez, y se llevó de calle esa disposición".

Manifiestamente infundada es esta imputación de quebranto legal que se hace a la sentencia por desconocimiento de la regla que manda prorratear entre los interesados las costas comunes de la partición, entre las cuales está el valor de los honorarios del partidor, para cuya regulación no contiene el Título 10 del Código Civil ninguna norma fija, y que en este caso se sometió, como los demás gastos, a la distribución proporcional de la ley, puesto que para su pago se formó el lote correspondiente de bienes de la sucesión.

c) Dice el recurrente que el partidor acordó el precio de sus honorarios solamente con los interesados Zapata y López, de donde deduce la violación del artículo 1391 del Código citado por cuanto esta disposición "establece que de no ajustarse totalmente el trabajo al Título de la partición del Código Civil el partidor tiene que obrar en acuerdo legítimo, es decir, honrado e imparcial, y unánime de las partes, es decir de todos los interesados; y el partidor ni se sometió a la ley, ni al acuerdo unánime y legítimo de los interesados sino al acuerdo parcial e ilegítimo con López y Alberto Zapata principalmente, lo cual es de perfecta notoriedad en la partición, porque tienen sus propias hijuelas y las hijuelas de gastos y ellos son los que pagan el *trabajito*".

Este cargo que, como todos los demás, se articula con el reparo insistentemente repetido de la autofijación de sus honorarios por el partidor, es también ineficaz e improcedente, porque de la manera como se ha planteado no resulta que en la partición se haya incurrido en quebranto de la norma que establece que el partidor debe ajustarse a las reglas contenidas en el Título 10 del Libro 3º del Código Civil al hacer la adjudicación de los bienes herenciales, sin perjuicio de que los coasignatarios acuerden le-

gítima y unánimemente otra cosa. Ya se dejó dicho que en el precitado Título del Código no hay precepto que determine la fijación del estipendio que devenga el partidor por su trabajo, y por lo demás la demanda de casación no hace ver cómo ni en qué el trabajo partitivo se separa de las reglas legales en forma que se requiriera, para darle validez y consistencia, el acuerdo legítimo de los interesados, legitimidad ésta que no significa lo que el recurrente cree sino que se refiere a la capacidad legal necesaria para tal acto de disposición.

d) El artículo 1392 del Código Civil, porque "el partidor no solamente se fijó el valor estimado para todos los gastos de la sucesión que ya habían sido erogados por los interesados, sino que violando hasta no decir más lo ya tasado por los peritos de los inventarios en trescientos pesos se trepó sus honorarios a cuatrocientos pesos".

Para desechar esta acusación por impertinente basta ver que el artículo que se señala como infringido por el Tribunal hace referencia al deber en que está el partidor de hacer la adjudicación de las especies teniendo en cuenta el valor de tasación pericial que se les haya dado, salvo también que los coasignatarios hayan legitima y unánimemente convenido en la alteración de estos valores o en que se liciten las especies en los casos previstos en la ley.

Afirma el recurrente que la sentencia viola el artículo 1393 del Código Civil porque la hijuela a que en esta disposición se hace referencia no debe formarla el partidor sino cuando los herederos no se prestan a cancelar las deudas proporcionalmente y en este caso él manifestó al Juzgado su ánimo de pagar la cuota que le cupiera; pero este cargo, como los otros, carece de justificación legal a la luz del precepto que se pretende infringido, que impone al partidor la obligación de formar el lote con la destinación a que allí se alude, y que es lo que precisamente ha ocurrido en este caso.

No puede prosperar tampoco el cargo de infracción del artículo 1394 del Código citado, porque conteniendo esta disposición las diversas reglas que el partidor debe tener en cuenta para distribuír los efectos hereditarios después de liquidar lo que a cada uno de los consignatarios se deba, el cargo por su violación tiene que concretarse a alguno de los casos que son materia de esas normas, poniendo de presente la forma de su desconocimiento; pero no hay base para estudiarlo, como aquí acontece, cuando se alegan en su apoyo meras consideraciones y reparos de carácter general. Y no hay más citas legales en la demanda, que requieran consideración de la Sala.

Acerca de la causal segunda, el recurrente hace consistir la incongruencia que le achaca a la sentencia en que él tiene un derecho mayor al que se le ha reconocido en la sucesión y en que no hay proporción legal en la partición que se ha hecho de los bienes.

La sola enunciación de estos fundamentos pone a la vista lo descaminado del cargo por la causal segunda, invocada con tan visible falta de razón que resulta simple y trivial decir por qué no se acepta. Este motivo de casación no es recurso utilizable en todo caso de insuceso judicial, sino garantía de una de las formas esenciales del enjuiciamiento, cual es que la sentencia debe corresponder, sin excederla, ni mermarla, ni variarla, a la parte petitoria de la demanda que establece las cuestiones y límites de la controversia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 18 de noviembre de 1943, que ha sido materia de este recurso de casación.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

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

Acción de nulidad de un contrato por simulación

Lo frecuente y aun lo natural al tratarse de simulación es que las pruebas consistan, en lo general y a veces exclusivamente, en indicios. Las disposiciones legales sobre esta prueba (Código Judicial, artículos 660 a 667), hacen ver que en su valoración se defiere a la conciencia del sentenciador, en cuanto a la fuerza de aquélla para alcanzar a convencerlo. Esto limita la esfera de acción de la Corte en casación, puesto que, así las cosas, no puede variar la apreciación de los Tribunales en los fallos de éstos en segunda instancia, sino en los casos excepcionales en que decidan sobre la base de estar probado tal o cual indicio o indicios sin estarlo, o de que, estándolo, decidan en forma opuesta o distinta a la que correspondería reconociéndolo, o en que al relacionar las premisas para derivar de ellas cierta conclusión, falten a la lógica que debe presidir la vinculación silogística entre una y otras.

En el proceso íntimo, de orden psíquico, en que el sentenciador analiza y pesa los indicios, indagando a poder de su estudio si lo convencen o nó, tienen los Tribunales, por decirlo así, un fuero en conciencia que la Corte ha de respetarles, al punto de que en el evento de que ésta crea que como fallador de instancia habría quedado convencida y decidido, por ende, en la forma correspondiente a tal convencimiento, no podría, oponiendo criterio a criterio, infirmar en casación el fallo de segunda instancia motivado en la ausencia de tal convicción en el Tribunal. Nótese que si la discrepancia de conceptos o criterios a que por vía de ejemplo se acaba de aludir determinara la invalidación de un fallo recurrido, quedaría convertido el recurso extraordinario de casación en una tercera instancia, contra todo lo que en ley lo delimita y caracteriza.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

La señora Rosa María Prieto de Castro demandó en vía ordinaria al señor Francisco J. Prieto a fin de que se declaren inexistentes o nulos, por simulados, los contratos detallados en el libelo, en los que la señora Paula Prieto de Prieto, madre de ambos, dice transferir en venta al demandado actual los inmuebles descritos en las escrituras respectivas, y de que se condene a éste a restituirlos a la sucesión de la señora Prieto de Prieto, para la cual demanda la actora como heredera, o a pagar su valor y perjuicios, si él los hubiere enajenado. Pide también se le condene a pagar los frutos y deterioros de los mismos y las costas procesales.

Repartida la demanda el 1º de julio de 1941 al Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá y tramitada allí la primera instancia, la cerró el fallo de 19 de junio de 1942 que, en atención a la ilegitimidad de la personería sustantiva de la actora, surgida de no estar acreditada su calidad de heredera, declaró no haber lugar a hacer las condenaciones demandadas. Sin costas.

Apeló la demandante y, surtida la segunda instancia en el Tribunal Superior, decidió éste negando todas las peticiones de la demanda, de cuyos cargos absolvió al demandado, también sin costas.

La actora interpuso casación, recurso que aquí se decide, tramitado debidamente.

Los antecedentes del pleito, en lo pertinente al recurso, entresacándolos de los hechos fundamentales de la demanda, son: la señora Prieto de Prieto, en cuyo matrimonio con don Vicente Prieto tuvo, a más de los actuales litigantes, otros cinco hijos, Vicente, Carlos, Miguel, Isabel y Jorge, fue transfiriéndoles en sendas compraventas a todos, menos a Rosa María, sus bienes hasta no dejar ninguno a su muerte, por lo cual esta hija, así privada de su legítima materna, estimando que esas transferencias tuvieron esta finalidad y que fueron donaciones porque de compraventa sólo recibieron el nombre para disfrazarlas, demandó conjuntamente a sus hermanos para que, reconociéndose así, se reconstruyese el patrimonio de su madre y se repartiese legalmente entre todos sus legitimarios; y no habiendo prosperado ese intento de acción conjunta, ha entablado tal pleito contra cada uno. De ahí el presente.

La transferencia aludida la hizo doña Paula a su hijo Francisco así: en escritura de 29 de diciembre de 1931, la de la cuarta parte de la casa número 784 de la carrera 7ª de esta ciudad,

y en escritura de 24 de julio de 1936, la del lote de terreno ubicado en Bosa, determinado en este instrumento.

En ambas escrituras la vendedora declara que el comprador le ha pagado el precio. En la última, entregándole en dinero la suma respectiva, y en la primera, entregándole dinero, dándole unas cédulas bancarias, cancelándole deuda por préstamos anteriores e indemnizándole el perjuicio que dice ella haberle causado a él al resultar con más o menos en quince fanegadas inferior la extensión del terreno que a él le tocó en la división de una comunidad citada al efecto en dicha escritura.

La demandante niega que hubiera este perjuicio, esa deuda y esas entregas, y, más áún, niega que hubiera precio alguno, pues, como ya se dijo, afirma que lo que hubo fue donación.

Su tesis acerca de este tema, que es lo fundamental de su demanda, la consigna en este párrafo del libelo inicial:

"Es causa y razón de la presente demanda, la siguiente: el haber pretendido la señora Paula Prieto de Prieto transmitir a su hijo Francisco la cuarta parte de la casa ubicada en la carrera 7ª de esta ciudad y un lote que formaba parte de la hacienda de *Casanare* (sic) fingiendo contratos de compraventa cuando en el fondo fue realmente una transmisión gratuita, como igualmente lo hizo con sus otros hijos, pero con exclusión de mi persona y con el propósito de privarme de la cuota herencial a que tengo derecho como legitimaria, por lo cual tengo acción para atacar esos supuestos contratos."

Como ya se dijo, el Juzgado, decidiendo en función de la ilegitimidad que halló en la personería de la demandante, no entró en el fondo. El Tribunal sí avocó el problema y llegó a su mencionada conclusión negativa y absolutoria, después de analizar las pruebas aducidas por la demandante, porque no lo convencieron de la simulación los indicios en que tales pruebas consisten.

La actora sostiene como recurrente que la negativa del Tribunal se debe a error en la apreciación de estas pruebas y que, al dejar de reconocer por esto que la situación legal es la trazada en la demanda, se quebrantaron las disposiciones legales sustantivas que cita en su fundamentación del motivo 1º de los del artículo 520 del Código Judicial.

Lo frecuente y aun lo natural al tratarse de simulación es que las pruebas consistan, en lo general y a veces exclusivamente, en indicios. Las disposiciones legales sobre esta prueba (Código Judicial, artículos 660 a 667) hacen ver que en su valoración se defiere a la conciencia del sentenciador, en cuanto a la fuerza de aquélla para alcanzar a convencerlo. Esto limita la esfera de acción de la Corte en casación, puesto que, así las cosas, no puede variar la apreciación de los Tribunales en los fallos de éstos en segunda instancia, sino en los casos excepcionales en que decidan sobre la base de estar probado tal o cual indicio o indicios sin estarlo, o de que, estándolo, decidan en forma opuesta o distinta a la que correspondería reconociéndolo, o en que al relacionar las premisas para derivar de ellas cierta conclusión, falten a la lógica que debe presidir la vinculación silogística entre una y otras.

Estas reflexiones resumen las que ha formulado y a las que se ha ajustado la Corte cuando quiera que el cargo de violación de leyes sustantivas se deriva de la discrepancia entre el recurrente y el Tribunal sobre apreciación y fuerza de la prueba de indicios. Innecesaria es la cita de las múltiples sentencias de esta Sala a que acaba de aludirse.

Este preámbulo explica de antemano tal apreciación en el presente recurso, dado que la prueba es indicial y que los indicios son de la clase y categoría que pasa a verse, relacionándolos en el mismo orden en que el recurrente lo hace para acusar al Tribunal, ya de no haberlos apreciado en todo su valor, ya de haberlos pasado por alto.

Para hacer aparecer como pagado el precio en la primera de dichas escrituras, se atribuye al supuesto comprador una situación de perjuicio por la menor extensión con que resultó el lote que le tocó al partirse la aludida comunidad; y está acreditado que esta división se hizo sin que los comuneros, al practicarla y escriturarla tuvieran en cuenta la superficie de los lotes ni, menos, se la garantizaran, sino defiriendo en un todo a los precios que a las fincas divididas señalaron amigos expertos de toda su confianza. Así, pues, no había lugar a queja por el supuesto perjuicio ni, por tanto, deuda alguna por esa causa, a que se agrega que la señora Prieto de Prieto no era comunero único con su hijo Francisco. De estos hechos y reflexiones se deduce un indicio de simulación, según advierte el recurrente, quien apunta un error de apreciación en la sentencia recurrida por no haber dado todo su valor a este indicio al negar la declaración demandada.

Otro tanto anota y objeta al poner de presente el indicio consistente en que la señora, a pesar de decir que vendía y entregaba a su hijo la dicha cuarta parte de casa, siguió viviendo en ésta.

Con copia notarial registrada de las respectivas escrituras públicas está acreditado en el proceso que la señora Prieto de Prieto, diciendo en cada caso vender, transfirió sus bienes a sus hijos prenombrados con exclusión, pues,

de Rosa María, en términos del todo análogos a los que se han visto respecto de Francisco; y esto, que es otro indicio de simulación, lo desoye el Tribunal en el presente caso, a pretexto de que aquellos restantes compradores no son parte en este litigio.

A más de aparecer en ambas escrituras de Francisco íntegramente pagado el precio, asume él separada e independientemente, sin que se mencione causa, obligándose a servir a su madre una renta vitalicia de $ 40 mensuales. Esto, que es otro indicio de simulación por regla general en casos análogos, lo es con más veras en el presente, por lo antedicho de no aparecer causa de esta obligación y de contraerse en forma del todo extraña a una compraventa en que el precio ya está pagado. El recurrente acusa de que a este indicio no se le dio todo su valor.

Acusa también de haberse prescindido del indicio consistente en que los más de los hijos restantes aludidos contrajeron en la misma forma igual obligación de pagar renta vitalicia a su madre, prescindencia para la cual la sentencia recurrida aduce que esos otros hijos no son parte en este pleito, cual si el hecho en sí no fuese lo invocado en esta controversia o no estuviese acreditado con los instrumentos respectivos.

De esos hermanos de la actora confesaron algunos, Miguel e Isabel, que efectivamente no eran acreedores de su señora madre por las sumas con que aparecen serlo para pagar en parte los precios de sus respectivas compras a ella, aquí aludidas; y el recurrente se queja de que el Tribunal prescindiera de este indicio a pretexto de que los confesantes no son parte aquí, a pesar de que ese hecho en sí queda acreditado con tal confesión y de que lo que aquí se alega es que el hecho concurre como indicio, sin pretender en manera alguna que se tome como confesión del demandado.

Establecida en autos la holgada posición pecuniaria de doña Paula y la sencillez y austeridad de su vida, es un indicio de ficción el que aparezca encuitada para con sus hijos en cantidades relativamente altas que se hacen figurar para atender con ellas al pago de los respectivos precios, y el indicio consistente en tal situación, que es también la de las escrituras de Francisco, lo dejó de tomar el Tribunal en toda la fuerza que tiene.

Otro indicio que tampoco mueve al Tribunal, de lo cual acusa el recurrente, es el que nace de la circunstancia de haberse celebrado todos los contratos aludidos entre madre e hijos, a pesar de que esta vinculación impone la conjetura o sospecha de tratarse de donaciones disfrazadas. En el contrato entre doña Paula y su hijo Vicente aparece éste pagándole en un cheque suyo $ 15.000, y está demostrado en autos que él no tenía esa suma en el banco girado y que acabó por consignar ese cheque en su cuenta en ese banco. Y el Tribunal, negando lo demandado aquí, desconoce a ese indicio la fuerza que tiene.

El Tribunal hacia el final de la sentencia, como resumiendo su pensamiento, sugiere, aunque dubitativamente bajo la expresión *quizás*, que "los autos revelan que lo pretendido por la señora Paula Prieto v. de Prieto fue verificar en vida una distribución de sus bienes entre sus hijos por medio de contratos individuales de venta". Y sin embargo de esto agrega allí mismo que ese medio, "si bien es cierto que ataca el derecho fiscal, no induce necesariamente a la simulación".

En estos conceptos encuentra el recurrente una contradicción, anotando que no se compagina con la negativa de simulación ese reconocimiento de que se acudiera a ventas para esa distribución de bienes, estando demostrado, por otra parte, que fueron donaciones y habiéndose de presumir que eso de distribuír una madre sus bienes entre sus hijos es un paso muy diferente del de vender en realidad tal o cuales bienes a sus hijos como podría venderlos a terceros.

Quedan expuestos los cargos que sobre apreciación de indicios formula el recurrente y queda formada también la lista de éstos.

Se observa ante todo que ninguno de ellos es necesario, lo que vale como decir que no constituyen de por sí plena prueba (Código Judicial, artículo 663); y se advierte que, como es lo natural en estos casos, no es a cada indicio en singular al que puede exigírsele tánta fuerza probatoria, pues la plenitud de ésta viene, en su caso, de su conjunto, pues cuando no son necesarios, alcanzan ese poder si son, en su número plural, graves, precisos y conexos entre sí de modo de concurrir todos a demostrar sin lugar a duda la verdad del hecho controvertido (artículo 665 ibídem).

Ahora bien: volviendo a lo antedicho sobre valoración de la prueba indicial, se tiene que el fallador de segunda instancia no obtuvo de ella el convencimiento a que defiere la ley. Y esta Sala no puede imponérselo. No es procedente, así las cosas, el cargo de error de derecho en la apreciación de esa prueba porque el Tribunal no llegara a la convicción a que llega el recurrente. Y en cuanto a error de hecho en esa misma apreciación, no es aceptable aquí el cargo, puesto que se formula por un conflicto que, como acaba de verse, es de orden mental meramente. Además, es de recordarse que cuando por error de hecho en apreciación de pruebas se llega al quebranto de leyes sustantivas como cargo en casación, ese

error ha de aparecer de modo manifiesto en los autos.

En el proceso íntimo, de orden psíquico, en que el sentenciador analiza y pesa los indicios, indagando a poder de su estudio si lo convencen o nó, tienen los Tribunales, por decirlo así, un fuero en conciencia que la Corte ha de respetarles; al punto de que en el evento de que ésta crea que como fallador de instancia habría quedado convencida y decidido, por ende, en la forma correspondiente a tal convencimiento, no podría, oponiendo criterio a criterio, infirmar en casación el fallo de segunda instancia motivado en la ausencia de tal convicción en el Tribunal. Nótese que si la discrepancia de conceptos o criterios a que por vía de ejemplo se acaba de aludir determinara la invalidación de un fallo recurrido, quedaría convertido el recurso extraordinario de casación en una tercera instancia, contra todo lo que en ley lo delimita y caracteriza.

Lo expuesto hasta aquí está diciendo con claridad que no puede acogerse el cargo de error en la apreciación de los indicios en el presente recurso.

Pudiera decirse que el recurrente no acusa tan sólo por la valoración de tales o cuales de los indicios que ha comprobado y acerca de los cuales dice que el Tribunal los subestima, sino también porque se abstiene de tomar en consideración otros, y que, si las consideraciones precedentes impiden que el cargo de subestimación prospere, queda en pie lo relativo a prescindencia. Pero esta distinción no tiene tal base, porque lo que sucede con los indicios acerca de los cuales hace este último cargo el recurrente, no es en rigor de verdad que el Tribunal prescindiera de ellos o los desoyese, sino que no les asigna cierta calidad, así: la confesión de haberse fingido deudas, a la cual se refiere el recurrente como atrás se dijo, rendida, no por el demandado en este pleito, sino en tramitación distinta y por algunos de sus hermanos, es materia, en realidad, del reparo del Tribunal de no ser ellos parte aquí; pero, al hacer presente esta circunstancia, no procede en forma de desoír la consecuencial conjetura sobre el tema global de las enajenaciones, sino para advertir que no puede tomar esa afirmación de personas extrañas a este pleito con todo el valor que tendría la confesión de parte. Otro tanto ocurre con la confesión de Miguel relativa a la renta vitalicia.

Sobre el pie del error de apreciación de pruebas de que se viene hablando, el recurrente acusa por la consecuencial violación de estos artículos del Código Civil: en primer lugar, del 1524, en cuanto los contratos aquí atacados tienen una causa ilícita, cual fue el empeño de despojar a la demandante de su legítima materna, y en seguida, el 1226, el 1239 y el 1240 que, en su orden indican cuáles son las asignaciones forzosas, entre ellas las legítimas; definen éstas y dicen quiénes son legitimarios, señalando como tales en primer lugar a los hijos legítimos. El cargo consiste, en suma, en que por medio de las mencionadas transferencias, que no fueron compraventas, sino donaciones, la actual demandante quedó despojada de su haber hereditario en la sucesión de su madre. Esta señora pudo vender sus bienes como a bien tuviera y pudo donarlos; pero legalmente no podía eludir con donaciones disfrazadas el cumplimiento de terminantes disposiciones legales que en forma rígida defienden la cuota herencial de un legitimario.

Aquí está demostrado que la demandante es hija legítima de la señora Paula Prieto de Prieto y que ésta falleció sin dejar bienes, así como que tenía todos los que aparece vendiendo a sus restantes hijos. Es, pues, evidente la calidad de legitimaria invocada por la actora al demandar, así como su interés en invalidar las transferencias referidas y obtener que, reintegrado así el patrimonio de su madre, se les reparta en su causa mortuoria legalmente y, por tanto, en la forma que corresponde al hecho de figurar entre los partícipes, al igual de los otros seis hijos, la que por esas transferencias quedó despojada de su haber herencial.

Dado nuestro sistema, como la señora Paula murió intestada dejando como herederos únicos a sus siete hijos, entre éstos por igual entre sí ha de llevarse, no sólo la mitad legitimaria, sino la cuarta de mejoras y la de libre disposición (Código Civil, artículo 1249).

Sabido es el empeño de nuestro legislador en conservar para tales asignatarios forzosos, en lo posible y salvando sólo las enajenaciones a título oneroso, la totalidad del patrimonio del de *cujus*, al punto de que, mediante la institución de los acervos imaginarios, brega por restituírlo a su estado prístino cuando aquél lo ha mermado con donaciones, así: sean éstas revocables o irrevocables, en cuanto hayan de imputarse a legítimas o mejoras, se traen a colación, con lo que también se evitan pagos dobles tomándoselas en cuenta a los donatarios, y las irrevocables a extraños, es decir, cuando por no tener el donatario las calidades aludias, no cabe esa imputación, figuran también, de la manera especial con que se reglamenta este caso, para la computación de dichas asignaciones forzosas (artículos 1243 a 1245 y 1256 ibidem).

Se traen a cuento estas nociones, a pesar de lo consabidas y trajinadas, porque justifican la queja de la demandante en cuanto, comparando su situación con la de sus hermanos, encuentra que —según rezan su demanda y alegatos— to-

dos éstos, así fuesen disfrazándose de compradores, recibieron aun en vida de su madre su herencia materna, al paso que para ella nada hubo y nada quedó. Pero, como queda aquí visto al estudiar las pruebas aducidas por ella para sostener ese concepto base de su queja, el Tribunal no llega a compartirlo o, en otras palabras, no llega al convencimiento a que, repítese, defiere la ley en la prueba de indicios. Y así las cosas, no pudiendo la Sala corregir ese resultado a que, como insistentemente lo ha observado, se llega en conciencia, aunque la Sala crea o creyese que hay elementos suficientes para formar esa convicción, no podría infirmar la sentencia recurrida para reemplazarla con la que correspondería tan sólo en prosperando y acogiéndose las afirmaciones de la demandante sobre tales hechos y la simulación que implican.

A esta conclusión concurre también la consideración de que si, por ejemplo, el Tribunal no trae a cuento lo ocurrido en la venta a Vicente Prieto con el cheque por $ 15.000 de que se habló, no puede afirmarse que de lo contrario, esto es, de haberlo presentado allí el Tribunal, hubiera derivado aquel convencimiento, porque este indicio, como ya se dijo de todos los comprobados en el proceso, no es necesario.

Aunque no incide en casación, pues no conduce a la prosperidad del recurso, debe la Sala volver sobre un reparo de la recurrente para acogerlo: es el relativo al concepto del Tribunal contenido en el párrafo de su sentencia aquí transcrito en que dice que la distribución de sus bienes entre sus hijos por medio de las aludidas escrituras de compraventa no significa simulación. Es verdad que el Tribunal se expresa en forma dubitativa diciendo que *quizás* esos contratos tuvieron ese objeto; pero, si por esto no se trata de declaración categórica, no deja, sin embargo, de sugerir algo que la Sala no puede dejar inadvertido para corregirlo, pensando, sobre todo, en la doctrina y el precedente.

Por esta misma razón se toma nota de que la demandante en el párrafo transcrito de su demanda se presenta como tercero a atacar los contratos materia de la misma invocando la lesión que le causan, y que al propio tiempo dice en su libelo que a esto procede "con advertencia de que obro en mi carácter de heredera legitimaria de la señora Paula Prieto de Prieto y pido como su heredera y para su sucesión".

Esta dualidad es inadmisible. Demandar, colocándose el actor en el puesto que correspondería a su causante si viviese, es proceder como parte contratante, y demandar, no ya para el causante, esto es, para su sucesión, sino invocando la lesión que al actor han producido ambos contratantes, es obrar como tercero. Y las dos situaciones, de parte contratante o de tercero, tienen entre sí grandes diferencias, las que resaltan especialmente desde el punto de vista probatorio. En el primer caso el actor tiene sobre sí el peso de la plena prueba que el artículo 1759 del Código Civil asigna a las declaraciones del instrumento público respecto de sus otorgantes, al paso que ellas no tienen tal alcance contra el tercero, y de otro lado, también es distinta la posición del uno a la del otro en relación con la admisibilidad de la prueba testimonial, de acuerdo con el artículo 1767 de ese Código y los artículos 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, así como del artículo 703 del Código Judicial.

El Tribunal, en correcta interpretación de la demanda, optó por reconocer que la demandante procede como tercero. Anotado lo antedicho, no es de insistirse en este detalle, entre otras razones porque esa solución o escogencia favorece a la demandante y ella es recurrente único (Código Judicial, artículo 494).

Análogamente, sólo por vía de doctrina se advierte que la demanda, al afirmar que las compraventas aquí atacadas ocultan una donación, no califica a ésta de revocable, por lo cual es extraña a los problemas del litigio la exposición del Tribunal sobre esa clase de donaciones. Además, todo indica que aquélla, tal como se condiciona en las afirmaciones y esfuerzos de la demandante, fue entre vivos (Código Civil, artículos 1194 y 1443). Más todavía: tratándose de un mismo modo unas y otras por el artículo 1243 del Código Civil, en su caso, y pudiéndose hacer de una y otra clase con la imputación allí indicada, carece de influencia sobre el resultado de la litis el que, en el evento de prosperar la tesis de la demandante sobre que no hubo compraventa sino donación, se entendiera ésta colocada en tal o cual de esas dos casillas.

Tras de exponer detenidamente los reparos sobre apreciación de los indicios y lo atañedero a la consecuencial violación de las disposiciones legales antedichas, todo dentro de lo que llama motivo primero, la recurrente en su demanda de casación o, mejor dicho, su abogado, presenta bajo el epígrafe de "segundo motivo" y "tercer motivo", estos cargos: nuevamente el de quebranto del citado artículo 1524, por no reconocerse que los contratos atacados carecen de causa o que si la tienen, no pueden subsistir por no haberse llenado las formalidades legales; y quebranto del artículo 1849 del Código Civil, por reputarse contratos de compraventa lo que en realidad no tiene de tal sino el nombre.

Ambos cargos son infundados, no estando demostrada ante el Tribunal la simulación en cuya virtud esos contratos serían donaciones. Esta reflexión basta para no admitir aquéllos.

Se observa que en esta parte última de su alegato, la actora habla categóricamente de que esas donaciones fueron entre vivos, de donde toma pie para reclamar por no habérselas insinuado (artículo 1458 ibidem). Claro es que, no habiéndose acogido la tesis de simulación, el reclamo por la falta de insinuación es improcedente; pero se anota esta clasificación dada por la demandante a las donaciones de que habla, porque justifica el reparo antedicho sobre la exposición del Tribunal sobre modalidades de las donaciones *mortis causa*.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, o sea la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas en el recurso (Código Judicial, artículo 575, numeral 2º *in fine*).

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Acción de ineficacia jurídica de un contrato.—Resiliación. Diferencia con la resolución

Aunque el artículo 1625 del Código Civil emplea la locución "consientan en darla por nula", refiriéndose a la obligación principal, el término "nula" está impropiamente aplicado en él, porque cuando las partes convienen en invalidar una obligación por mutuo consentimiento, ocurrencia que los maestros franceses denominan "resiliación", no es porque ella en sí adolezca de este vicio, ya que no le falta ninguno de los requisitos que la ley señala para el valor del mismo acto o contrato, o los que se refieran al estado o calidad de las partes, ni porque en esa convención primitiva hubiera objeto o causa ilícito o se hubieran omitido los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no al estado o calidad de las partes, que es lo que induce nulidad del acto o contrato, de acuerdo con los artículos 1740 y 1741 del Código Civil. La resiliación es diferente de la nulidad. Esta se produce por la concurrencia de los motivos señalados en los artículos inmediatamente citados, al paso que en la resiliación el contrato que se pretende invalidar está exento de todo motivo o causa de nulidad y es completamente válido. También se diferencia de la resolución porque ésta disuelve el contrato por el advenimiento de la condición resolutoria expresamente pactada, o por el de la tácita que va envuelta en todo contrato bilateral cuando una de las partes no cumple con las obligaciones pactadas y la otra las ha cumplido o se allana a cumplirlas en la forma y tiempo debidos. Cierto es que al declararse inválido un contrato por resiliación, las partes quedan obligadas a prestaciones mutuas según el caso.

El derecho consagrado por los artículos 1602 y 1625 del Código Civil no está sometido a ninguna modalidad. Para que él pueda ejercitarse por las partes, no es indispensable que en el acto de la resiliación hagan constar que están obligadas a las mutuas restituciones.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango)

Por escritura pública número 889, de 26 de junio de 1935, pasada en la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá, Juan C. García C. vendió al doctor Eduardo Serna R. y a Gerardo Mejía Mejía, los derechos y acciones que le correspondían o pudieran corresponderle como avisador y denunciante de la mina de oro y plata denominada *Continuación Sur de las Animas*, ubicada en el Municipio de Santa Isabel, Departamento del Tolima. También fue materia de la venta las acciones nominativas y al portador, de valor nominal de diez pesos ($ 10) cada una, que el vendedor tenía en la Sociedad Minera del Tolima, S. A., y cualquier cantidad de dinero o valores que pudieran corresponderle como dueño de tales acciones. Como precio se estipuló la suma de dos mil pesos ($ 2.000), que el vendedor declaró recibida a su satisfacción.

Posteriormente, en documento privado otorgado en Bogotá a 14 de mayo de 1937, los mismos contratantes García C., Serna R. y Mejía Mejía, después de relatar el contrato que habían pactado por la escritura número 889, declararon:

"3º Que habiendo hecho gestiones los exponentes Serna y Mejía y García hasta obtener el título de la mina denominada *Continuación Sur de las Animas*, se repartieron las acciones en la forma dicha en el título, lo cual fue aceptado por todos los firmantes de este documento. 4º Que en tal virtud los firmantes Serna y Mejía declaran que la escritura mencionada, número 889 de 26 de junio de 1935 de la Notaría 3ª de Bogotá, carece de todo valor, puesto que se acepta la división de acciones en la forma contemplada en el título de adjudicación de la mina mencionada expedido por la Gobernación de Ibagué el 18 de septiembre de 1936, lo mismo que declaran este título como la genuina expresión de la realidad."

Parece que el señor Mejía y Mejía a pesar de la declaración de voluntad consignada en el documento de que se acaba de hacer mérito, se considera dueño de la mitad de la referida mina dándole prevalencia al contrato contenido en la

escritura pública número 889. En vista de esta pretensión, el señor Juan C. García C. ocurrió al Poder Judicial para que por sentencia se declarara:

"Primero. Que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 889 de 26 de junio de 1935, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá, por la cual Juan C. García C. aparece vendiendo a los señores doctor Eduardo Serna R. y Gerardo Mejía Mejía sus acciones y derechos en la mina de filón de oro y plata denominada *Continuación Sur de las Animas*, ubicada en el Municipio de Santa Isabel, Departamento del Tolima y en la Sociedad Minera del Tolima, S. A., carece de toda eficacia legal y no genera ninguna obligación para las partes, por haber sido declarado inválido por mutuo consentimiento de las mismas, de acuerdo con los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, y por haberse producido la causa eficiente de obligar.

"Segundo. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Líbano, Departamento del Tolima, la cancelación del registro de la citada escritura número 889 de 26 de junio de 1935, corrida en la Notaría 3ª de Bogotá, verificado el 18 de julio del mismo año.

"Tercero. Que se condene a los demandados al pago de las costas, si afrontan el litigio."

Corrido el traslado de esta demanda, el doctor Eduardo Serna manifestó que aceptaba los hechos en que se apoya y que no se oponía a que se hicieran las declaraciones solicitadas en el libelo. Acompañó una copia de la escritura pública número 2392 de 30 de septiembre de 1936, otorgada en la Notaría 4ª de esta ciudad, sobre protocolización de una copia del título de la mina *Continuación Sur de las Animas*, expedido por el Gobernador del Tolima a favor de Serna, García y otros, entre los cuales no se menciona al señor Gerardo Mejía M.

Este aceptó algunos hechos de la demanda, negó otros y propuso como excepción perentoria la falsedad del documento privado de 14 de mayo de 1937 acompañado por el actor a su demanda, tachándolo de falso.

La incidencia de falsedad fue fallada desfavorablemente a Mejía, lo mismo que la demanda, respecto de la cual falló el Juez:

"Primero. Declárase que el contrato consignado en la escritura pública número 889, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá el 26 de junio de 1935, por medio de la cual el señor Juan C. García aparece vendiendo a los señores doctor Eduardo Serna R. y Gerardo Mejía Mejía, todos los derechos y acciones en la mina de filón denominada *Continuación Sur de las Animas*, ubicada en el Municipio de Santa Isabel, del Departamento del Tolima, y todas las acciones nominativas y al portador que el vendedor tenía en la Sociedad Minera del Tolima, S. A., carece de todo valor legal, y, en consecuencia, no genera ninguna obligación para las partes contratantes.

"Segundo. Ordénase la cancelación del registro de la escritura pública número 889 de que trata el punto anterior, verificado el 18 de julio del mismo año de 1935. En consecuencia, ofíciese al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito del Líbano, a fin de que se sirva cumplir lo ordenado en este punto segundo; y

"Tercero. Condénase a todas las costas del presente juicio al demandado Gerardo Mejía Mejía."

Este apeló para ante el Tribunal de Bogotá, y esa entidad en proveído de 8 de febrero del año en curso, reformó la sentencia de primer grado y decidió:

"Primero. Se declara que el contrato expresado en la escritura pública número ochocientos ochenta y nueve (889), otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá el veintiséis (26) de junio de mil novecientos treinta y cinco (1935), carece de toda eficacia o valor jurídicos en la parte que contiene la venta de Juan C. García C. en favor de Eduardo Serna R. y Gerardo Mejía M., de todos los derechos y acciones del vendedor en la mina de filón denominada *Continuación Sur de las Animas*, ubicada en el Municipio de Santa Isabel, del Departamento del Tolima.

"Segundo. Se ordena la cancelación parcial y relativa a esa parte, del registro de la escritura pública número 889 de que trata el punto anterior, verificado el 18 de julio del mismo año en la Oficina de El Líbano. Líbrese por el Juzgado el oficio del caso.

"Tercero. Se niega lo demás pedido.

"Cuarto. Sin costas en el juicio ni en el recurso."

Mejía Mejía recurrió en casación. Le fue concedido el recurso y hoy se estudia para su decisión.

El Tribunal con apoyo en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, consideró que el convenio celebrado por las partes por medio del documento privado de fecha 14 de mayo de 1937, "tenía la virtud de hacer ineficaz o invalidar, retroactivamente, la venta de derechos y acciones de Juan C. García C. como denunciante de la mina, contrato celebrado con los demandados Serna y Mejía, porque atrás quedó advertido que ese contrato no requería escritura pública para ser eficaz". Pero en su sentir la venta de las acciones nominales y al portador no

quedó comprendida dentro del objeto de la resiliación, porque el documento privado no se refiere expresamente a ella y porque en ese punto el convenio de resiliación habría tenido que constar en escritura pública registrada por tratarse de unos inmuebles".

El recurrente formula al fallo los siguientes reparos:

Violación de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, por indebida aplicación; quebrantamiento del 1524 por violación directa, como motivos de la causal primera; y haberse incurrido en algunas de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, con fundamento en el numeral 6º del artículo 520 del dicho Código.

Estos motivos se estudiarán en el orden en que fueron propuestos.

Se hace consistir la indebida aplicación de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, en que el Tribunal no declaró que Mejía y Mejía tenía derecho a la restitución de las prestaciones a que se había obligado por el contrato contenido en la escritura número 889, al ser declarado inválido por el contenido en el documento privado de fecha 14 de mayo de 1937, porque si toda obligación puede extinguirse por mutuo consentimiento de las partes y con aplicación del artículo 1625, darla por nula, el sentenciador ha debido, para que las partes se restituyeran al estado que tenían antes, al declarar nula la convención, ordenar la devolución de las correspondientes prestaciones, porque la nulidad lleva envuelto el principio de que las partes, una vez decretada aquélla, sean restituidas al mismo estado en que se hallaban si no hubiese existido el acto o contrato nulo, e implica necesariamente el que haya restituciones mutuas que han de hacerse los contratantes.

No tiene razón el recurrente en este reparo. Es cierto que el artículo 1625 emplea la locución "consientan en darla por nula", refiriéndose a la convención principal, pero el término "nula" está impropiamente aplicado en él, porque cuando las partes convienen en invalidar una obligación por mutuo consentimiento, ocurrencia que los maestros franceses denominan "resiliación", no es porque ella en sí adolezca de este vicio, ya que no le falta ninguno de los requisitos que la ley señala para el valor del mismo acto o contrato, o los que se refieren al estado o calidad de las partes, ni porque en esa convención primitiva hubiere objeto o causa ilícita o se hubiesen omitido los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no al estado o calidad de las partes, que es lo que induce nulidad del acto o contrato, de acuerdo con los artículos 1740 y 1741 del Código Civil.

La resiliación es diferente de la nulidad. Esta se produce por la concurrencia de los motivos señalados en los artículos inmediatamente citados, al paso que en la resiliación el contrato que se pretende invalidar está exento de todo motivo o causa de nulidad y es completamente válido. También se diferencia de la resolución porque ésta disuelve el contrato por el advenimiento de la condición resolutoria expresamente pactada, o por el de la tácita que va envuelta en todo contrato bilateral cuando una de las partes no cumple con las obligaciones pactadas y la otra las ha cumplido o se allana a cumplirlas en la forma y tiempo debidos.

Cierto es que al declararse inválido un contrato por resiliación, las partes pueden quedar obligadas a prestaciones mutuas según el caso.

El derecho consagrado por los artículos 1602 y 1625 del Código Civil no está sometido a ninguna modalidad. Para que él pueda ejercitarse por las partes, no es indispensable que en el acto de la resiliación hagan constar que están obligadas a las mutuas restituciones, en la forma y proporción a que hubiere lugar, de suerte que no es exacto como afirma el recurrente, que el documento privado de que se ha hecho mérito, tuviera la virtud de disolver el contrato primitivo, si hubiere regulado con anticipación la situación en que quedaba el señor Mejía, o si en el mismo documento se hubiesen sentado reglas precisas sobre las prestaciones mutuas en forma tal que Mejía hubiese recibido el reembolso del precio otorgado, los intereses del mismo, los gastos hechos, etc., etc.

Se repite: para el valor de la resiliación no es indispensable que las partes en ese acto consignen las especificaciones a que hace referencia el recurrente, ni ningunas otras.

En cuanto a la violación directa del artículo 1524, el apoderado del recurrente considera que como respecto a éste no hubo en la resiliación "disposición compensatoria, ni devolución de precio alguno" ese pacto carece de causa respecto de Mejía; y para sostener su aseveración hace una disertación con la finalidad de demostrar que no habiendo causa en ese pacto que obligara a Mejía a contratar, la sentencia que le dio eficacia quebrantó de manera directa el texto en cita.

Para confutar este reparo conviene recordar que Mejía y Mejía tachó de nulo el documento privado en que se hizo constar la voluntad de las partes para declarar inválido el contrato contenido en la escritura número 889, y que esa tacha no prosperó, de donde se desprende que el documento traído a los autos es auténtico y

tiene fuerza legal, es decir, que está comprobada la obligación y comprobada ésta se presume comprobada la causa. Presunción justa y jurídica, porque nadie que no sea huero de sentido, puede obligarse a una prestación sin causa para ello. Probada la obligación tocábale a Mejía establecer que la resiliación no había tenido causa, y no se diga que esto equivale a imponerle a éste la obligación de comprobar un hecho negativo, porque esa negación no es indefinida y se apoya en la afirmación de hechos positivos que pueden comprobarse, como el error, la fuerza o el dolo en el consentimiento, u otro hecho positivo que implique la nulidad del acto celebrado, o la ausencia de requisitos indispensables para la existencia jurídica del mismo. Nada de esto ha comprobado Mejía, de donde se desprende que la presunción que ampara la existencia de la causa, subsiste y que por lo tanto hay que considerar la resiliación como un pacto o acto que tiene causa verdadera, justa y legal.

No prospera este capítulo de acusación.

El último motivo alegado consiste en la incompetencia de jurisdicción que tenía el Tribunal de Bogotá para fallar este litigio, porque, a juicio del recurrente, el Juez del Circuito del lugar en donde estaba ubicada la mina era el único competente para resolver sobre los juicios de posesión o propiedad relativos a una mina o a los derechos reales constituídos en ella, de acuerdo con lo estatuído por el artículo 385 del Código de Minas.

El cargo es del todo infundado. En la demanda que dio origen a este litigio, no se ha ejercitalo acción alguna relativa a la posesión o propiedad de la mina denominada *Continuación Sur de las Animas*. Se trataba solamente de la venta de unas acciones en esa mina, que el sentenciador calificó de bienes muebles. Tampoco se trataba de ningún derecho real que se reclamara por medio de esta acción y que estuviera vinculada a la mina dicha.

No tratándose, pues, ni de la posesión ni de la propiedad de la mina en cuestión, ni de ningún derecho real sobre ella constituído, no era de aplicación el artículo 385 del Código de Minas, siendo el Juez competente el del lugar donde se celebró el contrato.

El Tribunal, fuera de las razones principales para fundar su fallo, como adehala, agregó éstas que no han merecido reparo alguno por parte del recurrente y que conservan por consiguiente toda su eficacia.

"De otro lado, el demandado Serna R. presentó copia de la protocolización del título de adjudicación número 298, expedido por la Gobernación del Tolima el diez y ocho (18) de septiembre de mil novecientos treinta y seis (1936), del que aparece que la adjudicación de la mina a que se refiere la escritura pública número 889 de 26 de junio de 1935 recayó en favor de los señores Eduardo Serna R., Luis Eduardo Gómez, Nepomuceno Arbeláez, Enrique Arango, Horacio Zambrano, Juan C. García, Marco A. Gómez, José H. Gómez y Alfonso Gómez, con exclusión del copropietario o comunero en los derechos, señor Gerardo Mejía M., y ese título de dominio aparece registrado en la Oficina del Líbano con fecha veinte de septiembre de mil novecientos treinta y seis, por lo que ha de presumirse que Mejía tenía conocimiento de él y lo había tolerado desde tiempo atrás al presente litigio. Hay más: al hacer la denuncia de la mina ante el Gobernador del Tolima, el señor García C. debió expresar también el nombre del socio o comunero señor Gerardo Mejía, al tenor del artículo 33, ordinal 5º, del Código de Minas, y, en todo caso, este señor tuvo el derecho de oposición que consagra el artículo 27 del Decreto ejecutivo número 761 de 1887 y no aparece que lo ejercitara ante la autoridad administrativa, lo cual corrobora la sinceridad de la renuncia al derecho de comunero que consignó en el documento privado de fecha 14 de mayo de 1937, según la doctrina del artículo 662 del Código Judicial.

"2. Demostrada la autenticidad integral del documento privado o contraescritura, véanse sus efectos sobre el contrato que relaciona la escritura pública número 889 de 26 de junio de 1935. Al respecto dice bien la sentencia de primera instancia:

'Quien avisa una mina, en los términos del artículo 80 del Código de Minas, no adquiere, por ese solo hecho, el dominio o posesión de ella, sino un mero derecho de preferencia sobre los demás denunciadores posteriores, a que les sea adjudicada; esto es, adquiere una expectativa al derecho de dominio, expectativa que puede no traducirse en él, si no cumple con los requisitos y en los términos señalados en el Código de la materia, a los avisadores o descubridores, para que obtengan su adjudicación, y consiguientemente la propiedad. (Artículo 70 del Código de Minas).'

"Esta expectativa del derecho de dominio sobre la mitad de la mina fue la que adquirió Gerardo Mejía M. según la escritura pública número 889 tántas veces citada, pero ella no se tradujo en ningún derecho real de dominio sobre la mina, al expedirse el título legal en favor de los interesados, como se ha visto.

"Bien se sabe que las meras expectativas no constituyen derecho frente a la ley expresa que las invalide o cercene, de lo que resulta que la escritura pública número 889, en cuanto confirió derechos eventuales a Gerardo Mejía M. sobre la mina, quedó ineficaz en esa parte cuando el Gobierno del Tolima tituló la mina en cabeza de personas diferentes al señor Mejía."

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

1º *No se infirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

2º Las costas son de cargo del recurrente.

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

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

Acciones de simulación y de nulidad de un contrato

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

El 28 de agosto de 1939 Ricardo Hernández, obrando en su calidad de representante legal de su menor hija legítima Isabel Hernández Guerrero, demandó en juicio ordinario, ante el Juez Civil del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, a Antonio Cárdenas, Sixto Amaya, Silenia Guerrero y Segundo Guerrero, y pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que son simulados los actos contractuales contenidos en las escrituras públicas 425, de 28 de diciembre de 1938 y 203, de 29 de mayo de 1939, otorgadas en la Notaría de Belén, la primera entre el señor Antonio Cárdenas y la señora Josefa Fajardo, y la segunda entre el mismo señor Cárdenas y los demandados señores Sixto Amaya, Silenia y Segundo Guerrero.

"b) Que los bienes determinados en las escrituras públicas antes citadas no fueron realmente enajenados por la señora Josefa Fajardo, que permanecen en su patrimonio y que solamente fueron confiados al señor Antonio Cárdenas en condición de intermediario o testaferro.

"c) Que dichos actos son absolutamente nulos por menoscabar los derechos que como legitimaria le pertenecen a mi citada hija en la sucesión de la señora Josefa Fajardo y en los bienes que adelante se determinan, o sea, por objeto ilícito.

"d) Que dichos actos son también absolutamente nulos por no haber habido acuerdo contractual acerca del precio y de las cosas y por no tener causa real.

"e) Bajo la condición de que no pudieran hacerse las declaraciones precedentes, entonces solicito se declare rescindida la compraventa fraguada entre la señora Josefa Fajardo y el señor Antonio Cárdenas, por lesión enorme.

"f) Para el caso de que se haga esta última declaración, pido también se declare que el señor Antonio Cárdenas no tiene derecho a pedir restitución de la cantidad de mil ochocientos pesos que se hacen figurar en la correspondiente escritura como precio de los bienes escriturados al demandado señor Cárdenas.

"g) En este último caso y si para cuando se dicte la sentencia definitiva apareciere probado que los bienes aludidos están en poder de los demandados, pido que se les condene a restituirlos a la comunidad herencial o sucesión de la señora Josefa Fajardo, por conducto de mi representada, y a pagar los frutos naturales percibidos desde la contestación de la demanda y que hayan percibido hasta la entrega."

Pidió también condenación en costas.

Los hechos principales de la demanda pueden resumirse así:

La señora Josefa Fajardo sufría una enfermedad grave, que le produjo una parálisis general, con pérdida del conocimiento y del habla, por lo cual no tenía una mente sana y no podía acordar ni celebrar contrato alguno. En estas condiciones los demandados la trasladaron a la casa de Cárdenas, en Belén, donde la hicieron otorgar la escritura 425 que no tuvo por objeto enajenar realmente los bienes de que ella trata, sino hacer que luégo pasaran a poder de los hijos de Josefa, con prescindencia de la hija del demandante, que es nieta de Josefa y legitimaria, en representación de su madre, que era hija legítima de aquélla, y efectivamente los hicieron pasar a poder de los otros demandados, según la escritura número 203. No hubo en tales contratos fijación ni pago de precio, ni, por lo mismo, causa real.

Admitida la demanda y dada en traslado, los demandados la contestaron oponiéndose a las acciones intentadas y negando los hechos en que se apoya. Propusieron las excepciones perentorias de falta de personería sustantiva del actor, carencia de acción y las demás que resulten probadas.

Agotada la tramitación propia de la primera instancia, se decidió el asunto por sentencia del diez de diciembre de mil novecientos cuarenta, cuya parte resolutiva dice:

"Primero. Declárase rescindido, por causa de lesión enorme, el contrato de compraventa celebrado entre la señora Josefa Fajardo y el señor Antonio Cárdenas, o sea el contenido en la escritura pública número 425, de 28 de diciembre de 1938, otorgada en la Notaría de Belén.

"Segundo. Dentro del sexto día de ejecutoriada esta sentencia, el comprador restituirá a los representantes de la sucesión de la vendedora,

los inmuebles que le fueron transferidos por la escritura pública que se cita en la declaración anterior.

"Queda a salvo a favor del comprador Antonio Cárdenas el derecho opcional que consagra el artículo 1948 del Código Civil, del que hará uso en su caso dentro de los referidos seis días, vencidos los cuales sin que haya optado por completar el justo precio de los inmuebles vendidos, con la deducción de la décima parte, se entiende que consiente en la rescisión decretada.

"Si sucede esto último, se cancelará la inscripción de la citada escritura, para cuyo objeto se librará el oficio correspondiente al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

"Tercero. Declárase como justo precio de los inmuebles a que se refiere este negocio, para los efectos del artículo 1948 del Código Civil, la suma de tres mil ochocientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 3.833.33) moneda legal.

"Cuarto. Condénase al demandado Cárdenas a pagar el valor de los frutos naturales y civiles producidos por los inmuebles y que haya producido desde la contestación de la demanda.

"Quinto. Si el comprador consiente en la rescisión decretada en este fallo, los herederos de la vendedora estarán obligados a devolver el precio de la compraventa, o sea la cantidad de mil ochocientos pesos.

"Sexto. No se hace condenación en costas."

En la parte motiva de su sentencia el Juez *a quo* estudió las acciones de simulación y de nulidad incoadas, y consideró que no podían prosperar, pero nada decidió sobre ellas en la resolutiva; encontró que el contrato consignado en la escritura 203 no tenía existencia legal, porque tal escritura no había sido registrada, pero tampoco resolvió nada al respecto, y guardó silencio en lo relativo a las excepciones perentorias propuestas por los demandados.

En virtud de apelación interpuesta por ambas partes contra la aludida sentencia, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, donde, una vez agotada la tramitación correspondiente, se pronunció el fallo de fecha veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta y dos, que revocó, para reformar, la sentencia apelada, y decidió:

"A) Declárase la simulación relativa del contrato de compraventa contenido en la escritura pública número cuatrocientos veinticinco, de veintiocho de diciembre de mil novecientos treinta y ocho otorgada en la Notaría de Belén, celebrado entre Ana Josefa Fajardo y Antonio Cárdenas R., mayor de edad y vecino de Belén, ella vendedora y él comprador de los inmuebles enumerados y alinderados en la misma escritura, en el sentido de que Cárdenas obró como intermediario o comprador fingido, y consiguientemente los inmuebles que menciona la citada escritura permanecen en el patrimonio de la señora Ana Josefa Fajardo.

"B) Se considera que no es necesario hacer las demás declaraciones pedidas, o sea las de los ordinales C), D), E) y F) de la demanda.

"D) El señor Juez *a quo* se servirá ordenar, en su primera providencia, el libramiento de los correspondientes despachos a los señores Notario y Registrador para que procedan a la cancelación de las escrituras ya mencionadas y de las inscripciones respectivas.

"E) Condénase a los demandados al pago de los frutos naturales y civiles de los inmuebles que están comprendidos en las escrituras varias veces mencionadas, bienes y frutos que deben reintegrarse hoy a la entidad sucesoral de Ana Josefa Fajardo. Los frutos naturales y civiles de la condena son los producidos desde la contestación de la demanda hasta el dia que se efectúe la entrega.

"F) Condénase a los demandados en las costas de instancias."

El Tribunal, mediante la consideración y el análisis de una serie de indicios, que separadamente enumera, llegó a la conclusión de que existía la simulación demandada.

Acerca del contrato contenido en la escritura 203, dice la sentencia:

"Los autos ofrecen prueba contraria y completa, como puede leerse en la escritura correspondiente (folios 50 a 52 del cuaderno número 2), cuya copia informa que la escritura se extendió, y no obstante la ausencia de Segundo Guerrero fue firmada por los presentes y también por el Notario ante quien se otorgó. Es de creer, eso sí, que un descuido de los supuestos compradores les hizo incurrir en el error de no sacar la correspondiente copia para hacerla registrar, y esa omisión se ha querido paliar con una disculpa que induce a mayor convencimiento de la simulación, cosa que concuerda con lo que ya se dijo al comentar el punto primero."

No obstante esta consideración del Tribunal, no declaró la simulación de este contrato, sino su nulidad, porque "no hubo pago y se careció del acuerdo de voluntades y para que surta los efectos lo resuelto en el ordinal anterior".

El recurso.

Contra esta sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandada, el que se pasa a decidir hoy por haberse agotado su tramitación legal.

Con apoyo en las dos primeras causales de las que enumera el artículo 520 del Código Judicial, se acusa la sentencia recurrida por violación de ley sustantiva, por haber incurrido en errores de hecho y de derecho y por incongruencia con las

pretensiones oportunamente deducidas por los demandados.

El ataque se hace en varios cargos, a saber:

Primera causal:

1º Infracción directa de los artículos 742, 743, 745, 746, 759, 762, 1502, 1602, 1767, 1851 y 1827 del Código Civil y 471 del Código Judicial.

2º Aplicación indebida de los artículos 1759 y 1766 del Código Civil.

3º Errores de hecho y de derecho por apreciación equivocada de algunas pruebas y falta de apreciación de otras.

El recurrente enumera las pruebas que en su concepto se apreciaron mal y las que dejaron de tenerse en cuenta.

Segunda causal:

I. Sostiene el recurrente que Cárdenas demostró plenamente haber pagado el precio de los bienes comprados por la escritura 425, y dice que como el fallo acusado declaró simulado ese contrato, no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los demandados.

II. Dice que los demandados vienen sosteniendo, desde la iniciación del pleito, que no existe simulación en los contratos acusados y que no hubo pacto secreto alguno entre la Fajardo y Cárdenas, ni entre éste y Amaya y los Guerreros; que el demandante no comprobó la simulación, ni la existencia de convenios privados, que ni siquiera insinuó en la demanda, no obstante lo cual el Tribunal declaró la simulación, y que, por eso, el fallo no está en consonancia con las justas y evidentes pretensiones de los demandados.

III. Considera el recurrente que las declaraciones del fallo acusado van contra las pretensiones plenamente demostradas por los demandados, porque los contratos sobre que versa el juicio no son simulados, ni nulos, ni existen pactos secretos en relación con ellos, por lo cual cree que debe admitirse la causal alegada.

Estudio de los cargos.

Se considera:

Antes de empezar el examen de los reparos formulados por el recurrente, la Sala observa: aunque en este juicio figura como demandado, entre otros, Segundo Guerrero, porque aparece como comprador de parte de los bienes sobre que versa el litigio, resulta que la escritura 203, de 29 de mayo de 1939, de la Notaría de Belén, que en copia auténtica, pero sin registrar, obra en autos, no fue suscrita por él, ni hay constancia en el juicio de que el mencionado Segundo Guerrero hubiera ratificado expresamente el referido contrato. Según dicha escritura, actuó, también, como vendedora, la señora María de Jesús Balaguera de Cárdenas, y como compradora la señorita Carmen Guerrero P., quienes no fueron demandadas ni se han hecho presentes, en forma alguna, en el pleito. No obstante, como ninguno de estos puntos fue discutido en las instancias, ni es objeto del recurso, la Corte estudiará éste sin resolver el problema legal que tales puntos plantean.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia uniforme y reiterada de la Corte, conforme a la cual no puede ésta variar la apreciación o valoración legal que de la prueba de indicios haya hecho el Tribunal, sino en el caso de que exista en autos, plenamente demostrada, la evidencia contraria de los hechos, porque no sería jurídico enfrentar una apreciación, fundada en el criterio y en la conciencia de un juzgador, a otra basada en las mismas fuentes, no es posible admitir los cargos hechos por el recurrente contra la sentencia del Tribunal, en cuanto ésta declaró simulado el contrato contenido en la escritura 425, del 28 de diciembre de 1938, de la Notaría de Belén, contrato celebrado entre Josefa Fajardo y Antonio Cárdenas R., una vez que esa declaratoria se basa en una serie de indicios que el Tribunal enumeró, examinó y consideró eficaces para demostrar plenamente la simulación decretada, y a los cuales no opone el recurrente una prueba completa, que demuestre la evidencia contraria, sino indicios que no tienen la fuerza necesaria para variar la calificación que de aquéllos hizo el Tribunal.

Tacha también el recurrente esta parte de la sentencia porque declaró la simulación relativa del mencionado contrato, cuando se había demandado la absoluta, pero esa tacha tampoco tiene fundamento legal, porque en la demanda se pidió que se resolviera que el contrato aludido, y el consignado en la escritura 203, son simulados, sin especificar si absoluta o relativamente, pero expresando que los bienes enajenados "solamente fueron confiados al señor Antonio Cárdenas en condición de intermediario o testaferro", lo que está indicando que se solicitaba la simulación relativa y no la absoluta. Además, bien sabido es que el juzgador tiene la facultad de interpretar la demanda, y en este caso no se acusó la sentencia por error en esa interpretación, ni se demostró que la interpretación sea equivocada.

Es verdad que en los puntos c) y d) de la parte petitoria de la demanda se solicitó la nulidad absoluta de los referidos contratos, pero por razones distintas de aquellas por las cuales se impetró la simulación.

Otra cosa sucede con la acusación que se hace a la sentencia por haber declarado nulo el contrato contenido en la escritura 203.

Al respecto dice el recurrente que el fallo del Tribunal viola, por infracción directa, el artículo 759 del Código Civil, "porque no estando re-

gistrada la escritura 203, la tradición del dominio del patrimonio de Cárdenas R. al de Amaya y los Guerreros no se consumó y el fallo declara nulo un contrato imperfecto; y el 762, porque le niega a Cárdenas R. la posesión de los bienes, hecho que ejecuta por medio de Amaya y los Guerreros, quienes lo reconocen aún por dueño, en virtud de no estar registrada la escritura de venta a su favor".

Por otro aspecto agrega el recurrente:

"Si, como se insinúa en los alegatos del apoderado del demandante, no hubo venta real sino donación entre vivos, ¿por qué se declara nulo el contrato contenido en la escritura 203, que para el demandante incluye una donación disimulada, que constituye el pacto oculto, siendo la donación un acto lícito?"

Y más adelante:

"La nulidad para el Tribunal sentenciador se decretó por no haber pago de precio, ni acuerdo de voluntades entre los contratantes, contradicción patente con el concepto de donación que se sugiere para fundar la simulación relativa decretada, que implica acto de voluntad entre el donante y el donatario, y acuerdo perfecto para transferir y adquirir entre los mismos."

Tiene razón el recurrente: si se considera que el contrato consignado en la escritura 425 es simulado, porque no fue real o efectivo sino ficticio o de confianza, pues sólo tuvo por objeto hacer pasar los bienes de que él trata a determinadas personas, es incuestionable que la enajenación a que se refiere la escritura 203, por la cual se realizó la segunda parte del plan proyectado, ya que la enajenación se hizo a las mismas personas a quienes la primitiva vendedora se proponía traspasar los bienes, es también simulada, y así ha debido declararse, para que la sentencia sea armónica, lógica y jurídica; pero como resulta que según el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, que original obra al folio 52 vuelto del cuaderno número 2, dicha escritura 203 no ha sido registrada, y como de acuerdo con lo ordenado en el artículo 2673 del Código Civil, "ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas Oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código", es de toda evidencia que la citada escritura 203 no puede ser tenida como prueba del contrato que ella reza, y por lo mismo, ese contrato no puede ser declarado nulo, ni simulado, porque no se ha demostrado su existencia legal.

Quiere esto decir que prospera el cargo que se analiza y que debe casarse parcialmente la sentencia recurrida, para revocarla en todo lo relacionado con el contrato a que alude la escritura 203, del 29 de mayo de 1939, de la Notaría de Belén, dejándola vigente en lo relativo a la declaratoria de simulación del primer contrato, sin condenar en costas, pues la Sala no encuentra procedente hacerlo.

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 parcialmente* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta y dos, y previa revocación de la de primer grado, dictada por el Juez Civil del Circuito del mismo nombre, con fecha diez de diciembre de mil novecientos cuarenta, falla este pleito así:

Primero. Declárase la simulación relativa del contrato de compraventa contenido en la escritura pública número cuatrocientos veinticinco, de veintiocho de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, otorgada en la Notaría de Belén, celebrado entre Ana Josefa Fajardo y Antonio Cárdenas R., ella vendedora y él comprador de los inmuebles alinderados en la misma escritura, en el sentido de que Cárdenas obró como intermediario o comprador fingido, y consiguientemente los inmuebles que menciona la citada escritura permanecen en el patrimonio de la señora Ana Josefa Fajardo.

Segundo. El Juez *a quo* ordenará, en su primera providencia, que se libren los despachos necesarios para que el Notario y el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados respectivos hagan las cancelaciones correspondientes a lo resuelto en el punto anterior.

Tercero. No es el caso de condenar, por ahora, al demandado Antonio Cárdenas R. a restituir los bienes a que se refiere el punto *primero*, ni a pagar los frutos naturales y civiles respectivos, porque no se demostró en poder de quiénes están dichos bienes, ni quién se ha beneficiado de ellos.

Cuarto. Tampoco es el caso de hacer en este juicio, y no se hacen, las demás declaraciones solicitadas en la parte petitoria de la demanda que dio origen al pleito.

Quinto. Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Acción resolutoria de un contrato.—Obligación condicional Obligaciones a plazo

La obligación condicional depende siempre de un evento futuro, que puede suceder o nó. Existe por lo tanto en ella un factor contingente cuya existencia, surgida en el porvenir, configura esencialmente esa clase de obligaciones, de dos maneras: cuando surge y opera, por ser la condición positiva, cuando acaece el hecho, no obstante que se había pactado su no advenimiento, y esto caracteriza las condiciones de carácter negativo. Tal es la doctrina que se desprende de los artículos 1530 y 1531 del Código Civil.

Las obligaciones a plazo no están sujetas a ninguna condición; el solo transcurso del tiempo, fijado por las partes o derivado claramente de la naturaleza de la obligación, determina la exigibilidad del pago. Esa es la doctrina que se desprende del artículo 1551 de la obra citada.

Una obligación de hacer puede estipularse en forma condicional o en forma simple; tiene lugar la primera cuando la ejecución del hecho se somete al evento en el futuro; tiene lugar la segunda, cuando se somete a un plazo cierto y determinado.

La condición y el plazo son dos factores esencialmente diferentes y porque una obligación se haya de cumplir en el futuro, no puede deducirse ni sostenerse que sea condicional porque, como ya se expresó, en la condición es lo incierto en el porvenir, en el plazo es lo cierto en el futuro.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Por escritura pública 460 de 14 de mayo de 1934 de la Notaría 2ª de Bogotá, Eduardo D. Gutiérrez, Eduardo Samper y Luis Jaramillo Sierra constituyeron una sociedad colectiva que denominaron "Urbanizadora Equidad" con el fin de ocuparse en negocios de urbanización y parcelación de terrenos con un sistema especial para enajenar lotes en fáciles condiciones de pago, sistema que denominaron "Plan As".

La sociedad dividió los terrenos urbanizados en zonas llamadas Zona a), Zona b), etc., de acuerdo con la situación en que estuvieran colocados los lotes. La persona interesada en adquirir uno de esos lotes pagándolo a plazos, en vez de pagarlo a la sociedad directamente en dinero efectivo, compraba a ésta la cantidad necesaria de ciertos papeles emitidos por ella y que se denominan "Títulos de Propiedad Raíz", representativos cada uno de una vara cuadrada de terreno en determinada zona de la urbanización. Tales papeles no tienen valor nominal, el cual lo determina la sociedad periódicamente, de acuerdo con el índice del valor de la moneda que vaya señalando el Banco de la República. Cuando el cliente adquiere la cantidad de títulos correspondiente al número de varas cuadradas que mide el terreno escogido por él, la sociedad queda obligada a otorgarle, por escritura pública, el título de dominio sobre ese lote.

El 20 de septiembre de 1934 y por escritura 1964 de la Notaría 2ª de Bogotá, la Urbanizadora Equidad representada por su Gerente, dio en venta real y enajenación perpetua, a Roberto Cárdenas M. y a María Elena Cárdenas de Gómez, en común y por iguales partes, el lote de terreno marcado con el número 6 en el plano respectivo de la urbanización de Teusaquillo, con una cabida de seiscientas cincuenta y una varas cuadradas con treinta y siete centésimas de vara cuadrada (651,37 vs²), y por los linderos expresados en la cláusula 5ª de dicha escritura. Al final de la escritura se puso esta advertencia:

"Advierten los contratantes que el precio de esta venta es la suma de tres mil novecientos ocho pesos veintidós centavos ($ 3.908.22)."

El pago fue hecho así: 500 títulos de propiedad raíz al precio de $ 6 cada uno que como se expresa en la escritura "los compradores adquieren como en efecto han adquirido ya 500 títulos de propiedad raíz representativos cada uno de una vara cuadrada de valor de seis pesos moneda corriente correspondientes todos a la Zona A. de la continuación sur de Teusaquillo, a la cual pertenece el lote materia de la venta, y hacen un pago en dinero al contado de dos pesos veintidós centavos de la fracción de treinta y siete centésimos de vara cuadrada; el resto, o sean ciento cincuenta y un títulos, los adquirirán los compradores en el momento mismo en que la Ur-

banizadora Equidad haya completado las obras públicas correspondientes a la Zona A. exigidas por el Municipio para otorgar los permisos correspondientes de construcción, obras que la Urbanizadora Equidad se compromete llevar a cabo en el curso de tres meses a contar desde la fecha de esta escritura".

De la misma cláusula 4ª que acaba de transcribirse es la siguiente estipulación:

"En el caso de que los compradores no adquirieren de la Urbanizadora Equidad los ciento cincuenta y un títulos restantes en un término de diez días contados desde la fecha en que ésta les dé aviso por escrito de que las obras han sido terminadas, la Urbanizadora Equidad podrá declarar resuelto el presente contrato, sin ningún valor la presente escritura, y los compradores, podrán, a su vez, aprovechar los quinientos títulos que han adquirido hoy de acuerdo con el 'Plan As' para comprar con ellos otro lote de la misma Compañía, distinto del que es materia de esta venta, para permutarlos con la Compañía Equidad por títulos de la Zona B. o para negociarlos con terceros. Declara el compareciente Jaramillo Sierra, a nombre de la entidad que representa, que ha recibido ya a su satisfacción de manos de los compradores, el valor de los quinientos títulos a que se refiere esta cláusula y el de la fracción de treinta y siete centésimos de vara cuadrada."

La Sociedad no pudo cumplir en tiempo su obligación de llevar a cabo las obras públicas que el Municipio exigió para otorgar licencias de construir, en el lote vendido por ella a los Cárdenas y en los lotes adyacentes. Dichas obras debieron terminarse según el contrato, en el mes de diciembre de 1934, pero no estuvieron listas y aprobadas por el Municipio sino en diciembre de 1935.

Por este motivo, los compradores Cárdenas sin pedir la resolución del contrato, promovieron juicio ejecutivo contra la Sociedad vendedora para que fuera condenada a pagarles indemnización por los perjuicios causados con el retardo en ejecutar las obras adecuadas, para poder construir. La Compañía se defendió en el incidente de excepciones, pero sin éxito, y fue condenada a pagarles a los Cárdenas la suma de $ 3.099.40 valor de los perjuicios moratorios y de las costas del juicio, y esa cantidad fue pagada por la Compañía y recibida por el apoderado de los Cárdenas.

El 15 de mayo de 1936 la Sociedad dio al señor Roberto Cárdenas aviso por escrito de que las obras del Municipio estaban terminadas.

El 6 de agosto de 1936 la Sociedad mencionada promovió juicio ordinario contra los Cárdenas, sobre resolución del contrato de compraventa de que da cuenta la escritura 1964 ya citada y se fundó para esto en que los demandados estaban en mora de adquirir los 151 títulos con los cuales debían completar el pago del lote.

El 29 de septiembre de 1936 le fue notificada la demanda a Roberto Cárdenas y el 5 de noviembre del mismo año a María Elena Cárdenas de Gómez. Esta consignó en el Juzgado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación que se le hizo de la demanda, la suma de $ 906 aseverando ante el Juez que esa suma "es lo que valen los ciento cincuenta y un títulos de propiedad raíz, representativos cada uno de una vara cuadrada del lote comprado, a razón de seis pesos moneda corriente".

En primera instancia el Juez del conocimiento, 8º del Circuito en lo Civil, en sentencia de 14 de agosto de 1942, declaró subsistente, por pago del saldo, el contrato de compraventa celebrado entre la Sociedad demandante y los demandados; dispuso que la Sociedad demandante deberá entregar a los demandados 151 títulos de propiedad raíz, representativos cada uno de una vara cuadrada de valor de seis pesos correspondientes a la Zona A. de la continuación sur de Teusaquillo y negó las demás peticiones de la demanda.

Ambas partes apelaron del fallo; la demandante en el total de él; la demandada, en cuanto no hubo condenación en costas.

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 23 de noviembre de 1943 revocó la del inferior, y declaró no cumplida y por consiguiente no acreditada la excepción de prescripción de cuatro años propuesta por la parte demandada; declaró resuelto el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura pública 1964 de 20 de septiembre de 1934 de la Notaría 2ª de Bogotá, ya mencionada, condenó a los demandados a restituir a la Compañía demandante el lote materia del contrato y a ésta a devolver a los mismos demandados la suma de $ 3.000 que éstos pagaron como parte del precio de dicho inmueble.

Interpuso recurso de casación la parte demandada, el cual pasa a fallarse.

En síntesis, la sentencia recurrida se funda en lo siguiente: Los demandados celebraron con la Sociedad demandante un pacto bilateral, sujeto a la condición resolutoria en caso de incumplimiento del contrato; los demandados quedaron debiendo 151 títulos de los ya mencionados que debían pagar o entregar diez días después de que hubieran sido advertidos o notificados por carta, que estaban terminadas las obras públicas que se comprometió a realizar la Compañía vendedora; como no lo hicieron así, surgió en toda su operancia la condición resolutoria tácita. También hubo condición resolutoria expresa, pacto comisorio, y aun cuando respecto

de éste se propuso la excepción de prescripción, como no corrió el tiempo requerido para ese efecto, la defensa no pudo prosperar.

Así llegó el fallador a decretar la resolución del contrato y las prestaciones recíprocas entre las partes.

Hace el recurrente cinco cargos a la sentencia, que pasan a estudiarse en el orden en que fueron propuestos. Todos ellos están fundados en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

Es el primer cargo el de manifiesto error de hecho y de derecho en la apreciación de la cláusula 4ª de la escritura 1964, según la cual y en armonía con los artículos 1555, 1139, 1141, 1144 y 1530 del Código Civil la obligación de adquirir los 151 títulos de propiedad raíz que quedaron debiendo los compradores Cárdenas era condicional. Sobre esta base, o sea estimando el recurrente que se trata al respecto de una obligación condicional, estima violados por infracción directa el ordinal 3º del artículo 1608 del Código Civil; por aplicación indebida el ordinal 1º de dicha norma y también el artículo 1930 de ese Código.

La Corte considera: La obligación condicional depende siempre de un evento futuro, que puede suceder o nó. Existe, por lo tanto en ella un factor contingente cuya existencia, surgida en el porvenir, configura esencialmente esa clase de obligaciones, de dos maneras: cuando surge y opera, por ser la condición positiva, cuando acaece el hecho, no obstante que se había pactado su no advenimiento, y esto caracteriza las condiciones de carácter negativo. Tal es la doctrina que se desprende de los artículos 1530 y 1531 del Código Civil.

Las obligaciones a plazo no están sujetas a ninguna condición; el solo transcurso del tiempo, fijado por las partes o derivado claramente de la naturaleza de la obligación, determina la exigibilidad del pago. Esa es la doctrina que se desprende del artículo 1551 de la obra citada.

Una obligación de hacer puede estipularse en forma condicional o en forma simple; tiene lugar la primera cuando la ejecución del hecho se somete al evento en el futuro; tiene lugar la segunda, cuando se somete a un plazo cierto y determinado.

La condición y el plazo son dos factores esencialmente diferentes y porque una obligación se haya de cumplir en el futuro, no puede deducirse ni sostenerse que sea condicional porque como ya se expresó, en la condición es lo incierto en el porvenir, en el plazo, es lo cierto en el futuro.

La Compañía demandante asumió por la cláusula 4ª una obligación de hacer dentro de un plazo determinado y por eso se pactó lo siguiente:

"El resto o sean los 151 títulos los adquirirán los compradores en el momento mismo en que la Urbanizadora Equidad haya completado las obras correspondientes a la Zona A. exigidas por el Municipio para otorgar los permisos correspondientes de construcción, obras que la Urbanizadora Equidad se compromete a llevar a cabo en el curso de tres meses a contar desde la fecha de esta escritura."

Se pactó, pues, una obligación de hacer las obras adecuadas que al respecto indicara el Municipio, y se pactó un plazo para hacerlas, tres meses. A ese respecto esa era la obligación de la Compañía. La obligación de los compradores era la de pagar o entregar los 151 títulos "en un término de diez días contados desde la fecha en que ésta les dé aviso por escrito de que las obras han sido terminadas". Se pactó, pues, un plazo para esa entrega o pago.

Según lo expresado antes y teniendo en cuenta el contexto de la cláusula 4ª del contrato contenido en la escritura 1964, se concluye que no se pactó ninguna obligación condicional, ni para realizar las obras ni para hacer el pago, sino que fueron ambas a plazo.

Enseña el artículo 1622 del Código Civil que un contrato se interpreta por la aplicación práctica que hayan hecho de él ambas partes o una de ellas con asentimiento de la otra, y que conocida claramente, según lo expresa el artículo 1618 de la obra citada, la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Pues bien: La parte demandada o sean los compradores Cárdenas, estimaron que no sólo la cláusula 4ª del contrato mencionado sino éste mismo, no contiene ninguna estipulación condicional sino de plazo. Por eso sobre este pie, presentaron la demanda ejecutiva contra la Compañía vendedora, demanda que en copia corre a los folios 3º y siguientes del cuaderno número 3, y obtuvieron que la Compañía fuera obligada a pagarles, como en efecto les pagó, la suma de $ 3.099.40, por perjuicios, derivados del incumplimiento de la Compañía, por una obligación de hacer, por cuanto los compradores sostuvieron y demostraron que la Sociedad no realizó las obras dentro del término de los tres meses prefijados en la escritura.

No se explica realmente cómo ahora los mismos compradores pretenden cambiar de actitud, para enervar la acción resolutoria, sobre la base de que no se trata de una obligación a plazo sino condicional, derivada de la misma cláusula 4ª que antes interpretaron en un sentido distinto para demandar y obtener perjuicios moratorios.

Siendo la obligación a plazo, los deudores, o sean los compradores, estaban en mora, al no haber hecho el pago dentro del término estipulado. De modo que al respecto es aplicable el numeral 1º del artículo 1608 del Código Civil, como lo sostiene el Tribunal y no el numeral 3º como lo sostiene el recurrente. No hubo, pues, por este aspecto ni aplicación indebida en dicho numeral 1º ni falta de aplicación del numeral 3º

El recurrente sostiene que la Empresa demandante no tiene acción para pedir la resolución del contrato porque no cumplió con la obligación de dar aviso a los compradores, respecto de la terminación de las obras adecuadas, para poder construir. Por haber resuelto el Tribunal lo contrario estima que fue infringido el artículo 1609 del Código Civil.

El aserto en que se funda el recurrente, está abiertamente contradicho en los autos. En efecto: Al folio 8º del cuaderno número 1, aparece la carta dirigida por la Sociedad demandante a los compradores Roberto Cárdenas M. y Elena Cárdenas de Gómez, fechada el 15 de mayo de 1936, en la cual les comunica que les confirma el aviso escrito que a petición de la Sociedad demandante, les dio la Secretaría de Obras Públicas Municipales desde el día 27 de diciembre de 1935, referente al hecho de estar ya construídas todas las obras necesarias para que el Municipio otorgue el correspondiente permiso de construcción del lote de propiedad de los compradores. Al pie de esa carta está la nota de recibo de ella suscrita por el demandado Cárdenas. Como ya se expresó, los dos hermanos Cárdenas ejecutaron a la Compañía vendedora, por la mora únicamente, en la realización de las obras a que estaba obligada. Ambos compradores y ejecutantes se hicieron presentes en ese juicio. La Compañía ejecutada propuso excepciones y el Tribunal en la sentencia en que falló el incidente y de acuerdo con lo que aparecía en los autos, al enumerar los comprobantes presentados por la Compañía excepcionante, hizo mérito de que ésta había presentado "un certificado expedido por la Secretaría de Obras Públicas Municipales de Bogotá, del cual consta entre otras cosas que las obras que debía entregar la Compañía Urbanizadora Equidad, fueron recibidas por la Secretaría de Obras Públicas el 12 de diciembre de 1935". En la sentencia de excepciones de primera instancia, que lleva fecha 19 de febrero de 1937, el Juez al indicar los hechos que como excepciones se habían propuesto, transcribe el numeral 14 de ellos que dice:

"Pero lo cierto es que, ni antes de concluírse la construcción de las obras públicas, ni con posterioridad a la fecha (diciembre 27/35) en que la Dirección de Obras Públicas avisó a los demandantes, a petición de la Urbanizadora, que estaba lista a concederles permiso para construir en el lote respectivo, hicieron los demandantes por sí ni por interpuesta persona, solicitud alguna de licencia para tal edificación."

El Tribunal fallador, buscando un amplio margen, favorable a la parte demandada, concluye que por lo menos desde la publicación de la sentencia de excepciones, los demandados Cárdenas quedaron impuestos de que desde el 27 de diciembre de 1935, la Urbanizadora Equidad había cumplido con lo de su cargo en relación con la construcción de las obras públicas municipales a que estaba obligada. Si por una parte en esta conclusión, que está plenamente respaldada en los autos, no se ve que el Tribunal hubiera incurrido en ningún error manifiesto de hecho, que lo hubiera llevado a quebrantar el artículo 1609 del Código Civil, por la otra, los documentos en que se basó el fallador, demuestran la exactitud y veracidad de la carta dirigida a Roberto y Elena Cárdenas Gómez. A juicio de la Corte habría bastado al respecto el aviso o notificación que en nombre de la Sociedad vendedora hizo la Dirección de Obras Públicas a los compradores Cárdenas. La Compañía no obstante esto les dirigió la carta, cuando ya estaban enterados dichos compradores, y no es verosímil que el señor Roberto Cárdenas no la hubiera pasado a conocimiento de su hermana Elena, y aunque eso hubiera sido así, lo que es muy improbable, la compradora Elena sabía ya por el aviso de que se ha hecho mérito, desde cuándo la Compañía había terminado la construcción de las obras a que estaba obligada.

El Tribunal además estimó que esa sola carta dirigida a ambos vendedores, aun dado por demostrado el hecho improbable de que Roberto no se la hubiera mostrado a Elena, fue suficiente para notificar a ambos compradores, y en esto no erró el fallador por cuanto la Sociedad Urbanizadora vendió a los Cárdenas un cuerpo cierto, y por esta venta se constituyó una comunidad entre ellos.

Estima también el recurrente que como la Compañía no realizó en tiempo oportuno la construcción de las obras, no puede pedir la resolución del contrato. Pero a esto se observa, que si eso fue cierto, y si por esa causa la Compañía fue condenada a pagarles a los compradores la indemnización moratoria del caso, éstos al hacer el pedimento de perjuicios, no pidieron la resolución del contrato, ni la Compañía tampoco en ese entonces, sino que ambas partes partieron de la base de que el vínculo contractual subsistía, y por eso la Compañía entregó las obras y dio el aviso correspondiente a los compradores, quienes ni cuando recibieron el dinero monto de la indemnización por la mora, ni el aviso, arguyeron

o sostuvieron que el contrato estuviera resuelto o fuera resoluble, y en este mismo pleito los demandados fundan toda su defensa e intención sobre la permanencia del pacto, y por eso han atacado el fallo que lo resuelve.

Si esa pretensión de los demandados triunfara, se llegaría al resultado que apunta el opositor, a saber: El valor del lote fue estimado por las partes contratantes en $ 3.908, y resultaría adquirido por los demandados por la suma de $ 162, porque de los $ 3.002 pagados se reembolsaron $ 2.840 que les pagó la Compañía por la indemnización moratoria. Y esto, que es exacto, no puede tener eficacia jurídica.

En efecto: El expositor Josserand en su conocida obra *Derecho Positivo Francés,* advierte desde el principio de ella, que la evolución contemporánea de las ciencias jurídicas está enfocada a humanizar el Derecho y no hacer de éste una mera abstracción, y que los antiguos postulados que aplicaban el principio rígido concretado en la frase *summun jus, summa injuria,* han sido desplazados para dar margen a los principios de equidad. La obra de George Rippert, *La Regla Moral en las Obligaciones Civiles,* desarrolla exactamente esa tesis que inspira la doctrina y la jurisprudencia actuales y sienta el siguiente principio que es la base de aquélla:

"Si hay así una especie de vida secreta en la obligación jurídica (la regla moral), es necesario bajo la forma técnica de que aquélla está revestida para darle acceso en el mundo jurídico, encontrarla. No hay nada más apasionante que esta búsqueda, porque bajo el aspecto frío de la regla del derecho, ella hace percibir alrededor del nacimiento, de la vida y de la desaparición de esta regla las razones profundas que tiene el alma humana para desearla y perfeccionarla."

Dentro del respecto, pues, a la norma contractual, que es la ley de las partes, la jurisprudencia y la doctrina buscan soluciones de equidad, en la interpretación de las normas positivas. Y esa orientación, a la cual no ha sido extraña la Corte Suprema de Colombia, como puede verse en numerosos fallos, empezó a destacarse en Francia después de la guerra europea de 1914, y dio base a la Ley Faillot de 21 de enero de 1918 que concedió la acción resolutoria a los contratos celebrados antes de la guerra y cuya ejecución después de ella había venido a ser muy onerosa.

Los cargos contenidos en el capítulo que acaba de estudiarse, no pueden prosperar.

El segundo cargo consiste en que el Tribunal erró en la apreciación de la naturaleza del contrato y en las consecuencias que dedujo de esa apreciación. En virtud de esto estima violados por aplicación indebida los artículos 1928, 1930, 1935, 1936, 1937 y 1938 del Código Civil y por infracción directa el artículo 593 del Judicial.

La Corte considera: Suponiendo por vía de hipótesis, que no se tratara de la resolución de un contrato de compraventa, querría eso decir que no era aplicable el artículo 1930 del Código Civil, pero de ello no se concluiría que la acción resolutoria no existiera y que no pudiera decretarse, por cuanto el principio general consagrado en el artículo 1546, es aplicable a todos los pactos bilaterales. La norma del artículo 1930 citado, no es sino la aplicación expresa al contrato de compraventa, del príncipio general que consagra el artículo 1546, como lo ha dicho la Corte.

Pero en este caso se trata de un contrato de compraventa, lo cual convence leyendo no sólo el contenido de la escritura 1964, sino el contrato de sociedad recogido en la escritura 460. El mecanismo para las operaciones que celebra esa Compañía es el siguiente: cuando vende un lote de los que parcela, el comprador del inmueble le compra a la misma Compañía los títulos, por el valor del lote que compra, porque los títulos no señalan su valor fijo. Pero hay más: ambas partes han interpretado el contrato cuya resolución se demanda, como de compraventa, y en este juicio la parte demandada se situó en ese extremo, desde luégo que invocó el pacto comisorio, que no existe sino en el contrato de compraventa, y lo invocó como defensa para sostener la prescripción de acuerdo con el artículo 1938 del Código Civil, y también para invocar, como invocó, el artículo 1937.

Todo lo anterior demuestra que no puede recibirse el cargo que se estudia.

Cuando se le notificó la demanda a Roberto Cárdenas, no hizo el pago de lo que había quedado debiendo a la Compañía por razón del contrato. La otra comunera o sea Elena Cárdenas de Gómez, apoyada en el artículo 1937 del Código Civil consignó la suma de $ 906, con lo que creyó cumplida su obligación al respecto y atajada la acción resolutoria. No fue de ese concepto el fallador de Bogotá y por eso el recurrente sostiene que se violó la norma indicada, por no aplicación, y el artículo 1649 por aplicación indebida. Y en esto consiste el tercer cargo del recurrente.

Una sola razón basta aducir para que no prospere tal cargo, a saber: No está demostrado que con esa consignación hubiera satisfecho totalmente su obligación la consignante, por cuanto debe tenerse en cuenta que lo que debía consignar eran 151 títulos de propiedad raíz, que se computarían de acuerdo con el valor de la moneda en relación con el precio de los víveres según el índice elaborado por el Banco de la República. No demostró la parte demandada que

ese índice, el día de la consignación o sea el 5 de noviembre de 1940, fuera el mismo que el día del contrato, o sea el 20 de septiembre de 1934, en que consignó dinero.

La parte demandada, como ya se expresó, y basada en el artículo 1938 del Código Civil, propuso la excepción del pacto comisorio, defensa que el fallador de Bogotá no encontró fundada, y de ahí el cuarto cargo del recurso en el cual se señala como infringida dicha norma.

Se considera al respecto: La demanda fue notificada a Roberto Cárdenas el 29 de septiembre de 1936 y desde el día del contrato, 20 de septiembre de 1934, no habían transcurrido los cuatro años de que trata el artículo 1938. Pero la cuestión no es esa, sino que como la demanda le fue notificada a la señora Cárdenas de Gómez el 5 de noviembre de 1940, sostiene el recurrente que habiendo transcurrido los cuatro años establecidos por el artículo 1938, la acción estaba prescrita.

Observa la Corte: Los demandados Cárdenas compraron a la Sociedad demandante un cuerpo cierto, constituído por todo el lote, objeto de la venta y por eso ni Roberto Cárdenas podría haberse dado por satisfecho con que la Urbanizadora Equidad le hubiera entregado a él la mitad de ese inmueble, ni ésta le hubiera recibido la mitad del precio de él; y lo mismo puede decirse respecto de la compradora señora Cárdenas de Gómez. La obligación era desde este punto de vista indivisible. Así como la Sociedad demandante debía entregarles a ambos compradores todo el lote, con su cabida estipulada, éstos debían pagar todo el precio oportunamente. Estaban los compradores tan conjuntamente ligados entre sí, dada la naturaleza del negocio, que la mora de uno de ellos perjudicaba al otro. Y lo anterior es tan cierto y se ve tan de bulto, que de lo contrario llevaría a la conclusión inaceptable de que el contrato se resolviera respecto de uno de los compradores y no del otro. Además, la señora Elena consignó lo que, en su concepto, era el total debido por ambos compradores.

Al comprar los demandados Cárdenas el lote, se formó una comunidad (artículo 3222 del Código Civil) en dicho inmueble, y los comuneros, como es obvio, vinieron a ser los señores Cárdenas ligados entre sí por todas las relaciones jurídicas que nacen de la comunidad. Siendo esto así, la prescripción que se interrumpió respecto de Roberto Cárdenas, quedó también interrumpida respecto a Elena, según el artículo 2525 de la obra citada, que enseña que si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras.

El Tribunal, pues, no violó ni por infracción directa ni por no aplicación, ninguna de las normas a que se refiere el recurrente en el cargo que se estudia.

En el quinto y último cargo sostiene el recurrente que el Tribunal ha debido abstenerse de decidir en el fondo las súplicas de la demanda, porque ésta se tramitó según las normas del juicio ordinario y en concepto del recurrente la regla indicada al respecto es la establecida por el artículo 1095 del Código Judicial, que estima infringida lo mismo que los artículos 195 de dicha obra y 22 de la Constitución Nacional.

La Corte observa que suponiendo que la acción entablada en este juicio hubiera debido ser la de ese artículo 1095 citado, el procedimiento hubiera sido el del juicio ordinario de acuerdo con el artículo 1096 del Código Judicial, que dice así en lo pertinente:

"Si el demandado se opone alegando que su obligación se ha extinguido por cualquiera de los medios establecidos por la ley, la controversia se sigue por los trámites de un juicio ordinario."

En el caso de autos el demandado formuló su oposición. Pero hay más: la demanda contiene peticiones subsidiarias cuya tramitación debía adelantarse por el procedimiento del juicio ordinario de acuerdo con el artículo 734 de la obra citada, toda vez que la ley no dispone respecto de esas peticiones que se observen trámites especiales.

El cargo no es, pues, procedente.

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

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

Acciones de simulación y de nulidad de un contrato. Apreciación de indicios

Repetidamente ha afirmado la Sala de Casación, ajustando siempre sus decisiones a esta opinión, que como la ley defiere en la apreciación de los indicios al convencimiento del sentenciador, no es posible, oponiendo criterio a criterio, variar la apreciación de indicios formulada en sentencias de segunda instancia, porque no es tercera instancia el recurso de casación. Cabe sólo la salvedad de prescindencia o errónea apreciación de indicios debidamente comprobados que, a haberse tenido en cuenta, precisamente habrían determinado decisión distinta, o de provenir ella de darse por probados indicios que no lo están, o de faltar entre los indicios como premisas y las conclusiones deducidas de ellos, la vinculación de causalidad efectiva requerida en lógica.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Arturo Vargas, en representación de sus menores hijos legítimos Gilma, Luz, Lilia, Tulia y Jaime, demandó en vía ordinaria a Marco Tulio Cadavid, Victoriana Díaz, Roberto Higuita y Emilia Hincapié en el Juzgado Civil del Circuito de Antioquia a fin de que se hiciesen ciertas declaraciones que se verán adelante, las que, surtida la instancia, negó el Juzgado en sentencia absolutoria de 30 de mayo de 1941, la que el Tribunal Superior de Medellín, sustanciada la segunda instancia por apelación del demandante, reformó como adelante también se verá en la de 12 de noviembre de 1943, contra la cual Vargas interpuso casación, recurso debidamente tramitado que aquí se decide.

En la causa mortuoria de la señora Bibiana Tascón de Hincapié figuraron su viudo Julio Hincapié y aquellos menores por derecho de representación de su madre legítima, señora Raquel Hincapié, hija única de aquel matrimonio. En esa causa se relacionaron los bienes relictos, cuyo valor ascendió en total a $ 16.250, y se relacionaron en el pasivo sendos créditos a favor de los demandados actuales por $ 5.500, $ 6.500, $ 4.000 y $ 3.000, constantes en otras tantas letras de cambio giradas en 1933 el 7 de julio y el 6 de noviembre y en 1934 el 15 de enero y el 3 de agosto. Cadavid juntó, mediante cesiones estos créditos en sus manos y, como acreedor de los $ 19.000 del total, remató todos los bienes del activo por su precio de avalúo; de modo que quedó un saldo a su favor.

Vargas afirma que esos créditos se inventariaron por Hincapié para arrebatar a sus nietos su herencia, simularon las letras a favor de personas allegadas, de toda su confianza, y simulando también las aludidas cesiones, para llegar al remate consecuencialmente adjudicado a su íntimo Cadavid, quien más tarde, obedeciendo a Hincapié, traspasaría en provecho de éste esos bienes a los terceros que éste indicara o a éste mismo; y añade Vargas que la muerte inesperada de Hincapié impidió la realización de esos últimos actos de la farsa; y entonces Cadavid por escrúpulo de conciencia dio algo de esos bienes a Victoriana Díaz, sirvienta y concubina de Hincapié, y se obligó con Vargas a pagarle una suma de dinero, por temor, dice éste, de que sus gestiones contra el remate, desgraciadamente tardías, demorasen el registro y hasta lo impidiesen.

Sobre este concepto y acreditando los hechos relativos a estado civil, giro de letras, inventarios y remate referidos, Vargas en nombre de sus hijos, herederos únicos de los consortes Bibiana Tascón y Julio Hincapié, sus abuelos maternos, formuló la demanda inicial de este pleito en solicitud de las declaraciones atrás aludidas, las que, resumidas, son:

1º Que dichas letras son simuladas y falsas, así como los respectivos contratos de cambio, los que son nulos por falta de causa o por causa ilícita; 2º Que es falsa del propio modo la cesión hecha a Cadavid por los otros acreedores ficticios; 3º Que es nulo el remate por confabulación, simulación y dolo; 4º Que los bienes rematados deben restituírse a las sucesiones de Hincapié y de Bibiana Tascón con sus frutos, y 5º Que debe indemnizarles los perjuicios del dolo.

En subsidio se demanda: a) La nulidad del remate y la consecuencial condena a restitución y pago de frutos de esos bienes, por haberse pagado con su precio deudas que no eran de la sucesión de Bibiana Tascón; b) A falta de esa declaración, que se haga la de pago de lo no debido, en razón de que los créditos, aun siguiendo las fechas expresadas en las letras de cambio, son todos contraídos exclusivamente por Hincapié, pues ya regía entonces la Ley 28 de 1932; c) Que los dichos contratos de cambio y su cesión, así como el remate, tuvieron por causa el plan antedicho, esto es, el de despojar de su herencia a los menores hoy demandantes, y que, por tanto, son nulos todos esos actos y contratos y los bienes referidos deben volver, y pagarse sus frutos, a dichas dos sucesiones.

El Juzgado estudió las letras a la luz de la Ley 46 de 1923, ante cuyo artículo 26 todo instrumento negociable se presume expedido en consideración a un valor, y no encontró destruída esta presunción con las pruebas indiciales que el demandante adujo. De ahí que no acogiera el concepto de simulación, base de sus pretensiones. Al estudiar el remate como tál, encontrando llenadas todas las formalidades procedimentales del caso, vio que desde ese punto de vista tampoco era procedente la acción de nulidad. Y en cuanto a las súplicas subsidiarias, estimó que, si bien es cierto que las deudas que constan en las letras eran de cargo de Hincapié, según el artículo 2º de la citada Ley 28, no por eso es nulo el remate, puesto que, así las cosas, ocurriría el pago de lo no debido afirmado por el actor; pero este pago, que da derecho a repetir lo pagado, no lo confiere indiscriminadamente sino que, como se ve en el artículo 2313 del Código Civil, tiene la salvedad de su inciso 2º, de donde el Juzgado deduce que en este caso el responsable de esa acción no es el rematador, sino el deudor mismo, que era Hincapié.

El Tribunal abundó en las mismas opiniones, las que compartió en un todo por lo que hace a simulación y nulidad; pero se apartó del Juez en lo atañedero al pago de lo no debido, con motivo del cual observó que la sociedad conyugal Hincapié-Tascón debió liquidarse previamente, según el artículo 1398 del Código Civil, para saber de quién quedan siendo los bienes con cuyo producto de venta se pagaron las deudas de Hincapié y que, sin esa liquidación, no puede saberse si ese pago fue o nó debido. De ahí que respecto a esa petición de la demanda declarara probada la excepción de petición antes de tiempo. Por eso la sentencia de segunda instancia discrepa en ese detalle de la de la primera, cuyas disposiciones confirma o reproduce en todo lo demás.

El recurrente acusa en primer lugar de error en la apreciación de las pruebas con que él cree y sostiene haber demostrado la ficción de que adolecen las letras, su cesión y el remate mismo, y deduce de ese error el cargo de violación de las disposiciones legales sustantivas que cita y comenta, todo dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del Código Judicial.

Esas pruebas las estudió y analizó el Tribunal. Consisten en indicios, ninguno de ellos necesario, dado lo que por esto entiende y define el artículo 663 del Código Judicial. Consisten, en suma, en la mala voluntad de Hincapié para con su yerno, en que aquél rehuía contraer deudas y en que ninguna de las cuatro personas que aparecen como acreedores suyos en las letras de cambio tenía bienes de fortuna, por lo cual no puede creerse que le dieran en préstamo las cantidades expresadas en las letras o que se las debiese por otra causa, ni es creíble tampoco que Cadavid tuviera, además, con qué adquirir los créditos de sus tres compañeros. Se aduce como indicio el interés especial de Hincapié en que Cadavid rematara. Por otra parte, la Díaz no tenía con qué pagarle a Cadavid lo que ulteriormente éste aparece vendiéndole; y al obligarse éste para con Vargas al pago a que atrás se aludió y expresar como causa las diferencias sobre las dichas sucesiones, confiesa o al menos sugiere la existencia de la trama ideada por Hincapié y realizada por Cadavid como su testaferro en su culminación, o sea, en el remate.

El Tribunal analiza estos elementos o datos probatorios y manifiesta que ninguno de ellos conduce de modo preciso a formular las conjeturas del demandante y que al concepto de éste no se llega tampoco, en tal forma satisfactoria u obligada por medio del conjunto de esos datos.

Repetidamente ha opinado esta Sala, ajustando siempre sus decisiones a esta opinión, que como la ley defiere en la apreciación de los indicios al convencimiento del sentenciador, no es posible, oponiendo criterio a criterio, variar la apreciación de indicios formulada en sentencias de segunda instancia, porque no es tercera instancia el recurso de casación. Cabe sólo la salvedad de prescindencia o errónea apreciación de indicios debidamente comprobados que, a haberse tenido en cuenta, precisamente habrían determinado decisión distinta, o de provenir ella de darse por probados indicios que no lo están, o de faltar entre los indicios como premisas y las conclusiones deducidas de ellos la vinculación de causalidad efectiva requerida en lógica.

Aunque esta consideración bastaría para no hallar aceptable el cargo de error, tanto de derecho como de hecho, formulado contra la apreciación de los indicios por el Tribunal, en este

caso, se agrega, a mayor abundamiento, que no todos los aludidos indicios se hallan comprobados, porque el Tribunal observa que respecto de los negocios y posibilidades pecuniarias de las dichas personas hay testigos en pro y en contra de lo que el demandante asevera, y observa también que si la demandada Hincapié y el demandado Higuita al contestar la demanda convienen en los hechos y en el derecho, esta confesión no perjudica a sus codemandados. Anota que aquellos dos son los que no aparecen aprovechados de los bienes materia del remate, por más que aparezcan, eso sí, recibiendo como cedentes el valor de sus respetivas letras.

Como queda visto, las acciones incoadas, que buscan la infirmación del remate y la recuperación de los bienes, arrancan de la falta de causa o de la causa ilícita afirmadas por Vargas y de la confabulación en el remate, que él tiene por verdadera. Si esa base falta, lo que de ella aspira él a derivar, no puede derivarse. Sin la causa, no puede producirse el efecto. En otras palabras: si no cabe corregir el concepto del Tribunal acerca de los indicios con que el actor cree comprobar los hechos en que basa sus acciones y si del error de apreciación de esas pruebas de que acusa al Tribunal es de donde deduce el quebranto de las aludidas disposiciones legales sustantivas, salta a la vista lo inoficioso de entrar en el estudio de éstas, una vez que falta la causa del quebranto afirmado por el recurrente.

Esto significa la inadmisión de los cargos respectivos.

Y significa consecuencialmente que no hay lugar a infirmar la sentencia recurrida en cuanto niega las referidas solicitudes, principales unas y subsidiarias otras, que miran a la invalidación de los mencionados actos y contratos y a la recuperación de los bienes por obra de la simulación y del dolo que constituyen la fuente de la demanda.

Queda sólo por estudiar la súplica subsidiaria que el libelo formula en su punto B) a fin de que se declare que hubo un pago de lo no debido y se hagan las condenaciones consecuenciales a éste.

El recurrente, apoyándose en el artículo 2º de la Ley 28 de 1932, encuentra que las deudas, aun dándolas por efectivas y verdaderas, eran exclusivamente de Hincapié, y de ahí deduce que, habiéndose pagado con el producto de bienes que no eran de este señor, ha debido decretarse aquella petición para obedecer el artículo 2313 del Código Civil. Así se resume su acusación por quebranto de estas disposiciones.

Pero acontece que el Tribunal, en rigor de verdad, no afirmó ni negó, sino que simplemente declaró la excepción antedicha de petición antes de tiempo, en vista de que, no habiéndose liquidado la sociedad conyugal Hincapié-Tascón, se ignora cúyos sean los bienes con que se hizo el pago y consecuencialmente se ignora si haya o nó lugar a tal acción, y, en cuanto la haya, a qué y a quién corresponde.

Y en efecto es de considerar que esa liquidación es indispensable, pues ella puede establecer varias situaciones, según determine que todos esos bienes son sociales o ninguno lo es o unos lo son y otros no, y según adjudique tales o cuales al marido y tales o cuales a la mujer o uno de los dos resulte sin participación en ellos. Todas estas fases son posibles y mientras la contingencia no se reemplace por certeza, no puede saberse a quién asista la acción en estudio, ni aun si la haya, como ya se dijo.

La decisión del Tribunal tiene, pues, sólido fundamento. Concretando la atención al recurso y al cargo que se analiza, bien se ve que éste no prospera porque aquellas disposiciones legales no se han violado.

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 Medellín el doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Acción petitoria de indemnización de perjuicios

Reiteradamente ha dicho la Corte que son incompatibles las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, ejercitadas en una misma demanda, porque es evidente que si existe responsabilidad contractual, o sea, por la violación o incumplimiento de un contrato, no puede haberla por la ejecución de un delito o culpa, ajenos por completo a todo vínculo jurídico originado en un contrato o viceversa.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

El 23 de enero de 1940 el señor Obdulio Robayo presentó demanda ordinaria contra el General Abel Losada, que fue repartida al Juzgado 5º Civil de este Circuito y en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que se condene al demandado, General Abel Losada, a pagarme, tan pronto como la sentencia quede ejecutoriada o dentro del término que en la misma sentencia se fije, la cantidad de ciento sesenta mil pesos ($ 160.000) moneda corriente, suma en que estimo los perjuicios que me causó con su actuación por medio de la cual adquirió el demandado para sí la Empresa denominada Molino del Cóndor del Valle, de que tratan los hechos de esta demanda; actuación que, aparentemente, tendía a la ejecución del contrato que se hizo constar en el documento privado de fecha veinte (20) de junio de mil novecientos treinta y seis (1936) suscrito por los señores Abel Losada y Luis Patiño Galvis y por mí, y que, en realidad, se dirigió a obtener para el demandado un magnífico negocio con perjuicio de los legítimos intereses que yo tenía vinculados en la referida Empresa.

"Subsidiariamente para el caso de que no se haga la declaración anterior, solicito que se haga la siguiente:

"Que se condene al demandado, General Abel Losada, a pagarme la cantidad de ciento sesenta mil pesos ($ 160.000) moneda corriente, suma en que estimo los perjuicios que me ocasionó con el no cumplimiento, por parte del demandado, de la promesa de contrato sobre la formación de la sociedad anónima de que trata el documento privado suscrito por los señores Abel Losada, Luis Patiño Galvis y por mí con fecha veinte de junio de mil novecientos treinta y seis (1936), citado ya en la petición anterior.

"Y en subsidio de las peticiones anteriores, pido que se hagan estas declaraciones:

"Primera. Que el demandado General Abel Losada, al celebrar con el Banco Alemán Antioqueño el contrato de compraventa de la Empresa denominada Molino del Cóndor del Valle, por medio de la escritura número ochocientos setenta y siete (877), de fecha diez y ocho de junio de mil novecientos treinta y siete, otorgada ante el Notario Quinto del Circuito de Bogotá, procedió como mandatario mío; y que la Empresa dicha, que está constituída por los bienes que quedaron determinados en el hecho primero de esta demanda, no fue adquirida para Losada sino para mí, con la obligación a mi cargo de pagar a dicho señor Losada la cantidad de sesenta y cinco mil pesos ($ 65.000) moneda corriente, con sus correspondientes intereses, si no llegaba, como no llegó, a constituirse la sociedad anónima de que se trata en el documento privado de fecha veinte de junio de mil novecientos treinta y seis, que presento con esta demanda.

"Segunda. Que el mismo demandado está obligado a pagarme, tan pronto como la sentencia quede ejecutoriada o dentro del término que en la misma sentencia se fije, el valor de los perjuicios que me causó con el desconocimiento de mis derechos como propietario de la mencionada Empresa Molino del Cóndor del Valle, según lo expresado en la petición anterior, y por haber dispuesto, como si fueran de su propiedad, de todos los bienes que constituían dicha Empresa, perjuicios que estimo en la cantidad de ciento sesenta mil pesos ($ 160.000) moneda corriente.

"Finalmente, solicito que en todo caso sea condenado el demandado a pagarme las costas del presente juicio, si se opusiere a esta demanda."

Los hechos fundamentales pueden resumirse así:

Los bienes que constituían la Empresa antes mencionada, que eran de propiedad del demandante, quien los estimaba en $ 225.000, fueron

rematados por el Banco Alemán Antioqueño, Sucursal de Cali, en pago de deudas de aquél, pero el Banco le concedió al actor una opción, por el término de seis meses, para adquirirlos nuevamente, por $ 80.000 moneda legal, $ 10.000 en bonos colombianos de deuda interna, los intereses correspondientes y los gastos de conservación de la Empresa, todo conforme a documento privado de fecha 14 de mayo de 1936. Posteriormente, entre el actor y los señores Abel Losada y Luis Patiño Galvis, se suscribió el documento privado de fecha 20 de junio del mismo año, en el cual se hizo constar la promesa de celebrar entre los otorgantes un contrato de sociedad anónima, a la cual Robayo debería aportar la Empresa referida y $ 20.000 en dinero y quedaría con 16.000 acciones de valor nominal de $ 10 cada una; Losada aportaría $ 85.000, así: $ 65.000, en un crédito hipotecario a cargo de la señora Clara Sierra y $ 20.000 en efectivo, que se destinarían a pagar la deuda del Banco, debiendo Robayo obtener el descuento del expresado crédito, suma por la cual quedaría Losada dueño de 8.500 acciones de la Sociedad. Robayo, además, debería dar en venta a Patiño Galvis y a su señora 1.500 acciones de las que le correspondieran a él. Se fijó como plazo de la promesa el de tres meses, a partir de la fecha del documento. No habiéndose podido descontar el crédito a cargo de la señora Clara Sierra, ni habiéndose podido hacer efectivo, vencieron, tanto el plazo de la opción concedida por el Banco a Robayo como el fijado en la promesa de contrato, y posteriormente Abel Losada compró para sí al Banco los bienes que correspondían a la Empresa referida, por $ 65.000, precio al cual había convenido el Banco en rebajar su valor, en virtud de gestiones hechas por Robayo.

Admitida la demanda y dada en traslado, el demandado la contestó oponiéndose a las acciones intentadas y negando la mayor parte de los hechos fundamentales.

El Juez *a quo* decidió el negocio en primera instancia por sentencia fechada el diez y siete de junio de mil novecientos cuarenta y dos, negando las peticiones de la demanda y absolviendo, en consecuencia, al demandado de todos los cargos formulados contra él, sin condenar en costas.

El fallador de primer grado sintetiza así los fundamentos de su decisión:

"Resulta de lo dicho hasta aquí que el demandado señor Losada no incumplió el contrato de promesa del 20 de junio de 1936, al no suministrar el aporte prometido durante el término de noventa días fijado para ello, y que no se ha demostrado que posteriormente al vencimiento de los noventa días Losada se hubiera obligado a llevar siempre su aporte para la constitución de la sociedad anónima Molino del Cóndor del Valle. Y siendo esto así, precisa concluir que no habiendo tenido efecto el contrato prometido, por las circunstancias anotadas, los presuntos socios quedaron desligados de las obligaciones que habían contraído y prometido en el contrato precitado, y bien pudo el señor Losada comprar para sí los bienes que componían la Empresa del Molino, con posterioridad al vencimiento del plazo de los noventa días, sin que este acto pueda acarrearle ninguna responsabilidad ante los señores Obdulio Robayo y Luis Patiño Galvis."

Consideró también el juzgador que no estaba probado que Losada obrara como mandatario de Robayo.

En virtud de apelación interpuesta por el actor, subió el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial, donde, una vez tramitado de acuerdo con la ley, se pronunció la sentencia de fecha diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, que confirmó en todas sus partes la apelada, sin condenar en costas.

Aunque la sentencia del Tribunal no es muy precisa, lo que ocasionó una aclaración del Magistrado doctor Luis C. Vásquez, la lectura atenta de ella lleva a la conclusión de que se estudió el asunto desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, y de la que podría provenir del incumplimiento de la promesa de contrato celebrada entre Robayo y Losada, y el Tribunal encontró que ninguna de las peticiones de la demanda podía prosperar.

El recurso.

Contra esta sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del actor, el cual se decide hoy después de haberse tramitado legalmente.

El recurso hace relación a la manera como se resolvió la primera petición principal de la demanda, y con apoyo en la primera causal de las que enumera el artículo 520 del Código Judicial, se acusa el fallo del Tribunal por violación directa del artículo 2341 del Código Civil, y por interpretación errónea de ese mismo artículo, como consecuencia de error de hecho en la interpretación de la demanda.

Dice el recurrente:

"De lo expuesto se deduce que el sentenciador incurrió en manifiesto error de hecho en la apreciación de la demanda y que, como consecuencia de ese error, dejó de aplicar al caso del pleito el artículo 2341 del Código Civil, que es

aplicable, según lo dicho; y aun planteando el problema sobre la base de que, si dada la circunstancia de haber existido un contrato entre las partes, existe o nó para Robayo la acción fundada en culpa extracontractual, se llega a la misma conclusión, pues se dejó de aplicar el mismo artículo el que en ambas hipótesis fue violado directamente, por lo cual debe ser casada la sentencia."

"En el capítulo o punto anterior he considerado el problema de autos sobre la base de que el fallo del Tribunal, al decidir la petición principal de la demanda en sentido adverso para la parte que represento, no interpretó el artículo 2341 del Código Civil, sino que hizo caso omiso de él, para considerar sencillamente que no se estaba en caso alguno de los contemplados por esa disposición. Pero si se estima que las razones expuestas en el fallo al respecto, como fundamento de la parte resolutiva del mismo, implican interpretación de dicho artículo, entonces acuso la sentencia recurrida por interpretación errónea del citado artículo 2341 del Código Civil. Esto porque, según lo ya dicho, el Tribunal considera que por haber existido una o más convenciones entre los señores Robayo y Losada, no sería posible que prosperara una acción basada en el citado artículo; y porque, según queda demostrado, la existencia de tales convenciones no obsta al derecho de indemnización por culpa extracontractual cuando el hecho ilícito ejecutado y en que se funda el derecho de tal indemnización, no tiende a la inejecución de contrato alguno, sino que, en realidad, las citadas convenciones no son más que uno de los medios de que se valió el demandado para engañar al demandante. De suerte que, repito, si los conceptos del Tribunal a que me he referido en este escrito implican una interpretación del citado artículo, tal interpretación es errónea y la sentencia casable por este motivo."

Se considera:

Aunque la sentencia acusada no es, como atrás se dijo, tan clara como fuera de desearse y como el caso lo exigía, es indudable que el Tribunal estudió la demanda inicial del pleito desde el punto de vista de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, no obstante ser incompatibles las dos acciones, como reiteradamente lo ha resuelto la Corte, porque es evidente que si existe responsabilidad contractual, o sea por la violación o incumplimiento de un contrato, no puede haberla por la ejecución de un delito o culpa, ajenos por completo a todo vínculo jurídico originado en un contrato o viceversa.

En la primera parte de la sentencia, relativa al estudio de fondo, dice el Tribunal:

"Considera, por lo tanto, el demandante que la súplica primera tiende a pedir la indemnización enfocado el caso desde el punto de vista extracontractual, y luégo hace el examen correspondiente, al terminar el cual dice:

"Estudiado el proceso bajo (sic) el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, entramos a estudiarlo desde el punto de vista contractual, ya que dejamos sentado que sin contrato escrito no hay obligación en el caso de que venimos ocupándonos."

Salta a la vista, por consiguiente, que el Tribunal no incurrió en el error de hecho en la interpretación de la demanda, que el recurrente le imputa, ni, por lo mismo, en violación directa, ni interpretación errónea, ni falta de aplicación del artículo 2341 del Código Civil.

Lo que sucede es que no encontró el Tribunal, como no encuentra la Corte, que los hechos en que se funda la demanda inicial den margen para declarar que el General Losada está obligado a indemnizar perjuicios al actor, por haber cometido un delito o culpa que le infiriera daño a éste.

En efecto, vencidos, con creces, tanto el término señalado a la promesa de contrato celebrada entre Robayo y Losada, sin haberse podido constituír la sociedad prevista, sin culpa alguna de Losada, y el plazo de la opción de compra concedido por el Banco a Robayo, entró Losada a comprar los bienes al Banco, por su propia cuenta y sin que existiera ya vínculo contractual alguno al respecto, entre él y Robayo, o al menos no se comprobó que lo hubiera, pues no se prorrogó la promesa de contrato, ni se celebró otra nueva y distinta, y sin que existiera precepto alguno legal que le prohibiera a Losada realizar dicha compra, la cual se hizo, además, con la aquiescencia de Robayo, quien aparece suscribiendo la escritura número 877, de 18 de junio de 1937, de la Notaría Quinta de esta ciudad, en la cual renunció a sus derechos, sin dejar constancia alguna de que Losada adquiría los bienes para aportarlos a la Sociedad de que trataba la promesa de contrato. Dice así la manifestación hecha por Robayo en tal escritura:

"Que aun cuando ya se halla vencido y no tiene valor un contrato privado de opción para comprar los bienes que hacen el objeto del presente contrato, según constaba en documento de fecha catorce (14) de mayo de mil novecientos treinta y seis (1936), celebrado entre él y el señor Gerente del Banco Alemán Antioqueño (Sucursal de Cali), a solicitud de los comparecientes Stadklaender y Losada, declara expresamente que autoriza la celebración del contrato contenido en este instrumento público y renun-

cia a todo derecho que pudiera derivarle del contrato suyo con el Banco. En constancia de lo cual Robayo firma también la presente escritura."

Es suficiente lo dicho para concluir que no son fundados los cargos formulados por el recurrente y que no debe, en consecuencia, infirmarse la sentencia acusada.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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



Acción resolutoria de un contrato, caducidad e indemnización de perjuicios.—Móviles en los actos jurídicos.—Teoría de Josserand. Efectos de la resolución y de la terminación de los contratos. Efectos de tracto sucesivo

1. Estudiar los móviles, enseña Josserand, es penetrar hasta la esencia misma del derecho, hasta la causa profunda de los actos jurídicos, porque los móviles son los resortes de la voluntad y ésta es el alma del derecho. Estos tres conceptos, voluntad, móvil y fin, según el gran doctrinante francés, representan el substractum del derecho y ofrecen un carácter de indivisibilidad, en el sentido de que el primero asegura la conjunción de los otros dos: el móvil tiende hacia el fin por intermedio y bajo la acción de la voluntad. De ahí que en todos los casos la determinación de la intención es esencial, puesto que ella influye y dirige a la naturaleza misma del acto celebrado entre las partes; porque viene a ser ella la que le otorga un verdadero carácter a la relación jurídica; a imprimirle el matiz que sirve para calificar la voluntad de los contratantes. Por otra parte, los móviles en sí mismos llegan a ofrecerse en ocasiones en una forma tan clara y definida, en una función tan aislada, que es de rigor aceptarlos e interpretarlos con absoluta separación de la voluntad y de la intención. Dentro de la teoría de la causa, que bajo la influencia del Derecho Canónico desligó la obligación de la forma, para otorgar a la causa un carácter psicológico y estimarla más bien como la intención que guía al contrayente, según la naturaleza del pacto y los efectos perseguidos, el móvil determinante viene a ser el criterio básico para explicar la naturaleza jurídica y el funcionamiento de fenómenos como la resolución, la revocación y la caducidad.

2. El artículo 1546 del Código Civil consagra el principio de la resolución por inejecución como una condición resolutoria tácita, pero tal concepto no es jurídicamente exacto, sino una aplicación sencilla y obligatoria de la noción de causa, porque cuando en un contrato bilateral una parte deja de cumplir sus prestaciones, la obligación correlativa del otro contratante queda sin el soporte indispensable de una causa en que apoyarse y desaparece, por esto, la simetría de la operación jurídica convenida entre las partes. Influído Ripert por la regla moral en las acciones humanas y en las relaciones jurídicas de los asociados, acepta la tesis canónica de que se pasó en realidad de la lex commisoria del Derecho Romano a una simple y elemental aplicación de la regla moral en las obligaciones civiles. Considera Josserand que la resolución del pacto bilateral proviene más bien de la voluntad presunta de las partes y aduce como razón la interdependencia de las obligaciones surgidas de un contrato sinalagmático. Para el ilustre profesor de Lyon sería contrario a la equidad que una parte reciba lo que le corresponda en virtud del vínculo contractual y la otra nó. Ya la Corte, en sentencia publicada en la Gaceta Judicial, tomo XLIII, página 391, había señalado con toda precisión y claridad los efectos de la resolución y de la terminación de los contratos.

Los efectos de la resolución tienen íntima relación con la naturaleza del contrato y miran al pasado y al futuro si está destinado, al perfeccionarse, a producir un hecho jurídico inmediato y definitivamente, como la venta. Pero en los pactos destinados a producir una serie de efectos escalonados, llamados por eso de tracto sucesivo, como el de concesión administrativa de servicios privilegiados, sería imposible restablecer la situación originaria y el efecto retroactivo no se produce por la naturaleza misma de la convención y la imposibilidad de volver las cosas al estado anterior. En el primero de los casos enunciados se trata de una resolución ex tunc, llamada a tener efectos en el pasado; en el segundo, se está en presencia de una terminación del contrato, que no obra sino para el porvenir, salvo el caso de indemnización de perjuicios, si hay lugar a ello por la parte de las obligaciones que queda sin ejecución. En tal evento, el deber legal de pagar el perjuicio es una consecuen-

cia de la resolución, ya sea ex tunc o ex nunc, pero no una obligación contractual surgida de las estipulaciones del contrato. Es la declaración judicial de resolución surgida de la inejecución total o parcial del pacto la que hace nacer la indemnización.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

El Municipio de Pamplona presentó ante el Juzgado Civil del Circuito de aquella ciudad demanda ordinaria contra la Compañía de Alumbrado Eléctrico de Pamplona, con las siguientes peticiones:

"Primera. La cesación (resolución *ex nunc)* por la sentencia, del contrato de conseción (sic) a que se refieren las escrituras número 220 de 23 (veintitrés) de marzo de 1907 y no. 761 del 16 de diciembre del mismo año, otorgadas en la entonces Notaria del Circuito de Pamplona. Debiendo en consecuencia la Compañía concesionaria cesionaria demandada, entregar al Municipio actor, libre de todo privilegio y gravamen, la empresa de alumbrado eléctrico, obras, máquinas, útiles de toda clase, bienes muebles e inmuebles, para que el Municipio de Pamplona éntre a disfrutarla libremente, sin previas ni ulteriores prestaciones entre demandante y demandado.

"Segunda. (Subsidiaria de la anterior). La cesación (resolución *ex nunc,* caducidad) por la sentencia, del contrato de concesión a que se refieren las escrituras materia de esta demanda. Debiendo en consecuencia la Compañía concesionaria cesionaria demandada entregar al Municipio actor, libre de todo privilegio y gravamen, la empresa de alumbrado y transmisión eléctrica de la fuerza, con toda la instalación, obras, máquinas, útiles de toda clase, bienes muebles e inmuebles para que el Municipio de Pamplona éntre a disfrutarla libremente, con indemnización al Municipio de los perjuicios causados, comprendido el daño emergente, y, con obligación a cargo del Municipio, si la hubiere, de las prestaciones que probadas se declaren.

"Tercera. (Subsidiaria en su orden). La resolución (o cesación, caducidad) por sentencia, del contrato que se demanda, con indemnización total de perjuicios a cargo de la Compañía de Alumbrado Eléctrico de Pamplona, S. A., concesionaria cesionaria demandada."

Admitida la anterior demanda la Compañía demandada, antes de contestarla, propuso la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del apoderado del demandante, la que el Juez consideró no probada y en consecuencia ordenó que se contestara la demanda.

Posteriormente el apoderado de la Compañía de Alumbrado Eléctrico demandó al Municipio para que fuera condenado:

Primero. A pagar a la Compañía de Alumbrado la suma de ocho mil trescientos veintiocho pesos con veinticuatro centavos ($ 8.328.24) que le adeuda por el servicio público de alumbrado contratado desde el 1º de agosto de 1935 hasta el 31 de octubre de 1938.

Segundo. Que se condene al Municipio, además, a seguir pagando mes por mes a la Compañía demandante, desde el 1º de noviembre próximo, la suma de doscientos treinta y cuatro pesos diez y seis centavos ($ 234.16), valor del servicio mensual contratado con la Compañía en virtud del contrato número 420 de 1935 y el acuerdo del Municipio que apropió esa misma suma para el alumbrado público en el año y en los años subsiguientes.

Tercero. Que se condene al Municipio a pagar los intereses moratorios sobre la suma hasta ahora debida y en mora y sobre las demás cantidades que se vayan acumulando y que el Municipio deje de pagar.

A petición del señor Personero Municipal el Juez del conocimiento decretó la acumulación de estos juicios y ordenó sustanciarlos bajo una misma cuerda. Luégo de agotada la tramitación de primer grado el Juez *a quo* la falló en sentencia de 27 de junio de 1941, en la cual adoptó la siguiente resolución:

"1º Decretar la cesación (resolución *ex nunc)* del contrato de concesión a que se refieren las escrituras número 220 de veintitrés (23) de marzo de 1907 y número 761 de 16 de diciembre del mismo año, otorgadas en la entonces única Notaría del Circuito de Pamplona. Debiendo en consecuencia la Compañía concesionaria cesionaria demandada, entregar al Municipio actor, libre de todo privilegio y gravamen, la empresa de alumbrado eléctrico y transmisión eléctrica de la fuerza, con toda la instalación, obras, máquinas, útiles de toda clase, bienes muebles e inmuebles, para que el Municipio de Pamplona éntre a disfrutarla libremente, sin previas ni ulteriores prestaciones entre demandante y demandado, conforme se solicitó por el Personero del Municipio en libelo de marzo 4 de 1938 instaurado contra la Compañía de Alumbrado Eléctrico de Pamplona, S. A.

"2º Accedido a la petición principal no es el caso de acceder a las demás peticiones subsidiarias de la misma demanda instaurada por el Municipio de Pamplona.

"3º Absolver al Municipio de Pamplona de los cargos formulados por la Compañía de Alum-

brado Eléctrico de Pamplona, S. A., en la demanda ordinaria de octubre 10 de 1938. En consecuencia no se accede a las peticiones contenidas en la misma demanda.

"4º Sin costas en esta instancia."

La sentencia acusada.

Por vitrud de apelación que interpuso el apoderado de la Compañía demandada, decidió la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, entidad que la falló en sentencia fechada el 18 de noviembre de 1942, en la siguiente forma:

Primero. Reformar la sentencia apelada en el sentido de que se declara la resolución del contrato de concesión del privilegio a que se refieren las escrituras números 220 de 1907 y 761 del mismo año, otorgadas en la Notaría del Circuito de Pamplona. Por consiguiente la Compañía de Alumbrado Eléctrico de Pamplona entregará al Municipio demandante la Empresa de Alumbrado Eléctrico con toda su instalación, anexidades y enseres, etc., etc.

Segundo. Revocar la sentencia apelada en cuanto absuelve al Municipio de Pamplona del pago de los servicios demandados por la Compañía y en su lugar se le condena a pagarlos en la cuantía de ocho mil trescientos veintiocho pesos con veinticuatro centavos ($ 8.328.24), valor de tales servicios, más los intereses legales del seis por ciento (6%) anual, computados por meses, desde que se debió pagar el servicio hasta cuando se verifique el pago.

Tercero. Se niegan las otras peticiones que concretan las demandas. No hay condenación en costas.

El recurso.

Interpusieron recurso de casación las dos partes litigantes y debidamente fundados por sus respectivos personeros, se pasa a hacer un extracto por separado de cada uno de los libelos respectivos.

Recurso del Municipio demandante.

Lo funda en el primer motivo de los enumerados en el artículo 520 del Código Judicial. Concreta así sus cargos:

1º Violación del artículo 1500 del Código Civil, por error de derecho manifiesto en la apreciación de estas pruebas: a) La escritura 420, de 12 de octubre de 1935; b) El libelo de demanda de la Compañía, apoyado en esa escritura.

2º La resolución, judicialmente declarada, lleva como consecuencia la indemnización de perjuicios causados con el incumplimiento (artículo 1546 del Código Civil). Así se pidió en el libelo, pero la sentencia del Tribunal decretó la resolución y no decretó indemnización por los perjuicios causados y probados. Luego dejó de estimarse una prueba, la de los perjuicios, con violación de los artículos 1546 y 1613 del Código Civil.

3º Violación de los artículos 1603, 1546 y 1613 del Código Civil, por error en la estimación de pruebas que obran en el proceso. Contempla este cargo, para llegar a la conclusión de que el Tribunal no condenó por perjuicios probados a la indemnización correspondiente, ya no por el aspecto literalmente contractual, sino por perjuicios provenientes de la naturaleza del contrato, al tenor del artículo 1603 del Código Civil.

4º Violación de los artículos 1544, 1546 y 682 del Código Civil, directamente y por error en la apreciación de pruebas.

El Tribunal decreta la resolución del contrato desde la fecha de la sentencia; y, sin embargo, al obligar al Municipio a indemnizar por los años que faltan y por el tiempo completo del privilegio obra como si lo que resuelve quedara no resuelto.

5º *El enriquecimiento de la Compañía.*—Violación de los artículos 1546 y 1603 del Código Civil; 26 de la Constitución Nacional; 11 de la Ley 113 de 1928; 2º de la Ley 109 de 1936 y 1º de la Ley 126 de 1938. Sostiene el recurrente demandante que los contratos deben ejecutarse de buena fe. Está probado que la Compañía demandada ha derivado con el mal servicio prestado utilidades que compensan muchas veces el capital invertido e intereses comerciales. La buena fe con que deben ejecutarse los contratos llevó al legislador nacional a dictar las disposiciones citadas al principio de este cargo.

Recurso del recurrente demandado.

Formula los siguientes cargos:

1º El Tribunal, al considerar que el contrato debe interpretarse en el sentido de que los concesionarios, además de las obligaciones expuestas en el numeral séptimo del presente escrito contrajeron también, en el año de 1907, la obligación de prestar en Pamplona un servicio de energía eléctrica, incurrió en manifiesto error de hecho en la interpretación de tal contrato, error que lo condujo al extremo de considerarlo violado por incumplimiento de obligaciones no contraídas por los concesionarios. Como consecuencia de tal error de hecho violó los artículos 1546 y 1602 del Código Civil y 8º y 9º de la Ley 68 de 1870.

2º Error de hecho manifiesto en la interpretación de la cláusula 8ª del contrato, la que no admite la interpretación de que por medio de ella se estipuló la resolución para cualquier caso de incumplimiento. Como consecuencia de

este error violó el artículo 1546 del Código Civil por aplicación indebida y el 1602 del mismo Código por no haberlo aplicado.

3º Para que pudiera decretarse la resolución del contrato sería necesario que apareciera comprobado el incumplimiento por parte de la Compañía de alguna o algunas de las obligaciones esenciales estipuladas en el contrato. La acción resolutoria no puede fundarse en cualquier clase de incumplimiento y se requiere que el incumplimiento sea de una de las obligaciones esenciales del contrato y que implique el rompimiento de la economía del pacto. La sentencia viola, por interpretación errónea, el artículo 1546 del Código Civil.

4º Carece de acción resolutoria el contratante que por su parte no ha dado cumplimiento a las obligaciones que le corresponden. Mucho antes de que el Municipio de Pamplona promoviera la demanda de resolución estaba en mora de cumplir con las obligaciones impuestas en los contratos celebrados con la Compañía. El Tribunal, al reconocerle acción resolutoria a un contratante moroso, violó el artículo 1609 del Código Civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito.

5º En la demanda pidió el actor que se ordenara la resolución del contrato y que al propio tiempo se condenara a la Compañía a darle cumplimiento a la cláusula décimacuarta, que expresa que al vencimiento de cuarenta y nueve años debe entregarse la empresa en buen estado al Municipio. En otros términos: el actor pidió simultáneamente la resolución y el cumplimiento de una de las obligaciones esenciales a cargo de la Compañía. Es elemental que estas acciones se excluyan. El Tribunal ha debido declarar inadmisible la demanda por contener una petición indebida. Al admitirla y fallar de conformidad con lo pedido violó los artículos siguientes: 209 del Código Judicial, por no haberlo aplicado; 342 y 343 del Código Judicial, por no haberlos aplicado y 1546 del Código Civil por haberlo interpretado erróneamente en el sentido de considerar admisible el ejercicio simultáneo de las acciones de resolución y de cumplimiento del contrato.

6º En caso que fuera procedente la acción resolutoria, no podía el Tribunal acceder a ella y al propio tiempo condenar a la Compañía al cumplimiento de una obligación surgida del contrato resuelto. Al decretar el Tribunal la resolución y al propio reconocerle el efecto señalado en la cláusula 14 violó el artículo 1546 del Código Civil por indebida aplicación; 1536 y 1544 del Código Civil por no haberlos aplicado; 1551 y 1553 del Código Civil por no haberlos aplicado y 341 y 342 del Código Judicial por no haberlos aplicado.

7º El Tribunal considera que la Compañía, como consecuencia de la resolución debe restituir al goce del privilegio que ha tenido durante un cierto número de años y que tal restitución debe hacerse entregando la empresa al Municipio. Al decidirlo así, el Tribunal le da una absurda aplicación al artículo 1544 del Código Civil, el que ha violado por errónea interpretación.

8º Al tratar sobre la reversión el Tribunal expresa el concepto de que, al ordenarla, decreta en realidad una expropiación. Se desprende que el Tribunal se sintió autorizado para decretar una expropiación y fijar la correspondiente indemnización sin sujeción a los procedimientos señalados para el efecto. Violó por este concepto el artículo 26 de la Constitución, que señala los requisitos para que pueda haber enajenación forzosa; el 22 de la misma codificación, que establece las fórmulas de cada juicio y los artículos 852 del Código Judicial y subsiguientes.

9º El Tribunal niega la segunda petición de la demanda de reconvención y se funda para ello en que resulta imposible decretarla por cuanto se dispone la resolución del contrato y la extinción del privilegio de que la Compañía venía disfrutando, careciendo así de todo efecto. El fallo viola los artículos 1602 del Código Civil por falta de aplicación y 1544 del mismo, por aplicación indebida.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Recurso de la Empresa demandada.

A. Es procedente el ejercicio de la acción resolutoria.

a) Estudiar los móviles, enseña Josserand, es penetrar hasta la esencia misma del derecho, hasta la causa profunda de los actos jurídicos, porque los móviles son los resortes de la voluntad y ésta es el alma del derecho. Estos tres conceptos, *voluntad, móvil* y *fin,* según el gran doctrinante francés, representan el substractum del derecho y ofrecen un carácter de indivisibilidad, en el sentido de que el primero asegura la conjunción de los otros dos: el móvil tiende hacia el fin por intermedio y bajo la acción de la voluntad.

De ahí que en todos los casos la determinación de la intención es esencial, puesto que ella influye y dirige a la naturaleza misma del acto celebrado entre las partes; porque viene a ser ella la que le otorga un verdadero carácter a la relación jurídica; a imprimirle el matiz que sirve para calificar la voluntad de los contratantes. Por otra parte, los móviles en sí mismos llegan a ofrecerse en ocasiones en una forma tan clara y definida, en una función tan aislada, que es de rigor aceptarlos e interpretarlos con absoluta

separación de la voluntad y de la intención. (Véase sentencia de casación de 7 de octubre de 1938, *Gaceta Judicial* número 1941).

Dentro de la moderna teoría de la causa, que bajo la influencia del Derecho Canónico desligó la obligación de la forma, para otorgar a la causa un carácter psicológico y estimarla más bien como la intención que guía al contrayente, según la naturaleza del pacto y los efectos perseguidos, el móvil determinante viene a ser el criterio básico para explicar la naturaleza jurídica y el funcionamiento de fenómenos como la resolución, la revocación y la caducidad.

Sintetizada así a grandes rasgos la teoría del móvil, según la moderna concepción de la causa en las relaciones jurídicas nacidas de la voluntad contractual, es procedente entrar a estudiar de manera somera la mecánica de la resolución de los contratos bilaterales por inejecución, que es la cuestión fundamental que está *sub judice* en este proceso.

El artículo 1546 de nuestro Código Civil consagra el principio de la resolución por inejecución como una condición resolutoria tácita pero tal concepto no es jurídicamente exacto sino una aplicación sencilla y obligatoria de la noción de causa, porque cuando en un contrato bilateral una parte deja de cumplir sus prestaciones, la obligación correlativa del otro contratante queda sin el soporte indispensable de una causa en que apoyarse y desaparece, por esto, la simetría de la operación jurídica convenida entre las partes. Influído Ripert por la regla moral de las acciones humanas y en las relaciones jurídicas de los asociados, acepta la tesis canónica de que se pasó en realidad de la *lex commissoria* del Derecho Romano a una simple y elemental aplicación de la regla moral en las obligaciones civiles. Considera Josserand que la resolución del pacto bilateral proviene más bien de la voluntad presunta de las partes y aduce como razón la interdependencia de las obligaciones surgidas de un contrato sinalagmático. Para el ilustre profesor de Lyon, sería contrario a la equidad que una parte reciba lo que le corresponda en virtud del vínculo contractual y la otra nó.

La Corte ha señalado ya con toda precisión y claridad los efectos de la resolución y de la terminación de los contratos en la forma que pasa a transcribirse:

"Por la terminación (o cesación) judicial, pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. Hé aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, "ejecutorios" por oposición a "ejecutados", cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas.

"No así la resolución judicial. Por ésta, el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento, y —como anotaba el Magistrado Luis Eduardo Villegas, siguiendo a Rogron, Mourlont, Laurent y Baudry Lacantinerie— 'se borra; se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada.... La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado'.

"No hay duda de que un contrato resuelto queda retroactivamente anonadado. Nació válido Pero el incumplimiento de una parte, alegado y comprobado por la que demuestra su cumplimiento, obliga al Juez a eliminarlo.

"Autores modernos, Ripert y Josserand, sostienen, el primero, en desarrollo de su teoría sobre la justicia contractual, que el contrato fracasa; el segundo, en desarrollo de la suya sobre equilibrio contractual, que el contrato se desfonda y se vuelve tabla rasa." *(Gaceta Judicial,* tomo XLIII, página 391).

Los efectos de la resolución tienen íntima relación con la naturaleza del contrato y miran al pasado y al futuro si está destinado, al perfeccionarse, a producir un hecho jurídico inmediato y definitivamente, como la venta. Pero en los pactos destinados a producir una serie de efectos escalonados, llamados por eso de tracto sucesivo, como el de concesión administrativa de servicios privilegiados que es materia de este pleito, sería imposible restablecer la situación originaria y el efecto retroactivo no se produce por la naturaleza misma de la convención y la imposibilidad de volver las cosas al estado anterior. En el primero de los casos enunciados se trata de una resolución *ex tunc,* llamada a tener efectos en el pasado; en el segundo, se está en presencia de una terminación del contrato, que no obra sino para el porvenir, salvo el caso de indemnización de perjuicios, si hay lugar a ello por la parte de las obligaciones que queda sin ejecución. En tal evento, el deber legal de pagar el perjuicio es una consecuencia de la resolución, ya sea *ex tunc* o *ex nunc,* pero no una obligación contractual surgida de las estipulaciones del contrato. Es la declaración judicial de resolución surgida de la inejecución total o parcial del pacto la que hace nacer la indemnización.

B. Cuestión de hecho.

a) En las escrituras públicas números 220 de 1907 y 761, de 16 de diciembre del mismo año,

otorgadas en la Notaría del Circuito de Pamplona, consta el contrato celebrado por el Municipio antes mencionado con los señores Rafael León y Luis Vélez, que fue luégo traspasado a la Compañía de Alumbrado Eléctrico de Pamplona. Dicha convención versaba sobre la concesión de un privilegio para prestar el servicio de alumbrado eléctrico y contiene las siguientes cláusulas, entre otras:

"Primero. El Municipio concede a los concesionarios privilegio exclusivo por el término de cuarenta y nueve años para montar y explotar en esta ciudad una planta de alumbrado eléctrico y todas las aplicaciones industriales de la transmisión eléctrica de la fuerza; pudiendo establecerse la estación generadora y hacerse las transmisiones de la electricidad en cualquiera y por cualesquiera sitios del Municipio fuera de la ciudad, bajo las bases y condiciones que adelante se expresarán.

"Segundo. El Municipio concede a dichos concesionarios el permiso suficiente para fijar postes en las calles y vías públicas, el paso de alambres y para todos los demás trabajos indispensables para tal fin."

. . . . . .

"Quinto. En el caso de que el Municipio deje de pagar por el término de tres meses el servicio de alumbrado público, la Empresa podrá suspender este servicio hasta que se le satisfaga la deuda y se regularicen los pagos."

. . . . . .

"Octava. Los concesionarios se comprometen a dar principio a los trabajos dentro del término de un año a contar desde la fecha en que sea aprobado debidamente este contrato por el Gobierno; y a entregar al servicio público la planta de alumbrado dicho dentro del término de tres años contados desde la fecha citada, salvo los casos de fuerza mayor. En caso de no cumplimiento en los términos expresados se declarará caducado por este hecho el contrato y privilegio."

Esta cláusula fue modificada por insinuación del Consejo de Ministros, quien propuso:

"En la cláusula 8ª se ha de decir que la caducidad puede declararse por el Concejo Municipal *ipso facto*, si los empresarios no dieren fiel y oportuno cumplimiento a sus obligaciones."

Así se consignó en efecto en el segundo instrumento.

. . . . . .

"Décimo. La Empresa se compromete a dar luz tanto para el servicio del Municipio, como el de los particulares desde las seis de la tarde hasta las cinco y media de la mañana."

. . . . . .

"Décimocuarto. Una vez vencido el término del referido privilegio, la instalación del alumbrado en estado de buen servicio, con todos sus útiles y accesorios, pasará a ser propiedad del Municipio. Modificación: 'El reconocimiento del buen estado de servicio se hará por peritos que el Concejo Municipal designe, y los concesionarios otorgarán garantía suficiente, a satisfacción del Concejo diez años antes de la época en que va a terminar el privilegio para proteger el buen estado de servicio de todos los útiles a tiempo de entregar la empresa al Municipio'."

. . . . . .

Por este aspecto del contrato sobre concesión de privilegio el Municipio ha dado estricto cumplimiento a sus obligaciones sustantivas y fundamentales, haciendo respetar el servicio privilegiado de energía eléctrica a favor de la Empresa cesionaria no dando lugar a que alguna otra persona natural o jurídica explote ese mismo negocio en Pamplona; ha concedido el libre uso de calles y plazas para la colocación de postes y redes de alumbrado; ha entregado en arriendo a la entidad cesionaria los dos locales situados en la Casa Municipal; ha hecho respetar las tarifas acordadas y ha contratado el servicio público de luz eléctrica en la medida convenida, en relación con el servicio privado de la misma índole. De manera que, dentro de las estipulaciones de tal contrato de concesión la entidad municipal ha cumplido sus compromisos.

A su vez, la Compañía demandada cumplió sus obligaciones preliminares, tales como la de montar la planta dentro del año y dar la empresa al servicio en los dos subsiguientes; también cumplió la de que al exceder las instalaciones particulares de 600 focos se darían gratuitamente al Municipio, para el servicio público, 10 focos por cada ciento de aumento. Queda pendiente de su cumplimiento la de que al vencer los 49 años de la explotación deberá entregar la planta, con todos sus anexidades y accesorios, al Municipio.

Pero hay una obligación que la Corte estima que es fundamental y sustantiva en este contrato de concesión privilegiada y que la Compañía cesionaria ha dejado de cumplir estrictamente, ocasionando con ello graves perjuicios a la comunidad pamplonesa, por tratarse de un servicio público al cual está íntimamente vinculado el progreso, el ornato y la seguridad social de aquel Municipio. Tal deber contractual consiste en prestar un servicio público y privado de alumbrado eléctrico eficiente y constante, en la medida acordada, dentro de las horas previamente convenidas en el pacto privilegiado y en las condiciones estipuladas.

Que la oportuna, permanente y eficaz prestación de tal servicio debe ser estimada en el ca-

so de autos como una estipulación esencial del contrato de concesión es cosa que no puede remitirse a duda, porque es indudable que tal obligación y su estricto cumplimiento, al interpretarse de manera lógica la voluntad e intención de las partes, tenía en este caso especial trascendencia para el negocio celebrado, por su estrecha vinculación de causalidad con los efectos jurídicos que se propusieron los contrayentes y con el móvil determinante del pacto. Si se otorgaba la concesión administrativa era exclusivamente para obtener un servicio eficiente y en la medida de un alumbrado público y privado para el Municipio y sus habitantes. Y si la Empresa concesionaria no lo prestaba en la forma, condiciones y demás circunstancias previamente estipuladas, faltaba a un compromiso básico bilateral y rompía tanto la economía del contrato como su simetría y equivalencia.

Ahora bien: del dictamen pericial rendido en la primera instancia se desprende que la maquinaria y enseres de la Empresa están en pésimo estado de servicio; de los repetidos exámenes que practicaron los peritos con un fotómetro, en distintos sitios y horas, resulta que la luminosidad de un bombillo de 20 watios o bujías en muchos casos corresponde únicamente a una luminosidad de 4 bujías y a veces de menos; la capacidad de la Pelton es de 150 caballos o 125 kilowatios; el consumo por entonces era de 130 kilowatios y prácticamente sólo se disponía 85 kilowatios; los artefactos eléctricos, como radios, motores, planchas, etc., etc., necesitan elevadores del voltaje para poder funcionar.

Por otra parte, los testigos Alfredo Lamus Girón y Constantino Mora, de profesión médicos, declaran que el deficiente y pésimo servicio de energía ha obligado a suspender el uso de reverberos y demás elementos para los servicios profilácticos de hospitales y clínicas y que el alumbrado es tan débil que en los colegios los estudiantes tienen que forzar la vista y contraen el mal de la miopía escolar. Carlos Mendoza B. testifica que es tan deficiente el servicio que hay que suspender el servicio de radios por falta de voltaje en la corriente. En forma similar deponen Enrique Rodríguez y Miguel Villa Valero.

El Juez de primera instancia, como consecuencia de las inspecciones oculares practicadas, asevera que las calles permanecen con frecuencia en perfecta oscuridad por falta de corriente eléctrica. Y en la misma forma se pronuncian varios informes del Concejo Municipal de Pamplona.

Tales elementos probatorios formaron en los falladores de ambas instancias la convicción judicial de que la Compañía no suministraba el servicio de alumbrado eléctrico con la intensidad y el voltaje suficiente, al tenor de los términos del contrato; que interrumpe por largos períodos tal servicio y que carece de un equipo de maquinarias y elementos para el abasto de dicha población, en la medida de su normal crecimiento. Como todas esas obligaciones se desprenden y son consecuencia necesaria de la concesión privilegiada, ha quedado suficientemente demostrado que no cumple a cabalidad con la obligación esencial del pacto, consistente en prestar tal servicio en la medida y forma convenidas, faltando por eso ese definitivo soporte a la concesión administrativa otorgada.

En cambio, el Municipio sí ha cumplido con todas sus prestaciones fundamentales, inherentes a la concesión, de manera que no puede prosperar el medio defensivo interpuesto por la Compañía, que se hace consistir en la excepción de contrato no cumplido *"exceptio non adimpleti contractus"*, por las razones que pasan a expresarse:

b) Alega la Empresa concesionaria que al suspender el Municipio el pago mensual del servicio público de alumbrado, desde agosto de 1935, faltó a un compromiso fundamental del pacto privilegiado y tal inejecución lo puso en mora de cumplir esa esencial prestación, dándole viabilidad a la excepción de contrato no cumplido.

No participa esta Sala de tan equivocado concepto, porque el pago del servicio público de alumbrado para calles y plazas viene a constituir, en realidad de verdad, una obligación que, aunque derivada del contrato, no se relaciona con la de mantener a la Compañía en el goce expresado, y que, aunque parte integrante de la concesión, lo es sólo en forma y medida que no atañe a lo esencial del mismo privilegio, esto es, a lo concerniente a garantizar a aquélla la efectividad de su negocio.

Por otra parte, ella demanda al Municipio para el pago de las mensualidades de servicio que dejó de cubrirle, acción que implica cumplimiento del contrato, y al propio tiempo en ese mismo hecho funda la excepción de contrato no cumplido para enervar la acción resolutoria del Municipio. Hay en ello una contradicción inadmisible.

La concesión administrativa no se otorgó a cambio del pago de una suma determinada de dinero, ni por equiparidad con ésta, sino que tuvo por única y exclusiva finalidad, como prestación equivalente, dotar a la ciudad de Pamplona de un eficiente servicio de alumbrado para los habitantes y para las vías públicas de tránsito. El pago oportuno de determinada cantidad de dinero mensual quedaba únicamente vinculado, por relación de causalidad, a la eficiente y oportuna prestación del servicio público de alumbrado. En tal evento, suspendido por el Municipio el pago mensual, lo que competía para con-

servar el equilibrio contractual en la prestación del servicio público, era suspender éste, al tenor de una de las cláusulas del convenio, pero nunca paralizar la declaratoria judicial de terminación del privilegio mismo.

B. Cláusula de reversión a dia fijo y determinado.

En los cargos quinto, sexto y séptimo estima la parte demandada (la Empresa concesionaria), que el Tribunal obró erradamente y se equivocó al decretar por un lado la resolución del contrato y ordenar a un mismo tiempo que se le diera posterior cumplimiento a la cláusula 14, en cuya virtud la Empresa debía hacer entrega de la planta y de todos sus enseres y accesorios al Municipio. Como dicha entrega debía tener cumplimiento a los 49 años de iniciado el servicio y faltan muchos años para vencerse ese término, no es el caso de ordenar la reversión, a la que nunca debe dársele un carácter indemnizatorio. Estima que la demanda del Municipio contiene dos peticiones que son contrarias e incompatibles y que ni pueden acumularse.

Se considera:

Tiene razón la parte recurrente demandada y debe prosperar esta acusación por las razones que pasan a expresarse:

Basta la simple lectura de la cláusula 14, insertada antes en esta providencia y que contiene la fórmula de la reversión, para concluír que la intención y voluntad de las partes fue que la planta eléctrica y sus enseres pasaran a manos del Municipio únicamente al vencerse la totalidad del plazo prefijado para la duración del privilegio, o sea a los 49 años. Tal estipulación no podía ni debía tener efectividad y cumplimiento antes del reconocimiento de ese término especialmente acordado sin que se rompiera la economía del negocio y el equilibrio bilateral.

Precisamente lo que justifica y compensa la reversión de la planta es el total y pleno goce del privilegio, por parte de la Empresa, durante los 49 años convenidos. Antes de la expiración de ese término contractual no nace el derecho del Municipio a recibir los equipos de maquinaria ni adquiere operancia el compromiso de entregarla. Tampoco puede dársele a esa estipulación un carácter indemnizatorio, para cubrir los pretensos perjuicios padecidos por la entidad distrital, a causa de la inejecución del pacto, sin desvirtuar el móvil y la causa que sirven de sustentáculo al contrato.

De manera tal que si en el desarrollo ordinario de la convención privilegiada sobrevino una causal de resolución o de terminación, lo pertinente es que la parte cumplidora —el Municipio— reclamara el pago de la indemnización de perjuicios a que crea tener derecho, pero no puede decretarse por ese solo motivo la entrega de la planta y reconocérsele carácter indemnizatorio, ya que la reversión necesariamente debe tener efectividad en este caso dentro del total y normal cumplimiento y desarrollo del pacto, cuando llegare el vencimiento del plazo previamente señalado, por así haberlo estipulado las partes.

Agréguese a lo antes expuesto que si dicha cláusula pudiera tener aplicación práctica antes de la expiración del plazo señalado se podría llegar a la solución aberrante e injurídica de que el Municipio pretendiera a cada momento que la Empresa no cumplía sus compromisos, para suplicar la resolución y la consiguiente entrega de la planta. Esa no pudo ser la voluntad contractual, desde luégo que no se expuso de manera expresa en el pacto celebrado.

Si esto es así, hay que concluír que prospera este cargo que se hace a la sentencia y como consecuencia se debe casar parcialmente, con el objeto de suprimir de su parte resolutiva la orden de reversión contenida en el ordinal 1º

Recurso de la parte actora.

(Municipio de Pamplona).

a) Se hace a la sentencia el primer cargo por haber condenado al Municipio a pagar a la Empresa demandada la cantidad de $ 8.328.24, suma fijada por los peritos por concepto del pago pendiente y no cubierto del alumbrado público, desde el año de 1935 en adelante. A esa acusación contesta la Corte:

No es cuestión discutida en el proceso que el Municipio suspendió el pago de tal servicio desde el mes de agosto de 1935. Así lo declara el Personero Municipal, con la disculpa de que tal servicio era deficiente en su potencialidad lumínica y de que se interrumpía constantemente; lo mismo aparece de otros documentos que arrojan los autos.

Se ha evidenciado suficientemente en autos que la Empresa no ha cumplido sus obligaciones en lo referente al servicio público de alumbrado eléctrico, ya que en las numerosas inspecciones oculares y en los peritazgos hay constancia plena de estar la mayoría de las calles de la ciudad a oscuras; de que los bombillos colocados para el servicio público no proporcionan la intensidad lumínica necesaria, tal como se estipuló en el contrato; en forma tal que, según los gráficos acompañados al dictamen pericial, la Empresa cobraba al Municipio un número de bujías muy superior al que en realidad estaba suministrando y el Municipio, a su vez, pagaba un servicio que no recibía.

Fue esa deficiencia en el alumbrado público y la demostración de que se cobraba un servicio no prestado en la forma contractual lo que indujo al Concejo Municipal de Pamplona a ordenar la suspensión del pago, actitud que viene a tener su debida justificación por las causas y razones apuntadas. Ahora bien: si esta cuestión del bueno y eficaz servicio de alumbrado eléctrico, base y justificación única de la concesión administrativa, viene a ser como se deja dicho la prestación sustancial y fundamental del pacto privilegiado, y si tal obligación no ha sido cumplida por la Empresa, no es posible aceptar, dentro de un rígido criterio jurídico, que el Municipio no haya cumplido con la Compañía y haya faltado a sus deberes contractuales al suspender el pago del servicio público.

Porque si una vez demostrado el pésimo y deficiente servicio, fundamento de la suspensión de pagos, se obligara al Municipio a cubrirlo, a pagarlo, tal solución equivaldría a imponerle un mal servicio a la fuerza y contra las previsiones contractuales y a colocar a la Empresa incumplida en una situación jurídica y de hecho privilegiada, ya que entonces el Municipio para no verse condenado a pagar un servicio de esa índole tenía que someterse a las imposiciones de la Compañía y aceptar mansamente y en silencio tan flagrante violación del pacto.

De ahí que, a juicio de la Corte, la mecánica del fenómeno fue la ocurrida y la que consultaba la equivalencia y bilateralidad del convenio. La violación de los deberes contractuales de la Empresa justificaba e imponía al Municipio a hacer lo que hizo, vale decir, a suspender el pago de un servicio en el fondo no recibido; y esa actitud del Municipio tan sólo debía producir como efecto obligado lo que la Empresa hizo, es decir, resolver también la suspensión del servicio público, cosa que dispuso según consta en acta de su Junta General de Accionistas, de fecha 7 de mayo de 1939, cuya copia auténtica figura en autos (cuaderno 16, página 25) y en cumplimiento de la clásula quinta del contrato.

Si, pues, todas esas circunstancias extensamente expuestas en esta providencia produjeron el efecto jurídico de la declaratoria de resolución *ex nunc* que se hace, la suspensión del pago del servicio no podía originar, en este caso, una declaración condenatoria contra el Municipio, ya que tratándose de una concesión administrativa de un servicio público, no es posible echar en olvido que lo que daba vida a la concesión privilegiada era precisamente la obligación fundamental de prestarlo en la forma y condiciones pactadas. Y si esto es así, no se puede imponer a la entidad municipal la obligación de recibirlo ni menos pagarlo fuera de las previsiones contractuales.

Razón tuvo, por tanto, el Juez de primera instancia cuando al sostener esta misma tesis ahora propugnada por la Corte, dijo:

"En estos dos puntos o hechos de esta demanda parece estar el punto de contacto entre las dos acciones incoadas, tanto por el Municipio como por la Compañía. Los argumentos en el primero son suficientes para deducir que accediéndose a decretar la resolución del contrato por incumplimiento de la Compañía, mal puede la Compañía exigir el pago de una suma que no se debe por parte del Municipio, por cuanto ella no ha cumplido a cabalidad con la prestación del servicio prestado." (Sic).

Debe prosperar el cargo que se estudia y por este nuevo motivo casar parcialmente el fallo acusado, para el efecto de suprimir o revocar la condena al pago de la cantidad señalada por la prestación del servicio público de alumbrado eléctrico, que contiene el punto segundo de su parte resolutiva.

---

b) Se hace consistir este segundo cargo en que se decretó la resolución del contrato y se abstuvo el Tribunal de decretar el pago de los perjuicios, que es un efecto obligado de tal decisión judicial. A este reparo se observa:

Al presentar el actor en el libelo las peticiones que suplicaba a la justicia se abstuvo de pedir y exigir la indemnización de los perjuicios por el incumplimiento, y si éstos debían comprender el daño emergente y el lucro cesante. Tan manifiesta omisión hizo pensar a los falladores de instancia que el Municipio estimaba que los posibles perjuicios quedaban comenzados y aun cubiertos con el cumplimiento de la clásula de reversión que de ahí provenía el silencio de la parte actora respecto de este factor derivado de la resolución. En esas condiciones el Tribunal no podía hacer la declaratoria de perjuicios sin fallar y decidir en más de lo pedido *(plus petita)*.

Fuera de lo dicho, el Juez de primer grado falló el pleito haciendo las declaraciones solicitadas, sin hacer condenación ninguna a cargo de la Compañía, por concepto de perjuicios. El Municipio actor aceptó en su integridad esta providencia y no apeló de ella, de manera que el recurso ante el Tribunal sólo podía tener como materia las declaraciones desfavorables a la Compañía demandada, en virtud de la *reformatio in peius*. Si esa decisión de primera instancia quedaba, puede decirse que ejecutoriada, para la entidad municipal, mal podría ahora revivir un debate alrededor de una cuestión que no fue materia de la apelación ante el Tribunal. Ese aspecto de la indemnización de perjuicios viene

a ser, por esa circunstancia, un extremo que no incide en casación por haber quedado fuera del debate.

C) Se hace consistir este último cargo en que el Tribunal, al ordenar la reversión parcial de la planta impuso a su vez al Municipio la obligación de reconocerle a la Compañía el valor proporcional de ésta por todo el tiempo que faltaba para la terminación del privilegio, cuya duración total debía ser de 49 años.

Se considera:

Para llegar a esa conclusión la sentencia acusada hace estas consideraciones:

"Se tiene que el Municipio ha dado su prestación sucesivamente durante más de 30 años. Pues razón es y muy poderosa que reciba de la parte privilegiada el equivalente a ese tiempo en la Empresa. No siendo ésta susceptible de división el Municipio ha de reintegrar lo correspondiente a los años que faltan, según el valor de la Empresa, estimado por la parte misma o por medio de peritos, dentro de la ejecución de la sentencia.... Como la Empresa tiene el valor correspondiente a cuarenta y nueve años, el Municipio pagará a la Compañía demandada lo que falta para completarse los cuarenta y nueve años."

Ya viene dicho anteriormente que la cláusula de reversión, por su misma redacción y por su propia naturaleza jurídica, no puede tener efectividad y cumplimiento antes de expirar el término contractual prefijado. Tal error por parte del Tribunal ocasionará la infirmación parcial del fallo que se estudia, en esa parte. De manera que este cargo también está llamado a prosperar, por los motivos apuntados.

Fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el 18 de noviembre de 1942, con el objeto de reformar su parte resolutiva, que quedará así en lo relativo a sus ordinales primero y segundo:

Primero. Declárase la terminación del contrato sobre concesión de un privilegio para el servicio de alumbrado eléctrico de Pamplona, a que se refieren las escrituras públicas números 220, de 23 de marzo de 1907 y 761, de 16 de diciembre del mismo año, otorgadas ambas en la Notaría de aquel Circuito.

Parágrafo. No es el caso de decretar la reversión de la planta eléctrica, con todos sus enseres, accesorios y anexidades, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. Revócase el ordinal segundo de la parte resolutiva del fallo que se revisa. Por tanto, absuélvese al Municipio demandado de la obligación de pagar la cantidad que se reclama por servicios prestados en el alumbrado público de Pamplona.

En todo lo demás quedan en pie las declaraciones que se hacen en dicha providencia.

Sin costas en el recurso.

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

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

Acción resolutoria de un contrato y de reivindicación

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

En libelo repartido al Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, los consortes Juan de Jesús Morales y Concepción Rodríguez de Morales demandaron a José María Iregui para que en sentencia pronunciada en vía ordinaria se declare resuelta la compraventa detallada en aquél, por no haber cumplido Iregui sus obligaciones de comprador, y se ordene la cancelación de la escritura pública respectiva, en su registro, y se le condene a restituirles la casa que por ella le vendieron y pagarles sus frutos, así como los perjuicios que les causó por su incumplimiento, y además, caso de oposición, las costas procesales. En subsidio de la resolución de ese contrato, piden su rescisión por lesión enorme y las demás declaraciones y condenaciones suplicadas en la demanda principal como consecuenciales.

Negó tales pedimentos y absolvió al demandado la sentencia de 3 de diciembre de 1942 de ese Juzgado, confirmada por el Tribunal Superior, donde se tramitó la segunda instancia por apelación de los demandantes. Ello fue en fallo de 10 de marzo de 1944, contra el cual los mismos interpusieron casación, recurso que se decide aquí después de recibir su tramitación legal.

Se trata de la escritura otorgada ante el Notario 5º de Bogotá con el número 556, el 18 de abril de 1938, que solemniza la transferencia de la casa números 8-39 a 8-47 de la calle 47 de esta ciudad, de Morales y señora a Iregui, en el precio de $ 11.000, pagaderos con el dinero con que Iregui cubriría las dos deudas hipotecarias a cargo de los vendedores expresadas en ese instrumento, y el resto con el terreno ubicado en el Municipio de Bugalagrande que allí se deslinda, que Iregui les transfirió en esa misma escritura. Esta no precisa el precio del terreno ni el monto de las deudas.

El incumplimiento de que se quejan los demandantes y en que fundan su acción resolutoria es la falta de entrega material del terreno que Iregui les transfirió.

El 2 del subsiguiente mayo (1938), en la misma Notaría y con el número 632, se otorgó la escritura en que consta el préstamo a interés de $ 5.500 que el Banco Central Hipotecario hizo a Iregui con hipoteca de dicha casa. Detallada la operación y concluídas las varias cláusulas respectivas, comparecen Morales y señora y, citando en debida forma la mencionada escritura número 556 y la compraventa que ella solemnizó, manifiestan "que declaran *libre de toda condición resolutoria y por lo mismo libre e irrevocable el contrato* contenido" en ella.

El Juzgado vio en esta declaración una prueba de la entrega material en cuya falta fundan los demandantes la acción resolutoria; el Tribunal encontró allí una renuncia autorizada por el artículo 15 del Código Civil. De ahí la negativa pronunciada sobre esa acción en ambas instancias. Cuanto a la acción rescisoria por lesión enorme, se negó, entre otras razones, por haber vendido Iregui la casa en $ 10.000.

El abogado recurrente acusa en primer lugar de error de apreciación de pruebas y de que en virtud de éste se quebrantaron los artículos 1759, 1765, 1546 y 1930 del Código Civil. Razona, en suma, así: Morales y señora se obligaron para con Iregui al venderle la casa a obviar las dificultades que se presentaran en el arreglo con los acreedores de las dos deudas hipotecarias cuyo pago él asumía, según cláusula expresa de la escritura 556, y como el Banco no habría celebrado el contrato de préstamo a Iregui estando la casa expuesta a pleito sobre resolución, para facilitar esa operación o no impedirla tuvieron que concurrir a ese contrato del Banco con Iregui en la forma que lo hicieron al solemnizarse éste dicho 2 de mayo; de modo que la declaración de esta última fecha no tiene el alcance que le da el Tribunal prescindiendo del citado compromiso, a cuya luz debió apreciarlo, por lo cual, dejando de tomar en cuenta en esto el citado instrumento de compraventa, desobedeció el mandato contenido en los dichos artículos 1759 y 1765 y quebrantó consecuencialmente, por no aplicarlos, los dichos artículos 1546 y 1930 que confieren a los vendedores la acción resolutoria denegada por el Tribunal.

El cargo es inaceptable. Cabalmente por el deber de dar a todo instrumento público su alcance legal y por reconocer que éste es en las

escrituras públicas el señalado por los artículos 1759 y 1765, el Tribunal, con sólo leer, que hubiera sido, la citada escritura 632 de 2 de mayo, tenía que reconocer también que la acción resolutoria quedó extinguida en virtud de la declaración hecha allí por los actuales demandantes, tal como aquí se ha transcrito.

Los razonamientos del abogado de ellos en el presente recurso implican una dualidad de sentido y alcance de esa cláusula, según se la considere en relación con Iregui o con el Banco, y ante ambos estaban los actuales demandantes. No es posible que para el Banco signifiquen las palabras de ellos lo que éstas signfican obviamente y rezan con inequívoca claridad y que al propio tiempo para Iregui contengan salvedades que las harían decir todo lo contrario, puesto que declaran despojarse de toda acción resolutoria y, sin embargo pretenden que, a despecho de esto, la conservan, al extremo de incoarla en este juicio.

Si efectivamente, como hoy lo dice su abogado, quisieron tan sólo facilitar la referida operación bancaria de Iregui y al propio tiempo conservar su acción resolutoria contra éste, así debieron proceder expresándose en su declaración escrituraria en forma que dejara establecida esta limitación o salvedad, en vez de consignarla de manera tan terminante y perentoria como la consignaron.

El Tribunal tuvo que leerla como está escrita y reconocerle su alcance legal. Por tanto, al proceder así no quebrantó las disposiciones legales de cuya violación se le acusa.

Y esto, no sólo de las ya citadas aquí, sino de las restantes que el recurrente enumera refiriendo el cargo a la negativa pronunciada respecto de la acción resolutoria. De ahí que, impuesta esa negativa por la declaración en referencia, sea inoficioso seguir paso a paso cada una de las aludidas citas de leyes que el recurrente da por quebrantadas.

Es de agregarse al respecto, tan sólo, que, aunque se hubiera seguido la interpretación propuesta por el recurrente sobre el sentido y alcance de aquella declaración de los vendedores, no cabría por eso su cargo de quebranto del artículo 15 del Código Civil, disposición que se limita a autorizar una renuncia como la contenida en esa declaración de los vendedores.

Basta lo dicho para rechazar los cargos de la demanda de casación atinentes a la acción resolutoria. Si ella no asiste a los actores porque la renunciaron y si la derivan de la no entrega material del terreno que en parte del pago les transfirió Iregui, es evidente lo inoficioso del estudio de las pruebas con que sostienen haber demostrado esta falta, puesto que, aun en el supuesto de tal demostración, no reviviría con ello una acción extinguida.

Es, pues, acertado el concepto del Tribunal a este respecto. Siguiéndolo lógicamente, la Corte no entra en el análisis de esas pruebas, puesto que, repítese, en el mejor de los supuestos para los demandantes, ellas acreditarían la falta de entrega; pero como esta falta es lo que invocan como fuente y razón de la acción resolutoria y como ésta se extinguió por su renuncia, es claro que, tratándose en este pleito de la resolución del contrato y versando el recurso sobre la negativa de la acción, a nada conduciría el análisis de esas pruebas, puesto que el error en su apreciación de que el recurrente acusa al Tribunal no podría, aunque la Corte lo hallase, modificar la sentencia recurrida o cambiarla por la concesión de una acción que a los demandantes no asiste en fuerza de su renuncia.

Antes de cerrar en el presente fallo lo relativo a esa acción, estima la Corte de conveniencia advertir que el citado artículo 1546 del Código Civil, en relación con el 1609 del mismo, confiere al contratante cumplido dos acciones contra el incumplido y el derecho de optar por una u otra, a saber: resolución o cumplimiento del contrato. En el presente caso, lo único que se ha debatido es la resolución, puesto que ésta fue la acción ejercitada en la demanda y a la demanda ha de limitarse la sentencia. Vale esto como decir que lo atañedero al cumplimiento del contrato, esto es, al otro término de aquel dilema, no puede entenderse debatido ni decidido en el presente pleito.

El recurrente acusa también por no contener la sentencia pronunciamiento singular sobre la acción rescisoria. Sin citar el numeral 2º del artículo 520 del Código Judicial, bien se ve que invoca, así, este motivo. También se halla inaceptable, por estas razones:

Al motivar el Tribunal su fallo estudia esa acción con el detenimiento que el caso permite y exige, así: después de citar el artículo 1951 del Código Civil, según el cual no hay lugar a esa acción cuando el comprador ha enajenado la cosa, salvo que esto haya sido por precio mayor, cita la escritura de venta hecha por Iregui en menos de los $ 11.000 de su compra. Y aunque esto habría bastado, agrega que pericialmente se fijó a la casa un precio de $ 12.000 para el día de aquella compra, y que lo pagado por Iregui para cancelar las deudas ascendió a $ 7.186, cantidad superior a los $ 6.000, mitad de ese precio justo, por lo cual, aun prescindiendo del terreno con que Iregui completaba el valor de su compra, esto es, de la casa, no puede entenderse

que Morales y señora sufrieran al venderla lo que por lesión enorme define el artículo 1947 de aquel Código.

No dejó, pues, el Tribunal de considerar esa acción. Ni dejó de decidirla, puesto que en la parte resolutiva de su fallo confirma el del Juzgado y éste, en la del suyo, expresamente niega las peticiones de la demanda y absuelve de sus cargos.

Otro reparo comprendido en el motivo 2º del citado artículo 520 consiste en que la sentencia nada dice sobre el punto de que se habla en seguida, a saber:

El incidente de excepciones dilatorias se cerró con la providencia del Tribunal de 27 de noviembre de 1941 que aceptó la surgida del hecho de no tener el demandado en su poder la casa materia de la demanda, por haberla vendido en escritura número 448, ante el Notario 3º de Bogotá, el 17 de junio de 1938, registrada el 20 de los mismos, por lo cual, si la demanda se presentó el 27 de mayo de ese año, al notificársele el 28 de ese junio ya pudo invocar Iregui esa venta con el resultado antedicho, que era el de preverse ante el artículo 215 del Código Judicial, respecto de entrega de la casa.

En ese auto de 27 de noviembre, al acoger la excepción, el Tribunal advierte que queda a salvo para la sentencia definitiva el pronunciamiento de lo que corresponda según la parte final de ese artículo 215 en armonía con el 214 del mismo Código.

El 215, que ordena sustanciar la aludida manifestación del demandado como excepción dilatoria, dispone que si se sentencia en favor de él, queda exento de la demanda y agrega *in fine:* "a no ser que sea el ladrón o estafador de la cosa demandada o que dolosamente la haya enajenado para hacer más difícil la gestión del actor".

Parece que el Tribunal sospechara en este sentido, porque en el numeral siguiente de esa misma providencia ordena proveer a la investigación por la autoridad en lo criminal sobre la conducta de Iregui en vista de ciertas piezas del juicio ejecutivo que le siguió Morales por la misma falta de entrega aquí mencionada y los consecuenciales perjuicios y en vista también de las escrituras en que adquirió y vendió la casa. De paso se anota que en el expediente del presente juicio hay graves declaraciones contra el proceder de Iregui en sus actividades de negociante.

Pero ello es que las salvedades del artículo 215 en su parte final transcrita versan sobre la excepción dilatoria, en forma de que en su caso el demandado no queda exento de la demanda. El Tribunal lo declaró exento. A esto debió limitarse en lo tocante a la excepción. Con todo, enunció un problema para cuya solución se remitió a la sentencia definitiva.

Se comprende que, no pudiéndose saber al comenzar un pleito cuál sea la suerte final de las acciones incoadas, esa exótica advertencia no podía formularse sino dentro de esa incertidumbre, ni tener operancia sino en el evento de prosperar alguna de aquéllas, porque lógicamente tenía que verse desde luégo que si ninguna era acogida, no cabía la aplicación del artículo 214.

Por esta razón, suficiente de suyo, no cabe echar menos en la sentencia definitiva una decisión sobre ese tema. Además, el citado motivo 2º del artículo 520 del Código Judicial, que es el procedente cuando se deja de fallar sobre algo, exige precisamente que esto haya figurado entre "las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". Todo esto indica que este otro reclamo o cargo carece de fundamento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, o sea la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha diez de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

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

SALA DE CASACION PENAL

Concepto favorable sobre una solicitud de extradición

Aun cuando el artículo 709 de la Ley 94 de 1938 exige además de otros requisitos, que por lo menos se haya dictado en el Exterior auto de proceder o su equivalente **para que sea factible ofrecer o conceder la extradición, lo cierto es, en armonía con los principios del Derecho Internacional, que esa Ley 94 no modificó la 26 de 1913, ni podía variarla, pues no queda al arbitrio o a la sola voluntad de una de las partes introducir ningún cambio en un tratado público, que es un contrato o pacto solemne entre dos o más Estados o potencias, pacto o contrato de obligatoria observancia mientras no se abrogue o se reforme con arreglo a los usos o prácticas que el Derecho Internacional permite.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo once de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

A Carlos Oropeza Riera y Arturo Rodríguez, nacionales venezolanos, se les sindica del delito de homicidio, hecho que acaeció en la República de Venezuela el ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

Como se dice que los presuntos homicidas se encuentran en Colombia, el Gobierno de Venezuela, por la vía diplomática, ha pedido al Gobierno colombiano la extradición de aquellos dos sujetos.

El Ministerio de Gobierno, que es el medio del cual se vale el Organo Ejecutivo de Colombia para ofrecer o conceder la extradición de los procesados o de las personas condenadas fuera del país, en los casos que autoriza el Código Penal, remitió el expediente a esta Sala de la Corte Suprema de Justicia para que ella exprese el concepto de que tratan los artículos 9º del mismo Código, 710 del Código de Procedimiento Penal y 6º del Decreto número 2200 de 1938.

* * *

Ante todo es preciso advertir que no se sabe si en realidad Oropeza Riera y Rodríguez residen en Colombia. Pero tal incertidumbre no justifica la conclusión a que llegó el curador *ad litem* de los prófugos: que la Corte dictamine desfavorablemente. Y es porque siempre resulta posible que dichos reos se hallen aún en territorio colombiano.

* * *

La documentación que ante el Ministerio de Relaciones Exteriores adujo la Embajada de los Estados Unidos de Venezuela en Bogotá, es la que a continuación transcribe la Sala, según el compendio del oficio de folios 2:

"1 copia autenticada de la averiguación sumarial que obra contra los mencionados Oropeza Riera y Rodríguez, en el Juzgado 2º de Primera Instancia en lo Penal del Estado Lara, Venezuela;

"1 copia del auto dictado por la Corte Federal y de Casación de Venezuela, por medio del cual declara procedente la solicitud de extradición de los indiciados Carlos Oropeza Riera y Arturo Rodríguez;

"1 ejemplar de la *Gaceta de los Tribunales del Estado Lara,* donde aparece (página 31) la requisitoria librada por el Juez del Distrito Torres del mismo Estado, con indicación de las señas fisonómicas de las personas nombradas, y

"1 copia del Título IX del Código Penal de Venezuela en su Capítulo 1º, aplicable al caso."

* * *

Dicha documentación es completa.

En primer término, el delito de homicidio figura entre los que detalla el artículo II del Acuerdo sobre extradición firmado en Caracas el 18

de julio de 1911 por los plenipotenciarios de Colombia, Ecuador, Bolivia, Venezuela y Perú (Ley 26 de 1913).

Y en segundo lugar, las pruebas presentadas satisfacen las exigencias del artículo VIII del referido Acuerdo Bolivariano, artículo que en sus dos primeros incisos ordena lo siguiente:

"La solicitud de extradición deberá estar acompañada de la sentencia condenatoria si el prófugo hubiese sido juzgado y condenado; o del auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del delito o crimen que lo motivare, y de la fecha de su perpetración, así como de las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere dictado dicho auto, caso de que el fugitivo sólo estuviere procesado.

"Estos documentos se presentarán originales o en copia, debidamente autenticada, y a ellos se agregará una copia del texto de la ley aplicable al caso, y en cuanto sea posible, las señas de la persona reclamada."

Las copias autenticadas de folios 4 a 50 son el sumario para averiguar el homicidio que se imputa a Oropeza Riera y Rodríguez, y a folios 73 y 74 está la copia del Capítulo que reprime el homicidio en el Código Penal de Venezuela.

Contienen las copias de la investigación criminal, aparte de las señas personales de los sindicados, el auto de detención y las probanzas que lo sustentan.

El auto de detención (folios 35 y 36) es así:

"Juzgado del Distrito Torres—Carora, 19 de agosto de 1941—132º y 83º

"De las actuaciones practicadas por este Despacho, está plenamente comprobado en autos, que se ha cometido un delito que merece pena corporal, cual es el homicidio perpetrado con disparo de revólver en la persona del General Roberto Riera. Y por cuanto existen fundados indicios de ser autores del hecho, los ciudadanos Carlos Oropeza Riera y su hijo natural Arturo Rodríguez, este Tribunal de conformidad con el artículo 188 del Código de Enjuiciamiento Criminal, decreta la detención de éstos, en la Cárcel Pública del Estado, a cuyo efecto se acuerda oficiar al ciudadano Jefe Civil de este Distrito a los fines consiguientes...."

* * *

Aun cuando el artículo 709 de la Ley 94 de 1938 exige, además de otros requisitos, que *por lo menos se haya dictado en el Exterior auto de proceder o su equivalente* para que sea factible ofrecer o conceder la extradición, lo cierto es, en armonía con los principios del Derecho Internacional, que esa Ley 94 no modificó la 26 de 1913, ni podía variarla, pues no queda al arbitrio o a la sola voluntad de una de las partes, introducir ningún cambio en un tratado público, que es un contrato o pacto solemne entre dos o más Estados o potencias, pacto o contrato de obligatoria observancia mientras no se abrogue o se reforme con arreglo a los usos o prácticas que el Derecho Internacional permite.

Y así, y porque el artículo 9º del Código Penal preceptúa que la extradición se concederá u ofrecerá como lo dispongan los tratados públicos, en la solicitud que hoy ha venido estudiando la Corte, es forzoso acogerse a los términos que trae el artículo VIII del Acuerdo Internacional de 1911, aprobado por la Ley 26 de 1913, una de cuyas condiciones es que se haya dictado auto de detención contra la persona reclamada. Bastan ese y los otros documentos que menciona el Acuerdo, aun cuando no se hubiere proferido en el Exterior auto de proceder o su equivalente.

* * *

En atención a lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia emite *concepto favorable* a la extradición de los venezolanos Carlos Oropeza Riera y Arturo Rodríguez, pedida por el Gobierno de Venezuela con motivo de que en esa República se les procesó por homicidio allí perpetrado, y de que existe la posibilidad de que los presuntos reos se encuentren en Colombia.

Cópiese y devuélvase el expediente al Ministerio de Gobierno.

Notifíquese al curador *ad litem* doctor Gilberto Moreno e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Decisión de una colisión de competencias entre la jurisdicción militar y la ordinaria

Aunque el artículo 170 de la Constitución Nacional estatuye que de los delitos cometidos por los militares en servicio activo conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar, tal mandato constitucional no se opone al hecho de que la ley extienda el radio de acción del juzgamiento militar a otras personas que no forman parte, en actividad, de la fuerza armada, o que no son sino empleados del Ejército, o que sólo tienen la condición de simples particulares. La Constitución, en el artículo 170, no quiere otra cosa que garantizar a los militares en servicio activo el fuero de la justicia militar, jurisdicción especial en que la ley puede comprender a los que no sean militares, por delitos de esa índole.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo cuatro de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

Varios cargos de falsedad, estafa y abuso de confianza se imputan en este voluminoso y desordenado proceso a Alfonso Manrique Terán, que fue Escribiente del Comando del Distrito Militar número 19, en Manizales y en los primeros meses del año de mil novecientos treinta y seis.

La complicada investigación también se refiere al Capitán retirado Jesús Correa Uribe, quien desempeñaba las funciones de Comandante de aquel Distrito Militar, con el carácter de funcionario civil.

Es de anotar que las infracciones de que se trata versan todas sobre asuntos militares, como libretas de ese servicio y primas de exención.

De acuerdo con el respectivo Auditor de Guerra, el Comando de la 4ª Brigada envió el negocio al Juez 1º Superior de Manizales, el cual provocó competencia negativa a dicho Comando, exponiendo las razones que tiene para no conocer del caso concreto, razones que no aceptó el Comando de la Brigada.

Corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidir la colisión de competencias entre la jurisdicción militar y la ordinaria (número 4º del artículo 42, Ley 94 de 1938, y artículo 21 de la Ley 84 de 1931), y a ello procede la Corte por medio de las consideraciones que siguen:

Verdad es que el artículo 170 de la Constitución Nacional estatuye que de los delitos cometidos por los militares en servicio activo conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar; mas también es cierto que a tal mandato constitucional no se opone el hecho de que la ley extienda el radio de acción del juzgamiento militar a otras personas que no forman parte, en actividad, de la fuerza armada, o que no son sino empleados del Ejército, o que sólo tienen la condición de simples particulares. La Constitución, en el artículo 170, no quiere otra cosa que garantizar a los militares en servicio activo el fuero de la justicia militar, jurisdicción especial en que la ley puede comprender a los que no sean militares, por delitos de esa índole.

Sostener que a las entidades señaladas en la Ley 84 de 1931 para ejercer la jurisdicción militar únicamente les toca el juzgamiento de los militares en actividad de servicio (por hechos delictuosos que con el mismo servicio se relacionen), es ignorar lo que ordenan, verbigracia, los artículos 17, 27, 141, 150 ,152, 167, 213, 215 a 219, 221, 222, 224, 226, 229 a 231, 233, 237, 239 y 240, que ponen bajo aquella jurisdicción a infractores distintos de los militares en servicio activo.

Y no es válido el argumento deducido del artículo 13 ibidem, que manda:

"Si se trata de delitos cometidos por individuos no justiciables por la autoridad militar y por militares u otros individuos sujetos a ésta, todos los procesados deberán ser remitidos a los Jueces ordinarios, pero respecto de los militares se observarán, en la aplicación de las penas, las fijadas en esta Ley."

El argumento inválido del Comando de la 4ª Brigada se sustenta en que por lo menos uno de los sindicados no era militar (Manrique Terán),

y que entonces es la ocasión de cumplir la regla del transcrito artículo 13.

Si es evidente que Alfonso Manrique Terán, Escribiente en el Comando del Distrito Militar número 19, no tenía la calidad de militar. Era sólo un empleado civil, pero un empleado civil que es justiciable por la autoridad militar.

En primer término, dice el artículo 10 de la Ley 84 de 1931:

"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."

Pues bien: en atención a la naturaleza de los delitos atribuídos a Alfonso Manrique Terán, la materia de ellos les da una inconfundible y específica fisonomía de militares por dos aspectos: por violación directa de la Ley de Justicia Militar (artículos 121, 229 y otros) y porque se contrajo a objetos, cuestiones, elementos o intereses del Ejército o del servicio militar.

Y en segundo término, el artículo 27 de la citada Ley 84 de 1931, estatuye:

"Corresponde a los Consejos de Guerra Superiores conocer de las causas por delitos o culpas que cometan los Oficiales de cualquier grado, los empleados militares, los empleados administrativos y los particulares sujetos a la jurisdicción militar."

De suerte que *ratione personae* Alfonso Manrique Terán también es justiciable militarmente porque era un empleado al servicio del Comando del Distrito Militar número 19.

* * *

Con mayor razón al Capitán retirado Jesús Correa Uribe, Comandante de dicho Distrito Militar, aunque fue un empleado civil, debe juzgarlo la autoridad militar.

* * *

Advierte la Corte que la doctrina anteriormente expuesta es igual en el fondo a la que contiene el proveído de 20 de mayo de 1942, publicado en la *Gaceta Judicial* número 1981, tomo LII, páginas 869 a 871.

* * *

De acuerdo con los motivos precedentes y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, la Corte Suprema resuelve:

1º Dirímese la actual colisión de competencias en favor del Juez 1º Superior de Manizales;

2º Es a un Consejo de Guerra Superior a quien le toca conocer del proceso contra el Capitán del Ejército, retirado, Jesús Correa Uribe, Comandante que fue del Distrito Militar número 19, y contra el Escribiente de ese Comando, Alfonso Manrique Terán;

3º Envíese copia de este auto al Juez 1º Superior de Manizales, que promovió la competencia negativa, y

4º Devuélvase el expediente al Comando de la 4ª Brigada, de Medellín.

Cúmplase.

Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello R., Secretario.

Sobreseimiento definitivo por supuesto delito de falsedad

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo diez y seis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

Con esta providencia califica la Corte el sumario instruído por denuncio del doctor Pedro Nel Rueda Uribe contra el Magistrado del Tribunal Superior de San Gil doctor Guillermo Hanssen.

Varias infracciones penales le atribuye el doctor Rueda Uribe al referido Magistrado, a saber:

1º Que el doctor Hanssen, en el trayecto de la ciudad de San Gil a la del Socorro, y dentro de un automóvil, *insinuó* a Roque Mejía, reo de homicidio y cuyo apoderado o defensor es el denunciante, la conveniencia de que nombrara abogado al doctor Gonzalo Alvarez en lugar del doctor Rueda Uribe, quien se había "puesto de pelea con el Juez" (3, 7 vuelto, 53 y 54 del cuaderno principal);

2º Que el doctor Hanssen fue a la cárcel del Socorro "a reclamarle" a Mejía por haberle contado al doctor Rueda Uribe lo anterior;

3º Que el doctor Hanssen expidió una falsa certificación, y

4º Que el mismo Magistrado calumnió al doctor Rueda Uribe cuando informó a un periódico impreso *(La Opinión,* de San Gil) que él, Rueda Uribe, "en una intervención parlamentaria en la Cámara de Representantes había agredido de palabra en forma procaz al Excelentísimo señor Obispo de San Gil."

* * *

En completo acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Penal, la Sala considera que los hechos 1º, 2º y 4º no implican *cargos de responsabilidad* o sea peculiares de empleado público. Si ellos comportaren o nó acciones delictuosas, lo que no le incumbe a la Corte Suprema decirlo ahora, tales acciones entrarían en la denominación de comunes, sin fuero ninguno para el supuesto infractor.

Claro es que el doctor Hanssen era Magistrado del Tribunal Superior de San Gil en la época de los hechos de que se trata, pero no se produjeron en virtud o por motivo de la investidura judicial de aquél o en ejercicio de su función oficial.

No es, por tanto, el caso 6º del artículo 42, Ley 94 de 1938, en lo que atañe a Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia.

* * *

También conviene la Sala con el señor Procurador en que el hecho 3º (expedición de un certificado falso) "sí es del resorte de la Sala Penal de la Corte, porque el acto fue ejecutado por el funcionario acusado en su carácter de Magistrado de un Tribunal y no como simple ciudadano."

¿En qué consiste la imputación?

Sucede que el doctor Pedro Nel Rueda Uribe solicitó el cambio de radicación de la causa que el Juez 2º Superior de San Gil con sede en el Socorro, doctor Mario García Gómez, le sigue a Roque Mejía por homicidio, fundándose en varias razones, dos de las cuales fueron el actual proceso contra el Magistrado doctor Hanssen y una acusación contra el Juez doctor García Gómez.

El Ministerio de Gobierno dirigió entonces el telegrama que a continuación copia la Sala:

"Ministerio de Gobierno—Departamento de Justicia—Bogotá, 28 de septiembre de 1942—Telegrama número 1459.

"Presidente Tribunal Superior—San Gil.

"Atentamente solicítole certificar sobre existencia denuncio formulado Pedro Nel Rueda Uribe contra doctor Mario García Gómez, su calidad Juez 2º Superior ese Distrito, anotando delitos refiérese denuncio, fecha, presentación personal.

"Servidor,

"(Firmado), *Luis Ernesto Puyana,* Director Justicia."

Ese telegrama obtuvo la siguiente respuesta:

"Tribunal Superior de San Gil—Presidencia. Número 211—San Gil, octubre 2 de 1942.

"Señor Jefe del Departamento de Justicia del Ministerio de Gobierno—Bogotá.

Gustosamente le envío a continuación el certificado que me solicita en su telegrama urgente número 1459, de fecha 29 de septiembre último: Con fecha 11 de agosto del año en curso, el doc-

tor Pedro Nel Rueda Uribe presentó personalmente en la Secretaría del Tribunal un denuncio contra el señor Juez 2º Superior de este Distrito Judicial, doctor Mario García Gómez, por hechos que el denunciante considera delictuosos y que consisten: en que el citado Juez, por auto de fecha 25 de mayo de 1942 llamó a responder en juicio al señor Roque Julio Mejía Loza (de quien el denunciante era apoderado en el sumario y ahora defensor en la causa), por el delito de homicidio cometido en el señor Minodoro Ariza; en que por auto de fecha 26 del citado mes de mayo el mismo Juez revocó el beneficio de libertad provisional que se le había concedido a Mejía Loza por haberse cumplido ciento ochenta días desde la iniciación del sumario y no haber sido calificado entonces; y en que el Juzgado negó las solicitudes de revocatoria que de tales providencias le fueron presentadas. Contra los referidos autos se interpuso apelación, y este Tribunal acaba de confirmarlos, en proveído de fecha 30 de septiembre último.

"De usted atento servidor,

"(Firmado), *Guillermo Hanssen M.*, Presidente del Tribunal."

Tacha de falsa el doctor Rueda Uribe esa contestación telegráfica, sobre lo cual manifiesta a la Corte:

"Pues ocurre, honorable Magistrado, que el Presidente del Tribunal en dicho certificado declara y certifica que yo denuncié al Juez entre otras cosas, por haber dictado auto de enjuiciamiento contra Mejía, sin que esta afirmación sea cierta o verdadera, pues ese hecho simple no fue motivo de mi acusación o denuncia, ni podía serlo, como claramente se comprende. Eso quiere decir que el Presidente del Tribunal de San Gil, con el ánimo de torcer el criterio de las altas entidades que van a resolver lo relativo al cambio de radicación o con cualquier otro propósito semejante, ha certificado un hecho o una actividad mía que yo no he ejecutado, como claramente se desprende de la propia denuncia presentada ante el Tribunal. Y como la certificación de un hecho falso constituye, cuando la hace un funcionario público, falsedad de documentos públicos, solicito que se investigue este nuevo delito cometido por el Magistrado Hanssen, Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil."

Comparando el certificado del doctor Hanssen con el texto del denuncio del doctor Rueda Uribe contra el Juez doctor García Gómez, llega la Sala a compartir la conclusión de la Procuraduría: que la falsedad no existe.

En efecto, el escrito por medio del cual el doctor Rueda Uribe acusa al Juez ante los Magistrados del Tribunal Superior de San Gil, expresa:

"....pongo en su conocimiento los siguientes hechos que considero delictuosos y solicito que se inicie la investigación de lugar (sic) contra el responsable legalmente, o sea el señor Mario García Gómez, actual Juez Superior de este Distrito."

El primer hecho estimado delictuoso por el doctor Rueda Uribe es que *el 25 de mayo de 1942 profirió el Juez García Gómez auto de enjuiciamiento contra Roque Mejía, por homicidio en la persona de Minodoro Ariza,* extendiéndose después el acusador en la enumeración de otros hechos que él también juzga infractores de la ley penal.

Luego se limitó el Presidente del Tribunal Superior de San Gil, doctor Guillermo Hanssen, a certificar en compendio o síntesis, para atender el telegrama del Ministerio de Gobierno, la verdad contenida en el denuncio del doctor Pedro Nel Rueda Uribe contra el Juez 2º Superior, doctor Mario García Gómez.

Aplicará la Sala, pues, el precepto del artículo 437 (ordinal 1º), Ley 94 de 1938, ya que lo llamado falsedad por el doctor Rueda Uribe no es delito.

* * *

En consecuencia, la Sala Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en armonía con la opinión del señor Procurador Delegado, resuelve:

1º Sobreséese definitivamente a favor del Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, doctor Guillermo Hanssen M., por el cargo de falsedad que le imputó el doctor Pedro Nel Rueda Uribe; y

2º De los hechos 1º, 2º y 4º conocerá el Juez del Circuito Penal correspondiente, a quien debe remitírsele original este proceso.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—El Conjuez, *Guillermo Morales Peña.*—*Julio E. Argüello R.*, Secretario.

Medios legales para la comprobación del cuerpo del delito de homicidio.—La riña en el nuevo Código Penal.—Doble atenuación de los artículos 28 y 384 del Código Penal

1. La prueba pericial no es el único modo de acreditar judicialmente el cuerpo del delito de homicidio. También sirven para ello los testimonios directos y las comprobaciones indirectas, en subsidio del dictamen de peritos.

2. Un médico legista que reconoce un cadáver o dictamina sobre unas heridas, no tiene por qué posesionarse como perito, pues el ejercicio de aquel cargo oficial supone posesión y juramento previos.

3. La riña no conservó para nadie en el Código Penal nuevo la "categoría jurídica" de "entidad delictiva", cuando es imprevista. Al revés, para el homicidio y las lesiones personales, la pelea que se suscita de modo imprevisto es una atenuante de la sanción.

4. No pocas dificultades ha traído a la Corte el problema de resolver la concurrencia de un veredicto afirmativo para las cuestiones que se derivan de la doble atenuación de los artículos 28 y 384 del Código Penal, problema que, por lo regular, obedece a un abuso o exceso de los límites en que debía moverse la facultad del cuestionario múltiple que autorizaba la Ley 94 de 1938. Por lo regular, se dice, pues sería un disparate negar que suceden casos en que sí coexisten, perfectamente definidas, ambas circunstancias atenuantes de la sanción.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio siete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

El Juez 2º Superior de San Gil, radicado en el Socorro, impuso la pena principal de dos años y ocho meses de presidio a Ana Ninfa Quintanilla, porque ocasionó la muerte de Víctor Manuel Calderón, aplicando el mínimo del artículo 362 del Código Penal y la máxima reducción del artículo 28 ibídem.

No fue apelada la sentencia, y el Tribunal Superior correspondiente, que la revisó por consulta, decidió revocarla y absolver a la reo, con base en que "no se produjeron en *forma legal* la prueba plena del cuerpo del delito y los elementos constitutivos de la responsabilidad...."

Contra el fallo del Tribunal de San Gil, que es de fecha diez y seis de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, recurrió en casación el Fiscal de ese Tribunal, aduciendo una anticipada y sintética demanda que dice:

"Dentro del término legal y para satisfacer las exigencias del artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, por medio del presente memorial con todo respeto me permito interponer para ante la honorable Corte Suprema de Justicia, recurso de casación contra el fallo dictado en la referida causa....

"*Errada interpretación de los hechos,* es la causal que invoco para alzarme contra la mentada providencia, pues en mi sentir se negó en ella el valor probatorio que en sí tienen todas las piezas que concurren en el proceso a demostrar la existencia del cuerpo del delito por el cual se llamó a juicio a la Quintanilla, situación ésta que el artículo 567 ibídem en su ordinal segundo consagra como causal suficiente para que haya lugar a casación."

* * *

El señor Procurador Delegado en lo Penal manifestó:

"En el presente negocio por homicidio contra Ana Ninfa Quintanilla ha diespuesto usted que se recoja el concepto de la Procuraduría, antes de dar traslado a la parte no recurrente.

"Este Despacho agradece a usted la deferencia que se ha dignado hacerle, pero con todo respeto, y no sin lamentarlo, se abstiene de conceptuar, por estas razones:

"El recurso de casación fue interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de San Gil, a quien ya se le corrió el traslado de ley ante la Corte. Siendo, pues, el Ministerio Público la parte recurrente, no puede ser al mismo tiempo parte no recurrente, que a tanto equivaldría la intervención de la Procuraduría, por ser cabeza del Ministerio Público.

"Y tampoco puede admitirse que este Despacho debe colaborar con el señor Fiscal en sus apreciaciones, porque la nueva ley de casación le quitó a la Procuraduría la conveniente facultad de formular la demanda o de ampliarla en su caso. De suerte que hoy nada podría hacerse si el señor Fiscal omitió presentar la demanda o la elaboró deficientemente.

"Además, los traslados a las personas que intervienen en el proceso penal son de creación legal, y no del prudente arbitrio de los Jueces.

"Con estas observaciones me permito devolver a usted con toda atención la presente causa.

"Renuncio el término del traslado."

* * *

No por breve y anticipada deja de contener la demanda suficiente materia de estudio, ya que el Fiscal recurrente siempre alegó y sostuvo, aunque con pocas palabras, la causal 2ª del artículo 567, Ley 94 de 1938.

* * *

Para asegurar que es inválida la prueba del cuerpo del delito, se apoya el Tribunal en que "al practicar el reconocimiento del cadáver se dejó de dar aplicación a los artículos 147 inciso 2º, 148, 261 y 263 (Código de Procedimiento Penal, aclara la Corte), pues no se les recibió a los peritos el juramento conforme allí se establece, ni se les hicieron las amonestaciones de rigor legal, ni se les formuló el cuestionario sobre el cual debían rendir su dictamen."

Y agrega el Tribunal:

"Las omisiones atrás anotadas con respecto al reconocimiento pericial del cadáver, afectan de nulidad dicha diligencia a la luz del artículo 261 —inciso final— del Código de Procedimiento Penal, y careciendo así de valor probatorio, se llega a la ineludible conclusión de que falta la demostración plena y en forma legal del cuerpo del delito; y siendo esta demostración uno de los requisitos indispensables para fundamentar una sentencia condenatoria, la absolución del procesado surge como consecuencia lógica de la falta de ese elemento."

No alcanza la Sala a explicarse cómo es que el Tribunal Superior de San Gil propugna semejante tesis, tan injurídica por su fondo y su conclusión, y tan reñida con la realidad del proceso, todo lo cual procurará la Corte demostrarlo a continuación:

1º La prueba pericial no es el único modo de acreditar judicialmente el cuerpo del delito de homicidio. También sirven para ello los testimonios directos y las comprobaciones indirectas, en subsidio del dictamen de peritos. Y lo cierto es que en el actual negocio al menos sobran indicios que por sí solos constituirían plena prueba del hecho criminoso y punible de que responde la Quintanilla, si faltara el peritazgo o éste adoleciese de verdadera nulidad;

2º El dictamen-autopsia de folios 2 del primer cuaderno no resulta viciado de nulidad ninguna. Lo rindió el médico legista de la Provincia del Socorro (ya no es indispensable más de un perito), y ese médico oficial, que era el que debía intervenir al tenor del artículo 299, Ley 94 de 1938, no necesitaba nueva posesión para dictaminar. Se presume que cuando se hizo cargo del empleo hubo de prestar el juramento común que las leyes exigen para el desempeño de funciones públicas. Luego la fórmula especial del juramento que consigna el inciso tercero (no el segundo que cita el Tribunal) del artículo 147 del Código de Procedimiento Penal, y las reglas del artículo 148 ibídem, no tenían por qué ser observadas en el caso del médico legista que examinó la herida y el cadáver de Víctor Manuel Calderón. (Véase *Gaceta Judicial*, números 2001 a 2005, de agosto a diciembre de 1943, páginas 395 a 397);

3º El artículo 261 de la Ley 94 de 1938 estatuye:

"El perito, antes de tomar posesión de su cargo será amonestado por el Juez o el funcionario respectivo sobre la trascendencia moral del juramento, sobre la responsabilidad que este acto impone ante Dios y ante la sociedad, y sobre las sanciones establecidas contra el perjuro y el prevaricador por las leyes de la República.

"En seguida el funcionario o el Juez recibirá juramento al perito en los términos establecidos en el artículo 147.

"La omisión de cualquiera de las formalidades prescritas en este artículo, vicia de nulidad el peritazgo."

Repítese que el médico legista reconocedor del cadáver y la herida de Calderón no tenía por qué posesionarse como perito, pues el ejercicio de aquel cargo oficial supone posesión y juramento previos. Entonces, no se omitieron las formalidades del artículo 261 y, consecuencialmente, no se produjo la nulidad del peritazgo;

4º Prescribe el artículo 263 de la misma Ley 94 de 1938 (primer inciso):

"El Juez en el auto que decrete la práctica de la prueba pericial, formulará los cuestionarios que hayan de ser absueltos por el perito."

Tal obligación del *Juez* también lo es de cualquier funcionario que instruya un proceso penal. Y aun concediendo, en gracia de discusión, que el Alcalde investigador del homicidio imputado a Ana Ninfa Quintanilla debió presentarle cuestionarios al médico legista, en ninguna parte la ley sanciona con nulidad el acto pericial si el

Juez o el empleado instructor olvida o se abstiene de proponer al perito predeterminadas cuestiones.

Pero es que la índole estrictamente técnica de una autopsia quizás se opone a que el Juez o el funcionario de instrucción, más o menos profanos en medicina, le puedan formular al perito médico las preguntas que éste ha de absolver cuando lleve a cabo el examen anatómico de un cadáver, examen que depende de los firmes principios de la ciencia médica, y que es "el que viene a establecer las verdaderas causas de la muerte, que no pueden ser deducidas sino por los que posean los necesarios conocimientos técnicos, pues se trata de un hecho complejo, cuya penetración y análisis científicos escapan a los profanos", cita que el propio Tribunal Superior de San Gil hace de una sentencia de la Corte. (Casación de Ciro A. Ortiz y Pedro Silva Ortiz); y

5º Muy injurídica por su fondo y muy discorde con la realidad del proceso, la tesis del Tribunal Superior de San Gil también peca contra el derecho por la conclusión adoptada.

Expresó el Tribunal:

"a) El fallo que se estudia tiene su apoyo en el veredicto de un Jurado que en sí mismo es intachable. Es verdad que el Jurado resuelve en conciencia y es soberano en la apreciación de los hechos. Pero como igualmente es verdad que el Jurado no decide en juicio verbal sino sobre un proceso escrito, los hechos que se presentan a su consideración han de estar establecidos, *si no en una forma completa, al menos de una manera que no vaya abiertamente contra las disposiciones expresas de la ley y pugne con los preceptos que establecen los motivos de nulidad, de orden público en estos casos.*" (Subrayas de la Sala).

"f) El solo veredicto afirmativo del Jurado no es de por sí suficiente para fundamentar una condenación, porque el cuerpo del delito debe estar plenamente establecido independientemente del elemento responsabilidad y sin esa prueba está vedado a los Jueces condenar a los procesados; y porque el veredicto debe guardar armonía y ser congruente con los cargos de responsabilidad formulados en el auto de proceder; así, si esta providencia, como sucede en el presente caso, carece de valor legal y de apoyo en el proceso, *por ser éste nulo* (subraya la Corte), consecuencialmente el veredicto del Jurado carece también de fuerza jurídica...."

Si el Tribunal creyó que es nula la diligencia de autopsia; si califica el peritazgo como único medio legal para poder comprobar el cuerpo del delito de homicidio; si es indiscutible que la muerte de Víctor Manuel Calderón comporta una infracción indudable de la Ley Penal; si el Tribunal tiene por nulo el proceso desde el enjuiciamiento inclusive, y si sugiere, en contradictorio concepto, que no es necesaria *en forma completa* la prueba de los hechos que se someten al Jurado, siempre que la deficiencia probatoria no pugne con los mandatos legales y con los preceptos que señalan los *motivos de nulidad,* si todo eso es así para el Tribunal Superior de San Gil, ¿por qué razón que la Corte no entiende se dio el aventurero salto hasta la absolución de la homicida, en vez de poner el remedio lógico que consistía en anular el juicio a fin de que se subsanaran los defectos de la prueba?

Algo más que una nulidad adjetiva sería la de que en un proceso faltase la comprobación del hecho criminoso y punible; mas también por el camino de las nulidades procedimentales podría lograrse aquel remedio, pues si es causa de nulidad haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción (número 8º del artículo 198, Ley 94 de 1938), *a fortiori* ha de ser nulidad que la infracción o cuerpo del delito no aparezca demostrado plenamente o lo esté en forma incompleta.

* * *

Anotó el Tribunal "que ya en repetidos casos en que ha faltado la prueba plena del cuerpo del delito se ha decretado la absolución de los procesados".

Y entre los *repetidos casos* el Tribunal trae a cuento tres juicios: contra Crispiniano Castro y otros, contra Luis Antonio Gómez y contra Patricio o Patrocinio Hernández.

Añade el Tribunal:

"En aquellos procesos, como en éste de Ana Ninfa Quintanilla, se omitieron las formalidades y solemnidadas que el nuevo Código de Procedimiento Penal establece para la práctica de los reconocimientos periciales y para la recepción de los testimonios, omisiones que el mismo Código sanciona con la nulidad de lo actuado."

Absueltos tales reos y muchos más, por la misma doctrina que hoy comenta y rechaza la Corte.

¿No es tan inveterada y errónea tesis una grave lesión a los intereses de la defensa social, que son los de la justicia?

* * *

También habla el Tribunal de que las declaraciones de los testigos que comprometen la responsabilidad de Ana Ninfa Quintanilla no tienen valor alguno con arreglo al artículo 202 de la Ley 94 de 1938, que dispone:

"Cuando la ley exija con sanción de nulidad que se llenen ciertas formalidades en determinados actos y dichas formalidades no se observa-

ren, se considerará, sin necesidad de resolución especial, que tales actos no se han verificado."

Y argumenta el Tribunal en el sentido de que al recibir las declaraciones a los testigos "no se les tomó el juramento bajo la fórmula prescrita por el artículo 147, ni se les hicieron las prevenciones que ordena el 148, ni se cumplieron en manera alguna los requisitos exigidos perentoriamente por el artículo 235 de la obra en cita." (El Código de Procedimiento Penal).

Al formulista alarde del Tribunal Superior de San Gil contesta la Sala:

Se ve en todos los testimonios que a cada declarante "le recibió juramento en forma legal" el Alcalde instructor del sumario. Luego la frase "forma legal" implícitamente entraña el cumplimiento de las ritualidades de los artículos 147 y 148. ¿Cómo aseverar que esos requisitos no fueron observados?

Pero es importante advertir que, tratándose de testigos, no sobrevendría la nulidad de las declaraciones, ni aun en la contingencia de que la omisión de esas formalidades estuviese probada. Tal omisión sólo acarrea una multa disciplinaria al funcionario (inciso segundo del artículo 148).

Es así el artículo 235 de la Ley 94 de 1938:

"Los testigos deberán ser interrogados personalmente por el funcionario de instrucción o el Juez, ante su Secretario, circunstancia que se hará constar en el texto de la declaración. En ningún caso y por ningún motivo podrá el Juez ni el funcionario de instrucción delegar esta función. Si el testigo no fuere interrogado por el mismo funcionario de instrucción o el Juez y en la diligencia se afirmare que lo ha sido, el Juez o el funcionario que debió recibir la declaración y el que realmente la recibiere incurrirán, por ese solo hecho, en el delito de falsedad de documento público.

"La declaración que no fuere recibida conforme a lo dispuesto en este artículo, no tendrá valor alguno."

Del contexto de las declaraciones se desprende el aserto de que el Alcalde instructor, ante su Secretario, personalmente interrogó a cada testigo. ¿Cuál es la prueba, y en dónde está, de que el funcionario de instrucción no atendió el deber que echa de menos el Tribunal Superior de San Gil, en lo tocante al artículo 235 del Código de Procedimiento Penal? Con minucias no es dable subestimar el fondo de un acto jurídico frente a la forma del mismo acto cuyo contenido sustancial no ofrezca serias dudas sobre pretermisión de calidades accidentales. Lo contrario es sacrificar el derecho a las fórmulas.

Todavía, convéngase en que son nulos los testimonios, y no obstante la supuesta nulidad de ellos el Jurado les otorgó crédito, revalidándolos en su conciencia.

* * *

Justificada la causal 2ª del artículo 567, Ley 94 de 1938, invocada por el Fiscal recurrente, la invalidación del fallo del Tribunal Superior de San Gil coloca a la Corte Suprema de Justicia como sentenciador de instancia, para proferir la providencia de reemplazo.

* * *

Víctor Manuel Calderón y Ana Ninfa Quintanilla vivieron amancebados más o menos durante tres años, en el paraje *La Verde* del Municipio de Guapotá (Santander), y una noche, la del 17 de diciembre de 1938, cuando Calderón maltrataba injustamente con puñetazos y patadas a su concubina, ésta, la Quintanilla, hirió en el vientre al provocador, sirviéndose de un cuchillo.

Fue mortal la herida, habiendo fallecido Calderón al siguiente día.

Abierto el juicio contra la reo, el Juez 2º Superior de San Gil sometió al Jurado un cuestionario, así:

"¿Os halláis plenamente convencidos de que la acusada Ana Ninfa Quintanilla dio muerte voluntariamente a Víctor Manuel Calderón, por medio de una herida inferida con instrumento cortante y punzante en el hipocondrio derecho, que perforó la pared abdominal por donde hizo hernia gran parte de las asas del intestino delgado, acontecimiento perpetrado en la noche del diez y siete de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, en el sitio de *La Verde* de la comprensión municipal de Guapotá?"

"¿La acusada Ana Ninfa Quintanilla ejecutó el hecho a que alude la anterior pregunta, con la intención de matar?"

"¿La acusada Ana Ninfa Quintanilla ejecutó el hecho a que se refiere la primera pregunta, en el desarrollo de una riña con el occiso Víctor Manuel Calderón, que se suscitó de un modo imprevisto?"

"¿La acusada Ana Ninfa Quintanilla perpetró el hecho a que se contrae la primera pregunta, en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación?"

Por mayoría afirmó el Jurado las cuatro preguntas transcritas, mas el Juez, descartando la modificación del artículo 384 del Código Penal, no aplicó sino la del artículo 28 ibídem, y condenó a la homicida a dos años y ocho meses de presidio, cifra que es la tercera parte del mínimo de ocho años del artículo 362.

Para prescindir de la modificación contenida en el tercer interrogante y su respuesta, el Juez dijo:

"2º Que el nuevo estatuto penal suprimió como entidad delictiva la riña, la cual pasó a ser una simple contravención de Policía, y conservó tal categoría jurídica únicamente cuando es imprevista, respecto del provocador (artículo 384 del Código Penal), pues en lo que respecta al provocado no se tiene en cuenta tal modalidad de atenuación, sino el artículo 28 de la ley punitiva que se refiere al que obra en estado de ira o de intenso dolor por grave e injusta provocación, ya que esta disposición es la más favorable, siendo en este caso la riña un proceso necesario por el cual pasa el homicida para cumplir dentro de aquella modalidad de atenuación su propósito antisocial."

El copiado párrafo del Juez reúne varios desaciertos.

La riña no conservó para nadie en el Código Penal nuevo la "categoría jurídica" de "entidad delictiva", cuando es imprevista. Al revés, para el homicidio y las lesiones personales, la pelea que se suscita de modo imprevisto es una atenuante de la sanción.

¿Y para quién es atenuante? Marcada antítesis hay en decir que la riña imprevista únicamente favorece al provocador, puesto que la riña nunca podrá ser imprevista o casual para quien mata o hiere en el trance de una pendencia por él provocada. Y es porque la provocación lleva en sí, respecto de la persona que la hace, la previsibilidad de la riña que se efectúa.

Ahora, no es riña, en su significado legal, la mera reacción súbita del sujeto que ejecuta un homicidio o unas lesiones personales, movido por el arrebato pasional que contempla el artículo 28, de donde se deduce que no siempre será exacta la rotunda proposición del Juez 2º Superior de San Gil: que es la riña "un proceso necesario por el cual pasa el homicida para cumplir dentro de aquella modalidad de atenuación su propósito antisocial".

* * *

Dijo el Juez, desde el auto de proceder, que Ana Ninfa Quintanilla mató a Víctor Manuel Calderón en riña y en estado de ira "por los maltratos de que era víctima por parte de su amante".

Y bien raro es que interrogara el Juez al Jurado sobre si la reo dio muerte a Calderón en el desarrollo de una riña imprevista, cuando en el mismo enjuiciamiento asentó que fue la riña "seguramente no suscitada de un modo imprevisto, ya que está acreditado ampliamente que los dos amancebados tenían frecuentes altercados y que en la Quintanilla había ya formado el propósito de darle muerte a su amante, cuando éste repitiera en ella los maltratos de que en ocasiones anteriores la había hecho víctima".

No pocas dificultades ha traído a la Corte el problema de resolver la concurrencia de un veredicto afirmativo para las cuestiones que se derivan de la doble atenuación de los artículos 28 y 384 del Código Penal, problema que, *por lo regular*, obedece a un abuso o exceso de los límites en que debía moverse la facultad del cuestionario múltiple que autorizaba la Ley 94 de 1938.

Por lo regular, se dice, pues sería un disparate negar que suceden casos en que sí coexisten, perfectamente definidas, ambas circunstancias atenuantes de la sanción.

En el proceso contra Ana Ninfa Quintanilla no es posible (pues no hubo testigos presenciales) ni desconocer la riña imprevista, ni tenerla como plenamente probada, ni concluir que tal evento sólo es "uno de los factores integrantes de la reacción causada en el ánimo del sujeto grave e injustamente provocado", en que la "parcial exteriorización del incontenible arrebato que hace surgir el provocador se engloba en la totalidad del estado de ira o de dolor intenso". (Sentencia de casación de 9 de octubre de 1942. *Gaceta Judicial* números 1889 y 1890, de octubre y noviembre de ese año, páginas 191 a 195).

Ni es posible, tampoco, escoger la solución de que la atenuante de mayor alcance absorbe la de entidad menor, la cual solución quizás informó el criterio del Juez, ya que subsiste o permanece en pie un veredicto afirmativo de las atenuaciones de los artículos 28 y 384, que es menester respetar, pues el recurso no ataca el veredicto, a más de que bien pudieron concurrir en la realidad del homicidio, separadamente, los elementos integrantes de ambas circunstancias modificadoras de la infracción consumada por Ana Ninfa Quintanilla.

* * *

¿Cuál es la pena privativa de la libertad para el hecho que esa mujer cometió?

El homicidio en la persona de Víctor Manuel Calderón, simplemente intencional o común, no es otro que el reprimido por el artículo 362 del Código Penal. Haciendo abstracción de las dos atenuaciones, la pena debería ser el mínimo de ese artículo (ocho años de presidio), considerado el delito en sí, en su modo de ejecución y en los motivos que lo determinaron, valorada la personalidad de la reo y exenta de toda circunstancia de mayor peligrosidad (artículos 36, 37 y 39 ibídem). De menor peligrosidad habría la 3ª del artículo 38, mas no es atenuante circunstancial en el proceso contra la Quintanilla puesto que está prevista como atenuación diversa (inciso primero de ese mismo artículo 38) por el veredicto que asintió a la cuarta pregunta.

Lógicamente han de hacerse las mayores reducciones: de las dos terceras partes (artículo 28) y de la mitad (artículo 384).

Para finalizar se le advierte al Juez que se opone a la técnica del Código Penal la calificación de la delincuencia en los *grados* del Código de 1890.

* * *

En mérito de las razones expuestas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º Invalídase la sentencia absolutoria recurrida que profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil el diez y seis de mayo de mil novecientos cuarenta y uno;

2º Condénase a Ana Ninfa Quintanilla, por haber dado muerte a Víctor Manuel Calderón, a un año y cuatro meses de presidio en el lugar que el Gobierno señale; a la interdicción de derechos y funciones públicas durante un período igual al de la pena principal; a la pérdida de la patria potestad y de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, y a pagar a los herederos del occiso, como indemnización de perjuicios, la suma de mil ocho pesos ($ 1.008.00);

3º Ordénase la publicación especial de este fallo, y en cuanto al arma con que la reo ejecutó el delito se confiscará y entregará al Estado; y

4º El tiempo de la detención o prisión se tendrá como parte cumplida de la pena de presidio.

Devuélvase el proceso al Tribunal de San Gil.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Es inadmisible que haya colisión de competencias entre Tribunales Superiores de Distrito Judicial y un Ministerio del Despacho gubernamental

Cuestión esencial de orden público es lo que se relaciona con las leyes que fijan la competencia para ejercer la jurisdicción que corresponde a la soberanía del Estado, en cualquiera de los Organos del Poder, y de allí que toda función pública se derive de normas que también tienen un preciso límite, traspasado el cual es abuso la atribución arrogada. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional por excelencia, la administración de justicia, ese principio de la limitación de atribuciones debe ser más rígido, por la naturaleza del Organo Judicial, hasta el extremo de que todas y cada una de sus facultades requiere intelección restrictiva que excluya las analogías. De suerte que en lo tocante a colisión de competencias, positiva o negativa, concerniente a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, la regla absoluta es la consignada en el auto de folios 85 a 89 que la colisión o pugna no puede tener ocasión sino con otros Tribunales o Juzgados del mismo Organo, con la jurisdicción militar en procesos penales y con la rama de lo contencioso-administrativo. Y en el incidente de competencias esta Sala de la Corte Suprema sólo se halla autorizada para intervenir, dirimiéndolas, cuando la colisión se suscite entre los Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial; entre dos Juzgados de diversos Distritos Judiciales; entre la jurisdicción militar y la ordinaria, y entre un Tribunal Superior y uno Seccional Administrativo (artículos 42, número 4º, Ley 94 de 1938, y 146, Ley 167 de 1941).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio diez de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

En escrito de octubre veinticuatro de mil novecientos cuarenta y uno el doctor José Luis Trujillo Gómez, apoderado especial de cierta compañía minera y de dos personas naturales, pidió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que, respecto de un litigio resuelto por la Prefectura de Control de Cambios, provocara competencia positiva al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para conocer de la segunda instancia de ese litigio, en el cual se impuso a los poderdantes del doctor Trujillo Gómez una multa de cien mil pesos ($ 100.000.00).

No accedió el Tribunal a provocar la colisión, según auto de veintiocho de marzo último, que fue apelado por el peticionario, y, además, el Tribunal denegó el recurso.

De hecho ocurrió la parte agraviada ante esta Sala de la Corte, con observancia de las previas formalidades que son de rigor (artículos 513, 514 y 516 de la Ley 105 de 1931, y 193 de la Ley 94 de 1938).

Resultando:

Dijo el Tribunal lo siguiente:

"Aun cuando por regla común todos los autos interlocutorios son apelables, ya en efecto suspensivo o devolutivo, tratándose de la anterior providencia del Tribunal no puede concederse el recurso de apelación, en virtud de que, conforme al ordinal 2º, artículo 42, del Código de Procedimiento Penal, la Corte Suprema de Justicia sólo debe conocer de las apelaciones que se refieran a 'asuntos fallados en primera instancia por los Tribunales Superiores'.

"En consecuencia, como no se trata aquí del fallo del negocio, niégase el recurso de apelación interpuesto por el doctor José Luis Trujillo Gómez contra la anterior providencia del Tribunal dictada en estas diligencias."

Considerando:

Los recursos de hecho se deciden por el superior "en vista de lo alegado y probado", sin perjuicio de hacer allegar otros datos que crea indispensables, lo que no se necesita disponer ahora, pues todo el expediente vino en copia.

El Tribunal Superior de Bogotá no entendió bien la atribución que el ordinal 2º del artículo 42 de la Ley 94 de 1938 confiere a la Sala Penal de la Corte, para conocer de los recursos de apelación en asuntos fallados en primera instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

En materia penal los autos interlocutorios deben ser proferidos por los Tribunales en Sala de Decisión (artículo 161 de la citada Ley 94), y así lo fue el de veintiocho de marzo que rechazó la solicitud de provocar la colisión al Ministerio de Hacienda.

Como en los negocios criminales no hay ningún auto interlocutorio que no sea apelable, contra la referida providencia existe, de seguro, el recurso de apelación, y de tal recurso puede y debe conocer la Corte, ya que el *asunto* a que se contrae la petición del doctor Trujillo Gómez sí lo *falló* en primera instancia el Tribunal Superior de Bogotá.

Impropia e injurídicamente estrecho es el sentido en que el Tribunal toma el vocablo *fallo: fallar* es resolver o decidir, y *fallo* se llama no sólo una sentencia definitiva, en la acepción estricta de ese concepto, sino también la solución judicial que ponga término a cualesquiera cuestiones controvertidas, tengan o nó el carácter de incidentales.

Luego era el caso de que el Tribunal otorgara la apelación.

Por la naturaleza del asunto y por haber llegado en copia todas las piezas que componen el negocio, sobra expresar el efecto en que es apelable el auto de que se trata.

En consecuencia, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, concede, ante esta misma Sala, el recurso de apelación que hizo valer el doctor José Luis Trujillo Gómez contra el auto que el veintiocho de marzo próximo pasado pronunció el Tribunal Superior de Bogotá, auto en el cual se abstuvo el Tribunal de provocar la colisión de competencias que pidió el apelante.

Una vez ejecutoriado este auto vuelva el expediente a despacho para sustanciar el recurso de apelación.

Notifíquese.

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

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

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

El interesante tema propuesto al juzgamiento de la Corte por el doctor José Luis Trujillo Gómez con erudita prolijidad, ha sido objeto de un meditado estudio en esta Sala, durante largo tiempo, estudio cuya solución no puede ser distinta de los términos que trae el concepto del señor Procurador Delegado, quien de modo jurídico trató el punto que es materia de la presente providencia.

Expresa el señor Procurador:

"La Prefectura de Control de Cambios condenó a los señores Frank M. Estes y William W. Avery, representantes legales de la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A., como responsables de haber violado disposiciones sobre control de cambio, al pago de una multa de $ 100.000.00.

"La parte interesada apeló y el recurso le fue concedido para ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"Estando para decidirse la segunda instancia, el doctor José Luis Trujillo apoderado de la Compañía y de los condenados, envió un memorial al Tribunal Superior de Bogotá en que solicitaba que esa corporación provocara colisión de competencia con el Ministerio, solicitud que fue resuelta en contra de los deseos del memorialista, quien apeló. El Tribunal negó la apelación, pero la Corte, en virtud de haberse recurrido de hecho ante ella, la concedió, sin señalar el efecto.

* * *

"Además del derecho penal ordinario, existe en la doctrina y en las legislaciones el derecho penal administrativo del cual hace parte el derecho penal financiero que está constituído por un conjunto de normas encaminadas a procurar de modo efectivo los recursos económicos necesarios que la organización estatal ha establecido para llenar las necesidades públicas.

"El Estado, además de los medios administrativos —ejecución coactiva, coerción directa, etc.—, se vale también de sanciones penales, generalmente multas, fijas o proporcionales o fluctuantes entre un máximo y un mínimo. De aquí nace la noción del ilícito fiscal o infracción financiera sometido a un régimen especial que es el derecho penal financiero, rama, como ya se dijo, del derecho penal administrativo.

"Estas normas responden a necesidades de orden superior y tienden, en lo general, a regular los principios más importantes de la economía nacional. Su creación no es nueva, ni podría pensarse siquiera que sea invención colombiana. Lo único novedoso es la reciente tendencia de reglamentación más cuidadosa de ciertos fenómenos fiscales y económicos impuestos en el mundo a consecuencia de la actual guerra.

"Las infracciones a las leyes penales financieras están sometidas a una jurisdicción especial administrativa.

"Las mismas leyes tienen ciertas notas características peculiares que las diferencian de las del derecho penal común. Así, por ejemplo, el cambio de legislación penal ordinaria no afec-

ta los estatutos que rijan la materia especial financiera. La derogatoria de las leyes penales financieras debe ser expresa y no tácita.

* * *

"Para la instrucción y juzgamiento en primera instancia de las infracciones referentes al control de cambios existe en Colombia la Prefectura mencionada. El juzgamiento en la segunda instancia corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyas decisiones pueden ser demandadas ante la justicia contencioso-administrativa (Consejo de Estado).

"En el presente asunto se desconocen los hechos concretos que dieron lugar a la condena proferida por la Prefectura. También se ignora el lugar en que fueron consumados y, por lo mismo, no se sabe por qué se escogió al Tribunal Superior de Cundinamarca (sic) para que provocara el incidente al Ministerio que tiene jurisdicción en todo el país. Tan sólo se sabe que se trata de violaciones a las normas del control de cambio.

"Durante la primera instancia no se dudó de la jurisdicción especial, puesto que entonces no se promovió el incidente de competencia. Ahora se pretende dislocar el sistema para que conozcan promiscuamente del ilícito las autoridades administrativas (Prefectura) y las judiciales (Tribunal Superior de Cundinamarca y Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia).

"La Prefectura de Control de Cambios no forma parte del Organo Judicial, y si tiene facultades para instruir y fallar, es únicamente para las infracciones financieras establecidas en las normas que regulan esa materia especial.

"Reconocida la jurisdicción penal administrativa de la Prefectura, se alega que carece de tal jurisdicción el Ministerio de Hacienda, porque la ley sobre esas materias financieras es inconstitucional y así pide el doctor Trujillo que lo declare la Corte.

"En otros términos: se desea que la Sala Penal de la Corte declare la inconstitucionalidad parcial del Decreto-ley 328 de 1938, que es tanto como pedirle que ejerza una atribución que no le corresponde.

"Pero, como simple hipótesis, supóngase que la Sala Penal de la Corte revoque el auto del Tribunal y, en su lugar, ordene suscitar la colisión de competencia al Ministerio, e imagínese también que éste no acepte las razones de la Corte. ¿Quién dirime el asunto? ¿La Corte, que habría prejuzgado, el Presidente de la República, el Consejo de Estado, o quién?

"Por lo brevemente expuesto, se comprende que se ha presentado una solicitud impertinente y se ha pretendido sacar de la órbita de sus funciones a la justicia penal ordinaria para que invada un campo adscrito a una jurisdicción fiscal administrativa que le es extraña.

"Basta lo dicho para que este Despacho conceptúe que la Corte debe abstenerse de decidir sobre el punto que, de modo inconducente, se le ha planteado, por carecer ella de competencia.

"Si esta opinión no fuere acogida, la Procuraduría, en subsidio, pide muy atentamente a la honorable Corte que confirme el auto del Tribunal de Cundinamarca de 28 de marzo último en que se resolvió la primera solicitud del doctor Trujillo Gómez."

* * *

Para la Corte es más aconsejable la solicitud subsidiaria del señor Procurador Delegado, y no la de inhibición por falta de competencia, precisamente a causa de referirse el recurso que la Corte concedió, a un auto interlocutorio del Tribunal Superior de Bogotá, auto que la Sala debe revisar cumpliendo así la atribución señalada en el ordinal 2º del artículo 42, Ley 94 de 1938.

Completas, parecen, las razones de la Procuraduría, en especial aquella de quién sería el superior que dirimiera la colisión de competencia si el Tribunal la provocara al Ministerio y éste rechazase los argumentos del Tribunal.

No habría entidad superior facultada para resolver la controversia. Desde luégo no le correspondería semejante tarea a la Sala Penal de la Corte, por el claro motivo de que en la función de decidir competencias esta Sala no tiene sino la muy restricta del citado artículo 42, número 4º

De otro lado, la regla absoluta es que la colisión de competencias, positiva o negativa, para los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, fuéra de la colisión con otros Tribunales y Juzgados del mismo Organo, no puede existir sino respecto de la jurisdicción militar en negocios penales, y respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa conforme al artículo 146, Ley 167 de 1941.

Y no deja de ser singular en extremo que el doctor Trujillo Gómez ataque por inconstitucional la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la segunda instancia de los procesos que falla la Prefectura de Control de Cambios, creyendo que eso es actividad puramente judicial, mientras reconoce, a lo menos de manera implícita, la constitucionalidad de la jurisdicción que ejerce la Prefectura, lo cual conduce a una situación aberrante: que sin ley que lo disponga, el Tribunal Superior de Bogotá, autoridad judicial, revise por apelación las sentencias del Prefecto, autoridad administrativa.

Resulta, entonces, que como es abiertamente ilegal la colisión de competencias entre un Tri

bunal Superior de Distrito Judicial y un Ministerio del Despacho Ejecutivo, no hay por qué entrar en el análisis del problema de incompatibilidad del artículo 11 del Decreto número 328 de 1938 con la Constitución.

* * *

En consecuencia, la Corte Suprema, de acuerdo con la opinión del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* el auto de veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá.

Devuélvase el expediente al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Campo Elías Aguirre, Francisco Bruno, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

A los señores Frank M. Estes y William W. Avery, representantes legales de la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A., se les impuso una multa de cien mil pesos ($ 100.000) por violación de las disposiciones sobre control de cambios, multa que decretó el Prefecto de la Oficina respectiva.

Contra esa medida de la Prefectura recurrió en apelación el doctor José Luis Trujillo Gómez, apoderado de la citada Compañía, recurso que se surte ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según lo ordena el artículo 11 del Decreto extraordinario número 328 de 1938.

Concedida la apelación, el doctor Trujillo Gómez se dirigió al Tribunal Superior de Bogotá para pedirle a éste —como le pidió— que provocase colisión de competencias al referido Ministerio, puesto que se trata de un negocio de carácter penal del que no puede conocer el último.

Se abstuvo el Tribunal de provocar la colisión y el doctor Trujillo Gómez apeló del auto del Tribunal.

Negó el Tribunal Superior la apelación interpuesta, y el señor apoderado acudió de hecho a la Corte Suprema.

Esta Sala de la Corte estimó que el auto del Tribunal era apelable, y, de consiguiente, otorgó el recurso.

La Sala, en armonía con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Penal, confirmó el proveído en que el Tribunal se abstuvo de provocar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la colisión de competencias.

El apoderado de la Compañía ha propuesto recurso de reposición con el objeto de que la Corte revoque su propio auto y disponga que el Tribunal Superior de Bogotá suscite aquella colisión.

* * *

En un dilatado memorial que la Sala ha leído con esmerada atención, el doctor Trujillo Gómez insiste en sus pretensiones y celosamente las desarrolla por medio de argumentos tan teóricos, tánto, que lo llevaron a confesar esta verdad indudable e irrebatible:

"Evidentemente (escribe el doctor Trujillo Gómez) no puede presentarse un mayor absurdo que el que entraña una colisión de competencias entre un funcionario del Organo Judicial y otro del Organo Ejecutivo.... Ninguna ley puede lógicamente contemplar semejante absurdo y menos el Código de Procedimiento Civil o Penal...."

Concluye su alegato el señor apoderado de la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A., aguardando "que el fallo que defina la cuestión será, como todos los de esa Sala, una magnífica pieza plena de erudición, juridicidad y sabiduría".

Infortunadamente no puede la Corte edificar en el vacío.

Asistiera la razón jurídica y legal al doctor Trujillo Gómez en el tesonero ahinco con que defiende sus hipótesis, y se vería obligada la Corte a rendir el esfuerzo que espera el señor apoderado.

Y todavía, que en vez de hipótesis o de lucubraciones tuviese la Corte ante sí un problema discutible, un punto pragmático de derecho positivo, algo más real que una disquisición de *jure condendo,* y entonces tampoco podría esta Sala apartarse del deber de estudiar ampliamente las ideas del doctor Trujillo Gómez, para admitirlas o para refutarlas.

Pero es que la Corte carece de base, de materia, de objeto, que le permita emprender aquella tarea. ¿Cómo entrar en un análisis extenso y en un examen de fondo sobre cada una de las reflexiones del doctor Trujillo Gómez, si él mismo se encarga, honradamente, de destruir su pretensión, cuando expresa que no habrá un mayor absurdo, más claro y más manifiesto, que el contenido en la colisión de competencias por él solicitada, absurdo que ninguna ley podía ni puede consagrar en Colombia?

* * *

Cuestión esencial de orden público es lo que se relaciona con las leyes que fijan la competencia para ejercer la jurisdicción que correspon-

de a la soberanía del Estado, en cualquiera de los Organos del Poder, y de allí que toda función pública se derive de normas precisas que también tienen un preciso límite, traspasado el cual es abuso la atribución arrogada.

En el ejercicio de la potestad jurisdiccional por excelencia, la administración de justicia, ese principio de la limitación de atribuciones debe ser más rígido, por la naturaleza del Organo Judicial, hasta el extremo de que todas y cada una de sus facultades requieren intelección restrictiva que excluye las analogías.

De suerte que en lo tocante a colisión de competencias, positiva o negativa, concerniente a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, la regla absoluta es la consignada en el auto de folios 85 a 89: que la colisión o pugna no puede tener ocasión sino con otros Tribunales o Juzgados del mismo Organo, con la jurisdicción militar en procesos penales y con la rama de lo contencioso-administrativo.

Y en el incidente de competencias esta Sala de la Corte Suprema sólo se halla autorizada para intervenir, dirimiéndolas, cuando la colisión se suscita entre los Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial; entre dos Juzgados de diversos Distritos Judiciales; entre la jurisdicción militar y la ordinaria, y entre un Tribunal Superior y uno seccional administrativo (artículo 42, número 4º, Ley 94 de 1938, y 146, Ley 167 de 1941).

Como lo proclama el memorialista, ningún absurdo más palmario cabe concebir que el de una colisión de competencias entre Tribunales Superiores de Distrito Judicial y un Ministerio del Despacho gubernamental.

Sin embargo, el doctor Trujillo Gómez agrega:

"La ley, como he dicho, no podía consagrar en forma expresa el absurdo, pero es evidente que allí donde la ley dice 'dos Jueces o Tribunales consideran que a cada uno de ellos exclusivamente les (sic) corresponde el conocimiento....' dijo también y debe así interpretarse, 'dos Tribunales o un Juez o Tribunal y un funcionario que se pretenda tál, consideren que a cada uno de ellos....', porque donde hay las mismas causas debe existir la misma disposición....", etc.

Si aun en lo que no adolece de repugnancia a la razón está excluída la aplicación analógica de funciones judiciales, o su interpretación extensiva, menos, mucho menos, es ello posible cuando por el camino de las interpretaciones y las analogías se busca lo que legalmente es el mayor de los absurdos.

Para justificar la interpretación extensiva que el doctor Trujillo Gómez da al artículo 65, Ley 94 de 1938, trae a cuento el deber que impone el artículo 8º, Ley 153 de 1887, que manda:

"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho."

Por la jurisprudencia, por la explicación doctrinal del doctor Manuel J. Angarita, y por el inconfundible alcance y lógico sentido del artículo copiado, bien se sabe que tal precepto apenas tiene conexión con los asuntos de índole civil, comercial, etc., mas nunca con las cuestiones de jurisdicción y competencia que son de regulación estrictamente taxativa.

* * *

Infranqueable el límite exacto dentro del cual pueden los Juzgados y Tribunales de la justicia ordinaria suscitar colisión de competencias, o ser provocados, y determinada la órbita en que esta Sala de la Corte actúa para dirimir una colisión, es improcedente y es inútil, por falta de todo objeto, de toda materia, de toda base, el trabajo de dilucidar el tema que concierne a si en el Estado concurren o nó la potestad de imponer, administrativamente, ciertas sanciones penales, potestad que se llama jurisdicción o derecho penal financiero.

Semejante dilucidación, teórica en el caso actual, a nada práctico conduciría, pues aun admitiendo que carezca el Estado de ese derecho, no lograría el doctor Trujillo Gómez la única finalidad que persigue: que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá promueva al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la colisión de competencias pedida por aquél, simplemente a causa de que entre entidades del Organo Judicial y Ministerios no puede haber competencia de ninguna clase.

Y frente a la imposibilidad legal de la colisión menos procede inquirir si el artículo 11 del Decreto extraordinario número 328 de 1938 es o nó compatible con la Constitución.

El doctor Trujillo Gómez asevera que el artículo 11 del citado Decreto *viola* los artículos 16, 19, 22, 52, 54, 55, 69 (número 9º), 115 (números 7º y 12), 152 y 156 de la Carta, y que se debe observar lo dispuesto por el artículo 150 ibídem, el cual prescribe:

"En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales."

Pues bien. Supóngase que la Corte encontrara esa incompatibilidad. ¿Qué resultaría? Que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no

sería competente para revisar la resolución de la Prefectura de Control de Cambios, de la cual apeló el apoderado doctor Trujillo Gómez, porque el Ministerio no puede ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial; que a la vez tampoco sería competente el Tribunal Superior de Bogotá para conocer de la apelación, porque no hay ley que le atribuya tal función y porque no puede ni debe provocar colisión de competencias al Ministerio, y que, en suma, no sería revisable por autoridad ninguna la resolución de la Prefectura.

Si la disposición del Decreto que faculta al Ministerio de Hacienda para fallar en segunda instancia los asuntos de que en primera conoce el Prefecto de Control de oro fuera opuesta a la Constitución, ello no querría decir que el Tribunal Superior de Bogotá tiene la atribución legal de conocer en segunda instancia, en vez del Ministerio.

Viniera a la Corte, correspondiéndole resolver a ella, un fallo condenatorio proferido por aquellas autoridades administrativas, y entonces sí **podría la Sala declarar** que la ley o decreto en que se funda la condena es opuesto a la Constitución, y, consecuencialmente, podría absolver o anular lo actuado.

Pero ninguna de esas dos cosas puede hacer la Corte cuando no le compete legalmente conocer de la actuación que se califica de inconstitucional.

* * *

Conforme a lo expuesto y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, la Corte Suprema *no accede* a reponer, para revocarla, la providencia de folios 85 a 89.

Remítase la actuación al Tribunal Superior de Bogotá.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Jorge Enrique Gutiérrez A. (Conjuez).—*Julio E. Argüello R.*, Secretario.

Recurso de revisión

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio once de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

Conradino Ortega dio muerte a Rosendo Quintero, en Soratá, la noche del veintiuno al veintidós de julio de mil novecientos treinta y siete, y por ese hecho lo condenaron el Juez 3º Superior y el Tribunal de Tunja a doce años de presidio, con el cómputo de una reincidencia, aplicándole, como más favorable, el Código Penal de 1936.

Ortega propuso la revisión del fallo, y en el memorial invoca las causales tercera, cuarta y quinta del artículo 57, Ley 94 de 1938, pero su argumentación es desacertada pues la funda en el siguiente párrafo:

"B) Desde un principio me negué a cargar la responsabilidad de este crimen alegando imposibilidad de orden físico para cometerlo, desde luégo que en la fecha en que tuvo ocurrencia me hallaba en el vecino Departamento de Sur de Santander, pero no se practicaron las pruebas que ofrecí desde entonces, y que son las mismas en que baso principalmente el recurso, privándoseme de esa manera del único medio de defensa de que podía disponer."

* * *

El señor Procurador conceptúa:

"Es decir, que si esto fuera así, implicaría lo alegado por Ortega un motivo de nulidad, consistente en habérsele desconocido el derecho de defensa durante la causa, al no practicarse las pruebas que oportunamente solicitó.

"Mas el cargo es improcedente en el recurso de revisión, donde no se examinan motivos de nulidad, que son propios de las instancias del juicio y de la casación.

"Y en cuanto al tema mismo de la coartada, también resulta hoy impertinente, porque él fue materia de la discusión en la causa; y al revivirlo ahora sería abrir una tercera instancia sobre el particular."

La Sala considera jurídicas, para este caso concreto, las razones de la Procuraduría en orden al rechazo de la revisión promovida.

Y es verdad que el Juez y el Tribunal sentenciadores hablaron expresamente, demostrándolo, "del fracaso sobre la prueba de coartada", fracaso que reconoció el propio defensor de Ortega, ante el Jurado.

* * *

Al contestar el traslado que dispone el artículo 574 de la citada Ley 94, Conradino Ortega sólo insiste en la causal del número 5º, que es así:

"Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad."

Sin embargo, apoya el actor la causal quinta en falsedad de los testimonios que lo acusaron, motivo que corresponde a la tercera causal.

Y sea lo que fuere, ni se demostró la falsedad de las declaraciones ni se adujeron pruebas y hechos nuevos, posteriores a la condenación, que acrediten la irresponsabilidad o inocencia del recurrente.

* * *

En atención a lo expuesto y en armonía con la solicitud del señor Procurador Delegado, la Corte Suprema niega la revisión del proceso contra Conradino Ortega, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Cópiese esta providencia y remítase el negocio al Juzgado 3º Superior de Tunja para que se agregue al expediente.

Notifíquese.

Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Estoy de acuerdo con la parte resolutiva de la anterior providencia en que la Corte niega a Conradino Ortega la revisión del proceso que terminó con sentencia por medio de la cual lo condenó el Tribunal Superior de Tunja a doce años de presidio como responsable de la muerte de Rosendo Quintero.

Pero en cuanto a la parte motiva deseo hacer una aclaración que quizás sea más bien de forma que de fondo, y es la siguiente:

Si en el recurso de revisión se presentan las pruebas pedidas por el procesado y no practicadas en las instancias, y ellas son demostrativas de la inculpabilidad del reo, el recurso debe prosperar, por ser uno de los eventos contemplados en la causal 5ª de revisión que declara haber lugar a este recurso "cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad."

Que la repulsa o renuencia de los Jueces a practicar las pruebas pedidas por el procesado sea un motivo de nulidad alegable dentro del juicio, no quita que con posterioridad a éste pueda ser también uno de los motivos para invocar aquella causal de revisión.

No ocurre así en la revisión que solicita Conradino Ortega, ya que, según lo expresa el fallo, "ni se adujeron pruebas y hechos nuevos", "ni se demostró la falsedad de las declaraciones" alegada por el recurrente y por eso acojo la parte resolutiva del fallo.

José Antonio Montalvo

Impugnación del veredicto del jurado

En el caso de autos, la demanda, imperfectamente hecha, se encamina de modo directo al veredicto del Jurado, combatiéndolo por opuesto a la evidencia, lo cual bien cabe dentro de alguno de los términos que consigna la causal 2ª, pues en los juicios con intervención del Jurado cuando se invoca error de interpretación o de apreciación de los hechos, en cuanto el yerro desconozca elementos que eximen de la responsabilidad, no equivale el cargo sino a que el veredicto contraría lo evidente, como es doctrina de la Corte. Claro está que la justificación de un homicidio o de unas lesiones personales, por defensa legítima o por otro de los casos de inculpabilidad que menciona el artículo 25 del Código Penal, le quita al hecho el carácter de infracción, ya que quien lo ejecuta procede conforme a derecho (feci, sed jure feci). **Mas lo cierto es que no resulta jurídico confundir la noción de** inexistencia absoluta de delito **si el hecho tiene una justificación positiva, con la idea de una** relativa inexistencia de cualquiera infracción, **ora a causa de prueba deficiente, ora porque hubo interpretación o estimación errónea que llevó a trocar el verdadero delito por uno diverso. Sin embargo ocurre, respecto de aquella noción de inexistencia absoluta, que no entraña tesis contradictoria hablar, verbigracia, de** cuerpo del delito **de homicidio, aunque el hecho se haya perpetrado en legítima defensa. Y es porque quien, defendiéndose legítimamente, da muerte a alguien, comete una acción cuyos caracteres internos o subjetivos y externos u objetivos, se acomodan a una norma del Código Penal y reúnen todos los elementos que constituyen el precepto legal: propósito de matar y muerte consecuencial (artículos 362 del Código Penal y 272 del Código de Procedimiento Penal). A ello corresponde la teoría o doctrina de cuerpo del delito en la doble configuración abstracta de sus componentes físicos y psíquicos, sin relación a que no sea posible el homicidio. Y menos contradictoria con la justificación positiva de defensa legítima es la otra teoría de cuerpo del delito de homicidio mirado bajo su naturaleza meramente material (el simple hecho de una muerte violenta por obra ajena), teoría en que parecía inspirarse la fórmula primera del artículo 498, Ley 94 de 1938, porque entonces más se ajustan los caracteres del suceso, o sus elementos constitutivos, al precepto del Código Penal. Ambas teorías, en el ejemplo de homicidio por defensa legítima y en las otras contingencias del artículo 25, y aun en los casos de justificación negativa (artículo 23), siempre comportan la condición de juridicidad del acto o hecho, pues la antijuridicidad presupuesta en la Ley Penal es lo que da al hecho o acto la fisonomía de infracción o delito.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio diez y seis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

De una cuchillada que punzó el ventrículo derecho del corazón murió Venancio Suárez a manos de José Domingo Quintero en el paraje *Paraguay* del Municipio de Lebrija (Santander), el dos de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Condenado el homicida por el Tribunal Superior de Bucaramanga a la sanción principal de cinco años y seis meses de presidio, en fallo de veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, con base en los artículos 362 y 384 del Código Penal, el mismo reo interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal.

La demanda, que anticipadamente la dirigió Quintero al fallador de última instancia, alega las causales 1ª, 2ª y 4ª del artículo 567, Ley 94 de 1938, pero apoya cada una en el único motivo de no haberse tenido en cuenta la necesidad en

que se vio de ejercer la defensa legítima de su propia persona.

* * *

Cree la Procuraduría que se trata "de un ataque a la existencia del cuerpo del delito", y después del análisis del caso el señor Procurador Delegado en lo Penal acaba pidiendo que la Corte no invalide el fallo recurrido.

Aun cuando la Sala comparte la solicitud de su colaborador fiscal, no puede admitir que la impugnación contenida en la imperfecta demanda se refiera al *cuerpo del delito*. Se encamina ella de modo directo al veredicto del Jurado, combatiéndolo por opuesto a la evidencia, lo cual bien cabe dentro de alguno de los términos que consigna la causal 2ª, pues en los juicios con intervención del Jurado ¿a qué equivale invocar error de interpretación o de apreciación de los hechos, en cuanto el yerro desconozca elementos que *eximen de responsabilidad*? No equivale sino a que el veredicto contraría lo evidente, como es doctrina de la Corte. *(Gaceta Judicial*, número 1978, de enero de 1942, páginas 237 a 240, 252 a 259).

Claro está que la justificación de un homicidio o de unas lesiones personales, por defensa legítima o por otro de los casos de inculpabilidad que menciona el artículo 25 del Código Penal, le quita al hecho el carácter de infracción, ya que quien lo ejecuta procede conforme a derecho *(feci, sed jure feci)*. Mas lo cierto es que no resulta jurídico confundir la noción de *inexistencia absoluta de delito* si el hecho tiene una justificación positiva, con la idea de una *relativa inexistencia de cualquiera infracción*, ora a causa de prueba deficiente, ora porque hubo interpretación o estimación errónea que llevó a trocar el verdadero delito por uno diverso.

Sin embargo ocurre, respecto de aquella noción de inexistencia absoluta, que no entraña tesis contradictoria hablar, verbigracia, de *cuerpo del delito* de homicidio, aunque el hecho se haya perpetrado en legítima defensa. Y es porque quien, defendiéndose legítimamente, da muerte a alguien, comete una acción cuyos caracteres internos o subjetivos y externos u objetivos, se acomodan a una norma del Código Penal y reúnen todos los elementos que constituyen el precepto legal: propósito de matar y muerte consecuencial (artículos 362 del Código Penal y 272 del Código de Procedimiento Penal). A ello corresponde la teoría o doctrina de cuerpo del delito en la doble configuración abstracta de sus componentes físicos y psíquicos, sin relación a que no sea punible el homicidio. Y menos contradictoria con la justificación positiva de defensa legítima es la otra teoría de cuerpo del delito de homicidio mirado bajo su naturaleza meramente material (el simple hecho de una muerte violenta por obra ajena), teoría en que parecía inspirarse la fórmula primera del artículo 498, Ley 94 de 1938, porque entonces más se ajustan los caracteres del suceso, o sus elementos constitutivos, al precepto del Código Penal. Ambas teorías, en el ejemplo de homicidio por defensa legítima y en las otras contingencias del artículo 25, y aun en los casos de justificación negativa (artículo 23), siempre comportan la condición de juridicidad del acto o hecho, pues la antijuridicidad presupuesta en la Ley Penal es lo que da al hecho o acto la fisonomía de infracción o delito.

* * *

Para sostener José Domingo Quintero que se defendió de una agresión peligrosa de Venancio Suárez, cita a Roque, Ramón y Anselmo Vargas, Agustín Gómez y Margarita Chacón.

El testimonio de Roque Vargas no existe en el proceso, y los demás deponentes manifiestan que no presenciaron de qué modo y por qué mató Quintero a Suárez.

* * *

El señor Procurador, luégo de hacer una síntesis de las declaraciones aludidas, escribe:

"En cambio, existen varios declarantes que relatan cómo Domingo Quintero, el 3 de noviembre de 1941 (fue el 2 de noviembre de 1942, aclara la Corte), estuvo desde temprano con varios compañeros ingiriendo licor y cometiendo toda clase de desmanes y truhanerías, ora maltratando a la mujer de Suárez, ya luchando con su compañero de parranda Agustín Gómez, ora interceptando el camino a un vehículo que pasaba por la carretera, ya insultando al ventero Horacio Bueno, a quien retó y amenazó con arma blanca, ya, por último, abofeteando a Venancio Suárez, quien se limitó a castigarle la agresión con unos planazos con la propia peinilla que le había quitado a su agresor Quintero.

"Terminados todos esos incidentes, el reo se dirigió a la cocina de la casa donde se verificaba la parranda, y allí tomó un cuchillo con el cual hirió cobarde y sorpresivamente a la víctima Venancio Suárez.

"De lo expuesto se deduce que ni siquiera existió la riña imprevista reconocida por el Ju-

rado y descartada expresamente en el auto de proceder.

".....

"Si algún reparo merece el fallo del Tribunal es el de haber procedido con benignidad exagerada al aceptar como justa la tercera respuesta del Jurado, referente a la riña, y al haber aumentado muy levemente el mínimo de la sanción, cuando ha debido imponer una pena más alta en presencia de la sobresaliente peligrosidad del homicida."

En suma, no están justificadas las causales propuestas por el recurrente.

* * *

Y así, la Sala, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no infirma* la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que impuso a José Domingo Quintero la sanción principal de cinco años y seis meses de presidio, como responsable de la muerte que ocasionó a Venancio Suárez.

Devuélvase el expediente al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, José Antonio Montalvo, Ricardo Jordán Jiménez.—El Conjuez, *Manuel José Salazar.*—*Julio E. Argüello R.*, Secretario.

Revisión de una sentencia proferida en juicio seguido por responsabilidad contra un funcionario judicial

Aunque es cierto que la condena condicional solamente puede otorgarse en la misma sentencia condenatoria (artículo 663 de la Ley 94 de 1938), en el caso de autos hay que convenir en que, según las expresiones del señor Procurador, el "irregular procedimiento del Juez hay que estimarlo como una equivocación o un error de su parte, ante la ausencia de dolo o culpa que se observa en el proceso, mayormente tratándose de una institución nueva como ésta de la condena condicional. No aparece en el expediente que la concesión de dicho beneficio obedeciese a un interés distinto del que demanda la correcta administración de justicia. En tales condiciones no resulta que el Juez haya infringido ninguna norma de carácter penal". La Sala acoge el concepto del Procurador, aunque observa que la condena condicional existía en el artículo 22 de la Ley 83 de 1915.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

El diez y ocho de marzo de mil novecientos treinta y ocho, en Barranquilla, Mario Valentino cometió un doble hecho de heridas por simple culpa, del cual fueron víctimas Rafael Jaramillo y Víctor Velásquez.

Con base en los preceptos correspondientes del Código Penal de 1890, al reo se le impuso, el cinco de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, una sanción principal de nueve meses y siete días de reclusión.

Cuando se hallaba Valentino cumpliendo la pena pidió que se le concediera el beneficio de la condena condicional a que se refiere el artículo 80 del Código de 1936, y el Juez 2º del Circuito Penal de Barranquilla accedió a suspender la ejecución del fallo y puso en libertad a dicho sujeto, acto que consideró punible el señor Luis C. Velásquez M., quien denunció al Juez doctor Salvador Fontalvo C.

El Tribunal Superior respectivo, previo dictamen favorable del Fiscal, decidió que no había lugar a deducir responsabilidad penal al acusado, en virtud de alguna de las causas del artículo 153 de la Ley 94 de 1938.

La Corte revisa por consulta esa especial sentencia que debe ser aceptada como lo solicita el señor Procurador Delegado.

Cierto es que la condena condicional solamente puede otorgarse en la misma sentencia condenatoria (artículo 663 de aquella Ley 94).

Mas también hay que convenir en que, según las expresiones del señor Procurador, el "irregular procedimiento del Juez hay que estimarlo como una equivocación o un error de su parte, ante la ausencia de dolo o culpa que se observa en el proceso, mayormente tratándose de una institución nueva como ésta de la condena condicional. No aparece en el expediente que la concesión de dicho beneficio obedeciese a un interés distinto del que demanda la correcta administración de justicia. En tales condiciones no resulta que el Juez haya infringido ninguna norma de carácter penal...."

La Sala acoge el concepto transcrito, aunque observa que la condena condicional existía en el artículo 22, Ley 83 de 1915.

De consiguiente, la Corte Suprema, en armonía con la opinión del señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ***confirma*** la providencia consultada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

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

Asesinato.—Sevicia en la ejecución del homicidio

Cuando en el auto de enjuiciamiento se anuncia que el homicidio se ejecutó con sevicia, que vale decir con excesiva crueldad, ya queda determinada la infracción que el Código llama asesinato. Esa precisa imputación específica no puede puntualizarse en la parte resolutiva del auto de proceder, pues lo prohibe el inciso último del artículo 431 de la Ley 94 de 1938. La calificación genérica del hecho, con las circunstancias que lo especifican, es de rigor hacerla en la parte motiva, según el mismo artículo (numeral 3º).

El derecho que a las partes confería el artículo 503 de la Ley 94 de 1938 no era absoluto ni dependía de la voluntad caprichosa de ellas. Ese derecho estaba sujeto a la racional materia del debate, o mejor, condicionado a que tuviese en el proceso algún sustentáculo probatorio que lo hiciera verosímil.

Si un proceso penal por homicidio carece de todo apoyo que haga creíble el ejercicio de una defensa legítima, en virtud de subsistir plena y firme, sin que nada disminuya su eficacia, la comprobación de que el matador no se vio en la necesidad de esa defensa, al proponer el interrogatorio de tal justificación y al lograr respuesta afirmativa del Jurado, sería de rigor la declaración de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos.

Llamado asesinato en el Código Penal el homicidio que se ocasiona con propósito de matar y con sevicia, ya no es que concurra en tal hecho, por la crueldad excesiva, una circunstancia agravante **propiamente. Lo que pasa es que en el homicidio intencional la sevicia está prevista como** elemento constitutivo **de una infracción específica individualizada y distinguida con el clásico nombre de asesinato, cabalmente porque la sevicia y las demás contingencias del artículo 363 no desempeñan el simple papel de** modalidades accidentales **que pudieran separarse dejando siempre intacta aquella específica denominación, sino que son algo de fondo, de cualidad, de sustancia, de intrínseca constitución de ese delito, faltando las cuales el asesinato también desaparece. El robo, por ejemplo, no deja de ser robo aunque se ejecute en cualquiera de los casos que traen su agravación, pues dichos casos apenas tienen el significado de accidentes, modalidades o circunstancias agravantes.**

Matar con concurrencia de uno o varios de los elementos detallados en los números 2º, 4º, 5º, 6º, 8º, y 9º del artículo 363, es asesinato que no podría a la vez atenuarse por la reacción de la ira o del dolor intenso. Son conceptos que se excluyen radicalmente. Mas, quien suprime la vida de alguna de las personas a que se refiere el número 1º de ese artículo, con animus necandi, **si perpetra el asesinato por el impulso de un arrebato de ira o de un sentimiento de dolor o pena vehemente que provenga de grave e injusta provocación, tiene derecho a que la pena del asesinato se reduzca con aplicación del artículo 28 o con la atenuación y el perdón judicial y la exención del artículo 382. Igualmente en el asesinato por sevicia no hay tampoco obstáculo ninguno para conciliarlo con la modalidad favorable de la provocación injusta y grave por parte del occiso.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

En el caserío de Guacamayo, que pertenece al Municipio de La Aguada (Santander), el veintisiete de abril de mil novecientos cuarenta Severo Díaz mató a Marco Lino de igual apellido, por obra de doce machetazos, sólo con ocasión de que en una disputa de esos dos hombres intervino Israel Díaz a quien empujó Marco Lino, derribándolo.

Severo Díaz, entonces, sacó peinilla o machete, le dio un primer golpe a Marco Lino y lo tumbó, y en el suelo siguió hiriendo aquél a su víctima.

La autopsia expresa:

"Al examen exterior del cadáver se observa el cuerpo de un individuo como de unos 35 años de edad y bien conformado. Se le encontraron las siguientes heridas hechas con arma cortan-

te (machete): en la cabeza cinco, distribuídas así: en las regiones frontal, parietal, temporal y auricular del lado izquierdo. Estas cinco heridas interesaron los huesos del cráneo produciendo su fractura completa. Las otras heridas están distribuídas de la siguiente manera: una en la región lateral izquierda del cuello; otra en la región posterior del hombro izquierdo; tres en la cara posterior del lado izquierdo del tórax. Finalmente dos heridas situadas, una al borde interno del antebrazo izquierdo y la otra en el borde externo de la mano del mismo lado.

"Las heridas que ocasionaron la muerte fueron las de la cabeza y la del cuello, las cuales produjeron hemorragia interna y externa y destrucción importante de órganos y tejidos delicados como la masa encefálica."

* * *

El Juez 2º Superior del Socorro y el Tribunal Superior de San Gil condenaron a Severo Díaz a la pena principal de cinco años de presidio, tercera parte del mínimo señalado en el artículo 363 del Código Penal, conforme a la máxima reducción permitida por el artículo 28 ibídem.

Contra la sentencia del Tribunal recurrió en casación el doctor Jorge Arenas Calvete, defensor del reo.

Ya concluídos los trámites en la Corte, ésta decide hoy el recurso.

* * *

La defensa recurrente, en el escrito dirigido al Tribunal, plantea los motivos de casación que el artículo 567, Ley 94 de 1938, consigna bajo los números 1º, 2º, 3º y 4º; pero en la demanda formulada ante la Corte, que es la norma del debate, el defensor prescindió de la segunda causal para aducir y sustentar las causales primera, tercera, cuarta y séptima, que la Sala examinará en su orden.

Pide la Procuraduría que no se invalide el fallo, y la Sala anticipa su completo acuerdo con esa conclusión y las razones en que se apoya.

* * *

Causal 1ª

"Cuando la sentencia sea violatoria de la Ley Penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma."

Dice la demanda, en el particular:

"Al aplicar la sentencia la pena señalada por el artículo 363 del Código Penal cometió un error, porque la disposición que ha debido aplicar es la del artículo 362, desde luégo que Severo Díaz no fue condenado por asesinato.

"Si a Severo Díaz se le hubiera llamado por asesinato, nada podría decirse en cuanto a la aplicación de la pena en relación con el veredicto, aceptando que el juicio no estuviera afectado de nulidad. Pero como no se le llamó por asesinato, la aplicación del artículo 363 del Código Penal es indebida.

"La jurisprudencia tiene establecido en repetidas ocasiones que el asesinato tiene una conformación específica, que debe estar claramente enunciada en el auto de proceder, lo cual no se verificó en la causa de estudio.

"El haber dicho en el auto de proceder que se cometió el delito de homicidio con sevicia, por el número de heridas solamente, no es precisamente la imputación del delito de asesinato, máxime si esto se dijo en la parte motiva de dicha providencia."

Es de fácil refutación el precedente cargo.

Dispone el artículo 363 del Código Penal que el homicidio toma la denominación de asesinato si se comete en cualquiera de los nueve casos que tal precepto enumera, uno de los cuales, el 7º, es la *sevicia.*

Sevicia vale tánto como crueldad excesiva, y Severo Díaz ejecutó el hecho con fiereza inhumana, no únicamente por el número de heridas al occiso sino, también, porque a excepción del primero los otros once machetazos los recibió caído Marco Lino Díaz.

Y de la sevicia, elemento constitutivo de asesinato, trató de manera explícita el auto de proceder que contiene este párrafo:

"Está bien que se enuncie aquí por el colaborador fiscal la modalidad prevista por el artículo 28 del texto penal vigente, como se ha hecho, pero también es de actualidad hacer hincapié en la otra modalidad de agravación sustancial prevista por el numeral 7º del artículo 363, de la obra dicha, pues bastará leer la diligencia de autopsia para concluir que las doce heridas allí descritas son reveladoras de la sevicia con que obró Severo en su acción antisocial que se le imputa."

Al anunciar el enjuiciamiento que el homicidio se había perpetrado con sevicia, ya quedaba determinada la infracción que el Código llama *asesinato* y atribuída a Severo Díaz, por el Juez de derecho, una responsabilidad de asesino que conoció a tiempo para que de ella se defendiese.

Y esa precisa imputación específica no podía puntualizarse en la parte resolutiva del auto de proceder, pues lo prohibe el inciso último del artículo 431, Ley 94 de 1938. La calificación genérica del hecho, con las *circunstancias que lo especifican,* era de rigor hacerla en la parte motiva, según el mismo artículo (numeral 3º).

De suerte que el Tribunal, cuando impuso la sanción con base en el artículo 363, no aplicó indebidamente la Ley Penal.

* * *

Causal 3ª

"Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado."

Escribe el doctor Arenas Calvete:

"La sentencia es casable por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

"En efecto, al aplicarse la pena del artículo 363 del Código Penal, referente al asesinato, sin haberse hecho el cargo, como se acaba de decir en relación con la causal 1ª, hace viable el recurso según el artículo 567 del Código de Procedimiento, numeral 3º"

Ninguna disconformidad existe entre la sentencia y el enjuiciamiento, por lo que ya expuso la Sala: porque en el auto de proceder sí se caracterizó claramente un delito de asesinato.

* * *

Causal 4ª

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad."

Argumentó así el recurrente:

"El juicio es nulo por no haberse aceptado los formularios que presentó el defensor al Juez Superior, en tiempo oportuno, sin derecho ninguno para rechazarlos, con violación del artículo 503 del Código de Procedimiento, que no limita el derecho de la parte y que el Juez no puede limitar a su arbitrio, o con su criterio de Juez de derecho.

"Porque si la órbita en que puede moverse la acusación o la defensa es la señalada por la parte resolutiva del auto de proceder, conforme al artículo 431 del Código de Procedimiento, la limitación de esa órbita por el Juez, al formular los cuestionarios, equivale a la limitación del derecho de defensa, con manifiesta violación de las disposiciones citadas, en armonía con el numeral 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento.

"La ley ha erigido en causal de nulidad el error relativo a la denominación jurídica de la infracción, porque esa es la órbita dentro de la cual pueden moverse la acusación y la defensa en el juicio, hasta el momento de fallar, sin que al tiempo de formular cuestionarios el Juez, con su criterio de Juez de derecho arrebate la soberanía al Jurado, ni los derechos de defensa de las partes acusadas.

"Y es nulo el juicio por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, por no haberse observado la plenitud de las formas del juicio por Jurado, es decir, fallando éste sobre la cuestión que la defensa quiso someter a su consideración como Juez competente, con pleno derecho por estar la cuestión dentro de la órbita de la parte resolutiva del auto de proceder, que es el límite de la acusación y de la defensa.

"Y la interpretación del artículo 503 del Código de Procedimiento ha debido hacerse conforme al artículo 26 de la Constitución, en cuanto la aceptación de los cuestionarios propuestos por la defensa es el criterio de aplicación de la Ley Penal que más favorecía al procesado, estando dentro de la órbita señalada para el juicio.

"El juicio ante el Jurado es ante éste y no ante el Juez de derecho. Digo esto porque limitar el derecho de formular preguntas equivale a prejuzgar en derecho, antes de que el Jurado haya dictado su veredicto.

"La obligación impuesta por la ley penal nueva al Jurado, de someterse a las cuestiones que se le presenten, no fue contra el juicio de conciencia, sino que ordenó el juicio. Pero arrebatar a una parte el derecho de formular cuestionarios, cuando están sometidos a la ley y a la órbita de la parte resolutiva del auto de proceder, no es ordenar nada, sino arrebatar el derecho mismo de la defensa, es decir, que la interpretación que en el juicio se ha dado al artículo 503 del Código de Procedimiento, al rechazar algunas cuestiones propuestas, hace nulo el proceso, por violación del numeral 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento."

Considera la Corte:

Incurrir en error relativo a la denominación jurídica de la infracción es causa de nulidad procedimental.

Mas, si el recurrente asienta ese error en que el Juez de derecho no aceptó unos cuestionarios o preguntas que el defensor propuso, semejante suceso es por completo extraño a que sea equivocada la *denominación jurídica de homicidio* que el enjuiciamiento asignó al hecho. ¿O acaso no fue un homicidio la acción criminosa y punible de Severo Díaz? No se dirige la demanda, no podía dirigirse, a demostrar que el auto de proceder apreció erradamente el nombre del delito.

El Juez 2º Superior del Socorro dictó el auto que exigía el artículo 497, Ley 94 de 1938 (derogado por el artículo 37, Ley 4ª de 1943), y allí formuló el interrogatorio que habría de someterse al Jurado.

Copia la Sala en seguida las preguntas, sobre cada una de las cuales recayó veredicto afirmativo:

"Primera cuestión.—¿Os halláis plenamente convencidos de que el acusado Severo Díaz dio muerte a Marco Lino Díaz por medio de doce

heridas con machete, así: cinco en la cabeza y una en el cuello, todas de carácter mortal y las demás en otras partes del cuerpo, acontecimiento consumado como a la una de la tarde del día veintisiete de abril de mil novecientos cuarenta, en la plaza del caserío de *El Guacamayo*, jurisdicción del Municipio de La Aguada?

"Segunda cuestión.—¿El acusado Severo Díaz ejecutó el hecho a que alude la pregunta anterior. con la intención de matar?

"Tercera cuestión.—¿El acusado Severo Díaz ejecutó el hecho a que aluden las anteriores cuestiones, con sevicia?

"Cuarta cuestión.—¿El acusado Severo Díaz ejecutó el hecho a que se refiere la pregunta primera de este interrogatorio, en estado de ira causado por grave e injusta provocación de parte de Marco Lino Díaz?

"Quinta cuestión.—¿El acusado Severo Díaz ejecutó el hecho a que aluden las anteriores preguntas, en estado de intenso dolor causado por grave e injusta provocación de parte de Marco Lino Díaz?"

Dentro del lapso que indicaba el artículo 503 (también derogado hoy) la defensa pidió al Juez que presentara al Jurado estas dos cuestiones, además:

"¿El acusado Severo Díaz ejecutó el hecho a que se refieren las preguntas anteriores (las del señor Juez), en legítima defensa de Israel Díaz, esto es, por defenderlo de una violencia actual e injusta contra su persona, siendo la defensa proporcionada a la agresión?

"¿El acusado Severo Díaz ejecutó el hecho a que se refieren las preguntas anteriores, excediéndose de los límites impuestos por la ley para la legítima defensa, de que se habla en la anterior cuestión?"

Negó el Juez 2º Superior del Socorro la admisión del cuestionario que solicitó el defensor, por estimar "que la tesis de la legítima defensa o del exceso en la legítima defensa de que hablan las nuevas cuestiones introducidas, no son sino un recurso defensivo, que no pudo insinuarlo ni el mismo procesado en su instructiva y que no teniendo respaldo en el expediente no puede admitirse".

¿Asistió al Juez razón suficiente para rechazar las dos preguntas transcritas? Sí, porque el derecho que a las partes confería el artículo 503 de la Ley 94 de 1938, no era absoluto ni dependía de la voluntad caprichosa de ellas. Ese derecho estaba sujeto a la racional materia del debate, o, mejor, condicionado a que tuviese en el proceso algún sustentáculo probatorio que lo hiciera verosímil.

Y es lo cierto que en ninguna de las etapas del proceso contra Severo Díaz podrá hallarse ni siquiera un asomo de la justificación del hecho por defensa legítima de la persona de Israel Díaz, o sobre el exceso en los límites de esa imaginaria defensa.

La Sala reproduce a continuación, porque las adopta o prohija, estas reflexiones del señor Procurador Delegado en lo Penal:

"El señor defensor no pidió reposición ni apeló, lo que quiere decir que dejó pasar la oportunidad de reclamar contra la decisión de rechazo de los dos nuevos cuestionarios.

"Bastaría esta sola consideración para que el argumento ahora esgrimido se estimara como irrito.

"Con todo, no encuentra este Despacho inconveniente en expresar el pensamiento en otras ocasiones manifestado, acerca de la potestad que tiene el Juez Superior para decretar la inclusión de cuestionarios pedidos por las partes en el proceso penal, o de rechazarlos, si a su juicio son impertinentes.

"Ha creído el suscrito que los cuestionarios no pueden ser sino la expresión de situaciones que tengan alguna probabilidad o siquiera posibilidad de existencia, es decir, que correspondan a los hechos analizados en el auto de proceder, o a los surgidos durante la causa.

"No sería jurídico, y pecaría contra la técnica y la buena administración de justicia, que se sometiera al Juez al mecánico papel de receptor de cuestionarios, sin que pudiera estudiarlos y juzgarlos como racionales y pertinentes al esclarecimiento de la situación del procesado.

"Tiene el Juez en lo Penal la facultad de analizar la conducencia de las pruebas que se le soliciten para que así pueda evitar que se entorpezca el proceso con la práctica de diligencias que no han de servir para los fines que se propone la justicia. Pues por idéntico motivo, debe disfrutar de la misma libertad para evitar que se presente al Jurado una serie de preguntas contentivas de situaciones jurídicas y de hechos totalmente ausentes en el proceso, como por desgracia sí ha sucedido en algunos asuntos criminales en que el funcionario judicial, con una complacencia inexplicable, ha permitido que los defensores atiborren el expediente de cuestionarios y acosen a los Jueces de conciencia con laberínticos interrogatorios que no pueden tener otro resultado que el de la confusión, y, en último término, el de la injusticia.

"Hace precisamente muy pocos días este Despacho rindió su concepto en la casación de un proceso adelantado por asesinato, en que, por haber adoptado el Juzgado Superior el sistema de formular sin análisis y sin reparos los cuestionarios pedidos por un defensor, se recorrió con las preguntas todo el Código Penal, y se formó un verdadero libro con la simple compilación de

los interrogatorios. En alocado *cock-tail* se entremezclaron y confundieron el homicido intencional, el ultraintencional, el culposo, la legítima defensa, el exceso en esta causal de justificación, la riña, la ira, el intenso dolor, la enajenación mental, la intoxicación crónica y otros varios interrogantes que se escapan a la memoria, y que implicaban, como es lógico suponerlo, una tortura para los Jurados que ni aun siendo, que no lo eran, ilustradísimos penalistas, estaban en grave aprieto para responder con alguna lógica, y descifrar el crucigrama sin incurrir en más de dos o tres contradicciones."

Si un proceso penal por homicidio carece de todo apoyo que haga creíble el ejercicio de una defensa legítima, en virtud de subsistir plena y firme, sin que nada disminuya su eficacia, la comprobación de que el matador no se vio en la necesidad de esa defensa, al proponer el interrogatorio de tal justificación y al lograr respuesta afirmativa del Jurado sería de rigor la declaratoria de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos.

Repítese que el Juez 2º Superior del Socorro interpretó rectamente el sentido del artículo 503 de la Ley 94 de 1938, cuando no aceptó los dos cuestionarios que propuso el defensor.

Cabe observar ahora, por último, que tampoco es jurídica la reiterada alegación de la demanda respecto de que *la órbita en que pueden moverse la acusación y la defensa es la parte resolutiva del auto de proceder.* No. El campo de acción de cualquiera de las partes en el proceso penal (incluyendo al Agente del Ministerio Público) y del Juez también, lo forma el conjunto del auto de enjuiciamiento: la resolución y la motivación.

* * *

Causal 7ª

"Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio."

El defensor recurrente expone sus ideas como sigue:

"La sentencia es casable y debe ser revocada por cuanto el veredicto es contradictorio, desde luégo que un homicidio no puede ser atenuado y agravado.

"En efecto, el veredicto condenó con sevicia, circunstancia agravante, y en estado de ira y de intenso dolor, circunstancias atenuantes.

"Las dos circunstancias son subjetivas, tanto la sevicia como la ira y el intenso dolor, porque en nuestro derecho la responsabilidad es subjetiva o psicológica, menos en ciertos casos, que no son precisamente del homicidio, como la cuantía de los robos, el daño de las heridas, etc.

"El señor Juez, para no contradecirse dijo en su sentencia que la sevicia es objetiva y la ira y el intenso dolor son subjetivos, y que por tanto, el veredicto no es contradictorio.

"Pero esto es un error como el que ocurría con la interpretación del cuerpo del delito, desde luégo que estamos juzgando hechos humanos.

"Luego interpretar el veredicto diciendo que la sevicia es puramente objetiva, es tergiversar el concepto del derecho penal moderno, que es esencialmente humano. Es decir, la aceptación de la contradicción del veredicto, dividiendo las circunstancias que se contradicen en subjetivas y objetivas, para que así no se contradigan, es ir contra la lógica, el buen sentido y el concepto del derecho.

"Y si las dos circunstancias son subjetivas ambas, el veredicto es contradictorio, porque una cosa no puede ser atenuada y agravada al mismo tiempo, por ir contra el principio de contradicción.

"Las dos circunstancias contradictorias no son modalidades accidentales para que se puedan predicar de una cosa sin oponerse, sino en circunstancias de cualidad, de bien y de mal, de menos mal y de más mal. Menos mal la circunstancia de ira y de intenso dolor, y más mal la de sevicia.

"Las dos circunstancias que he considerado como contradictorias pugnan, pues, metafísicamente, es decir, son un absurdo metafísico, que en lógica se dice oposición de contradicción.

"Luego el veredicto es contradictorio, y la sentencia debe ser casada por este aspecto."

Resulta integramente inadecuado para el tema del veredicto contradictorio el raciocinio que antecede.

Llamado asesinato en el Código Penal el homicidio que se ocasiona con propósito de matar, y con sevicia, ya no es que concurra en tal hecho, por la crueldad excesiva, una *circunstancia agravante, propiamente.* Lo que pasa es que en el homicidio intencional la sevicia está prevista como *elemento constitutivo* de una infracción específica individualizada y distinguida con el clásico nombre de *asesinato,* cabalmente porque la sevicia y las demás contingencias del artículo 363 no desempeñan el simple papel de *modalidades accidentales* que pudieran separarse dejando siempre intacta aquella específica denominación, sino que son algo de fondo, de cualidad, de sustancia, de intrínseca constitución de ese delito, faltando las cuales el asesinato también desaparece.

El robo, por ejemplo, no deja de ser robo aunque se ejecute en cualquiera de los casos que traen su agravación, pues dichos casos apenas tienen el significado de accidentes, modalidades o circunstancias agravantes.

Como ninguna de las contingencias del artículo 363 del Código Penal desciende al terreno de las

circunstancias agravantes, por ser cualidades constitutivas de una caracterizada violación legal, de suyo grave, la más grave en la supresión violenta de la vida humana, no fue el veredicto el que asignó al hecho que consumara Severo Díaz su máxima entidad. Fue el hecho mismo, fueron las pruebas del proceso, fue el enjuiciamiento consentido por las partes.

En consecuencia, cuando el Jurado afirmó la imputabilidad material y la intención de matar y la sevicia, no agravó el delito. Apenas compartió con el Juez de derecho la certidumbre de que la responsabilidad del reo correspondía a un asesinato.

Y puesto que el Jurado no hizo otra cosa que absolver el interrogatorio de las tres primeras cuestiones, asintiendo a él, es evidente, de fácil comprensión, que haya asesinatos atenuados merecedores de una pena inferior a la del artículo 363, por mediar circunstancias modificadoras que el mismo Jurado reconozca.

No puede negarse el aserto del señor Procurador Delegado en lo Penal: que algunas de las nueve contingencias del artículo 363 sí pueden estar en pugna con el estado de ira o de intenso dolor (o con el fenómeno de la riña imprevista); pero que el asesinato por sevicia es compatible con la atenuación del artículo 28 o con la del artículo 384.

Matar con concurrencia de uno o varios de los elementos detallados en los números 2º, 4º, 5º, 6º, 8º y 9º del artículo 363, es asesinato que no podría a la vez atenuarse por la reacción de la ira o del dolor intenso. Son conceptos que se excluyen radicalmente.

Mas, quien suprime la vida de alguna de las personas a que se refiere el número 1º de ese artículo, con *animus necandi*, si perpetra el asesinato por el impulso de un arrebato de ira o de un sentimiento de dolor o pena vehemente que provenga de grave e injusta provocación, tiene derecho a que la pena del asesinato se reduzca con aplicación del artículo 28 o con la atenuante y el perdón judicial y la exención del artículo 382.

Igualmente, en el asesinato por sevicia no hay tampoco obstáculo ninguno para conciliarlo con la modalidad favorable de la provocación injusta y grave por parte del occiso.

Como lo anota el señor Procurador Delegado, la atenuante especial del artículo 28 del Código Penal se relaciona con la *infracción*, sin distinguir especies de homicidio o de lesiones personales. "No la excluye, pues, para el asesinato."

Y agrega la Procuraduría:

"El Código, con razón o sin ella, denomina como asesinato el homicidio perpetrado con sevicia, que es precisamente el caso de este expediente. Pero como también desde el llamamiento a juicio se reconoció, quién sabe si infundadamente, que Severo Díaz fue grave e injustamente provocado por Marco Lino Díaz por haber empujado, no al homicida, sino a Israel Díaz —lo que produjo en el reo un estado no sólo de ira sino también de intenso dolor— era de rigor atenuar la sanción del asesinato, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28 del Código Penal.

"En otros términos, el homicidio con sevicia es asesinato (artículo 363 del Código Penal). Si el asesinato no admite la circunstancia modificadora de la ira o del intenso dolor, el argumento del defensor se volvería contra su defendido, ya que, como se dijo atrás, el cargo por asesinato fue formulado en el llamamiento a juicio."

Perfectamente objetiva es la sevicia, pues implica acción material o física, y la Sala no alcanza a explicarse por qué el defensor sostiene que "interpretar el veredicto dicienlo que la sevicia es puramente objetiva, es tergiversar el concepto del derecho penal moderno, que es esencialmente humano".

No es contradictorio el veredicto porque no contiene afirmación y negación que se opongan una a otra y mutuamente se destruyan. La responsabilidad que declaró el Jurado por el asesinato y la especial situación pasional en que fue cometido el crimen, entrañan proposiciones o conceptos que concuerdan entre sí.

* * *

En mérito de lo expuesto y en armonía con la opinión del señor Procurador Delegado, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no infirma* el fallo del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Severo Díaz, por asesinato y con aplicación de los artículos 28 y 363 del Código Penal, a cinco años de presidio.

Devuélvase el proceso.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez.—Con salvamento de voto, *José Antonio Montalvo.*—Con salvamento de voto, el Conjuez, *Guillermo Morales Peña.*—*Julio E. Argüello R.*, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

El Tribunal Superior de San Gil (que confirmó la sentencia del Juez Superior del Socorro) impuso a Severo Díaz la pena principal de cinco años de presidio como responsable de la muerte de Marco Lino Díaz. El sentenciado recurrió en casación y la Corte resuelve, en el fallo que precede, no invalidar la sentencia recurrida.

No podemos prohijar algunos considerandos o tesis de la parte motiva de esta sentencia, por lo cual nos vemos en el caso de salvar el voto.

Hacemos presente ante todo que la cuestión de hecho no entra para nada en nuestro disentimiento: Severo Díaz puede haber sido condenado con toda justicia y aun a pena benigna, dadas las modalidades del delito. Nada conceptuamos sobre esto.

Nuestro punto de vista jurídico es el siguiente: una de las alegaciones hechas por el recurrente en casación versa sobre la circunstancia de "no haberse aceptado los formularios (sic) que presentó el defensor al Juez Superior, en tiempo oportuno, sin derecho ninguno para rechazarlos, con violación del artículo 503 del Código de Procedimiento, que no limita el derecho de la parte y que el Juez no puede limitar a su arbitrio, o con su criterio de Juez de derecho."

El defensor pidió al Juez que formulara al Jurado una cuestión sobre legítima defensa y otra sobre exceso en la legítima defensa; y el Juez se negó a formularlas.

La mayoría de la Sala pregunta: "¿Asistió al Juez razón suficiente para rechazar las dos preguntas....?" Y contesta: "Si, porque el derecho que a las partes confería el artículo 503 de la Ley 94 de 1938, no era absoluto ni dependía de la voluntad caprichosa de ellas. Ese derecho estaba sujeto a la racional materia del debate, o, mejor, condicionado a que tuviese en el proceso algún sustentáculo probatorio que lo hiciera verosímil. Y es lo cierto que en ninguna de las etapas del proceso contra Severo Díaz podrá hallarse ni siquiera un asomo de la justificación del hecho por defensa legítima de la persona de Israel Díaz, o sobre el exceso de los límites de esa defensa."

Tenemos que insistir en que nada conceptuamos sobre el hecho delictuoso de Severo Díaz ni sobre la apreciación de las pruebas, porque nuestra tesis es de puro derecho, contraria a la que consigna la mayoría de la Sala en el párrafo que acabamos de transcribir.

El antiguo Código de Procedimiento Penal disponía que las cuestiones propuestas fueran resueltas por el Jurado con las palabras "SI" o "NO"; "pero agregaba aquella Ley, si juzgare que se ha ejecutado por el acusado un hecho criminoso con circunstancias diversas deberá expresarlo brevemente en la contestación" (artículo 48 de la Ley 169 de 1896).

Mediante ese sistema el Juez no estaba en rigor obligado a proponer cuestiones o preguntas formuladas por la defensa, ni ésta tenía, de ordinario, la necesidad de pedirlas o proponerlas; y era lo usual que solicitara más bien al Jurado, si veía como ineludible el veredicto afirmativo, que agregara al SI alguna explicación: por ejemplo "Sí, pero en riña casual", o cualquiera otra circunstancia modificadora.

En esta forma podía plantearse y desarrollarse la defensa ante el Jurado.

Al estatuir el nuevo Código de Procedimiento que los Jurados respondieran al cuestionario en la forma categórica SI o NO, sin que pudiesen agregar explicación alguna, se limitaba el poder de la defensa ante el Jurado a la consecución de una negativa rotunda; y puesto que no siempre puede situarse la cuestión de la responsabilidad en uno de los dos términos inflexibles de SI o NO, los autores del Código estimaron lógico, y además equitativo, compensar la institución del veredicto categórico con la posibilidad de que las partes pudieran sugerir al Jurado otras soluciones distintas, acordes con los diversos matices de la responsabilidad.

Ello explica por qué el artículo 503 del Código de Procedimiento Penal dispuso:

"Las partes, dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto en que se formulen los cuestionarios, tendrán derecho de pedir al Juez, y éste deberá aceptarlo, que se propongan también al Jurado todos los cuestionarios que consideren necesarios, siempre que estén de acuerdo con las normas señaladas en el artículo 498."

Queremos llamar la atención especialmente a los términos enfáticos de este artículo: las partes tendrán derecho de pedir al Juez, y *éste deberá aceptarlo,* que se propongan también al Jurado *todos* los cuestionarios *que consideren necesarios,* siempre que estén de acuerdo con *las normas* señaladas en el artículo 498. Los subrayados son nuestros.

Entre las normas a que se refiere esta disposición se halla la siguiente: "Segunda. En seguida se formularán, separadamente, tantos cuestionarios cuantos correspondan a los distintos elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad."

Ciñéndose, pues, a esas normas generales, el defensor podia solicitar al Juez un cuestionario referente, por ejemplo, a la legítima defensa, que es una excluyente de la responsabilidad penal. La ley no puso límite a ese derecho del defensor. Bastaba que *lo considerara necesario,* cuestión esencialmente subjetiva, para que el Juez tuviera la obligación jurídica *(deberá aceptarlo),* de acatar esa determinación.

Por eso, con mucha razón, el doctor Timoleón Moncada, miembro de la Comisión que elaboró el Código de Procedimiento Penal, en su comentario a dicha obra, página 223, refiriéndose a estos temas, dice lo siguiente:

"Por otra parte, los interesados en el proceso tendrán la oportunidad de discutir los cuestionarios y de solicitar adiciones convenientes para la tesis *que piensen* desarrollar en la audiencia. Por ejemplo, si se trata de homicidio y el defensor *pretende sostener* que su cliente mató por defender la vida propia, solicitará del Juez que se incluyan las cuestiones, referentes a los hechos determinantes de la legítima defensa.

"En esta forma, los cuestionarios contendrán *todas las posibles* maneras como se hubiere cometido la violación penal y abrirán las puertas a *todas las posibles* apreciaciones de los hechos por parte de los Jueces, para que éstos puedan reducir su contestación a un "SI" o a un "NO" categórico en cada pregunta." Los subrayados son nuestros.

De otro lado, si el nuevo Código hubiese estimado (como parece hacerlo la mayoría de la Sala) que sólo podían proponerse aquellos cuestionarios que según el criterio del Juez tuvieran fundamento, resultaba inútil conferir a las partes el derecho de pedir la formulación de preguntas.

El argumento de que es inútil aceptar o proponer determinado cuestionario cuando el Juez de derecho juzgue de antemano que si el Jurado lo contestara afirmativamente habría que declarar injusto el veredicto, es un argumento de los que prueban *demasiado* y, por consiguiente, no prueba.

No debe perderse de vista que si en juicios de esta clase el episodio decisivo es la audiencia ante el Jurado, si es posible —y admitido por la ley— que en ella se produzcan pruebas que puedan cambiar la faz del asunto; si la autonomía que la ley otorga al Jurado para decidir sobre la responsabilidad del procesado y para apreciar libremente las pruebas es de la índole misma de esa institución, no vemos cómo pueda el Juez de derecho preparar de antemano una decisión acerca de qué puntos del veredicto admitirá y cuáles nó.

De lo contrario, ¿para qué el esfuerzo y el poder dialéctico de los defensores? ¿A qué la impresión directa de los miembros del Jurado respecto del acusado, o de los elementos probatorios del proceso? Es que un Juez de derecho, por sabio e imparcial que se le suponga, ¿tendrá la capacidad suficiente para abarcar de antemano todos y cada uno de los aspectos de la posible defensa del procesado?

La Ley 4ª de 1943 cambió el sistema de cuestionarios y volvió al antiguo: restableció la deliberación colectiva del Jurado y suprimió los cuestionarios múltiples, pero en cambio reprodujo, casi textualmente, el precepto del artículo 48 de la Ley 169 de 1896 estatuyendo lo siguiente:

"Los Jurados deberán contestar cada uno de los siguientes cuestionarios con un 'SI' o un 'NO'; pero al juzgarse que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expuestas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación."

El proceso en que se dictó la sentencia de que ahora se trata se tramitó de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal no reformado aún; de manera que la garantía o medio de defensa estatuído por la Ley 4ª de 1943 no los tenía el procesado el día en que se le juzgó. En cambio, como a nuestro parecer le asistía, de acuerdo con la ley vigente al tiempo del Jurado, el derecho de pedir *todos* los cuestionarios que *considerara necesarios,* y el Juez *debía aceptarlos,* habiéndosele desconocido esa garantía, y no compartiendo los suscritos, por todas las razones antes expuestas, el concepto en contrario de la mayoría de la Sala, transcrito al principio de este salvamento, nos apartamos con todo respeto de la sentencia pronunciada.

José Antonio Montalvo, Guillermo Morales Peña, Conjuez.

Delito de fuga

Aunque es cierto que por su naturaleza tiende el hombre de manera instintiva a la libertad material, también es verdad que las legislaciones reprimen como hecho delictuoso la fuga del preso en circunstancias determinadas, a fin de asegurar la cumplida administración de justicia; de allí que no sea válido el argumento de que la fuga "es una manifestación meramente ancestral del hombre". Tampoco se descaracteriza la fuga a causa de consumarse sin violencias de ningún género, violencias que el Código no tiene en cuenta sino para aumentar la sanción.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, julio veintiuno de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

De la Cárcel del Distrito Judicial de Pereira se evadió Marco Fernández al amanecer del veintitrés de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, sin emplear violencias contra las personas ni las cosas, y el Tribunal Superior de allí le impuso, "en segundo grado", el quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, tres años de prisión conforme al inciso segundo del artículo 203 del Código Penal.

Recurrió en casación el reo, quien oportunamente presentó su demanda, la cual alude a la causal 1ª del artículo 567, Ley 94 de 1938.

Pide la Procuraduría que la Corte no case el fallo.

* * *

Causal del número 1º—"Cuando la sentencia sea violatoria de la Ley Penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma."

Alega Fernández, en resumen: que la fuga "es una manifestación meramente ancestral del hombre" para conseguir su libertad física, y que él sólo obedeció la orden del guardián Miguel A. Ospina, quien le dijo: "Váyase", por lo cual no delinquió, máxime si se sabe que no hubo fuerza o violencia a las cosas ni a las personas.

* * *

Para resolver se considera:

Aunque es cierto que por su naturaleza tiende el hombre de manera instintiva a la libertad material, también es verdad que las legislaciones reprimen como hecho delictuoso la fuga del preso en circunstancias determinadas, a fin de asegurar la cumplida administración de justicia, y de allí que no sea válido el argumento del recurrente sobre el particular, del mismo modo que siempre existe la infracción que llevó a cabo Fernández, a pesar de la supuesta orden del guardián Ospina y de que faltaron medios violentos para salirse de la cárcel. La complicidad del guardián, condenado en este proceso conforme al artículo 205 del Código Penal, es obvio que no implicó un mandato obligatorio de autoridad competente, ni se descaracteriza la fuga a causa de que se consumara sin violencias de ningún género, violencias que el Código no tiene en cuenta sino para aumentar la sanción.

Los reparos en que apoya Fernández la demanda carecen de toda relación con la causal 1ª invocada, y más bien se podrían referir a la 2ª, por lo que toca al cuerpo del delito, causal de que no trata aquél y que, de otro lado, no resulta establecida de acuerdo con lo que la Sala expresó en el párrafo anterior.

* * *

Esboza el reo la causal de nulidad (4ª del artículo 567) en alguno de los tres memoriales que envió a la Corte, consistente en que no fue notificado personalmente de varios proveídos.

Tampoco prospera la casación por dicho aspecto, a propósito del cual escribió esto la Procuraduría, que la Sala acoge:

"Consta de autos que al acusado Fernández se le aplicaron las disposiciones procedimentales concernientes al juicio en contumacia, por andar prófugo. De ahí que durante su ausencia voluntaria no se le hicieran notificaciones personales.

"Cuando ya el expediente subió al Tribunal en consulta del fallo de primera instancia, fue capturado Fernández y puesto a las órdenes de esa corporación.

"Allí se le notificó personalmente al acusado el primer auto que el Tribunal dictó, por cierto el

más importante, sobre prevención para que las partes manifestasen si tenían pruebas qué pedir, lo que no solicitaron.

"Los dos autos siguientes sobre traslado del proceso para alegar y sobre citación para sentencia no fueron notificados personalmente ni al acusado ni a su defensor, sino por medio de estados.

"Pero esa irregularidad —desde luégo censurable— no está prevista como causal de nulidad, y no estándolo, se carece de base para invalidar lo actuado. Las nulidades son taxativas y de creación legal, precisamente para evitar un exceso arbitrario de los Jueces."

* * *

El señor Procurador Delegado anota una grave cuestión irremediable, y es la de que el Tribunal "se salió del auto de proceder para empeorar la situación jurídica del reo, sin que en el plenario se hubiese modificado el pliego de cargos contenido en el enjuiciamiento. En efecto, en esta pieza se imputó a Fernández el delito de fuga en su calidad de simple detenido o sindicado (inciso 1º del artículo 203 del Código Penal) y así falló el Juez de primera instancia, pero el Tribunal lo condenó como autor de fuga de reo condenado (inciso 2º ibídem)."

Marco Fernández cumplía la pena de veinte años y seis meses de presidio por homicidio premeditado y robo, delitos que perpetró en mil novecientos treinta y cuatro y que motivaron su condenación en mil novecientos treinta y seis.

No hay duda, pues, de que era reo condenado a la fecha de la fuga.

Sin embargo, el Juez del Circuito Penal de Pereira enjuició a Fernández y lo condenó únicamente bajo la imputación de preso *legalmente detenido por atribuírsele la comisión de un delito*, error manifiesto que no podía enmendarse colocando al fugado, como el Tribunal lo colocó, en condiciones más perjudiciales que las delimitadas en el auto de proceder.

Semejante actuación del Tribunal haría viable la causal 3ª (cuando la sentencia no esté en consonancia con el auto de enjuiciamiento) si el punto fuese materia de la casación, que no lo fue.

* * *

Por último, la Procuraduría critica con razón que el Tribunal Superior de Pereira calificara la delincuencia de Fernández en *segundo grado*, sistema inconciliable con las reglas que el nuevo Código consigna para la fijación de la penalidad (artículo 36). En ese *lapsus* también cayó el Juez de primera instancia.

* * *

En virtud de lo expuesto y en armonía con la opinión del señor Procurador Delegado, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que el quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos condenó a Marco Fernández, por el delito de fuga, a la pena principal de tres años de prisión.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Jorge Gutiérrez Anzola.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Delito de heridas

Por lo regular, la declaración del ofendido es merecedora de fe en cuanto señala al ofensor, mas no en lo que atañe a las circunstancias y modalidades de la agresión, pues si el interés personal lo lleva, o puede llevarlo, a tergiversar la verdad de lo segundo, ese mismo interés lo aparta de mentir en lo primero, para que la represión penal y el resarcimiento de los perjuicios no se malogren con una sindicación equivocada o falsa recaída en sujeto distinto del verdadero culpable.

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

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

Con el cuello de una botella rota causó Bernardo Benjumea H. a Fernando García N. dos heridas al lado izquierdo del rostro que le produjeron veinte días de incapacidad para trabajar y una desfiguración facial permanente, lo que sucedió en esta ciudad la noche del veintisiete al veintiocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno.

El Juez del Circuito que conoció del proceso y el Tribunal Superior de Bogotá condenaron a Benjumea a ocho meses de prisión, fuera de otras sanciones.

La represión se basó en el artículo 373 del Código Penal, aplicando cuatro meses más sobre el mínimo del inciso final de ese precepto y haciendo la máxima reducción que permite el artículo 384 ibídem.

Contra la sentencia del Tribunal recurrió en casación el defensor, quien ha alegado la causal segunda del artículo 567, Ley 94 de 1938.

Es así la mencionada causal:

"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."

* * *

El defensor recurrente, para sustentar la demanda, principia por esta afirmación general:

"En efecto, la sentencia recurrida se dictó sin que en el proceso obrara la plena prueba de la responsabilidad del sindicado, y ello porque se interpretaron indebidamente los hechos, atribuyéndoles un valor probatorio de que carecían, al propio tiempo que se desconocieron otros hechos debidamente probados."

Y luégo extiende sus argumentos, los cuales son, en síntesis:

a) Que el fallo concedió indebido crédito a las declaraciones del lesionado Fernando García y de Leopoldo Currea, Juan M. Sarmiento, Teresa Flórez y Jorge Octavio Santamaría, cuyos dichos nada valen, pues García es la persona ofendida y tiene interés en faltar a la verdad; Currea ha sido enemigo capital de Benjumea y, lo que es más grave, padece de anomalía psíquica porque es morfinómano, toxicomanía o enfermedad mental que le impide ser testigo hábil; y Sarmiento, Santamaría y la Flórez, no le formulan a Benjumea una imputación directa; y

b) Que en cambio fue desechada, porque sí, "la prueba de irresponsabilidad resultante de los testimonios de los señores Guillermo Gaitán, Jorge T. Martínez, Juan A. Taquías y Abel Martínez, aparte de la indagatoria del propio sindicado".

* * *

Considera la Corte:

Un pertinaz empeño ha puesto Bernardo Benjumea en aseverar, mentirosamente, que dentro de la casa habitada por él y su concubina Teresa Flórez hubiesen estado, en compañía de ambos, Fernando García y Leopoldo Currea, pocos minutos antes del delito.

También se obstina Benjumea en repetir que cuando iba a entrar en su casa oyó afuera una discusión, se asomó a la puerta y vio herido a García; y que el propio Benjumea le quitó un pedazo de botella a un desconocido que huyó.

Todo es falso, García y Currea si estuvieron en el interior de la casa de Benjumea, tomando cerveza, precisamente por invitación del reo. Y fue Benjumea el herido y no otra persona desconocida.

Sucedió que por algún disgusto de Benjumea y su amante, Currea y García abandonaron la casa de los amancebados y salieron a la calle. Mientras tanto Benjumea continuó iracundo y "empezó a romper todo", expone la mujer. Y agrega: "Como su estado era casi de locura, me salí corriendo hacia la calle y al pie de la puerta encontré un Agente de Policía a quien le dije: señor Agente, ya sale el señor, el marido mío; hágame el favor de cogerlo o dominarlo duramente pues está en estado de irresponsabilidad. Me dijo el Agente que qué hacía pues nada podía hacer él. En ese momento salió Benjumea y como se dirigiera hacia mí salí corriendo y alcancé a llegar a la esquina cuando vi que García se fue con intención de pegarle a Bernardo; no vi más.... Entre las cosas que me rompió Bernardo encontré un poco de loza y una botella blanca que tenía allí con alcohol, de todo lo cual encontré pedazos."

Es de anotar aquí que quizá los celos impulsaron a Bernardo Benjumea, porque Fernando García galanteaba a Teresa Flórez desde tiempo atrás, y la noche del suceso, en presencia de aquél, García la cogió de los brazos. "Bernardo le dijo a García que me respetara y respetara su casa (manifiesta la Flórez), y al oír esto se levantaron juntos en actitud de pelear, lo cual yo evité. En seguida Currea y García se salieron a la calle sin mediar nada más."

Y no se destruye la posibilidad de ese móvil con decir Benjumea, como dice, respecto de García, que *se trata de su mejor amigo*, ni con la curiosa carta de folios 49, escrita en la cárcel por el heridor para el lesionado, pues tánta zalamería más bien es un ardid del reo que pueril mente se esfuerza en buscar el modo de darle caracteres de verosimilitud a la especie de que un *desconocido* fue el heridor de García.

* * *

Cuando el Tribunal Superior de Bogotá se basó, para condenar a Bernardo Benjumea H., en los testimonios de Fernando García, Leopoldo Currea, Juan M. Sarmiento, Teresa Flórez y Jorge Octavio Santamaría, y cuando desestimó los de Guillermo Gaitán, Jorge T. y Abel Martínez y Juan A. Taquías, debidamente interpretó o apreció los hechos, atribuyéndoles a las atestaciones primeras el valor probatorio que comportan, y negándoles a las segundas el mérito que pretende el señor defensor.

Satisfactoriamente en el fondo, aunque en forma y redacción harto incorrectas, explica el Tribunal por qué se acogió a unos testimonios y por qué rechazó otros.

Por lo regular, la declaración del ofendido es merecedora de fe en cuanto señala al ofensor, mas no en lo que atañe a las circunstancias y modalidades de la agresión, pues si el interés personal lo lleva, o puede llevarlo, a tergiversar la verdad de lo segundo, ese mismo interés lo aparta de mentir en lo primero, para que la represión penal y el resarcimiento de los perjuicios no se malogren con una sindicación equivocada o falsa recaída en sujeto distinto del verdadero culpable.

En el proceso que hoy examina la Sala no se columbra ningún motivo que haga dudosa la credulidad de la acusación del herido Fernando García Neira, ni sobre los accidentes del lance, ni, mucho menos, sobre la designación del heridor Bernardo Benjumea H., seguridad legal y moral que se desprende de la concordancia del testimonio de García (4, 88 vuelto y 90) con los de Sarmiento, Currea, la Flórez y Santamaría (14 vuelto, 15 vuelto, 21, 63, 71 y 72, 85 a 87, 149), en relación a lo esencial de los varios episodios precedentes, concomitantes y posteriores al hecho.

El conjunto de las declaraciones del lesionado y de los testigos, unido eso a la comprometedora actitud del infractor y a su capacidad para delinquir, viene a generar prueba plena de la responsabilidad de Benjumea.

¿Que Leopoldo Currea es enemigo capital del reo? Lo aseveran Emilia Torres, Julio Cadavid, José Pizano y Luis A. Rojas (66 vuelto, 181 a 182 vuelto), aludiendo a ocurrencias muy anteriores a la noche del 27 al 28 de diciembre de 1941; pero la enemistad habría terminado cuando esa noche Benjumea y Currea anduvieron como amigos, aun antes de encontrarse ellos con García, y cuando Benjumea llevó a su casa a García y Currea.

¿Y que Leopoldo Currea no es testigo hábil por ser morfinómano, vicio que suele traer insania mental? Demostrado está a folios 81 que a Currea se le asiló en Sibaté; mas se ignora si aquella noche y a la fecha de sus declaraciones, la droga tenía perturbadas sus facultades intelectuales. Seguramente no, puesto que hay concierto en los testimonios que rindió, por lo demás acordes con los dichos de Sarmiento, Santamaría y la Flórez.

Era de rigor descartar lo que declararon Guillermo Gaitán, Juan A. Taquías, Jorge T. y Abel Martínez (83, 96, 97 vuelto y 145). Supuestos testigos de última hora, preparados *ad hoc*, que nadie vio por el lugar del delito y en los momentos de su consumación; que los hace citar Benjumea "a fin de que depongan cuanto sepan y les conste en relación con el cargo que se me

pretende imputar" (65); que recuerdan, al cabo de meses, en sospechosa armonía con el procesado, hasta los más insignificantes detalles, y que a distancia de media cuadra, al filo de la media noche, alcanzan a distinguir el pedazo o trozo de botella con que alguien, que no fue Benjumea, hiere a García, instrumento que al pronto no conocen los testigos Sarmiento, Currea y Santamaría, a pesar de hallarse junto a los contendores.

* * *

La demanda finaliza con estos reparos:

"También se invocó en la sentencia como prueba contra el procesado la carta escrita por éste y que aparece en el folio 96 del expediente; en ella se ha pretendido ver una confesión extrajudicial, cuando justamente no contiene sino protestas de inocencia; sería prueba de esto y no de lo contrario.

"Por último, la otra prueba de cargo la constituyen los antecedentes del sindicado. Las copias de las sentencias respectivas a qué reducen tales antecedentes: haber dejado de pagar en una tienda un peso con cincuenta centavos, haber roto una botella, etc. Pero es que la delincuencia del señor Benjumea fue calificada en el segundo grado para los efectos de la cantidad de pena aplicable, precisamente en atención a esos antecedentes, lo que hace ver que, en la forma más injurídica, han sido invocados simultáneamente como circunstancia de mayor peligrosidad y como prueba de imputación. Nueva interpretación indebida de los hechos."

La Corte contesta:

De ambiguo entendimiento es la carta de folios 49. Como puede tomarse en el sentido de "protestas de inocencia", puede también sugerir un indicio de responsabilidad, y así la juzgó el Tribunal, con la apreciación subjetiva que es propia de la prueba indiciaria. Y si esa apreciación fue equivocada, el recurrente debió demostrar el error y no lo hizo.

La impresionante serie de desórdenes ejecutados por Bernardo Benjumea H., lista que figura de folios 44 vuelto a 48, revela que el protagonista de tanto escándalo es un individuo de alta peligrosidad, máxime si se sabe que desempeñaba un puesto público dependiente del Gobierno departamental de Cundinamarca. Pero a Benjumea sólo se le aplicaron cuatro meses de aumento sobre el mínimo del inciso segundo, artículo 373 del Código Penal, reduciendo el total de diez y seis meses a la mitad (artículo 384 ibídem). Lo ocurrido fue que el Tribunal dijo, inadecuadamente, que *calificaba en grado mediano la peligrosidad* del heridor de García. "Además, expresa la Procuraduría, la mala aplicación de la Ley Penal está contemplada en el numeral 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento, es decir, en una causal de casación no alegada por el recurrente."

* * *

En mérito de lo expuesto, de acuerdo con la opinión del señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, la Corte Suprema, que encuentra sin fundamento ninguno la causal segunda invocada, *no infirma* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que el dos de octubre de mil novecientos cuarenta y tres impuso ocho meses de prisión a Bernardo Benjumea H. por lesiones personales a Fernando García N., fallo contra el cual recurrió en casación el defensor del reo.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, Jorge Gutiérrez Gómez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Homicidio.—Asesinato.—Libertad del jurado sobre apreciación de pruebas

Para los juicios en que interviene el Jurado no es posible la invocación de la causal 2ª del artículo 567 de la Ley 94 de 1938, si la demanda pretende discutir que es incompleta o deficiente la prueba de la responsabilidad, o si plantea el problema consistente en que ciertas probanzas relativas al mismo asunto de la responsabilidad debieron primar sobre otras antagónicas o de contenido diverso. Y eso, porque solicitar en casación que se rectifiquen o valoren de nuevo pruebas que el Jurado estimó con su libertad de conciencia, admitiendo unas, favorables o perjudiciales al reo, y rechazando otras, en contra o beneficio de la persona procesada, lleva al desconocimiento del veredicto. En el juego contradictorio de las pruebas que acerca de la responsabilidad contenga una controversia penal, el Jurado es absolutamente libre para acoger las que crea más conformes con su criterio de Juez de hecho, criterio moral cuya racional autonomía está consagrada por la solemne fórmula del juramento que rinden los Jurados (artículo 528 de la Ley 94 de 1938).

Para que el reemplazo ilegal de un Jurado entrañe nulidad, es preciso que eso suceda en el acto del sorteo **y que el reclamo se haya hecho en el mismo acto o dentro de los cinco días siguientes, requisitos sin los cuales la nulidad deja de serlo.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

En el Municipio de Guaduas, el veintidós de julio de mil novecientos treinta y nueve, Neftalí Hernández dio muerte a Lázaro Téllez con cinco heridas de machete o peinilla y una de disparo de revólver, causadas por detrás del occiso.

Calificado el homicidio como asesinato, asintió el Jurado a las preguntas sobre ejecución material, propósito de matar, insidia, asechanza, alevosía y sevicia.

Impuesta al transgresor la sanción mínima de quince años de presidio (artículo 363 del Código Penal), Hernández recurrió en casación contra la sentencia de quince de julio de mil novecientos cuarenta y tres que profirió el Tribunal Superior de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juez 4º Superior del mismo Distrito Judicial.

El mandatario del reo ante la Corte, doctor Carlos Alvarez Riaño, invocó, sustentándolos, tres motivos que son las causales 1ª, 2ª y 4ª del artículo 567, Ley 94 de 1938, causales que el señor Procurador Delegado encuentra sin justificación, debido a lo cual pide que la Sala no case el fallo.

* * *

Causales 1ª y 2ª

"Cuando la sentencia sea violatoria de la Ley Penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma."

"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."

El fundamento de ambas causales es común en la demanda del señor apoderado, y, así, de acuerdo con el plan que adoptó la Procuraduría, el estudio de la segunda habrá de bastar para lo concerniente a la primera.

De modo exacto el señor Agente del Ministerio Público compendia la impugnación del doctor Alvarez Riaño.

"El señor apoderado, escribe el Procurador, hace la crítica de la sentencia de segunda instancia tachándola de injurídica, porque calificó el homicidio como asesinato, cuando las pruebas que deben tenerse en cuenta enuncian apenas un homicidio cometido en legítima defensa, o en exceso de ella, o en riña imprevista para el acusa-

do, o en un caso de ira e intenso dolor determinado por grave e injusta provocación. Estas situaciones surgen claras, si se aprecian bien las declaraciones del procesado Neftalí Hernández y la de su padre putativo Joaquín Moya, únicas piezas que deben tenerse en cuenta."

Y el desarrollo de la impugnación se reduce a que por erradas interpretación y apreciación de los hechos, el Tribunal concedió a las declaraciones de Miguel Antonio y Humberto Suárez, hijos naturales de Lázaro Téllez, un mérito probatorio de que carecen, negándoles ese mérito a la confesión de Hernández y al testimonio de su tío Joaquín Moya.

También alega la demanda que el veredicto es opuesto a la evidencia de los hechos. El señor apoderado manifiesta:

"La sentencia del honorable Tribunal se funda en un veredicto notoriamente injusto. Es injusto lo que va contra derecho, y en el presente caso, al responder al cuestionario primero o sea el que la muerte se causó mediante heridas con instrumento cortante y con proyectil de arma de fuego, se enunció una cosa inexacta, contraria a la evidencia procesal e injusta, pues la muerte no se causó con herida de arma de fuego, ni con varias heridas de instrumento cortante, sino con una sola herida, según resulta de la diligencia de autopsia que va al folio 15 del expediente. Y al responder al tercer punto del cuestionario sobre insidia, alevosía, asechanza o sevicia, se dictó un veredicto injusto, contrario a la evidencia procesal, por tener en cuenta declaraciones interesadas de los hijos del occiso y no la confesión de Hernández, en toda su integridad, con las modalidades confesadas con su hecho, eximentes de responsabilidad, dando también crédito a la fantástica aseveración del Fiscal sobre el golpe de gracia, la caída de la víctima, y la continuación del ataque después de la caída, ya inerme e indefensa la víctima, incapaz de toda reacción."

* * *

Neftalí Hernández confiesa: "Yo fui el del crimen." Y explica que mató a Lázaro Téllez porque éste ultrajó gravemente de palabra a Joaquín Moya y al propio homicida, y porque le tiró un garrotazo a Joaquín aunque no logró darle el golpe.

Joaquín Moya no es sino tío de Hernández, pero el procesado lo llama papá y lo quiere como si fuera su padre, pues lo crió y con él ha vivido.

La relación de Moya no discrepa de la de Hernández en lo esencial. Sólo que el tío no menciona ofensas al sobrino por parte de Téllez.

Distinta es la versión de Miguel Antonio y Humberto Suárez, quienes, se repite, son hijos naturales del muerto.

Miguel Antonio alcanzó a oír que Hernández y Moya le decían a Téllez: "Gran jediondo, hijueputa, por ahí no es camino", sintiendo en seguida ruido de peinillas y un disparo. Se acercó y vio a su padre que caía al suelo de la bestia en que montaba, herido.

Y el menor Humberto Suárez depone:

"La cuestión fue de que mi papá Lázaro Téllez ensilló la mula en la casa de habitación que queda en la vereda de El Hatillo, casa en la cual vivo yo también junto con mis dos hermanitos y mi mamá; luégo mi papá montó pero sin zamarros, los que llevaba atravesados sobre la montura; yo monté también en otra bestia, y ambos cogimos por el camino que va para Villeta, lugar éste para donde íbamos a hacer el mercado; salimos de la casa como a eso de las cinco de la mañana; llegamos a la quebrada de Las Juntas, y mi papá alcanzó a pasar y yo me quedé a este lado, tan pronto como vi que llegaron Joaquín Moya y Neftalí Hernández. La quebrada de Las Juntas queda a distancia de una cuadra de la casa de mi papá. Tan pronto como llegaron Moya y Hernández, aquél le dijo a mi papá: 'Por ahí no es camino para Villeta', y mi papá le contestó: '¿Sí?', y de ahí llegó por detrás Neftalí Hernández y le tiró a mi papá cuatro peinillazos, y de ahí le dio un planazo a la mula y la mula salió corriendo, hasta que llegó a la quebrada, y en el momento en que la mula iba pasando el mismo Neftalí Hernández sacó un revólver y le disparó a mi papá un solo tiro, y la mula siguió andando con mi papá encima todavía, y luégo que caminó así como cinco brazadas mi papá se cayó.... En el momento en que la mula partió a correr asustada por el disparo, Neftalí dijo estas palabras: 'Aquel hijueputa chino se me fue sin hacerle nada....' Joaquín Moya no le tiró a mi papá, sino que él le hizo la charla a mi papá mientras que Hernández le tiró...."

Enemistados Joaquín Moya y Neftalí Hernández con Lázaro Téllez por una servidumbre de tránsito que aquéllos le impedían al último, Moya insultaba a Téllez frecuentemente y lo amenazaba. Más aún: Adolfo Martínez refiere a folios 56:

"El sábado víspera de la fiesta de Nuestra Señora del Carmen, haiga sido el quince de julio, pues el diez y seis es la fiesta, venía yo de sacar o acompañar a un hijo mío, Luis Felipe Martínez, a la vereda de Chapaima que conduce a Villeta; venía yo poco más o menos a las ocho y media del día y me topé a don José Joaquín Moya en el camino de la misma vía de Chapaima, en el sitio donde murió el jinado Lázaro Téllez y lo saludé y le pregunté que qué estaba

esperando ahí y me contestó mostrándome con el dedo hacia la casa de habitación de Lázaro Téllez: 'Esperando a aquel endivido a ver si viene a trozarme esta cerca', refiriéndose al broche, a la parte donde jue muerto el jinado Lázaro, a ese mismo sitio. El jinado Lázaro tenía su mulita ensillada en el corredor de su casa para venirse para Guaduas, pues desde yo taba con don José Joaquín se veía. Montó y salió don Lázaro a buscar la vía de para Guaduas y se vino. Entonces le dijo don José Joaquín Moya al joven Neftalí Hernández, que estaba en la playa de la quebrada, al pie del broche, esto como escondido, pues si don Joaquín no lo llama yo no lo había visto, le dijo, repito: 'Camine Neftalí que el endivido se fue pa Guaduas'; le contestó Neftalí: 'Téngalo cuenta, porque parece que se vino jue pa abajo'; entonces le dijo don Joaquín: 'No, camine que se jue'. Yo seguí mi camino, alcancé al jinado Lázaro enfrente de la hacienda de *San Cayetano,* donde él estaba componiendo el arretranco de su montura que se le había reventado, lo saludé y seguí para mi casa.... Moya tenía una peinilla y un palo; Neftalí Hernández lo vide de cuerpo y le alcancé a ver una escopeta; no le vide más.... Ellos estaban allí sentados. Neftalí estaba al pie del broche, en la playa de la quebrada, sería con intención de pelear. La idea que me formé al verlos y al conversar con José Joaquín Moya, fue la de que estaban aguaitando a don Lázaro, pues no de otra manera se comprende lo que me dijo don José Joaquín de que estaba esperando a don Lázaro a ver si le trozaba la cerca y al hecho de estar armados...."

* * *

Considera la Corte:

Para los juicios en que interviene el Jurado no es posible la invocación de la causal 2ª del artículo 567, Ley 94 de 1938, si la demanda pretende discutir que es incompleta o deficiente la prueba de la responsabilidad, o si plantea el problema que suscita el representante judicial de Neftalí Hernández alrededor de la tesis consistente en que ciertas probanzas relativas al mismo asunto de la responsabilidad debieron primar sobre otras antagónicas o de contenido diverso.

Y eso, porque solicitar en casación que se rectifiquen o valoren de nuevo dichas pruebas que el Jurado ya estimó con su libertad de conciencia, admitiendo unas, favorables o perjudiciales al reo, y rechazando otras, en contra o en beneficio de la persona procesada, lleva al desconocimiento del veredicto. Y éste, en el caso de Hernández, es justo.

De suerte que en el actual proceso la causal 2ª de casación no tiene cabida por el aspecto o las razones del recurrente.

En el juego contradictorio de las pruebas que acerca de la responsabilidad contenga una controversia penal, el Jurado si es absolutamente libre para acoger las que crea más conformes con su criterio de Juez de hecho, criterio moral cuya racional autonomía está consagrada por la solemne fórmula del juramento que rinden los Jurados (artículo 528 de la Ley 94 de 1938).

Puestas frente a frente en la investigación del homicidio que perpetró Neftalí Hernández dos circunstancias de naturaleza inconciliable, los falladores de derecho (Juez Superior y Tribunal de Bogotá), teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, otorgaron fe a las declaraciones de Miguel Antonio y Humberto Suárez, más bien que a la de Joaquín Moya y a la confesión cualificada del matador, para hacerle a Hernández la imputación del enjuiciamiento y para someter a la decisión del Jurado el pliego de cargos.

Y el Jurado decidió la responsabilidad de Hernández como autor punible de un asesinato. No fue el Tribunal quien eso determinó. El Tribunal tenía que acatar la voluntad del Jurado, no contraria a la evidencia.

Un interés personal en faltar a la verdad ¿impulsaría a los hijos naturales de Téllez, Miguel Antonio y Humberto Suárez? ¿O ese interés concurriría, más bien, en el homicida y su tío Joaquín Moya? Semejante incertidumbre desapareció con el veredicto que tuvo como cierta la versión de los Suárez y como no merecedora de crédito la de Moya y Hernández.

Y al no haber sobre la defensa legítima, el estado de ira o de intenso dolor y la riña casual, modalidades introducidas a la confesión por el reo y de las cuales habla la demanda, una certeza clara, manifiesta y tan perceptible de ellas, que no sea ajustado a la razón ponerlas en duda, la tacha de injusticia notoria del veredicto es infundada.

Anota aquí la Sala que el defensor, en uso del derecho que daba el artículo 503, Ley 94 de 1938, pidió oportunamente al Juez 4º Superior de Bogotá que al Jurado se propusieran las cuestiónes de legítima defensa de Hernández o de "su padre" y de riña imprevista (182), petición que el Juez negó (183). Ese reparo de la demanda, incluído en la causal 2ª, no es errónea interpretación o apreciación de los hechos.

El recurrente juzga que también el veredicto es contrario a la evidencia, pues el Jurado afirmó que la muerte de Téllez resultó de heridas con instrumento cortante y con proyectil de arma de fuego, lo que es inexacto, ya que una sola fue la lesión mortal.

Falto de seriedad es el reparo. Aun cuando haya sido ocasionada la muerte sólo por una herida de arma cortante, lo cierto es que Nefta-

lí Hernández mató a Lázaro Téllez, infiriéndole varias lesiones con peinilla y una con proyectil de revólver.

"La penalidad, dice el señor Procurador, estuvo bien aplicada por el Tribunal, desde luégo que el auto de proceder y el veredicto del Jurado calificaron a Neftalí Hernández como autor de un asesinato, y no de otra clase de homicidio especial o atenuado. Luego la sentencia tenía que versar, como versó, sobre homicidio-asesinato."

El mínimo del artículo 363 del Código Penal se le impuso, benignamente, al procesado. Y el delito se presenta con las características de los ordinales 5º y 7º del mismo artículo: Lázaro Téllez, anciano mayor de setenta años, a caballo, que no esgrime sino un inútil garrote, es atacado por un hombre de veintitrés años, a traición, pérfidamente, alevosamente. Y con un machete le ocasiona cinco heridas. Y la bestia que monta Téllez se devuelve, moribundo el jinete, y así, por la espalda y ya de lejos, Hernández le descarga un tiro de su revólver. Patente sevicia. ¿Y la asechanza o insidia? No tan indudable, pero que fue factible, por los antecedentes de las amenazas de Moya, y en especial por lo que contó Adolfo Martínez.

En suma, las causales 1ª y 2ª no se justificaron.

* * *

Causal 4ª

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad."

Expresó el doctor Alvarez Riaño:

"Al revisar el proceso, señor Magistrado, hallo este hecho que enuncio no como defensa de Hernández sino realidad procesal sobre la cual se debe decir alguna cosa. En el acta de sorteo total de Jurados que va al folio 186 del expediente salió sorteado el señor Elberto Dulcey y no Alberto. Pero es el caso que a folio 186 vuelto se empieza a buscar es al señor Alberto Dulcey y no a Elberto, y luégo al folio 187 se informa que no ha aparecido el señor Alberto Dulcey y luégo se le reemplaza por otro señor que votó contra Hernández. Claro está que si se buscó al señor Alberto Dulcey, no se le encontraba porque el sorteado era Elberto, nombre muy distinto. En estas condiciones se incurrió en la nulidad establecida por el ordinal 3º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal porque el señor Elberto Dulcey no fue reemplazado legalmente, porque se le cambió sin buscarlo y sin comprobar su ausencia. Se me podría decir que esa nulidad desapareció por falta de reclamo dentro de los cinco días siguientes al nuevo sorteo, a lo cual contesto que yo que la anoto sólo ahora intervengo en este proceso. De todos modos, dejo el caso a vuestra consideración muy ilustrada. Claro está que la sentencia se dictó en juicio que estuvo viciado de nulidad."

El señor Procurador refuta el cargo de la siguiente manera:

"Esta irregularidad es evidente y merece censura para la Secretaría del Juzgado 4º Superior. Con todo, ella no alcanza a constituir la causal de nulidad que señala el numeral 3º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, por la sencilla razón de que la defensa no reclamó del hecho en la oportunidad debida, o sea dentro del término de cinco días contados a partir de la fecha del sorteo. Este es un incidente que surge a última hora, ya cuando el Jurado dio su veredicto y cuando se profirieron los fallos definitivos.

"Como lo ha dicho la Procuraduría en casos análogos, el nuevo Código de Procedimiento Penal introdujo innovaciones sustanciales sobre la nulidad de lo actuado. La nulidad puede dividirse hoy, a semejanza del Derecho Civil, en absoluta y relativa. La primera es insubsanable, como ocurre con la incompetencia de jurisdicción y con la ilegitimidad de la personería del querellante. La segunda es subsanable si se cumplen las condiciones previstas por el mismo Código, como son la falta de notificación en debida forma de ciertos autos allí especificados, etc.

"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 los resultados del proceso; de tal suerte que si la sentencia le era favorable, nada alegaba sobre nulidad; y si le era adversa, entonces sí 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 un claro fraude a la ley.

"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, como ocurrió aquí, ratifica los vicios formales del proceso y éste queda perfectamente válido, proque se supone que los interesados han conocido la informalidad cometida y no han estimado que en esa forma los Jueces puedan menoscabarles sus derechos, ni vencerlos en juicio deslealmente."

La Sala comparte con el señor Procurador su censura a la irregularidad que se cometió en el Juzgado 4º Superior de Bogotá, cuando se trocó el nombre del Jurado *Elberto Dulcey* por el de *Alberto* de ese mismo apellido, y cuando se dispuso reemplazar, y se reemplazó, a *Alberto Dulcey,* supuesta persona que no había sido designada en sorteo alguno.

Comparte también esta Sala la conclusión de la Procuraduría: que no se probó la 4ª causal de casación.

Para que el reemplazo ilegal de un Jurado entrañe nulidad, es preciso que eso suceda en el *acto del sorteo* y que el reclamo se haya hecho en el mismo acto o dentro de los cinco días siguientes, requisitos sin los cuales la nulidad deja de serlo.

Y aconteció que el ilegal reemplazo discutido aquí no fue en el acto del sorteo sino en un sorteo parcial posterior, y que ninguna de las partes hizo reclamo en el acto ni en aquel lapso de cinco días, no importando nada que el apoderado doctor Alvarez Riaño sólo ahora esté interviniendo en el juicio.

Sí disiente la Corte de algunos argumentos del señor Procurador, que no se ajustan a la realidad legal, según pasa a verse:

a) El nuevo Código de Procedimiento Penal ninguna innovación sustancial introdujo sobre la nulidad de lo actuado. Bajo el régimen de la Ley 57 de 1887, como hoy, las nulidades igualmente podían dividirse en absolutas y relativas, a semejanza del Derecho Civil. Insubsanables y absolutas eran la de incompetencia del Juez por jurisdicción improrrogable y la de ilegitimidad del acusador, con las limitaciones de los números 1º y 2º, artículo 264 ibídem. Relativas y subsanables lo fueron las otras de ese artículo y del 265; y

b) No ha habido, pues, nuevo criterio ni sistema nuevo, y en la Ley 94 de 1938 persiste el "grave inconveniente" a que se prestaban los artículos 264 a 268 de la Ley 57 de 1887, y el artículo 20 de la Ley 135 de 1888. Hoy, como ayer, ciertas causas de nulidad son alegables, dentro de las instancias, en cualquier tiempo, aunque la parte interesada las calle "maliciosamente, en espera de los resultados del proceso". Son, y lo eran, decretables de oficio algunas, es decir, las no sujetas a condiciones que, cumplidas, las hagan desaparecer o las subsanen. Y hoy, como antes, en casación se pueden alegar las que no se propusieron oportunamente, siempre que no estén revalidadas conforme a la ley.

* * *

De acuerdo con las consideraciones que anteceden y con la petición 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 Bogotá, de fecha 15 de julio de 1943, que condenó a Neftalí Hernández, como reo de asesinato, a la pena principal de quince años de presidio.

Devuélvase el expediente al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Salvo mi voto en la precedente sentencia porque reconociendo, como reconoce la Sala el derecho del defensor, conforme al artículo 503, Código de Procedimiento Penal, para solicitar que se le propusieran al Jurado cuestiones o preguntas sobre legítima defensa del procesado o de su padre y de riña imprevista, petición que el Juez *a quo* negó, me parece que la casación debería prosperar.

Para evitar inútiles repeticiones, me remito a las razones expuestas en salvamento de voto del Conjuez doctor Guillermo Morales Peña y del suscrito, en la casación de Severo Díaz, sentencia y salvamento fechados el veintiséis de junio último.

No era óbice para que en el presente caso se considerara fundado el recurso la circunstancia de haber propuesto el apoderado este motivo o aspecto de casación en el capítulo de su alegato dedicado a la causal 2ª, en vez de incrustarlo en el capítulo sobre la causal de nulidad, pues aun cuando la técnica del recurso haga más indicada esta última colocación, la ley no lo exige perentoriamente. "La Corte no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes", es lo único que dice el artículo 568, Código de Procedimiento Penal; y en el presente caso sí se alegó la causal de nulidad, viable en mi concepto, puesto que al procesado se le privó de un derecho esencial para su defensa.

José Antonio Montalvo

Bogotá, 4 de septiembre de 1944.

Concurso ideal o formal de delitos.—Delito continuado. Concurso real o material

El artículo 31 del Código Penal se refiere al que con un mismo hecho viola varios preceptos de la Ley Penal, figura que se llama concurso ideal o formal.

Y el artículo 32 es la determinación del fenómeno jurídico conocido con el nombre de delito continuado, **en el que se finge o se tiene como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la Ley Penal, cuando haya unidad de designio.**

En cambio, el artículo 33 ofrece la fórmula del concurso real o material **de delitos, lo cual quiere significar que el responsable ha cometido varias infracciones separada o conjuntamente y que se juzgan en un mismo proceso.**

En el caso del proceso, Lozano lesionó con un garrote o palo a dos personas y luégo las hizo víctimas de un robo que fue el fin que se propuso lograr por medio de las heridas; el concurso de los tres delitos evidentemente toma el carácter de material o real, en una indudable conexidad, siendo obvio que Lozano no violó distintos mandatos penales "con un mismo hecho", ni menos pueden sus transgresiones merecer la calificación de continuadas. La relación de medio a fin entre el daño que padecieron los lesionados en sus cuerpos, y el robo, es una clara pluralidad de hechos criminosos, de resultados y de designio o intención, sin que sea admisible por ningún aspecto lo que dice el recurrente en su demanda: que él únicamente ejecutó el delito de robo, ya que las lesiones no son sino el elemento de violencia a las personas a quienes puso en imposibilidad de obrar, conforme al ordinal 4º del artículo 404 del Código Penal. No. Lo que pasa es que cualesquiera violencias ejercitadas para robar, que le dejen a la víctima una daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación psíquica, de por sí comportan delito de lesiones personales independiente del delito de robo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elias Aguirre).

VISTOS:

Porque Constain Lozano causó graves lesiones a sus tíos Pedro Pablo y Mariana Oyola, sin intención de matarlos, y porque les robó varios efectos avaluados en ochenta y cuatro pesos y cuarenta centavos ($ 84.40), el veintitrés de abril de mil novecientos cuarenta y uno, en el paraje *Navarro*, del Municipio de Cali, el Juez 2º de ese Circuito Penal condenó al reo a la sanción principal de diez años de presidio, con base en los artículos 33, 36, 37, 373, 374 y 404 del Código de 1936, fallo que hubo de confirmar el Tribunal Superior del referido Distrito Judicial.

Interpuso el reo recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, recurso que hoy decide la Corte.

El demandante invoca la causal 1ª del artículo 567, Ley 94 de 1938: *errónea interpretación o indebida aplicación de la Ley Penal.*

La Procuraduría no encuentra justificada la causal y pide que se deseche el recurso, tesis que es la misma de la Sala.

* * *

Acusa Lozano la sentencia en dos sentidos: en cuanto el Tribunal observó la regla del artículo 33 del Código Penal, debiendo ser o el artículo 31 o el 32 ibidem, y en cuanto no se le impuso el mínimo de la pena, que era el indicado, pues alega que no existe ninguna de las circunstancias de mayor peligrosidad que se le imputaron.

* * *

Considera la Corte:

I. El artículo 31 se refiere al que con un mismo hecho viola varios preceptos de la Ley Penal, figura que se llama *concurso ideal o formal.*

Y el artículo 32 es la determinación del fenómeno jurídico conocido con el nombre de *de-*

lito continuado, en el que se finge o se tiene como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la Ley Penal, cuando haya unidad de designio.

En cambio, el artículo 33 ofrece la fórmula del *concurso real o material* de delitos, lo cual quiere significar que el responsable ha cometido varias infracciones separada o conjuntamente y que se juzgan en un mismo proceso.

Entonces, si Constain Lozano con un garrote o palo lesionó a dos personas, y si luégo las hizo víctimas de un robo que fue el fin que se propuso lograr por medio de las heridas, el concurso de los tres delitos evidentemente toma el carácter de material o real, en una indudable conexidad, siendo obvio que Lozano no violó distintos mandatos penales "con un mismo hecho", ni, menos, pueden sus transgresiones merecer la calificación de continuadas. La relación de *medio a fin* entre el daño que padecieron Pedro Pablo y Mariana Oyola en sus cuerpos, y el robo, es una clara pluralidad de hechos criminosos, de resultados y de designio o intención, sin que sea admisible por ningún aspecto lo que dice Lozano en alguna parte de su demanda: que él únicamente ejecutó el delito de robo, ya que las lesiones no son sino el elemento de violencia a las personas a quienes *puso en imposibilidad de obrar,* conforme al ordinal 4º del artículo 404 del Código Penal. No. Lo que pasa es que cualesquiera violencias ejercitadas para robar, que le dejen a la víctima un daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación psíquica, de por sí comportan delito de lesiones personales independiente del delito de robo.

Sobre la base, pues, de un concurso material de delitos, el Tribunal no aplicó mal la Ley Penal ni la interpretó erróneamente.

* * *

II. Tampoco prospera el cargo de que no hay circunstancias de mayor peligrosidad que autorizaran la imposición de una pena superior al mínimo.

El artículo 36 del Código contiene la norma que es menester seguir para fijar la sanción: gravedad y modalidades del hecho delictuoso, motivos determinantes, circunstancias de mayor o menor peligrosidad y personalidad del agente.

Graves resultan los actos que perpetró Constain Lozano, por el número de las infracciones, por las consecuencias de las heridas a Pedro Pablo y Mariana Oyola y porque lesionó a éstos para poder robar.

Bastaría esa múltiple gravedad objetiva para fundamentar una pena que excediese del mínimo.

Pero es que, además, aparecen varias circunstancias de mayor peligrosidad: los antecedentes de Lozano indican depravación y libertinaje; lo guiaron motivos innobles; faltó a los deberes especiales del parentesco con los ofendidos y abusó de las condiciones de inferioridad personal de una mujer (1ª, 3ª, 4ª y 7ª del artículo 37).

Tales circunstancias y la gravedad objetiva de que se habló, dan un apoyo firme a la penalidad impuesta.

* * *

En mérito de las razones que preceden y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, la Corte Suprema *no infirma* la sentencia del Tribunal Superior de Cali que condenó a Constain Lozano, el 14 de diciembre de 1942, a diez años de presidio por robo y doble delito de lesiones personales.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, José Antonio Montalvo, Jorge Enrique Gutiérrez A., Conjuez; *Guillermo Morales Peña,* Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Audiencia del Agente del Ministerio Público en las diligencias que se siguen contra los funcionarios públicos por demoras u omisiones en el ejercicio de su cargo.

Por la trascendencia que tiene la orden de cesación de un procedimiento penal, el legislador exigió que conceptuara el representante de la sociedad, es decir, el Agente del Ministerio Público (artículo 153 del Código de Procedimiento Penal). Si aquel concepto es favorable, el Juez puede dictar la providencia de cesación de procedimiento o apartarse de la opinión del Agente del Ministerio Público; pero si fuere desfavorable, el Juzgador no puede contrariar el querer de la sociedad que se supone expresado por medio de su vocero, porque justamente el ejercicio de la acción penal le está atribuído al Ministerio Público y si éste considera que debe proseguirse un proceso, la autoridad judicial no puede apartarse de esa opinión.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, julio cinco de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Tunja, en providencia de 13 de diciembre último, ordenó con aplicación del articulo 153 del Código de Procedimiento Penal, cesar todo procedimiento contra el doctor Cibel Barrera Beltrán, Juez 2º del Circuito de esa ciudad, y demás personas a quienes se imputan demoras u omisiones en el juicio civil de Milciades Bernal contra Sagrario Cupa.

Llegado, en consulta, el expediente a esta Sala, se corrió traslado correspondiente al señor Procurador, quien ha conceptuado que se revoque la providencia aludida por haber sido dictada sin el dictamen favorable del Fiscal del Tribunal, funcionario que consideró que no era el caso de dar aplicación al articuló 153 nombrado, sino el de proferir un sobreseimiento definitivo.

El precepto de que se viene hablando es del tenor siguiente:

"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."

La sentencia de que trata esa disposición sólo puede dictarse en casos excepcionales puesto que requiere plena prueba de las condiciones allí enumeradas, y, por ese motivo, resulta inexplicable la forma como se está, en lo general, prodigando la terminación de los procesos por medio de ese artículo.

Precisamente por ser de aplicación excepcional y por la trascendencia que tiene la orden de cesación de un procedimiento penal, el legislador exigió que conceptuara el representante de la sociedad, es decir, el Agente del Ministerio Público.

Si aquel concepto es favorable, el Juez puede dictar la providencia de cesación de procedimiento o apartarse de la opinión del Agente del Ministerio Público; pero si fuere desfavorable, el juzgador no puede contrariar el querer de la sociedad que se supone expresado por medio de su vocero, porque justamente el ejercicio de la acción penal le está atribuído al Ministerio Público y si éste considera que debe proseguirse un proceso, la autoridad judicial no puede apartarse de esa opinión.

En el presente caso, prácticamente los efectos de la solución tomada por el Tribunal son idénticos a los que resultarían si se atendiera el concepto del señor Fiscal. Pero no se trata de eso, sino de amoldar las decisiones judiciales a los trámites y procedimientos establecidos por la

ley. Por ello, sin entrar la Sala a decidir en el fondo sobre la providencia consultada, acoge la solicitud del señor Procurador.

Por lo tanto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la providencia de 13 de diciembre de 1943 del Tribunal Superior de Tunja por medio de la cual se ordenó "cesar todo procedimiento contra el doctor Cibel Barrera Beltrán y demás personas a quienes se imputan demoras u omisiones en el juicio civil de Milciades Bernal contra Sagrario Cupa, por no estar considerado infracción penal el hecho imputado", y en su lugar dispone que continúe la investigación, si no estuviese completa, y se califique oportunamente.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Incompetencia de la Sala Penal de la Corte para conocer de los procesos por responsabilidad contra los Magistrados Administrativos

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 para juzgar a los Magistrados de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, ni siquiera por cargos de responsabilidad. Así, pues, si no es la Corte Suprema, por medio de la Sala Penal, la que puede conocer en única instancia o privativamente de tales procesos, son los Jueces de Circuito en el ramo Penal, los autorizados para ese conocimiento, en armonía con el artículo 47, numeral 1º, de la Ley 94 de 1938, aun cuando padezca la elegantia juris al someter a un Magistrado de Tribunal Administrativo a la jurisdicción y competencia de un Juez de Circuito.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

VISTOS:

El señor Manuel Guillermo Guerrero Villamizar denunció a los Magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Norte de Santander, doctores José Concepción García Peña, Horacio Carvajal Bonilla y José María Barco "por denegación de justicia" por no haber sido atendido como demandante en un litigio que promovió ante esa corporación relacionado con las elecciones verificadas el 21 de marzo de 1943 y en lo referente a los Municipios de Arboledas, Pamplona, Pamplonita, Chinácota y Convención.

En realidad la investigación no se ha realizado porque las autoridades no han practicado las diligencias instructivas pertinentes, pero el Juez Segundo del Circuito Penal de Cúcuta, invocando el ordinal 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal ha enviado aquella denuncia a la Corte, por estimar que la competencia para juzgar a los Magistrados de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo le está atribuida a esta Sala.

En providencia de cinco de julio del año en curso, en asunto semejante al presente, dijo la Sala:

"Bajo la vigencia del actual Código de Procedimiento Penal y antes de expedirse la Ley 167 de 1941 que el Tribunal Superior de Bucaramanga cita, se presentó a la Corte la cuestión de si los Magistrados de Tribunales Administrativos habían quedado sometidos a la competencia ordinaria o si continuaban con el fuero especial dentro del cual los había colocado el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 105 de 1931 (Organización Judicial), disposición que atribuía a esta Sala de la Corte competencia especial para juzgar, entre otros funcionarios, a dichos Magistrados.

"Al resolver el punto dijo entonces la Corte lo siguiente:

'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 para juzgar a los Magistrados de esa clase de Tribunales (los Administrativos) ni siquiera por cargos de responsabilidad.'

"Y en otra providencia, fechada el 31 de mayo de 1940 (Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre, *Gaceta Judicial* números 1957 y 1958), había explicado esta Sala su pensamiento así:

'Y no tienen ni pueden tener aplicación ninguna esos artículos 100, Ley 130 de 1913, y 33, Ley 105 de 1931, en los procesos iniciados a partir del día en que recibió vida jurídica, formal y materialmente, la Ley 94 de 1938, puesto que los derogó de manera implícita esta última Ley y los sustituyó en la contingencia concreta estudiada por el ordinal 6º del artículo 42.'

'La Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente de los asuntos siguientes:.... 6º De las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan contra los Agentes Diplomáticos o Consulares de la República, los

Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las fuerzas nacionales, el Contralor General de la República, el Tesorero General de la misma y los Intendentes y Comisarios', expresa dicho artículo 42;

'En ningún pasaje del nuevo Código de Procedimiento Penal, se le concede a la Corte Suprema, por conducto de su Sala Penal, la facultad de juzgar privativamente o en única instancia a los Magistrados de los Tribunales del servicio Contencioso Administrativo;

'No hay que olvidar el principio de que las leyes sobre jurisdicción y competencia son de estricta interpretación, de taxativo entendimiento, de literal observancia, que en absoluto rechazan de por sí cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones, necesaria como es, no se desnaturalice con un dañoso arbitrio judicial que tienda a permitir a los falladores el uso de cualquiera atribución que las leyes no les han señalado expresamente;

'Pero lo que más interesa es saber cuál intención o espíritu informó el artículo 42, Ley 94 de 1938, intención que, al investigarla con ayuda de la historia fidedigna que comporta la génesis de ese precepto, viene a traer la clave para explicar la razón y el alcance de éste. En el tomo 1º de los *Trabajos preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal,* las actas números 29 a 44 (páginas 106 a 134), consignan las discusiones acerca de la fórmula original con que se presentó el hoy artículo 42, y, concretamente, el ordinal 6º. Quiso la Comisión, y el Congreso lo aceptó, dejar tan sólo, «los fueros especiales consagrados en la Constitución de modo que al derecho común corresponderán todos aquellos que hoy existen pero que no fueron estatuídos por el constituyente». Y hasta se expresó que tales privilegios o fueros se estatuían «únicamente porque existe una disposición constitucional que así lo impone». Y los fueros especiales en lo tocante a las atribuciones de la Corte Suprema, por lo que hace a la cuestión penal, no son otros que los previstos en el artículo 1º de la nueva codificación de la Carta Fundamental. La ponencia de las páginas 106 y 107 se proyectó definitivamente en la página 31 del tomo VIII, y en el Congreso, el Senado de la República se limitó «a corregir ciertos detalles de redacción, y agregar o incluír en las previsiones a los Intendentes y Comisarios».

'De tal suerte que el espíritu que guió a la Comisión y al legislador es nítido: reducir el fuero especial de juzgamiento penal por la Corte a los funcionarios que determina la Constitución, suprimiendo el privilegio que en el particular beneficiaba a los numerosos empleados del ordinal 5º, artículo 33, de la Ley 105 de 1931;

'Podría argüirse que el problema no se resuelve con lo que la Corte está argumentando; ya que la dificultad estriba en el artículo 723 del Código de Procedimiento Penal, artículo concebido así: «Quedan derogadas todas las disposiciones del Libro III del Código Judicial y las leyes que lo adicionan y reforman; pero en las materias que no estén previstas en el presente Código continuarán aplicándose las leyes y reglamentos especiales». Alegaríase que existe un vacío en lo relativo al fuero de algunos altos empleados públicos, vacío que debe llenarse con las leyes anteriores, conforme a la permisión de la última parte del artículo 723. Pues bien. La Corte contesta que quien eso alegare incurriría, de seguro, en un notorio yerro. El artículo 723 lo que derogó *expresamente* fue el Libro III del Código Judicial, pero la Ley 94 de 1938, al reglamentar todo lo que toca con la jurisdicción y competencia en el ramo Penal, dejó insubsistentes las normas que habían venido rigiendo sobre la materia (artículo 3º, Ley 153 de 1887);

'Si no es la Corte Suprema, por medio de la Sala Penal, la que puede conocer en única instancia o privativamente de procesos como el actual, son los Jueces de Circuito en el ramo Penal los autorizados para ese conocimiento, en armonía con el artículo 47, numeral 1º, Ley 94 de 1938, aun cuando padezca la *elegantia juris* al someter a un Magistrado de Tribunal Administrativo a la jurisdicción y competencia de un Juez de Circuito.'

"Debe examinarse ahora el nuevo problema suscitado por el Tribunal Superior de Bucaramanga de si la Ley 167 de 1941, 'sobre organización contencioso-administrativa' restableció el juzgamiento de los Magistrados de ese ramo, por competencia especial y extraordinaria de la Corte.

"Verdad es que el artículo 45 de dicha Ley dispone: 'Salvo disposición especial, los Consejeros de Estado gozarán de los mismos derechos y prerrogativas acordados a los miembros de la Corte Suprema de Justicia. A los Magistrados de los Tribunales Administrativos corresponden los establecidos en favor de los miembros de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.'

"Pero no es menos cierto que el artículo siguiente, o sea el 46, dice: 'Los Consejeros de Estado serán juzgados de la manera prevenida en los artículos 20 y 29 del Código Judicial y concordantes de estos textos.'

"El legislador mismo no consideró que entre 'los derechos y prerrogativas' a que alude el artículo 45, correspondientes a ciertos funcionarios esté el de ser juzgados por una jurisdicción

o mediante una competencia especial, porque a renglón seguido dice, en el artículo 46, que los Consejeros de Estado según juzgables 'de la manera prevenida en los artículos 20 y 28 del Código Judicial y concordantes de estos textos', y puesto que nada estatuyó sobre juzgamiento de los Magistrados de Tribunales Administrativos, debe entenderse que ellos no están sometidos a jurisdicción o competencia especial.

"En estas materias no caben argumentos de analogía porque la jurisdicción y la competencia son de orden público; a más que en el presente caso no sería admisible la razón de analogía, puesto que el legislador mismo la descartó tácitamente."

Por lo tanto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se inhibe de conocer de este asunto relativo a la denuncia presentada contra los Magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Norte de Santander por el señor Manuel Guillermo Guerrero Villamizar y ordena devolverlo al Juzgado de procedencia que es el competente para conocer de esas imputaciones.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Delito de robo

Tanto la doctrina como la legislación nuestra califican de robo la utilización de llaves falsas o de la verdadera cuando ha sido sustraída.

Comete robo, o hurto agravado o calificado, según el sistema que adopte cada Código, la persona que usa la llave legítima sin el consentimiento del dueño, bien porque a éste se le haya sustraído o porque se haya obtenido de cualquier modo ilícito o porque se haya retenido. Y debe entenderse que la llave es legítima cuando el dueño le ha dado la destinación de abrir la cerradura, aunque en realidad se trate de una llave contrahecha o adaptada a la cerradura. Y así, por ejemplo, si el dueño de un establecimiento pierde sus llaves y manda hacer otras, valiéndose de esqueletos de llaves viejas o simplemente de otras marcas, adquiere en esa forma llaves adaptadas pero que son legítimas en cuanto su destino es dado por el propio dueño. Si quien se encontró las llaves perdidas, legítimas por su origen y de marca igual a la de la chapa, las emplea para entrar a sustraerse un objeto de ese establecimiento, comete robo puesto que es una llave legítima mal habida, sin el consentimiento del dueño, a quien se le extravió. Si se obtiene por medio del hurto, de la retención o de cualquiera otra manera indebida la llave contrahecha, es decir, la que mandó hacer el dueño al cerrajero para suplir la extraviada, y quien hace tal obtención la utiliza para penetrar al mismo establecimiento y apropiarse del bien ajeno, comete también robo porque usó una llave que sin ser la auténtica es la legítima por la destinación que le dio su dueño.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre trece de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

VISTOS:

El señor Edilberto Huertas, en su carácter de Jefe del Almacén General del Ministerio de Guerra, denunció el 27 de enero de 1939 el hecho de que de esa dependencia oficial habían sido sustraídos 261 pares de guantes de piel marca "Real Napa", 25 pares de guantes de hilo y 3 vestidos de paño azul.

Iniciada la investigación se descubrió que los guantes se hallaban en el comercio en diversos almacenes de la ciudad de Bogotá por venta hecha a los comerciantes por Simón Delgadillo, quien a su turno los había adquirido de manos de Moisés Contreras, Sargento primero del Ejército.

Correspondió la calificación del sumario al Juzgado 5º Penal del Circuito de Bogotá que llamó a responder en juicio penal al nombrado Sargento Contreras por el delito de hurto, calificación que fue reformada por el Tribunal en el sentido de que la infracción por que debía responder el procesado era la de robo.

Adelantado el juicio se condenó a Contreras en sentencia de primera instancia a la pena principal de tres años de presidio, fallo que fue confirmado por el Tribunal el 14 de diciembre de 1942 y contra el cual interpuso recurso de casación el señor defensor del reo.

El recurrente alega ante la Corte las causales primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pero fundadas ambas en un único motivo, a saber: que el delito imputado a Contreras no es el de robo sino el de hurto y por lo mismo la sentencia recurrida aplicó equivocadamente la Ley Penal y por ello debe buscarse la enmienda en el sentido de absolver al procesado.

El reparo así enfocado implica una errónea denominación del delito por parte del Tribunal,

lo que es materia de la causal segunda, tanto más si se tiene en cuenta que este asunto fue decidido en la primera instancia por un Juez de Circuito que está obligado a valorar las probanzas según los derroteros señalados por la ley, ya se trate de la comprobación del cuerpo del delito o ya se mire a las pruebas de la responsabilidad.

No hubo robo porque no existió la violencia, puesto que el sindicado penetró en el almacén en donde estaban los guantes sin romper ni fracturar ni las puertas ni las ventanas ni los muros, sino utilizando una llave. Este es en resumen, el argumento de la demanda.

El Juez al proferir su llamamiento a juicio se apartó del concepto del Agente del Ministerio Público que pedía un auto de proceder por robo.

Vale la pena copiar los motivos de esa separación. Dijo el Juez:

"Sin embargo, el Juzgado disiente de este respetable concepto y determina el delito como hurto simplemente, por estas razones: 1ª) Porque propiamente en la sustracción no hubo violencia alguna contra las personas o las cosas, circunstancias éstas que son las que caracterizan el robo; 2ª) Porque el armario de donde fueron sustraídos los guantes carecía de llave; 3ª) Porque el sindicado tenía acceso libre por las funciones que desempeñaba, para entrar a todas las dependencias del Ministerio de Guerra, inclusive al almacén de vestuario, donde estaba el armario, con los guantes que sustrajo; 4ª) Porque la llave con que abría el almacén, la encontró en el mismo Ministerio y la guardó sin obstáculo alguno de sus superiores; y 5ª) Porque al menos se presenta una duda para optar la denominación del delito, que debe resolvérsele favorablemente. El delito de hurto tiene menos pena que el de robo."

Comenzando por el último punto, la Sala desea expresar el concepto de que el conocido principio de *in dubio pro reo* sólo puede tener la aplicación restringida de aceptar la favorabilidad para el procesado en cuestiones de hecho relativas ya a la inocencia o responsabilidad del procesado, ya a las circunstancias modificadoras o eximentes de ésta. Ahora, al resolver la duda de hecho en favor del procesado de ello resultará la aplicación de un precepto legal y no la de otro. Pero el aforismo no es aplicable para entrar en una especie de transacción benigna en cuestiones jurídicas.

No menos descarriado está el funcionario de primera instancia en sus demás apreciaciones, pues tanto la doctrina como nuestra legislación califican de robo la utilización de llaves falsas o de la verdadera cuando ha sido sustraída.

Como lo anota en su vista el señor Procurador, el abogado de Contreras no niega que éste se hubiera apoderado de los guantes, ni afirma por ningún concepto la inocencia de su defendido sino que sostiene simplemente que el delito no es el de robo, por la circunstancia invocada por el mismo Juez de que esta infracción está caracterizada exclusivamente por la violencia a las cosas o a las personas. Es necesario, por lo tanto, analizar cómo sucedieron los hechos para luégo sacar la conclusión jurídica de si el delito es simplemente un hurto o más bien un robo.

Según el denunciante, Jefe del Almacén del Ministerio, las únicas personas que manejaban el depósito eran Hipólito Zambrano y José Simeón Barbosa.

El procesado Contreras era Sargento primero y Jefe de ordenanza, sin conexión especial con el almacén, o mejor dicho, sin que dentro de sus funciones estuviera la de manejar los artículos que se hallaran en aquella dependencia, adonde podía entrar "para efectos del control y del aseo", según él mismo lo afirma en su indagatoria.

En la misma diligencia expresa:

"A fines del año pasado, y en virtud del puesto que ocupo, encontré en la oficina de la Secretaría del Ministerio, una caja con bastantes llaves y las tomé, con el consentimiento del Jefe con el fin de medirlas en las cerraduras y de ver a cuáles les servían, ya que había unas que no tenían llave. Un asistente, a quien no le recuerdo el nombre, me ayudó en el trabajo de comparar las llaves y me dijo: 'Esta llave sirve para el almacén de vestuario', y me la entregó. Las llaves que servían, iban siendo clasificadas y marcadas con un cartón y una vez hecho esto, se volvieron a guardar en la misma de donde se habían sacado. Al poco tiempo después, sustraje esa llave, o mejor la que servía para el almacén de vestuario y la guardé en mi poder. Con esa llave abría y entraba al amacén y sacaba cantidades de guantes de piel y de hilo."

La apropiación de los guantes la hizo Contreras usando la llave que casualmente servía para abrir la cerradura de la puerta del almacén y esa tarea delictuosa la realizó según su propia confesión "los días sábados o los domingos" aprovechando la ausencia de los empleados.

La llave en cuestión, que obra en este proceso, es marca *Yale* y la chapa de la puerta del almacén es marca *Jowil*.

De la relación de los hechos resulta que Contreras no estaba autorizado para utilizar ninguna llave de las puertas del almacén, puesto que ni siquiera era empleado especial de esa depen-

dencia. Sencillamente acertó en la coincidencia de hallar una llave *Yale* que se acomodaba a la chapa *Jowil,* cuando con el consentimiento del Jefe del mismo almacén se dio a la ocupación de medirlas con el objeto de ver cuáles funcionaban y cuáles nó. Realizada esa labor nadie le dio permiso para que conservara la llave que después fraudulentamente utilizó, ni tampoco se le dio autorización para que la dejara en sitio de fácil acceso, de donde pudiera tomarla para entrar al local del almacén.

Aún más, y este es un detalle importante, no existe dato de ninguna naturaleza en el expediente que permita creer que en el Ministerio, oficialmente o privadamente, se hubiera resuelto usar la llave *Yale* para abrir la chapa *Jowil.* Tan sólo se sabe que se advirtió la coincidencia entre aquella llave y esta chapa, pero no se trató de aprovechar esa circunstancia, porque es claro suponer que las puertas del almacén ya tenían sus llaves comunes y corrientes para poder entrar y salir los empleados.

Nuestro legislador al expedir el nuevo Código Penal siguió muy de cerca a los Códigos de Italia conocidos con el nombre de Zanardelli y de Rocco, pero en este tema de los delitos contra la propiedad no quiso imitarlos en el sentido de considerar que el hurto y el robo no son dos delitos distintos.

La utilización de la violencia, la ejecución del delito de noche, el empleo de medios que implican fraude como el uso de llaves falsas o de otros instrumentos, son considerados en Francia, en Italia y en la mayor parte de los paises, como circunstancias agravantes o calificadoras del hurto.

Las exposiciones de los tratadistas y la jurisprudencia de algunos países sirven para el tema que nos ocupa porque lo referente al uso de llaves falsas, o de la verdadera que haya sido sustraída o retenida o casualmente hallada por el delincuente, ha sido considerado para establecer si existe o nó el hurto calificado o agravado o si tan sólo se está en presencia de un simple hurto.

El Código nuestro de 1890 decía en su artículo 776:

"También hace fuerza o violencia a las cosas el que usa de falsa llave, de ganzúa, o de cualquiera otro instrumento que no sea la llave propia y verdadera, o de ésta sin conocimiento del dueño, o el que se vale de algún doméstico para abrir alguna cosa o introducirse en alguna casa o lugar cerrado."

Esta disposición es muy semejante a la del Código italiano antiguo que fijaba como calificado el hurto en su numeral 5º del artículo 404, así:

"Si el culpable, para cometer el hecho o para transportar la cosa sustraída, abre cerraduras, valiéndose de llaves falsas o de otros instrumentos, o aun de la llave verdadera perdida por el dueño o a él sustraída, o indebidamente habida o retenida."

El inciso segundo del artículo 362 del Código uruguayo dice:

"Si el culpable, para cometer el delito o para transportar la cosa robada, hubiese abierto cerraduras, valiéndose de llaves falsas o de otros instrumentos, o de la llave verdadera perdida por el dueño, sustraída al mismo o indebidamente habida o retenida."

Comentando esta última disposición dice el profesor José Irureta Goyena:

"'Valiéndose de llave falsa', dice el inciso. (¿Qué debemos entender por tál?). El Código español, después de indicar algunas spécimens de llaves falsas, concluye su definición con una fórmula genérica de que dan idea los siguientes términos: (Es llave falsa toda aquella que no se halla destinada por el dueño para la apertura de las cerraduras, violentadas por el culpable)."

"'O de la llave verdadera perdida por el dueño', continúa diciendo el inciso. Llave verdadera es aquella que en el momento en que se verifica el delito, el dueño la destina a la apertura del mecanismo falseado...."

"'Sustraída al mismo'. La interpretación de esta expresión, no puede sugerir duda alguna: se refiere a los casos ordinarios de apoderamiento abusivo o de hurto de la llave."

"'O indebidamente habida o retenida'. Es admirable la previsión del legislador. Independientemente del caso de la sustracción, hurto o robo, la llave se puede adquirir por otros medios ilícitos y que impliquen un abuso de carácter civil o penal. La ley debía contemplar también las situaciones en que se hiciese uso de una llave conseguida por tales medios, y lo ha hecho valiéndose de los términos expuestos, cuya amplitud es digna de elogio."

Nuestro Código en el capítulo correspondiente al robo, distinto del que trata del hurto, tiene el artículo 404 que dice:

"La pena de robo será de tres a catorce años de presidio en los siguientes casos:

. . . . . .

"3º Si se cometiere con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas; con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar...."

El recurrente trata de desvanecer el alcance de la frase pronunciada por Contreras en su inda-

gatoria: "sustraje esa llave" diciendo que el indagado no se dio cuenta de lo que significaba la sustracción y agrega que no puede dársele tal nombre "al hecho de haber tomado una llave de una caja donde él mismo la había puesto, que sólo estaba a su cuidado y cuya destinación había sido dada únicamente por él."

Si la llave *Yale*, como ya se dijo anteriormente y como queda confirmado con las palabras que acaban de copiarse, no había sido destinada por el Estado, dueño de los guantes, para abrir el almacén que tenía la chapa *Jowil* sino que tal destinación se la dio el procesado, entonces la llave, a pesar de no ser contrahecha sino de ser una llave legítima pero para otra cerradura, se debe reputar como falsa en relación con la cerradura del almacén.

Según lo que anteriormente se deja expuesto comete robo, o hurto agravado o calificado, según el sistema que adopte cada Código, la persona que usa la llave legítima sin el consentimiento del dueño, bien porque a éste se le haya sustraído o porque se haya obtenido de cualquier modo ilícito o porque se haya retenido.

Y debe entenderse que la llave es legítima cuando el dueño le ha dado la destinación de abrir la cerradura, aunque en realidad se trate de una llave contrahecha o adaptada a la cerradura. Y así, por ejemplo, si el dueño de un establecimiento pierde sus llaves y manda hacer otras, valiéndose de esqueletos de llaves viejas o simplemente de otras marcas, adquiere en esa forma llaves adaptadas pero que son legítimas en cuanto que su destino es dado por el propio dueño.

Si quien se encontró las llaves perdidas, legítimas por su origen y de marca igual a la de la chapa, las emplea para entrar a sustraerse un objeto de ese establecimiento, comete robo puesto que es una llave legítima mal habida, sin el consentimiento del dueño, a quien se le extravió.

Si se obtiene por medio del hurto, de la retención o de cualquier otra manera indebida la llave contrahecha, es decir, la que mandó hacer el dueño al cerrajero para suplir la extraviada, y quien hace tal obtención la utiliza para penetrar al mismo establecimiento y apropiarse del bien ajeno, comete también robo porque usó una llave que sin ser la auténtica es la legítima por la destinación que le dio su dueño.

Pero en el caso de autos el delincuente no empleó una llave legítima sino una llave falsa, aunque no sea una llave contrahecha, por la sencilla razón de que su dueño no le había dado el destino de servir para abrir la cerradura del almacén.

En esas condiciones no importa que la llave no haya sido sustraída, para que se esté frente al delito de robo, porque el elemento de la sustracción lo predica el Código en relación con la llave legítima, pero mal podría exigirla cuando se trata de la falsa, en que haya o no haya sustracción de ella, su solo empleo implica el delito de robo.

Igualmente inválido es el argumento de la demanda, encaminado a demostrar que no hubo robo porque Contreras tenía libre acceso al almacén y por lo tanto, el haber usado la llave era un accidente sin importancia. Y es írrito ese argumento porque Contreras no tenía autorización para portar llaves del almacén; que estaba al cuidado de otras personas y que tenía su cerradura con llaves entregadas a aquellos empleados.

El razonamiento del recurrente lleva como consecuencia la de creer que en las oficinas públicas a las cuales tiene libre acceso el público, puede en los días domingos en que no hay servicio, penetrar cualquiera con una llave falsa y apropiarse de lo ajeno sin que eso constituya delito de robo, lo que es claramente inaceptable. Y la situación de Contreras no era distinta de la de cualquier particular a ese respecto.

De lo expuesto se desprende que estuvo bien apreciado por el Tribunal el hecho delictuoso cuando lo calificó de robo y no de hurto, con lo cual se está diciendo también que ni la causal primera, ni la segunda invocadas por el demandante tienen apoyo alguno.

El señor Procurador hace esta observación:

"En el presente caso se trata de un neto delito de índole militar, porque militar fue el autor del robo, el hecho lesionó bienes del Ejército Nacional y aparecen infringidas leyes militares (artículos 170 de la Constitución Nacional, 10 y 222 de la Ley 84 de 1931).

"Pero como en la investigación figuraban como complicados algunos particulares, el conocimiento del negocio correspondió a la justicia ordinaria, al tenor del artículo 13 del Código Militar.

"En virtud de tal precepto, y en esto consiste cabalmente la observación de la Procuraduría, al acusado Contreras ha debido enjuiciársele con cita de la ley militar en la parte resolutiva del auto de proceder, y aplicársele esa ley, aunque en realidad el artículo 222 del Código Militar, quebrantado por el reo, remita al Código Penal para los efectos de la sanción, aumentada ésta, eso sí, en una tercera parte.

"Mas como esta irregularidad no ha sido planteada ante la Corte, y la Procuraduría no tiene hoy facultad para hacer oficiosamente la demanda ni para ampliarla, por eso se limita a anotar el hecho, sin más propósito que el de que se tenga en cuenta para lo futuro por parte de los sentenciadores, tanto más si ese error no ha

traído perjuicio o menoscabo de los derechos del reo, aunque sí de la sociedad, sino antes bien un beneficio o provecho para él. Por otra parte, el Fiscal no ha sido recurrente en casación."

La Corte observa que en el presente asunto, la competencia para juzgar a Contreras correspondía a la justicia militar, puesto que los particulares no justiciables por esos Tribunales obtuvieron sobreseimiento definitivo, y quedó así solamente como enjuiciado un militar responsable de un delito militar. Desafortunadamente este tema de la incompetencia de la justicia ordinaria no fue propuesto en casación, ni puede la Sala decidirlo oficiosamente en este recurso.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Procurador, *no invalida* la sentencia de catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Moisés Contreras a la pena principal de tres años de presidio y a las accesorias correspondientes por el delito de robo en bienes del patrimonio del Estado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, Jorge Gutiérrez Gómez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Invalidación de la sentencia del Tribunal de Santa Marta por no haberle aplicado al homicida sentenciado las medidas de seguridad conforme al Código Penal

Dentro del nuevo estatuto penal el autor del delito en el caso del proceso debe ser sometido, según el artículo 29, a las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título 2º del Libro Primero, esto es, a la medida de seguridad de reclusión en un manicomio criminal, según los artículos 61, 62, 63 y 64 de la misma obra, en armonía con el Capítulo II del Título 2º, Libro Cuarto del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

VISTOS:

El 12 de noviembre de 1937 el Juzgado 2º Superior de Santa Marta llamó a responder en juicio criminal por el delito de homicidio, con circunstancias de asesinato, a Miguel Uribe Julio, responsable de la muerte de Silvano Rincón Antéliz.

A continuación de esa providencia se encuentra la notificación correspondiente concebida en estos términos:

"Hoy trece (13) de noviembre de mil novecientos treinta y siete (1937), notifico al preso Miguel Uribe Julio y dijo que nombra defensor al abogado de pobre (sic). A ruego de Miguel Uribe Julio que no sabe firmar lo hace *Lorenzo Avendaño.—Codina,* Secretario."

El doctor Rafael Martínez Sarmiento, abogado de pobres, fue reconocido como defensor de Miguel Uribe Julio, quien hizo esa designación precisamente en cumplimiento del auto de proceder en donde se decía que el enjuiciado "podrá nombrar su defensor en el acto de la notificación".

Adelantada la causa se realizaron las audiencias públicas y a los Jueces de conciencia se presentaron dos cuestiones concebidas en los siguientes términos:

"El acusado Miguel Uribe Julio ¿es responsable, de acuerdo con el auto de enjuiciamiento, de haber dado muerte voluntariamente a Silvano Rincón Antéliz, por medio de trece (13) heridas a machete, en la cabeza y en la cara, a consecuencia de las cuales murió la víctima pocos momentos después; hecho ocurrido entre las dos y las tres de la tarde del día once (11) de julio del año pasado, en Cerro Redondo, Municipio de Aguachica, de esta jurisdicción; y en ese hecho procedió el matador con premeditación?"

"El acusado Miguel Uribe Julio ¿cometió los hechos que se mencionan en la cuestión principal con las siguientes circunstancias. o con algunas o parte de ellas, a saber: con alevosía o a traición, a mansalva y sobreseguro, sorprendiendo a la víctima desapercibida para el ataque e indefensa?"

Las respuestas fueron, respectivamente: "Si, sin premeditación." Y "Si".

En desarrollo de este veredicto el Juez condenó al procesado a la pena principal de diez años de presidio.

Ese fallo se notificó al reo así:

"Hoy doce (12) de agosto de mil novecientos treinta y ocho notifico al preso Miguel Uribe Julio. A ruego de Miguel Uribe Julio, que no sabe firmar, y quien manifiesta que apela, lo hace (firmado), *Luis González.—Codina,* Secretario."

El Juzgado concedió apelación y llegado el asunto al Tribunal, el señor Fiscal de esa corporación escribió esto a título de concepto de fondo:

"Para la vista fiscal ha venido a este Despacho la causa contra Miguel Uribe Julio por homicidio en Silvano Rincón Antéliz, iniciada en la Inspección de Policía de 'Cerro Redondo' el 11 de julio de 1937, por apelación de la sentencia dictada por el Juez Segundo Superior el 11 de agosto de este año. Se considera: este Despacho no encuentra nada que objetar a la provi-

dencia apelada por encontrarla ajustada a la ley y al veredicto del Jurado, motivo por el cual pide su confirmación."

El Tribunal en diminuta providencia declaró nulo todo la actuado, por considerar mal hecha la notificación del auto de proceder.

Vuelto el asunto al Juzgado se le notificó a Uribe Julio el llamamiento a juicio y el Juzgado le nombró como defensor al abogado de pobres.

Surtidas las nuevas audiencias se propusieron al Tribunal de conciencia dos cuestiones semejantes a las sometidas al primer Jurado, y las respuestas fueron las siguientes:

"Sí es responsable, pero sin premeditación"; y "Sí cometió los hechos que se mencionan en la cuestión principal, con alevosía, traición y sorprendiendo a la víctima desapercibida para el ataque."

El Juez, en lugar de proferir el fallo correspondiente, y de seguro con el deseo de replicarle al Tribunal, decidió en ese estado de la causa que el Tribunal había incurrido, por medio de la Secretaría, en el mismo error imputado al Juzgado porque no había hecho las notificaciones de acuerdo con el artículo 308 del Código Judicial. Semejante providencia dio por resultado que volviera el expediente al Tribunal en donde sin ser repartido el negocio, el Secretario de la corporación atendiendo las órdenes del Juez *a quo* hizo las notificaciones del auto del Tribunal declaratorio de la nulidad. Existió, pues un momento en que el Juzgado se desprendió de la jurisdicción, sin que la adquiriera el superior, a no ser que aquel Juez entendiera por tal al Secretario del Tribunal.

El Secretario del Tribunal le devolvió al Juez el expediente y este funcionario retrotrajo el proceso cancelando todo lo hecho durante la causa mediante el auto que dice:

"Obedézcase y cúmplase lo resuelto por el honorable Tribunal Superior; en consecuencia notifíquese el auto de enjuiciamiento dictado por este Juzgado de fecha doce de noviembre de mil novecientos treinta y siete, a las partes."

Estas idas y venidas, este aparente amor a la ley, esta despreocupación por lo que significa la justicia dio lugar a que el veintidós de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, al notificarse al defensor del procesado el auto de enjuiciamiento, de fecha doce de noviembre de mil novecientos treinta y siete, se interpusiera contra esa providencia el recurso de apelación.

Es decir, después de haberse reunido dos cuerpos de Jurados y de haberse proferido una sentencia condenatoria de primer grado en desarrollo del primer veredicto, se coloca el propio Juez de la causa en situación de permitir que el Tribunal éntre a revisar el auto de proceder dictado varios años antes.

El Tribunal transcribió la vista del Agente del Ministerio Público y confirmó el auto apelado con la reforma de que en la parte resolutiva no se mencionara la palabra *asesinato*.

Vino, pues, un tercer Jurado al cual se sometieron estas dos cuestiones:

"El acusado Miguel Uribe Julio ¿es responsable, de acuerdo con el auto enjuiciatorio, de haber dado muerte voluntariamente y con premeditación, a Silvano Rincón Antéliz por medio de trece heridas con machete, en la cabeza y en la cara, a consecuencia de las cuales murió la víctima pocos momentos después, hecho ocurrido entre las dos y las tres de la tarde del día once de julio del año de mil novecientos treinta y siete, en 'Cerro Redondo', Municipio de Aguachica, en esta jurisdicción?"

"El acusado Miguel Uribe Julio ¿cometió los hechos que se mencionan en la cuestión principal con las siguientes circunstancias, o con algunas o parte de ellas, a saber: con alevosía o a traición, a mansalva y sobreseguro, sorprendiendo a la víctima desapercibida para el ataque e indefensa?"

Los veredictos fueron entonces: "Sí, voluntariamente y con premeditación"; y "Sí".

En desarrollo de este tercer veredicto, el Juzgado profirió la sentencia de veinticinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno que sobre la aplicación de la Ley Penal contiene solamente este párrafo:

"Es, pues, el caso de proceder a calificar la delincuencia, calificación, no sujeta a ambigüedades de especie alguna, puesto que, habiendo concurrido la premeditación, así como el haberse perpetrado el hecho hallándose la víctima desapercibida para el ataque e indefensa, lógico resulta el concluir, encontrarnos frente a un perfecto asesinato y de los más graves, y el cual hállase catalogado en el texto 3º del Acto legislativo número 3 de 1910 —artículo transitorio B— que sanciona hechos análogos con la pena de veinte años."

La parte resolutiva condena al procesado a la pena principal de veinte años de presidio.

El Fiscal del Tribunal posiblemente no leyó el expediente o quizás confundido con tántos cuestionarios, con tántas audiencias, con tántos Jurados, no vio el veredicto último sino uno de los anteriores y sobre él basó su vista, en estos términos:

"A Miguel Uribe Julio se le abrió causa criminal por la muerte de Silvano Rincón y en el auto respectivo se hizo constar que el enjuicia-

do había procedido con premeditación por haber pruebas de esa circunstancia. Consecuente el Juzgado con esa mención especial formuló el cuestionario que debía someterse a los Jurados con las dos preguntas indicadas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1892. En la primera de las preguntas entró la premeditación. En la segunda las circunstancias que constituyen el asesinato de acuerdo con el antiguo Código Penal. El Jurado contestó la primera pregunta con un sí modificado con la explicación de no haber habido premeditación y la segunda con un sí simplemente.

"De estas dos respuestas resulta que el reo causó la muerte a la víctima sin premeditación pero con alevosía, a traición y tomándola desprevenida. En otros términos, se afirma por los Jurados que se cometió un homicidio voluntario, sin premeditación pero con los caracteres del asesinato lo que no implica contradicción porque sí pueden concurrir las dos circunstancias, sólo que entonces el homicidio no merece la denominación específica de asesinato ni a él le corresponde la pena de tal entidad criminal, porque de acuerdo con la definición del artículo 586 del Código Penal, sin premeditación no puede existir asesinato.

"Deduzco de aquí que hubo mala aplicación de la Ley Penal al castigar el Juzgado en su sentencia a Miguel Uribe Julio con la pena de veinte años de presidio que el Código Penal señala al asesino.

"Pero hay otra cuestión que examinar en esta clase de fallos y es la de la justicia o injusticia de las decisiones de los Jueces de hecho. A este respecto mi opinión es que el veredicto de los Jurados peca contra la evidencia de los hechos en la parte que trata de la falta de premeditación. En el auto de enjuiciamiento afirmó el Tribunal la existencia de este elemento, no sólo porque de acuerdo con el artículo 585 del Código Penal todo homicidio se presume premeditado, y para que se tenga alguno como exceptuado, debe aparecer claramente que no lo es, sino porque concurrieron en el desarrollo de este acontecimiento circunstancias demostrativas de la premeditación que se señalaron en los siguientes términos:

'Uribe Julio estaba armado de un machete atado a la cintura sin que aparezca la razón para tenerlo. Uribe conversaba con Silvano Rincón en la sala de la casa y lo invitó a salir y lo acompañó poniendo el brazo sobre el hombro de Rincón como si se tratara de un acto amistoso. Esta circunstancia aparte de Ramón Peñuela, la afirma Casimiro Mesa, foja 12. Después de conversar fuera de la casa, y sin que mediaran palabras acaloradas, dio a la víctima los terribles machetazos que le causaron la muerte. Estos detalles demuestran que Uribe Julio obró premeditadamente.' (Foja 88).

"Si, pues, existe prueba plena de la premeditación, no hay lugar a duda de que el veredicto de los Jurados peca contra una verdad demostrada y es el caso de que se le desestime y se revoque la sentencia condenatoria para que se convoque un segundo Jurado."

El Tribunal, en sentencia de diez de abril de mil novecientos cuarenta y dos, confirmó la sentencia del Juzgado; el reo y su defensor interpusieron el recurso de casación que fue tramitado de acuerdo con la legislación anterior, por haberse iniciado la investigación en el mes de junio de mil novecientos treinta y siete.

La Procuraduría al rendir concepto sobre la viabilidad del recurso encontró que los señores médicos legistas de Santa Marta habían examinado a Miguel Uribe Julio y le habían encontrado indudables signos de degeneración, lo que indujo a ese Despacho a pedir a la Corte que dictara un auto de mejor proveer a fin de que la Oficina Médico-Legal de Bogotá opinara si el reo en el momento de cometer el hecho criminoso padecía de grave anomalía psíquica, o de enajenación mental, o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia.

La Sala accedió a lo pedido por la Procuraduría y por ello el procesado fue sometido al examen de los médicos legistas de Bogotá quienes concluyen su dictamen en los siguientes términos:

"Sobre las bases establecidas en las páginas anteriores pasamos a contestar las preguntas del señor Procurador Delegado que han motivado este estudio.

"Primera. Miguel Uribe Julio exterioriza los apetitos instintivos conservadores de la vida orgánica, pero carece del estímulo de la sexualidad y, por lo mismo, de toda tendencia a la reproducción de la especie.

"Segunda. Este sindicado manifiesta notoria deficiencia intelectual, designada por unos psiquiatras con el nombre de frenastenia, y, por otros, con el de oligofrenia.

"Tercera. Es un insensible moral, apático, sin afectos ni preocupación por su familia, ni por nadie, ni aun por sí mismo.

"En nuestro concepto, dado el cúmulo de psicopatías hereditarias que pesan sobre Uribe Julio, las deformidades de su arquitectura física, los posibles trastornos epilépticos que nos ha referido y las deficiencias intelectuales y afectivas que demuestra, este recluso es un sujeto peligroso, mayormente bajo la acción de los

tóxicos alcohólicos, que debe ser vigilado en un frenocomio de observación."

El Procurador, ante el resultado del auto para mejor proveer y en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, enmendó la demanda del recurrente atacando la sentencia del Tribunal por indebida aplicación de la Ley Penal en cuanto se condenó al reo a una pena cuando ha debido sometérsele simplemente a una medida de seguridad.

La solicitud del señor Procurador se apoya en la consideración de que al dictarse la sentencia condenatoria por parte del Tribunal se desconoció el concepto pericial de los médicos legistas de Santa Marta quienes pusieron de presente las anomalías padecidas por el procesado y que eran de fácil apreciación para poder pensar que Uribe Julio no es un sujeto normal.

Efectivamente en aquel dictamen se encuentran estos párrafos:

"Uribe Julio es un joven de veintitrés años de edad en quien predominan caracteres de raza blanca; es jornalero de rústicos trabajos agrícolas qué lo hacen ser de las más bajas clase y posición sociales; es polidáctilo con pulgares dobles; tiene un pronunciado prognatismo de la mandíbula superior que avanza quince milímetros más que la inferior; tiene un movimiento mímico e involuntario (tic local) consistente en que la comisura bucal izquierda es tirada o llevada de su lado cuando habla o se sonríe; en regiones como la nuca, las submaxilares, las supraclaviculares, en los codos y en las axilas e ingles y en el borde cubital de ambos antebrazos observamos abundantes ganglios linfáticos, circunstancia que por creerla de significación patológica nos indujo a exigir exámenes de laboratorio relativos a sífilis y lepra, que fueron verificados con resultado negativo; el golpe de la punta del corazón se siente o late en un punto mucho más bajo (séptimo espacio intercostal) que el normal; dice el examinado que es natural de El Carmen, en el Departamento de Santander del Norte; que su padre murió ya viejo hace diez años, delirando porque estaba alcoholizado; que su madre es achacosa y le dan con frecuencia accesos convulsivos con caída repentina y pérdida del conocimiento; que fueron seis hermanos: uno murió muy niño, otro es mudo y aficionado a las bebidas alcohólicas, uno casado, adolece de polidactilia y tiene hijos polidáctilos; que a su única hermana le dan ataques; que tiene tíos y primos muy aficionados a los alcohólicos y él mismo lo es en alto grado. Ha sido de buena salud tanto antes de ingresar a la cárcel como en ella.

"No le hemos notado ningún defecto —grande ni chico— en el ejercicio de sus funciones orgánicas, tanto de nutrición como de relación. En cuanto a su actividad mental, hemos podido observar que es incapaz de abstracciones y menos de asociación de ideas, como asimismo es tardo en coger hasta los más pueriles conceptos contenidos en las preguntas que le hacemos, además su vocabulario es pobrísimo, aun para su calidad de jornalero rústico. Por todo esto, sin duda, hemos trabajado mucho para obtener los informes que de su familia nos ha dado, pues cada contestación consistente en un sí o un nó, nos ha costado diez o más preguntas.

"Es supina su ignorancia hasta el extremo de no tener ni la más trivial noción de primeras letras; no tiene ninguna idea religiosa y no barrunta, siquiera, lo que es religión; sólo puede hacer pequeñas cuentas ayudándose con los dedos y se equivoca mucho contando hasta ciento, que es lo más que sabe en materia de números, según nos dice.

"Al preguntarle por el motivo de su prisión, como al hablarle del homicidio que se le imputa y del interfecto del caso, manifiesta ignorarlo todo, pero con la terquedad del obstinado irreductible, quizá con la bellaquería del socarrón. Es, notoriamente, un insensible moral en quien no se descubre el más leve indicio de afectividad: no ha tenido mujer, no tiene amigos, no ha hecho ninguna diligencia por saber de su familia, cuyo paradero ignora desde que fue aprisionado."

Precisamente esas observaciones de los expertos aunadas a las modalidades en que se consumó el homicidio especialmente por la ausencia mediata e inmediata indicativa de los móviles de la infracción porque no hay rastro de que el victimario tuviera enemistad con la víctima ni tampoco que hubiera existido momentos antes del delito algún encuentro personal entre ellos, dieron motivo a la Corte para pensar que el reo por los pronunciados signos de degeneración y por las demás circunstancias anotadas podría ser considerado como una de las personas comprendidas en el artículo 29 del actual Código Penal. Y para despejar esa duda y poder llegar a una conclusión firme al respecto profirió su auto para mejor proveer fechado el trece de julio del año próximo pasado.

Ya se vio cuál fue el resultado del concepto de los señores médicos legistas de la Oficina Central de Bogotá, del cual resulta que Miguel Uribe Julio se halla dentro del cuadro de la oligofrenia, sin que su perturbación psíquica pueda especificarse como de idiotez o de imbecilidad, sino en un plano menos acentuado pero en todo caso de grave anomalía psíquica.

No arroja el expediente datos lo suficientemente poderosos para afirmar que el procesado al cometer su delito padecía de verdadera demencia o locura, sino que simplemente muestra ele-

mentos que llevan al ánimo la creencia de que Miguel Uribe Julio en ese entonces era un anormal víctima de perturbación psíquica de alguna entidad.

Y por otra parte, el dictamen médico-legal solicitado por el auto de mejor proveer no expresa de manera categórica el concepto de que Miguel Uribe Julio padeciera de "grave anomalía psíquica" al tiempo de cometer el homicidio. Pero sí dice que es un anormal; y el cuadro clínico en que describe las deficiencias psíquicas de este procesado permite concluír que para los efectos penales la anomalía de que adolece Uribe Julio no es leve. Y las circunstancias mismas en que consumó el hecho, de manera tan súbita e inmotivada como brutal corrobora la idea de que la anomalía psíquica en el caso de que se trata puede calificarse de grave.

De todas maneras la posible duda acerca de la mayor o menor intensidad de esta anomalía psíquica debe resolverse en el sentido de estimarla grave.

Y aquella creencia encuentra ahora un apoyo científico y poderoso en las conclusiones del dictamen de expertos especialistas tan respetables como son los doctores Guillermo Uribe Cualla y Pablo A. Llinás.

El Tribunal de Santa Marta carecía de un fundamento sólido para considerar a Uribe Julio como un demente o un loco en el momento en que consumó el homicidio y por ello no podía estimar a ese procesado como persona excusable de las contempladas en el numeral primero del artículo 29 del anterior Código Penal; pero tampoco ha debido reputarlo como completamente normal como sí lo consideró al aplicarle la pena de presidio.

La errónea aplicación de la Ley Penal por parte del fallador de segunda instancia trae como consecuencia que la Corte declare probada la causal primera de casación que invocó el señor Procurador y que proceda por ello a invalidar el fallo del Tribunal y a proferir el que deba reemplazarlo.

No vacila esta Sala en estimar que el nuevo Código Penal además de cumplir la finalidad de la defensa social, resulta en este caso particular más favorable para el delincuente puesto que estatuye las medidas de seguridad que permiten la adopción de un tratamiento adecuado que logre eliminar o aliviar su perturbación psíquica y readaptarlo a la vida normal en sociedad.

Dentro del nuevo estatuto penal el autor del delito debe ser sometido, según el artículo 29, a las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título 2º del Libro Primero, esto es, a la medida de seguridad de reclusión en un manicomio criminal, según los artículos 61, 62, 63 y 64 de la misma obra, en armonía con el Capítulo II del Título 2º, Libro Cuarto del Código de Procedimiento Penal.

Es entendido, por lo tanto, que la reclusión de Miguel Uribe Julio en el manicomio que designe el Gobierno no podrá cesar sino después de que haya transcurrido un término no menor de dos años y cuando haya solicitud expresa del Agente del Ministerio Público, del Director del mismo manicomio, del recluído o de sus parientes.

Para que el Juez pueda decidir favorablemente la solicitud de la cesación de reclusión del procesado en el manicomio, es también indispensable un dictamen previo de peritos que declaren que ha desaparecido el peligro de que ese recluído vuelva a causar daño.

Además si cumplidas todas las condiciones que acaban de expresarse el Juez llegare a ordenar la cesación de la reclusión en el manicomio, la libertad que se le otorgare a Uribe Julio sólo podría tener el carácter de condicional, de tal suerte que en cualquier momento en que revelare síntomas de perturbación o en alguna forma se mostrare peligroso, se revocaría el decreto de libertad y de nuevo se le internaría en el manicomio.

El Juez debe tener en cuenta que el director del establecimiento donde fuere enviado por el Gobierno este procesado, está en la obligación de mandarle mensualmente un informe sobre el estado mental y la conducta del recluído, informaciones que debe reclamar si aquel director no se las enviare oportunamente.

De igual modo tiene el mismo Juez la facultad de comisionar a otro Juez para que observe el estricto cumplimiento de la medida de seguridad de que en este fallo se trata (artículo 640 del Código de Procedimiento Penal).

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *invalida* el fallo del Tribunal Superior de Santa Marta, de fecha diez de abril de mil novecientos cuarenta y dos, por medio del cual se condenó a Miguel Uribe Julio, como responsable de la muerte de Silvano Rincón Antéliz a la pena principal de veinte años de presidio y a las accesorias correspondientes y en su lugar *resuelve:* Reclúyase en un manicomio criminal por un término no menor de dos años a Miguel Uribe Julio como responsable penalmente del homicidio de que fue víctima Silvano Rincón Antéliz, término que empezará a contarse a partir de la

fecha en que se realice su traslado de la Penitenciaría Central en que actualmente se encuentra al manicomio que determine el Gobierno.

Mientras se cumple esta sentencia de la Corte, Miguel Uribe Julio continuará detenido en la Penitenciaría Central a órdenes del Juez Segundo Superior de Santa Marta, funcionario que velará luégo por el eficaz cumplimiento de la ejecución de este fallo y de las ulteriores contingencias sobre cesación o continuación de la anomalía psíquica del recluído y de su consiguiente peligrosidad.

Líbrense oficios por la Secretaría de la Sala al Director General de Prisiones y al Director de la Penitenciaría Central de Bogotá poniéndoles en conocimiento la anterior decisión de la Sala.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Consulta de sentencias de primera instancia no apeladas

Cuando el Código se refiere a la consulta de sentencias de primera instancia que no hayan sido apeladas, habla de la "infracción", lo que ya está indicando que la referencia debe estimarse acerca de la ley misma que impone las sanciones y no del hecho concreto y específico que sea materia del proceso. La expresión "tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año" muestra a las claras que el objeto de la consulta es el de llevar al conocimiento del fallador de segunda instancia los procesos fallados en primera y atinentes a infracciones que en el Código Penal tengan una sanción de la naturaleza contemplada en el artículo que se analiza y que se hallen reprimidas en el mismo Código con una pena que exceda de un año. Es obvio que si el legislador hubiera querido limitar la consulta por razón de la pena impuesta en la sentencia, y no por razón de la señalada en el Código, lo hubiera dicho claramente; pero su pensamiento fue el de excluír de esa alzada las infracciones consideradas de poca entidad y por ese motivo reprimidas en la ley o con pena incorporal, o con pena corporal cuyo máximo no llegue a un año, y por ello instituyó la consulta para los fallos referentes a infracciones que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal excedente del término a que se ha hecho alusión.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre veintidós de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

VISTOS:

El Juez Penal del Circuito de Ibagué profirió auto de proceder contra Marco Reyes Rojas por el delito de lesiones personales inferidas a José Dolores Varón.

De ese llamamiento a juicio conoció el Tribunal Superior de aquella ciudad, en virtud de apelación, y lo decidió por medio de auto confirmatorio.

Adelantado el juicio, se clausuró en primera instancia con fallo absolutorio que el Juez ordenó consultar con el Tribunal, ante el cual su Fiscal conceptuó que debía confirmarse la sentencia del Juzgado.

El Tribunal apoyado en la tesis de que la consulta de las sentencias es tan sólo procedente cuando en ellas se imponga al reo una pena privativa de la libertad personal que exceda de un año, se inhibió de conocer del proceso.

En su magnífico alegato, el señor Fiscal solicitó la revocatoria de esa inhibición y logró que le fuera aceptada su tesis sobre consultabilidad del fallo, con el resultado de que el Tribunal dictó la sentencia de diez de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, por medio de la cual se revocó la absolutoria del Juzgado y en su lugar condenó a Reyes Rojas a la pena principal de un año de presidio y a las accesorias correspondientes por el delito determinado en el auto de proceder y con aplicación, especialmente, de los artículos 374, inciso 2º, y 384 del Código Penal.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el defensor del reo, recurso que le fue concedido y que en la Corte fue sometido a los trámites del caso, hallándose hoy para su decisión definitiva, a la cual se procede.

El defensor del procesado expuso los fundamentos del recurso de casación en el escrito que dirigió al Tribunal. Allí se lee lo siguiente:

"Fundo el recurso en las causales determinadas por los numerales 1º y 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, así:

"No obstante las razones de orden moral que el Tribunal invoca en favor de su competencia en el caso presente, es lo cierto que el artículo 189 del citado Código de Procedimiento Penal, no distingue si se trata del máximum de la sanción señalada para el delito o de la pena efectivamente aplicable. Donde la ley no distingue, no puede distinguirse, mucho menos en materia penal en que prima sobre todo el principio universal de la interpretación más favorable al delincuente.

"Además, se deduce del contexto de las disposiciones. Si se trata de la apelación o consulta de una sentencia, ha de considerarse lo que la sentencia exprese, el caso en estudio. De lo contrario habría expresado como en las disposiciones que se refieren a otros recursos, su referencia al máximum de la sanción aplicable,

cuyo mínimum en el caso presente está fuera de la consulta. Luego la interpretación acorde con la norma penal de ser la más favorable, es la de que la disposición se refiere a la pena aplicada o aplicable al caso en estudio, y en general, al caso en que esa pena, sea o deba ser mayor de un año.

"Y —de otro lado— si conforme al artículo 384 del Código Penal, en los casos de riña imprevista, las sanciones se disminuyen de una cuarta parte a la mitad, en el presente caso en que hay solamente circunstancias de menor peligrosidad, la pena aplicable sería aún menor.

"Consecuencialmente con la causal anterior, existiría también la señalada por el numeral 4º del artículo 567 en relación con el 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal."

Como se ve, se han invocado tres causales, pero el motivo en que se apoyan dos de ellas es el mismo, esto es, la incompetencia del Tribunal para conocer de la sentencia absolutoria, lo que en el fondo constituiría simplemente una nulidad contemplada como razón de casación por el numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala, por lo tanto, examinará, en seguida, si existe la nulidad y con ese estudio dejará resuelto lo relativo a las causales 1ª y 4ª, involucradas por el demandante.

Causal cuarta.

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad."

Según se vio antes, el recurrente cree que en el proceso se incurrió en nulidad porque la sentencia absolutoria del Juzgado no era consultable y, por ende, el Tribunal no tenía jurisdicción para revocarla.

El debate sobre ese punto ha versado, pues, sobre el significado y alcance del artículo 189 del Código de Procedimiento Penal.

Este precepto dice:

"189.—Si pasare el tiempo señalado en el artículo anterior sin que se apele la sentencia, ésta se consultará con el respectivo superior siempre que la infracción por que se proceda tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año. Si la infracción por que se procediere tuviere señalada otra sanción y la sentencia no fuere apelada, se mandará ejecutar."

Sostiene el demandante que este artículo estableció la consulta únicamente para las sentencias condenatorias que impongan una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año.

Observa la Sala:

Cuando el Código se refiere a la consulta de sentencias de primera instancia que no hayan sido apeladas, habla de la "infracción", lo que ya está indicando que la referencia debe estimarse acerca de la ley misma que impone las sanciones y no del hecho concreto y específico que sea materia del proceso.

La expresión "tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año" muestra a las claras que el objeto de la consulta es el de llevar al conocimiento del fallador de segunda instancia los procesos fallados en primera y atinentes a infracciones que en el Código Penal tengan una sanción de la naturaleza contemplada en el artículo que se está analizando y que se hallen reprimidas en el mismo Código con una pena que exceda de un año.

Es obvio que si el legislador hubiera querido limitar la consulta por razón de la pena impuesta en la sentencia, y no por razón de la señalada en el Código, lo hubiera dicho claramente; pero su pensamiento fue el de excluir de esa alzada las infracciones consideradas de poca entidad —y por ese motivo reprimidas en la ley o con pena incorporal, o con pena corporal cuyo máximo no llegue a un año— y por ello instituyó la consulta para los fallos referentes a infracciones que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal excedente del término a que se ha hecho alusión.

Pero pasando de la parte simplemente gramatical al estudio del espíritu del precepto que se está analizando, se comprende con facilidad por qué se estableció la consulta, y también cuál pudo ser la causa para que algunos delitos quedaran exceptuados de ella.

En nuestro sistema procedimental, que imita en esto a la mayor parte de las legislaciones del mundo, se establece como norma general la de que los asuntos en materia criminal estén sometidos a dos instancias para que siempre se asegure la intervención de dos inteligencias, de dos criterios y hasta de dos sensibilidades, a fin de garantizar, hasta donde es posible dentro de la falibilidad humana, el acierto en la aplicación de la justicia.

En algunas ocasiones, por motivos de economía procesal u otros semejantes, excepcionalmente se modifica esa norma, sin que esas excepciones tengan otro alcance que el de confirmar el principio general de las dos instancias.

La ley hizo obligatoria la consulta de las sentencias dictadas en primera instancia en los juicios penales y resulta por ello de una lógica elemental que el límite para que se surta esa exigencia no puede dejarse al arbitrio del Juez, sino que debe ser previamente establecido por el legislador.

Si fuera el fallador el encargado de escoger libremente los fallos que debe revisar el superior, se llegaría a la entronización del capricho y, por ende, de la arbitrariedad.

De ahí que la limitación sobre los asuntos no sometidos a consulta hubiera sido hecha por el artículo 189 del Código de procedimiento Penal, que excluyó de esa tramitación las sentencias relativas a infracciones reprimidas con pena no corporal o con sanción privativa de la libertad personal que no exceda de un año.

La tesis que viene desarrollándose encuentra un vigoroso apoyo en este proceso en que el Juez de primera instancia absolvió a Reyes Rojas, porque no es posible concebir que las leyes hayan tenido el desatentado propósito de impedir el juzgamiento de un delito por un Juez de segunda instancia cuando el inferior haya clausurado el asunto por medio de una absolución.

Si los fallos absolutorios no estuvieran sujetos a consulta se aceptaría como consagrado el contrasentido de que precisamente las decisiones que con mayor fundamento reclaman una revisión por parte de otra autoridad judicial, se enviarían al archivo, aunque se tratara de delitos que tengan señalada en el Código la pena máxima de veinticuatro años de presidio.

Finalmente, la consultabilidad de los fallos de primera instancia obecede al mismo principio establecido en el Código sobre la admisibilidad de los recursos de casación, esto es, que lo que rige no es la sanción impuesta al reo por la sentencia, sino la que tuviere señalada como máximo en el Código.

En el presente caso José Dolores Varón recibió heridas que le dejaron como consecuencia una perturbación funcional de la mano izquierda. (Folio 26, cuaderno 1º).

No dijeron los peritos si aquella perturbación tenía el carácter de transitoria o permanente, pero en cualquiera de los dos casos la pena mínima contemplada por la ley es la de dos años de presidio, y como máximos la de cinco años, en el primer caso, y seis, en el segundo (artículo 374 del Código Penal).

No prospera, por lo tanto, la causal 4ª referente a la nulidad, puesto que el Tribunal sí era competente para conocer en consulta del fallo absolutorio de la primera instancia.

Causal segunda.

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción."

Con relación a esta causal se limita el recurrente a sostener que el dicho de un menor no puede tomarse en consideración "para reunirlo a otro dicho tachado y sospechoso, para darles carácter de plena prueba".

El cargo así formulado, de manera tan ligera y vaga, no da materia para un estudio a fondo en casación, tanto más si se tiene en cuenta que no fue ese testimonio la única prueba que consideró el Tribunal para condenar a Marcos Reyes Rojas por las lesiones personales de que fue víctima José Dolores Varón, como puede verse en el siguiente pasaje del fallo recurrido:

"....en sentir de la Sala sí existe prueba legal suficiente para condenarlo como único autor del expresado delito, a saber.

"No niega Reyes Rojas en su instructiva, que el día y hora del suceso estuvo interviniendo en alguna riña habida entre Timoteo Rubio y José Dolores Varón;

"Todos los testigos afirman haber visto ese día a José Dolores lesionado en los dos brazos y en la espalda y bañado en sangre;

"Los menores Jenaro Varón Feria y Pablo Julio Gómez vieron cuando Marcos Reyes Rojas, armado de machete, le propinó tres mandobles a José Dolores, de los cuales éste resultó herido en los brazos y en la espalda;

"Las declaraciones de Marco Tulio Varón y Romelia Varón Feria concuerdan con las de los expresados menores al decir éstos que después de herido José Dolores, Marcos Reyes Rojas, peinilla en mano, emprendió la persecución de Noé Varón, hermano del lesionado, quien pretendió tomar su defensa;

"Las declaraciones de María Josefa Valbuena de Riobó y Evangelina Varón aducidas como pruebas de descargo en el término probatorio de la causa, no infirman, rectifican o desvirtúan, como se ha dicho, la declaración del menor Gómez al imputarle la primera interés en declarar en favor de José Dolores, ya que el dicho de ella es sospechoso por cuanto que había tenido, antes del suceso, algunas querellas de Policía con éste (folio 77), y por otra parte no está demostrado el hecho de que la camisa que vestía tal menor el día de su regreso después de haber rendido la primera declaración, le hubiera sido dada por el ofendido para sobornarlo; la declaración de Evangelina también es sospechosa, porque, como ella lo asevera, es cuñada de Marcos Reyes;

"Constan en el informativo las múltiples pesquisas que en el lugar del suceso y en los cir-

cunvecinos se adelantaron para dar con el paradero de Reyes Rojas, en los días y meses subsiguientes al hecho criminoso, sin que fuera hallado; y al presentarse ante el Juez *a quo* el procesado no dio explicación satisfactoria de su ocultación, hecho que según los expositores sobre pruebas, infunde la seria sospecha de que fue él quien cometió el ilícito;

"Y finalmente, la afirmación rotunda que el ofendido hizo a varios de los referidos testigos, a raíz del hecho criminoso, de haber sido Marcos Reyes Rojas quien lo había herido."

Carece de fundamento, por lo tanto, la causal segunda.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no infirma* la sentencia de diez de marzo de mil novecientos cuarenta y tres del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que condenó a Marcos Reyes Rojas a la pena principal de un año de presidio por el delito de lesiones personales perpetradas en la persona de José Dolores Varón.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Indivisibilidad del veredicto

El veredicto es una pieza indivisible, que hay que acoger o rechazar en su integridad, porque de otra manera se mixtificaría la determinación del Jurado y se desnaturalizaría el juicio popular.

La ley no autoriza a los Jueces de derecho para calificar de justas unas respuestas y de impertinentes otras, cuando hagan parte del mismo cuestionario, puesto que interpretar el veredicto es acomodar la voluntad del Tribunal de conciencia a la ley, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que éste aduzca para pretenderlo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo diez y siete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

Alejandro Betancourt Vinasco fue llamado a responder en juicio criminal por el delito de homicidio en la persona de su concubina Ofelia Jaramillo, hecho que se dice consumó aquél a las doce y media del día trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en una casita de la calle catorce, carreras veintitrés y veinticuatro de la ciudad de Manizales.

¿Qué movió a Betancourt a darle muerte a "lo que más quería en su vida" —según sus propias expresiones—, y en qué circunstancias tuvo lugar ese episodio que nadie presenció y acerca del cual ninguna luz pudo dar la víctima, por haber fallecido inmediatamente?

El procesado sostuvo —invariablemente— la versión del suicidio de la Jaramillo, hipótesis objetada técnicamente y rechazada en el juicio. Sin embargo, ningún motivo tenía Betancourt para suprimir la existencia de quien recibía favores que otro pagaba, ni ese día —el de los hechos— ocurrió nada suficientemente grave como para determinarlo a disparar por cinco veces el revólver (que era de Ofelia) sobre el cuerpo de su querida, quien a la autopsia presentó estas lesiones:

"A la inspección general observamos cuatro (4) orificios de entrada de proyectil de arma de fuego (revólver), situados así: uno sobre el lado izquierdo del pecho, a la altura del tercer espacio intercostal y a unos cinco (5) centímetros hacia afuera del esternón; el proyectil no penetró sino que causó solamente una excoriación en la piel; otro sobre el lado derecho del pecho, a la altura del cuarto (4º) espacio intercostal, dos (2) centímetros hacia la derecha del esternón; el proyectil atravesó el espesor de la pared costal y siguiendo una dirección de adelante hacia atrás y de fuera hacia dentro, fue a incrustarse en el lóbulo superior del pulmón izquierdo, de donde fue extraído; otro sobre la región dorsal izquierda a la altura del noveno espacio intercostal y dos (2) centímetros hacia afuera de la columna vertebral; el proyectil penetró en la cavidad torácica y fue a herir el pulmón izquierdo; el cuarto (4º) se encontraba sobre el hipocondrio derecho, penetró en la cavidad abdominal, perforó el hígado y fue a incrustarse en la columna vertebral. . . ."

Porque la escena, más bien de mimo que de reproche, que se desarrolló entre los dos esa mañana, cuando Ofelia se empeñaba en que Alejandro se tomara el desayuno que le había preparado, no podía conducir al amante consentido a dar una respuesta tan insólita como definitiva: matar.

La incógnita subsistió y el proceso tuvo su desenvolvimiento y culminación sin haberse ella despejado.

Se aceptó el homicidio, porque era "imposible" el suicidio y porque a las dos primeras personas (Manuel Sánchez y Pablo Emilio Acosta) que acudieron al ruido de las detonaciones les dijo Betancourt: "Yo la maté". Se aceptó la exaltación del ánimo del delincuente, porque otros dos testigos oyeron a Ofelia dirigirle palabras ofensivas a Betancourt. Se admitió la riña imprevista, porque el infractor dijo que había tenido que sostener una lucha desesperada para quitarle el revólver a Ofelia después de haberse hecho el primer tiro, no consiguiendo en el forcejeo sino que ella lo hiriera a él en el dedo pulgar de la mano izquierda.

Y así quedó concretada la responsabilidad de Betancourt, pues de las siete preguntas que el

señor Juez 1º Superior de Manizales le sometió al Jurado, contestó éste afirmativamente las siguientes:

"¿Os halláis plenamente convencidos de que el acusado Alejandro Betancourt Vinasco, natural de Riosucio y vecino de Manizales, mayor, soltero y negociante, ha realizado los siguientes hechos: haberle dado muerte a Ofelia Jaramillo por medio de lesiones que le ocasionó con arma de fuego (revólver), lo que tuvo lugar en la calle catorce con carreras veintitrés y veinticuatro de esta ciudad, a eso de las doce y media pasado meridiano, del trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno?"

"Cuestión segunda: el hecho a que se contrae la cuestión anterior ¿lo consumó el procesado con el propósito de matar a la Jaramillo?"

"Cuestión tercera: el hecho de que se viene hablando ¿lo consumó el acusado en riña que se suscitó de modo imprevisto por la ofendida?"

"Cuestión séptima: el hecho detallado en la cuestión primera ¿tuvo efecto por ira o intenso dolor que se causó al acusado con grave e injusta provocación?"

El Juez del conocimiento no impugnó el veredicto, pero refundió en una las respuestas dadas a las cuestiones tercera y séptima, arguyendo que "encuadraba" más la riña imprevista para el caso, que el estado de ira o de dolor del delincuente. Y de ahí dedujo la mínima sanción principal de cuatro años de presidio.

Por su parte, el Tribunal de Manizales halló correcta la teoría que pudiera llamarse de "la absorción", y, no obstante haber reconocido que una de las afirmaciones del Jurado no tenía "corroboración alguna de los autos" —lo que le imponía dar aplicación al artículo 537, inciso 1º, Código de Procedimiento Penal—, confirmó el fallo de primera instancia, en el suyo de treinta de enero de mil novecientos cuarenta y tres, contra el cual interpuso recurso de casación el señor defensor de Alejandro Betancourt Vinasco.

Ha sustentado el recurso ante la Corte el doctor Enrique A. Becerra, invocando como causales de casación la 1ª, 2ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. No obstante ser tres los motivos que él apunta para que se infirme el fallo y se pronuncie el que corresponda, redujo —quizás para darle más firmeza a su alegato— la argumentación a sostener que había desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado.

La Corte sintetiza así el pensamiento del recurrente: Como el Jurado contestó que Betancourt le había dado muerte a Ofelia Jaramillo, en riña imprevista y en estado de ira o de intenso dolor, causados por grave e injusta provocación, el Juez y el Tribunal, no habiendo desconocido el veredicto, no tenían por qué prescindir a su antojo de una de las respuestas, para acomodar la sanción conforme a las otras dos.

El señor Procurador Delegado en lo Penal comparte la teoría de la absorción, pero critica el fallo recurrido, porque el Tribunal de Manizales, al darle realidad a esa teoría, descartó "la atenuante de mayor entidad, que es la ira", debiendo haber procedido a la inversa, es decir, haciendo prevalecer el artículo 28 del Código Penal sobre el 384 ibídem.

Al defender sus puntos de vista —y lo hace con extensión— combate la tesis de la Corte de que sí pueden concurrir y tener efectividad varias atenuaciones de carácter especial en una misma infracción con respecto al infractor, "siempre que sean separables en el desarrollo de las peculiaridades que sirvan para diferenciarlas". La combate con argumentos recientes y nuevos, del resorte de las matemáticas, especialmente, como podrá verse en el modelo que imagina para hacer resaltar no ya lo injurídico de la doctrina, sino su absurdo, en la esfera inflexible de los números.

Conviene transcribir las partes pertinentes del concepto. Dicen así:

"Entiende este Despacho, no sin temor de equivocarse, que esa separación de las peculiaridades que caracterizan a las circunstancias y que sirven para diferenciarlas sólo es posible cuando no se deriven del mismo hecho punible o reflejen una misma situación psicológica del agente, porque de lo contrario, se capitalizarían dos veces elementos modificadores de la responsabilidad, que tienen una sola causa, una sola motivación, ya sea en la acción psíquica del autor del delito, o ya en el elemento material o físico de la infracción."

"....la ira y el dolor y su consiguiente efecto, la riña, obedecen a un solo estado psíquico, y en tales condiciones no existe pluralidad de atenuantes."

Cierra la argumentación con el siguiente supuesto, que, advierte, no es el único que puede ofrecer y ya en anteriores ocasiones ha ofrecido:

"....Homicidio en riña imprevista y por causa de ira y de dolor intenso.

"Pena correspondiente al acusado por la muerte dada en riña, cuatro años, en vez de ocho. Se rebajan, pues, cuatro años 4

"Pena correspondiente al estado de ira y de dolor, dos años y ocho meses de pre-

sidio. Por tanto, se rebajan cinco años y cuatro meses 5,4

"Suman las rebajas 9,4

"Nueve años con cuatro meses de presidio que habría que restar de ocho años. Total: el sustraendo mayor que el minuendo."

"Y conviene aclarar que las restas por circunstancias modificadoras se hacen, no de la pena en concreto que vaya liquidando el Juez, sino de los límites mínimo y máximo señalados en la respectiva disposición penal para el delito base. Así se desprende sin ninguna incertidumbre del Código Penal y las mismas doctrinas de la honorable Corte...."

La conclusión a que llega el señor Procurador en lo Penal es ésta:

"Que en favor del reo fueron desconocidas por el Jurado dos circunstancias que influyen en la determinación de la sanción, o sea, el estado de ira e intenso dolor y la riña imprevista; que no habiéndose declarado injusto el veredicto hay que tomarlas en consideración para los efectos de la penalidad; y que la ira y la riña imprevista no son inconciliables entre sí y antes bien obedecen a un mismo estado de alma, por lo cual la una se funde en la otra, debiéndose tener en cuenta la atenuante de mayor entidad que es la ira.

"Y siendo así el Tribunal descartó precisamente la ira —que era más favorable al reo— para en cambio acoger la riña, que es de menor alcance, resulta claro que el veredicto fue desechado en esa parte y que la Ley Penal, por lo mismo se aplicó de manera errónea.

"En tal virtud, el artículo pertinente al caso es el 28 del Código Penal, y no el 384.

"Haciendo las reducciones que indica aquel precepto, le corresponden a Betancourt Vinasco dos (sic) y ocho meses de presidio.

"Resulta, pues, probada la causal 3ª con su natural repercusión en la primera.

"Por lo expuesto, este Despacho pide respetuosamente a la honorable Corte que case la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Manizales y condene a Alejandro Betancourt Vinasco, como autor del homicidio intencional en la persona de Ofelia Jaramillo, en las condiciones del artículo 28 del Código Penal, a dos años y ocho meses de presidio y a las accesorias consiguientes."

No cree la Sala que como consecuencia de la inconformidad del señor Procurador Delegado en lo Penal con el criterio expuesto por esta entidad de que "si pueden concurrir y tener efectividad varias atenuaciones de la sanción, siempre que sean separables en el desarrollo de las peculiaridades que sirvan para diferenciarlas", tenga la Corte que cambiar su opinión, y no el Procurador modificar la suya. Porque basta acudir a lo que la experiencia enseña para convencerse de que no hay en la tesis de la Corte aspecto alguno que la haga inverosímil y, desde luégo, injurídica.

El modelo o ejemplo de que se sirve el señor Agente del Ministerio Público con el fin de destacar lo disparatado de admitir varias atenuaciones, está edificado sobre una falsa operación de aritmética. Consiste la equivocación en que el señor Procurador Delegado suma en dónde hay que restar, y a la inversa. Y así, es claro que el resultado tiene todas las apariencias de un desatino o de un absurdo.

Nada, no obstante, más sencillo que usar el siguiente procedimiento, con los mismos números y valiéndose del mismo caso o supuesto que ofrece el señor Procurador Delegado en lo Penal:

Mitad de ocho años, igual cuatro años; tercera parte de ocho años, igual dos años, ocho meses; suma de cuatro años, más dos años con ocho meses, igual seis años, ocho meses; diferencia entre seis años ocho meses y ocho años, un año más cuatro meses, que sería la sanción en el ejemplo del Procurador conceptuante.

Mas ocurre que también por el sistema de liquidación que el señor Procurador Delegado censura y que han adoptado los Jueces, se llega al mismo resultado.

Ejemplo: Pena mínima, ocho años; aplicada la mitad: cuatro años; aplicada la tercera parte de cuatro años: un año más cuatro meses. O al revés, es decir, principiando a liquidar con el artículo 28 y dejando para último lugar el 384. Se tendría: Ocho años (artículo 362); tercera parte de ocho años (artículo 28), dos años ocho meses; mitad de dos años ocho meses (artículo 384), un año más cuatro meses.

El veredicto se acoge en su integridad o se rechaza. De otra manera se mixtificaría la determinación del Jurado y se desnaturalizaría el juicio popular. La ley no autoriza a los Jueces de derecho para calificar de justas unas respuestas y de impertinentes otras, cuando hagan parte del mismo cuestionario. Interpretar el veredicto es acomodar la voluntad del Tribunal de conciencia a la ley, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que éste aduzca para pretenderlo.

En resumen: como el Tribunal de Manizales hizo caso omiso de una circunstancia modifica-

dora de la sanción que los Jueces de hecho consideraron que había obrado en el delito de Alejandro Betancourt Vinasco, es casable la sentencia, conforme a lo pedido por el recurrente.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, *resuelve:*

a) *Infírmase* la sentencia de treinta de enero de mil novecientos cuarenta y tres, dictada por el Tribunal Superior de Manizales, que condenó a Alejandro Betancourt Vinasco a la sanción principal de cuatro años de presidio; y

b) Condénase al mencionado Betancourt Vinasco a lo siguiente: a pagar, en el establecimiento que indique el Director General de Prisiones, previa deducción del tiempo que hubiere permanecido en detención preventiva, un año y cuatro meses de presidio; a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; a la publicación especial de la sentencia; y a pagar a los herederos de la occisa o a quien legalmente represente sus derechos, la cantidad de ocho mil pesos en que fueron avaluados los perjuicios causados con la infracción.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, Luis Caro Escallón, Conjuez. *José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R.,* Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Hago a la anterior sentencia una salvedad.

Al rebatir las objeciones del Procurador Delegado contra el procedimiento de las cuentas para hacer deducciones de pena por motivos de atenuación, me parece que la Sala sostiene en esta sentencia sistemas de cómputo de tiempo para las penas que no pueden aceptarse como generalmente aplicables.

Cuando la sanción —por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del agente— haya de ser mínima y de consiguiente resulte autorizado hacer deducciones de la sanción hasta el último límite, la manera de hacer cuentas de tiempo como las que hace la Corte en el presente fallo no ofrecerá dificultad.

Pero habrá muchos casos en que no sea equitativo ni conveniente que el Juez imponga el mínimo señalado para el homicidio intencional. Y si en determinado proceso se ve que no debe aplicarse ni el mínimo ni el máximo de la sanción, las operaciones aritméticas de que se vale la Corte en esta sentencia no resolverán el problema.

Cuando según el veredicto del Jurado un homicidio intencional se ha cometido en estado de ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación, no estaría de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 28 del Código Penal que el Juez calculara la sanción dentro de los límites del artículo 362 del Código Penal (8 a 14 años de presidio) y que del guarismo resultante hiciera después la deducción prevista por el artículo 28 del Código.

Creo que debe procederse cabalmente a la inversa. Es decir: como según esta norma legal aquella deducción debe hacerse con relación a los términos mínimo y máximo del artículo 362, resulta que para cualquier caso de homicidio cometido en las circunstancias del artículo 28 la penalidad será de treinta y dos meses a siete años o sean ochenta y cuatro meses de presidio: dentro de estos límites podrá moverse el Juez para medir la sanción. Y de la pena así mermada según el prudente arbitrio del Juez se hará la otra deducción, correspondiente a la circunstancia modificadora de la riña imprevista. Es claro que para medir una u otra atenuación de pena —o ambas si fuere el caso— deberá el Juez tomar en consideración la gravedad y modalidades del hecho, la personalidad del procesado y sus circunstancias de mayor y de menor peligrosidad.

El sistema o procedimiento que me permito sugerir parece más acorde con el espíritu de la reforma penal porque se aparta de la criticada "dosimetría penal" y permite que se trate de individualizar la sanción.

José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Elementos constitutivos de la sevicia

Si la sevicia es lo mismo que crueldad excesiva, no es acertado deducirla invariablemente del número de golpes dados a la víctima, ni de la ardentía empleada en el asalto. Porque se correría el riesgo de tomar por ella movimientos simplemente reflejos o actitudes demostrativas de un recóndito temor del atacante de que su contendor se irguiera de pronto, cambiándose así notablemente los papeles. La sevicia requiere cierto ánimo frío, deseo de hacer el daño por el daño mismo, sin ninguna necesidad y únicamente por exteriorizar la capacidad vengativa del ofensor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

En Carnicerías, población del Departamento del Huila, en las primeras horas de la mañana del veinticuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta, fue herido y muerto inmediatamente Juan Castillo, obrero, a manos de Carlos E. Ospina, también obrero y de veinticinco años de edad en ese entonces.

Las lesiones (tres, así: una en la región occipito-temporal derecha; otra en la región mastoidea media; y otra en la región del cuello) las causó el agresor con un machete, y todas ellas en momentos en que Castillo se encontraba en el suelo, inmóvil y desarmado.

Castillo había estado procurando que Ospina —seguramente excitado por el alcohol— no riñera con unos individuos de apellido Ramírez (Ernesto y Enrique); y en un momento cualquiera de su intervención, Ospina perdió el arma, y tanto éste como Castillo se arrojaron al suelo para atraparla —aunque con distinto propósito—, consiguiéndolo Ospina, quien ya incorporado y a pesar de la posición de Castillo (probablemente aturdido con algún golpe que recibió al caer) y a pesar también de que entre los dos no había habido disgusto, ni nada que hiciera temer un desenlace tan inesperado, descargó tres fuertes machetazos en sitios vitales del cuerpo del yacente, quien murió a consecuencia de ello, según quedó establecido en la diligencia de necropsia.

El cargo por homicidio le fue formulado a Ospina en auto de veintiuno de abril de mil novecientos cuarenta y uno, del Juzgado Superior de Neiva, y en esa misma oficina se ventiló el juicio hasta su terminación con la sentencia de dos de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, que resultó condenatoria y que el Tribunal Superior confirmó en todas sus partes el cinco de febrero del año siguiente.

Contra ella interpuso recurso de casación el procesado.

La sanción principal impuesta a Ospina fue de diez y seis años de presidio, como consecuencia de haber contestado afirmativamente el Jurado las cuatro preguntas presentadas a discusión (la 1ª acerca del cuerpo del delito; la 2ª acerca de la responsabilidad; y las otras dos acerca de la concurrencia de elementos constitutivos de asesinato: indefensión y sevicia), y también como consecuencia de haber encontrado que existían circunstancias de mayor y de menor peligrosidad.

El recurrente invocó como causales de casación la 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, no fue claro ni ordenado al fundarlas o tratar de hacerlo. Mas se entiende que al referirse a la 1ª alegó no haberse tenido en cuenta en la sentencia ni la ira o el intenso dolor, ni la riña (artículos 28 y 384 del Código Penal); al referirse a la 2ª hizo hincapié en su estado de embriaguez, que no le permitía apreciar la indefensión del occiso ni haberse, por lo mismo, propuesto una crueldad especial en el acometimiento.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, que califica el escrito de casación como un alegato de instancia propiamente, contestó:

"La sentencia reprime un delito de asesinato, fundándose en que el Jurado reconoció la intención de matar y las circunstancias constitutivas o modificadoras de la inferioridad en que

se hallaba la víctima y de la sevicia con que obró el agresor.

"En los juicios en que interviene el Jurado, corresponde a éste la calificación de los hechos criminosos y de los elementos atinentes a la responsabilidad, lo mismo que de las circunstancias específicas que puedan influir en la determinación de la pena. Por tanto, el veredicto da la pauta para la sentencia y para la fijación de la sanción.

"Y mientras el veredicto no se declare injusto, el sentenciador no puede apartarse de lo resuelto por los Jueces de conciencia para reconocer circunstancias que ellos no han calificado.

"En el presente caso, el recurrente pretende que la Corte directamente proceda a suprimir los elementos del asesinato y a reconocer el estado de ira y la riña imprevista, sin haber atacado previamente lo relativo a la injusticia del veredicto en tal sentido. Aún más: en este negocio no se sometieron al Jurado los cuestionarios a que se refieren los artículos 28 y 384 del Código Penal.

"Luego, así planteada la cuestión, resulta impertinente.

"Con todo, la Procuraduría encuentra probada la causal primera sobre mala aplicación de la Ley Penal, por lo siguiente:

"El recurrente ataca el fallo del Tribunal porque computó indebidamente circunstancias de mayor peligrosidad contra el reo, especialmente la indefensión del que murió y la sevicia empleada para consumar el homicidio.

"Parece, pues no está bien claro en las sentencias, que el Juez y el Tribunal estimaron como circunstancias de mayor peligrosidad las dos que se acaban de mencionar.

"Pero ocurre que la indefensión de la víctima y la sevicia precisamente son las que sirvieron a los juzgadores para configurar el homicidio como asesinato. Y siendo tales circunstancias elementos constitutivos del hecho punible, no pueden capitalizarse al mismo tiempo como factores accesorios del mismo para elevar la penalidad. Así lo sienta con toda evidencia el artículo 37 del Código Penal, cuando dice que 'son circunstancias de mayor peligrosidad —en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito— las siguientes...."

"En tal virtud, no concurriendo aquí otras circunstancias de mayor peligrosidad distintas de las que se tuvieron en cuenta para especificar la figura del asesinato, el artículo 363 del Código debió aplicarse en su mínimo, al tenor del artículo 39 ibídem.

"En este sentido hay que infirmar el fallo, según opinión de este Despacho.

"Por tanto, la Procuraduría pide respetuosamente a la honorable Corte que case de manera parcial la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Neiva, y, con aplicación en su mínimo del artículo 363 del Código Penal, condene a Carlos E. Ospina, como autor del delito de asesinato en Juan Castilo, a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorias consiguientes."

La sevicia, que es lo mismo que crueldad excesiva, no es acertado deducirla invariablemente del número de golpes dados ni de la ardentía empleada en el asalto. Porque se correría el riesgo de tomar por ella movimientos simplemente reflejos o actitudes demostrativas de un recóndito temor del atacante de que su víctima se irguiera de pronto y se cambiaran notablemente los papeles. La sevicia requiere cierto ánimo frío, deseo de hacer daño por el daño mismo, sin ninguna necesidad y únicamente por exteriorizar la capacidad vengativa del ofensor.

Con todo, no es posible desconocer que Ospina acometió a Castillo hallándose éste derribado, atontado por el porrazo y desarmado, además; pues son numerosos los testimonios al respecto. Y esto es precisamente lo que constituye el estado de indefensión. Aprovecharse de semejante ventaja, aun en una riña, implica cobardía, y el individuo que así procede revela sentimientos dignos de menosprecio. Pero si estos sentimientos se manifiestan no ya en un verdadero lance personal, en que haya la posibilidad de un peligro, por encontrarse, por ejemplo, el contendor abatido en posesión de un instrumento vulnerante, sino en un incidente, como el de autos, en que la víctima estaba realmente postrada e inerme, la acción del delincuente adquiere caracteres de suma gravedad y la infracción se llama entonces asesinato.

Está en lo cierto el señor Procurador Delegado al sostener que es casable parcialmente la sentencia, por haberse elevado el mínimo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, sin causa alguna para ello. Porque el sentenciador incluyó como circunstancias de mayor peligrosidad las mismas que ya habían servido para configurar el asesinato. Lo que es ciertamente injurídico y aberrante. Lo primero, porque la ley lo prohibe (artículo 37, Código Penal); y lo segundo, porque repugnaría a la justicia que un mismo hecho resultara doblemente grave por igual motivo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *resuelve:*

1º Cásase la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, que impuso a Carlos E. Ospina la sanción principal de diez y seis años de presidio, como responsable de homicidio (asesinato) en la persona de Juan Castillo, el veinticuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta, en la población de Carnicerías; y

2º Condénase a Carlos E. Ospina, por ese delito, a quince años de presidio, que cumplirá en el establecimiento penitenciario que designe el Gobierno, con deducción del tiempo que hubiere permanecido en detención preventiva, quedando en firme las accesorias de que trata el fallo, con la advertencia de que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas es por el término de quince años.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Luis Caro Escallón, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Carencia de acuerdo previo y de inteligencia recíproca en la participación delictuosa

La carencia de acuerdo previo no desvirtúa el carácter de la participación delictuosa entre los que concurren a consumar la infracción, aunque sea accidentalmente; ni la falta de inteligencia recíproca entre los ejecutores del delito basta para quitarle a éstos su condición de coautores.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

Jesús María Brito ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, dictada por el Tribunal Superior de Buga, en la que se le impuso la sanción principal de diez y siete años de presidio, por el delito específico de asesinato perpetrado en la persona de Eliseo Sánchez, en la madrugada del treinta y uno de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, en la cantina o tienda del occiso, situada en el paraje de *El Brillante,* Municipio de Ulloa, Departamento del Valle del Cauca.

Los hechos pueden sintetizarse así: poco antes de la una de la mañana del treinta y uno de diciembre del año citado, se presentaron a la cantina de Sánchez, Ricardo Montoya, Jesús María Brito y Pastor Cortés. Los tres llegaron armados: Montoya con un cuchillo largo, al cinto; y Brito y Cortés con sendas peinillas enfundadas. A continuación de haberse tomado unas cervezas, Pastor Cortés pretendió apoderarse de la caja en donde el dueño de la tienda guardaba el dinero producto de las ventas; y como el nombrado Sánchez se opusiera a aquel desafuero, increpándole su actitud al depredador, los compañeros de éste (Montoya y Brito) y él mismo esgrimieron sus armas y con ellas acometieron a Sánchez, quien murió en el asalto. Cinco fueron las heridas que recibió —causadas con arma punzante y cortante (dos en el cuello, una en el antebrazo izquierdo, otra en el brazo izquierdo y otra en la región pectoral, al nivel de la tetilla izquierda). Los asaltantes, ilesos, pues Eliseo Sánchez no alcanzó a servirse de un palo o garrote que empuñó para defenderse, huyeron inmediatamente. La caja del dinero apareció vacía, pero no se logró establecer qué cantidad había dentro de ella.

En el auto de proceder (diez de junio de mil novecientos cuarenta), el Juez Superior de Buga circunscribió la situación jurídica de cada uno de los procesados, sindicando a Montoya como el ejecutor material del homicidio, por la naturaleza de las lesiones con que resultó la víctima, correspondientes a la clase de arma que Montoya tenía; y a Cortés y a Brito como codelincuentes, es decir, como partícipes en el delito, que no se hubiera podido cometer sin la decisiva colaboración de ellos. Para deducirlo tuvo en cuenta lo referido por los testigos presenciales Carlos Sánchez y Roberto Calle, quienes se encontraban en el ventorro de Eliseo y vieron el movimiento atrapador de Cortés, al que siguió el ataque simultáneo o combinado de éste, Montoya y Brito.

De acuerdo con esa discriminación, el Juez de la causa les propuso a los señores del Jurado, constituídos en audiencia pública el diez y siete de julio de mil novecientos cuarenta y dos, las pertinentes cuestiones.

Las relativas al procesado Brito, contestadas afirmativamente, fueron éstas.

Primera: "¿Os halláis plenamente convencidos de que Jesús María Brito atacó con peinilla a Eliseo Sánchez cuando éste pretendía evitar que Ricardo Montoya le robara el dinero, ataque que permitió que Montoya le diera muerte a Sánchez?"

Segunda: "El hecho a que se refiere el cuestionario anterior ¿constituyó un auxilio o cooperación sin los cuales Ricardo Montoya no habría podido darle muerte a Eliseo Sánchez?"

Tercera: "El acusado Jesús María Brito ¿ejecutó los hechos sobre los cuales se os ha preguntado, para facilitar la consumación del delito de robo?"

Cuarta: "El acusado Jesús María Brito ¿ejecutó los hechos sobre los cuales se os ha preguntado con circunstancias que pusieron a Eliseo Sánchez en condiciones de inferioridad e indefensión?"

Quinta: "El acusado Jesús María Brito ¿ejecutó los hechos sobre los cuales se os ha preguntado abusando de las condiciones de inferioridad del ofendido?"

También tuvo a su estudio el Jurado cuatro preguntas más —incluídas a petición del defensor de Brito— referentes a culpa en el hecho ejecutado y no a intención o propósito en el mismo; a inocencia en la participación; a legítima defensa; y a estado de ira o de intenso dolor. Pero todas ellas recibieron unánimes respuestas negativas.

Las causales de casación alegadas por el recurrente Brito son la 1ª, 2ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal vigente.

La primera y la séptima las apoya con una misma razón: que se le condenó como coautor y al mismo tiempo como cómplice, lo que revela —en su concepto— una contradicción palpable. Y en cuanto a la causal segunda, dice que es vaga la prueba de su responsabilidad, puesto que su sola presencia en el lugar de los acontecimientos no era suficiente para establecer lo que se da por evidente.

Al primer punto (causales 1ª y 7ª) contesta el señor Procurador Delegado en lo Penal, luégo de insertar las cuestiones concernientes a Brito y de haber hecho un resumen de las relativas a Montoya, así:

"Como puede comprenderse fácilmente, no existe ninguna contradicción ni entre las contestaciones dadas en lo relativo a la responsabilidad de Montoya con la responsabilidad de Brito, ni en las respuestas atinentes a la situación jurídica de este último.

"Sencillamente el Jurado aceptó, que el autor directo de la muerte de Eliseo Sánchez había sido Montoya, y que Brito había tenido participación en ese hecho no como coautor, sino como cómplice necesario.

"No existe, se repite, la contradicción del veredicto, y el Juzgado aplicó bien la Ley Penal al condenar al recurrente a la misma pena a que fue condenado el autor del asesinato, porque así lo dispone el artículo 19 del Código Penal.

"Por lo expuesto, las causales 1ª y 7ª no prosperan."

Con respecto al otro punto (causal 2ª) expresa el mismo funcionario:

"....la demanda se limita a decir que la sola presencia de Brito en un lugar cercano al sitio en donde se dice que se cometió el homicidio, no puede servir por sí sola para establecer la responsabilidad en el hecho criminoso....

"....no es verdad que ese solo indicio hubiera sido la base para el veredicto y para la condenación, pues hay otras pruebas indiciarias y dos declaraciones de testigos presenciales, demostrativas de la coparticipación de Brito en el asesinato de que fue víctima el nombrado Sánchez."

"Carece también esta causal segunda de apoyo legal.

"Por lo expuesto, este Despacho pide atentamente a la honorable Corte que no infirme la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Buga."

La figura delictuosa de la complicidad necesaria, de que trata el artículo 19 del Código Penal, se refiere y debe aplicarse a casos que no tienen identidad con el de autos. Porque si participe "necesario es aquel sin cuya colaboración el delito no se hubiera podido cometer", no se ve por qué Ricardo Montoya habría fracasado en su intento de darle muerte a Eliseo Sánchez, sin el auxilio de Jesús María Brito. Realmente la situación de éste es la de un coautor y así quedó planteada en la pregunta que en la transcripción se ha colocado como primera. De consiguiente, el Juez abundó inútilmente al formular la segunda; y seguramente a esto lo condujo la errada apreciación en que incurrió en el auto de proceder, al delimitar las distintas responsabilidades.

De todos modos, esta equivocación no favorece al procesado, pues si el Jurado aceptó que él tomó parte en la ejecución del delito, al atacar con peinilla a Eliseo Sánchez, no hizo, claro está, otra cosa que reconocerlo como coautor. Y como la sanción para el coautor es la misma indicada para el cómplice necesario, de esta advertencia que hace la Corte no puede deducirse lo que el recurrente pretende, o sea, que el veredicto es contradictorio.

Si se hubiera presentado esa contradicción en el caso de que el contenido de otra pregunta —también contestada afirmativamente— comprendiera la complicidad secundaria, pues es obvio que no se puede concurrir a la consumación de un delito como coautor y al mismo tiempo como cómplice de segundo orden.

Respecto de la segunda, dice el recurrente que es débil la prueba que aparece en el proceso para condenarlo, porque su sola presencia en el teatro del crimen "no demuestra un acuerdo previo, una inteligencia recíproca con Castor (sic), Cortés y Ricardo Montoya para matar a Eliseo Sánchez...."

A esto observa la Corte: En primer lugar, el fundamento del juicio penal contra Jesús María Brito no consistió exclusivamente en haber estado él en la tienda de Eliseo Sánchez, en la madrugada del treinta y uno de diciembre de mil

novecientos treinta y nueve, sino en lo que al investigador le narraron los testigos presenciales Carlos Sánchez y Roberto Calle, acerca de la intervención de Brito en la infracción de que se ha venido tratando, puesto que los testigos dieron a entender que hubo un ataque simultáneo y combinado de los tres agresores. Así quedó definida su participación principal en el delito. Y en segundo lugar, la carencia de acuerdo previo no desvirtúa el carácter de aquella participación ni la falta de inteligencia recíproca entre los ejecutores de un delito le quita a éstos su condición de coautores.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, que confirmó la de primera instancia, del Juez Superior de la misma ciudad, fechada el veintinueve de julio del año citado, en la que se le impuso a Jesús María Brito la sanción principal de diez y siete años de presidio.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Eduardo Piñeros y Piñeros, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Delitos contra los funcionarios públicos.—Estudio de los artículos 184 y 186 del Código Penal

ARTICULO 184—Trata esta disposición del caso especial de violencia o amenaza a un empleado o funcionario público, bien para que ejecute, o bien para que omita algún acto de sus funciones. La primera condición consiste en que la víctima de la agresión o violencia, o de la amenaza sea empleado o funcionario público, o encargado, aunque sea transitoriamente, de un servicio público; y la otra, que es su complemento, que la violencia, como quien dice acción física realizada, o la amenaza —acción física en potencia— sean con el fin de que el funcionario ejecute u omita algún acto propio de sus funciones. Es un delito per se. Y no hay necesidad de que el acto que se exige coercitivamente del funcionario sea siempre contrario al ejercicio de sus funciones. Puede ser legal; pero si el particular lo reclama por medios que implican la coacción, se hace acreedor a la pena que el artículo comentado indica. Porque lo que aquí se reprime es el desacato a la autoridad, el menosprecio que traduce el obligar a sus representantes a hacer o dejar de hacer aquello que en un caso deberá hacerse normalmente, y en el otro, no debería hacerse de ninguna manera. En fin, el pretender sustituírla o imponerse a sus determinaciones.

Pero si la violencia es de tal naturaleza que por sí configura otro delito, como lesiones u homicidio, entonces habría un verdadero concurso formal y habría que aplicar la sanción correspondiente al delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte. En un homicidio simple, cometido en la persona de un funcionario público porque se negó a ejecutar u omitir un acto de sus funciones, el delito más grave no sería este último sino el primero. En unas lesiones que le causaron al ofendido una incapacidad no mayor de quince días, y en el mismo supuesto, el delito más grave sería el relativo a la calidad de funcionario del lesionado.

ARTICULO 186—Se plantea aquí un caso distinto. Ya no se trata de violencia o de amenaza para constreñir al funcionario a que proceda en determinado sentido. Puede el acto de éste, causante de la reacción, haber pasado hace mucho tiempo, o puede ser presente. Ejemplos: una herida a un Juez por haber dictado una sentencia desfavorable a los intereses del agresor; la muerte recibida en momentos en que un Inspector de Policía intenta reducir a prisión a quien acaba de cometer otro delito o se apresta a consumarlo, o está turbando el orden público. En estos casos, el delito contra el funcionario se habría perpetrado por razón del ejercicio de funciones. La violencia (muerte o lesión) no estaría caracterizada por un propósito definido (que el funcionario ejecutara u omitiera), sino por el hecho mismo de hacer o de haber hecho, y no para obligar a hacer. Más claro: si un individuo se encuentra en plena calle esgrimiendo peligrosamente un revólver, y al acercársele un ciudadano particular a desarmarlo o reducirlo a la impotencia hiere a éste o le da muerte, el delito sería el de lesiones u homicidio únicamente. Pero si es un Agente de la Policía, que se ha dado a conocer como tál, y es reconocido en esa calidad, y sucede lo mismo, a la sanción correspondiente al delito de homicidio o de lesiones habría que aumentar la establecida en el artículo 186.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

El señor defensor de Alejandro Sánchez Agudelo ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de seis de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, del Tribunal Superior de Ibagué, en la que sancionó con veinte meses de prisión a Sánchez Agudelo, por haber herido con arma de fuego al Agente de la Policía Nacional señor Luis Ballesteros, quien estuvo incapacitado por ocho días, hecho ocurrido en las primeras horas de la noche del veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta, en momentos en que Ballesteros trataba de quitarle el revólver en el "Café América" de la población de Villahermo-

sa, y del cual conoció en primera instancia el señor Juez Penal del Circuito del Líbano.

El señor abogado encargado de sostener el recurso, en escrito de veinticinco de agosto del año próximo pasado, invoca como causales de casación las siguientes: 1ª, 2ª, 4ª y 5ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La 1ª y la 2ª las funda en que no existió de parte de su representado intención de herir a Ballesteros como Agente de la Policía, es decir, que no hubo delito contra funcionario público y sí, apenas, una infracción sancionable conforme al artículo 372 —inciso 1º— del Código Penal (lesiones personales que causan una incapacidad no mayor de quince días). Y de ahí deduce la errada interpretación de los hechos y la indebida aplicación de la Ley Penal, de que tratan las causales 2ª y 1ª, respectivamente.

Respecto de las causales 4ª y 5ª (ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, y no haberse expresado en ella clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados), el demandante se limita a enunciarlos, sin dar razón alguna de su fundamento.

El señor Procurador Delegado en lo Penal dirige su réplica a los argumentos referentes a las dos causales que él conviene que en realidad han sido propiamente alegadas (la 1ª y la 2ª), para concluir que es desechable el recurso. Cita, en demostración de que Sánchez Agudelo sí quiso acometer al Agente de la Policía Ballesteros, las declaraciones de los testigos presenciales Ismael Marín y Roberto Londoño. Y se vale de las mismas palabras del procesado para despejar toda duda acerca del conocimiento que Sánchez Agudelo tuvo de la calidad de Agente de la Policía de que estaba en esos momentos investido Luis Ballesteros, lo que, además, está suficientemente establecido con el decreto de nombramiento, acta de posesión y certificación respecto del ejercicio de ese cargo en la noche del veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta.

A continuación va la Sala a transcribir una parte que considera muy importante del concepto de la Procuraduría. Dice así:

"Por cierto que hubo un grave error de parte del Juez y del Tribunal al llamar a juicio a Sánchez por delitos contra funcionarios públicos, dejando por fuera las lesiones personales. Y es todavía más ostensible la equivocación del Poder Público cuando sostiene que el delito cometido por Sánchez es el contemplado en el artículo 184 del Código Penal. No. Se trata simplemente de unas lesiones personales consumadas en la persona de un empleado público por razón del ejercicio de las funciones de su cargo.

"El artículo 184 citado trata de un delito específico, en que el autor emplea violencias o amenazas contra un empleado, funcionario público o encargado de un servicio público con el fin primordial, exclusivo, de obligarlo a ejercitar o a omitir un acto propio de sus funciones.

"Pero en el presente caso no concurrió ese dolo específico, desde luégo que la acción delictuosa de Sánchez sólo obedeció a la ira que le suscitó la requisa que le quería practicar el Agente, mas no a un fin encaminado a cercenar los deberes oficiales del empleado.

"Empero este aspecto fundamental del asunto no ha sido tratado por el recurrente, y ni la Corte ni la Procuraduría pueden resolverlo oficiosamente, porque la casación no es una tercera instancia.

"....El error de los sentenciadores consistió en haber aplicado el artículo 184 del Código Penal, y en haber reprimido el delito de lesiones personales, que no se le imputó a Sánchez en el auto de proceder. Hay un claro desacuerdo entre la sentencia y el enjuiciamiento sobre ese particular. Pero tal desacierto no puede hoy remediarse, porque, según se deja dicho, no ha sido planteado en casación."

La conclusión a que llegará la Corte exige un resumen de los diferentes incidentes del proceso.

1º El señor Juez Penal del Circuito del Líbano, en el auto de proceder de catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, abrió causa criminal a Alejandro Sánchez Agudelo, "por delitos contra los funcionarios públicos.... infracciones que define y castiga el Capítulo VIII, Título III, del Libro Segundo del Código Penal".

2º El Tribunal Superior de Ibagué, en auto de veinticinco de mayo del mismo año, confirmó el de primera instancia, sin adición ninguna, no obstante habérsela solicitado su colaborador fiscal, quien era de opinión que el delito envolvía el cargo de lesiones personales, tesis que el Tribunal rechazó.

3º El mismo Tribunal —auto de siete de julio— se negó a reponer el auto anterior, es decir, a acceder a lo pedido por la defensa, que alegaba una clara violación del principio *"non bis in idem"*, al considerar, como lo había hecho el Tribunal, pertinentes los artículos 184 y 186 del Código Penal. Pero, en cambio, adicionó su providencia declarando que Sánchez Agudelo era también responsable del delito de lesiones personales, de conformidad con el Capítulo II, Título XV y Libro II del Código Penal vigente; es decir, que siempre aceptó la petición del Fiscal.

4º Finalmente, en auto de treinta y uno de julio, el Tribunal Superior de Ibagué repuso el de siete de ese mes para dejar las cosas como

estaban en el auto del inferior y en el suyo de veintinueve de mayo. Esto lo hizo en virtud de las razones que le presentó el señor abogado defensor, quien adujo la doctrina de que la apelación se entendía interpuesta en lo desfavorable únicamente, y que al modificar el auto de proceder, agregándole el delito de lesiones personales, el Tribunal había empeorado la situación de Sánchez Agudelo.

En la otra etapa del proceso —la final del juicio—, ocurrió lo siguiente:

a) El Juez del conocimiento —sentencia de veintiuno de abril de mil novecientos cuarenta y dos— condenó a Alejandro Sánchez Agudelo a la sanción principal de cuarenta y un meses de prisión y, además de otras accesorias, a pagar una multa de trescientos setenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 373.33), penas que dedujo de los artículos 184, 186 y 372, inciso 1º, del Código Penal;

b) El Tribunal Superior de Ibagué —sentencia del seis de marzo de mil novecientos cuarenta y tres— reformó la del Juez, dejando en veinte meses de prisión la pena principal y en cien pesos la multa. Aquélla la dedujo del artículo 184 citado, y ésta del 372, también citado.

c) Por último, cuando el defensor del procesado manifestó que interponía el recurso de casación, que el Tribunal concedió, uno de los Magistrados salvó su voto, expresando que como al reo se le había aplicado como exclusivo a su caso el artículo 184 del Código Penal, que señala una sanción máxima de cuatro años de prisión, el recurso no se podía conceder.

Artículo 184 del Código Penal.—Trata esta disposición del caso especial de violencia o amenaza a un empleado o funcionario público, bien para que ejecute, o bien para que omita algún acto de sus funciones. La primera condición consiste en que la víctima de la agresión o violencia, o de la amenaza sea empleado o funcionario público, o encargado, aunque sea transitoriamente, de un servicio público; y la otra, que es su complemento, que la violencia, como quien dice acción física realizada, o la amenaza —acción física en potencia— sean con el fin de que el funcionario ejecute u omita algún acto propio de sus funciones. Es un delito *per se*. Y no hay necesidad de que el acto que se exige coercitivamente del funcionario sea siempre contrario al ejercicio de sus funciones. Puede ser legal; pero si el particular lo reclama por medios que implican la coacción, se hace acreedor a la pena que el artículo comentado indica. Porque lo que aquí se reprime es el desacato a la autoridad, el menosprecio que traduce el obligar a sus representantes a hacer o dejar de hacer aquello que en un caso deberá hacerse normalmente, y en el otro, no debería hacerse de ninguna manera. En fin, el pretender sustituírla o imponerse a sus determinaciones.

Pero si la violencia es de tal naturaleza que por sí configura otro delito, como lesiones u homicidio, entonces habría un verdadero concurso formal y habría que aplicar la sanción correspondiente al delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte. En un homicidio simple, cometido en la persona de un funcionario público porque se negó a ejecutar u omitir un acto de sus funciones, el delito más grave no sería este último sino el primero. En unas lesiones que le causaron al ofendido una incapacidad no mayor de quince días, y en el mismo supuesto, el delito más grave sería el relativo a la calidad de funcionario del lesionado.

Artículo 186 del Código Penal.—Se plantea aquí un caso distinto. Ya no se trata de violencia o de amenaza para constreñir al funcionario a que proceda en determinado sentido. Puede el acto de éste, causante de la reacción, haber pasado hace mucho tiempo, o puede ser presente. Ejemplos: una herida a un Juez por haber dictado una sentencia desfavorable a los intereses del agresor; la muerte recibida en momentos en que un Inspector de Policía intenta reducir a prisión a quien acaba de cometer otro delito o se apresta a consumarlo, o está turbando el orden público. En estos casos, el delito contra el funcionario se habría perpetrado por razón del ejercicio de funciones. La violencia (muerte o lesión) no estaría caracterizada por un propósito definido (que el funcionario ejecutara u omitiera), sino por el hecho mismo de hacer o de haber hecho, y no para obligar a hacer. Más claro: si un individuo se encuentra en plena calle esgrimiendo peligrosamente un revólver, y al acercársele un ciudadano particular a desarmarlo o reducirlo a la impotencia hiere a éste o le da muerte, el delito sería el de lesiones u homicidio únicamente. Pero si es un Agente de la Policía, que se ha dado a conocer como tal, y es reconocido en esa calidad, y sucede lo mismo, a la sanción correspondiente al delito de homicidio o de lesiones habría que aumentar la establecida en el artículo 186.

Esto fue lo que debió hacer y no hizo el Juez Penal del Circuito del Líbano, o, en su defecto, el Tribunal Superior de Ibagué en el presente proceso.

Sin embargo de ese error de interpretación y de lo insólito de haberle impuesto el Tribunal a Sánchez Agudelo una multa que no trae ninguno de los artículos que sancionan los delitos contra los funcionarios públicos, sino el de le-

siones personales, que no fue, como ya se sabe y se ha dicho, materia del debate judicial, la sentencia no es de aquellas a que se refiere el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal y no puede, por lo tanto, ser objeto de casación. Porque si se atiende al máximo de la pena imponible, conforme al delito o delitos cometidos y se prescinde no solamente de la impuesta sino del delito o delitos que el sentenciador creyó erradamente que se habían realizado, la de Sánchez Agudelo (pena) en su grado más alto no alcanzaría a cinco años de arresto, aun haciendo el cómputo conforme a tres artículos (372, inciso 1º, 186 y 31, Código Penal). Y si se tuviera en cuenta el delito sancionado, como éste fue el del artículo 184, tampoco resultaría admisible el recurso porque la pena máxima privativa de la libertad no llega a cinco años.

Es verdad que la Corte había declarado admisible el recurso. ¿Pero hay algo que se oponga a rectificar un error en estas materias o en otras? Cuando se le da entrada al recurso con el auto de admisibilidad, la Corte no adquiere un compromiso indesatable. Así como ese auto inicial del recurso no está indicando su prosperidad, tampoco él vincula a la Corte hasta el punto de que tenga que sostener un yerro manifiesto, si al entrar en el estudio de fondo del negocio —y este estudio meditado y prolijo sólo se hace en la sentencia de casación— advierte que incurrió en él al facilitar el trámite indispensable para llegar, una vez agotado, a una u otra decisión. Porque el auto de admisibilidad no es sino eso: un auto de trámite, que no requiere más que un examen somero del caso y no una indagación definitiva de todo el proceso, como es obligatorio hacerlo en la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, por tratarse de una de aquellas que no dan lugar al respectivo recurso.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Luis Caro Escallón, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Cuestiones primordiales que el Jurado debe decidir

El Jurado debe definir en los delitos de que conoce —en colaboración con el Juez Superior— dos cuestiones primordiales: materialidad del hecho y responsabilidad del autor del mismo. Admitida la primera y negada la segunda, equivale a haberse pronunciado por la absolución. Entonces es clara la voluntad del juri, cuyo pensamiento puede interpretarse diciendo que reconoció la existencia del hecho, pero que al mismo tiempo convino en que el procesado lo ejecutó conforme a derecho. Aceptada la responsabilidad, pero rechazada la existencia material del acto, al Juez le toca deducir —de acuerdo con la ley y con la lógica, además—, que no puede nadie ser responsable de un delito que no tuvo vida jurídica. Pero si el Jurado no consiguió decidirse en ningún sentido sobre el elemento psíquico y fundamental —que en el homicidio es el propósito de matar—, porque esa cuestión quedó apenas en la mente del funcionario que elaboró las preguntas, no hubo entonces afirmación ni negación, y el Juez carecía de base para dictar sentencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, julio veintiséis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

Agustín Barrera Niño, de unos veintidós años de edad, fue llamado a responder en juicio criminal, en auto de proceder de treinta de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, del Juzgado 3º Superior de Tunja, por el delito de homicidio en la persona de su tío José del Carmen Barrera, hecho que aquél consumó —sirviéndose de una navaja o de un cuchillo— el veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta, como a las cinco y media de la tarde, en la vereda de *Tincachoque*, Municipio de Guateque, Departamento de Boyacá.

Celebrada la audiencia pública y obtenido el veredicto del Jurado, el Juez dictó sentencia conforme a lo que creyó ser una expresión del querer del Tribunal de conciencia, imponiéndole a Barrera Niño entre otras sanciones la de nueve años de presidio, sanción ésta que el Tribunal de Tunja modificó elevándola a catorce años, en su fallo de veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, contra el cual interpusieron recurso de casación procesado y defensor.

El cuestionario que el Juez elaboró está compuesto de las siguientes preguntas:

1º "¿Os halláis plenamente convencidos de que Agustín Barrera, mayor de edad, natural y vecino de Guateque, a eso de las cinco y media de la tarde del veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta, en un sitio de la vereda de *Tincachoque*, del Municipio de Guateque, infirió varias heridas con instrumento cortante y punzante á José del Carmen Barrera; que una de esas heridas fue la causa determinante de la muerte de éste y que antes de ser herido se encontraba bueno y sano?"

2º "Entre el acusado y José del Carmen Barrera ¿existia desde antes del veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta un estado de enemistad?"

3º "El arma con que Agustín Barrera hirió a José del Carmen Barrera ¿tenia suficiente eficacia como para causar la muerte?"

4º "La fuerza con que el acusado esgrimió el cuchillo ¿fue suficiente para perforar a la víctima la piel, la capa muscular, el peritoneo, dos asas del intestino delgado y el estómago?"

5º "Fuera de la herida que la autopsia califica de esencialmente mortal ¿el acusado ocasionó a la víctima otras heridas?"

6º "Las heridas de que se viene hablando ¿las ocasionó el acusado a José del Carmen Barrera durante una riña habida entre los dos?"

7º "En caso de haber existido la riña a que se refiere el cuestionario anterior, ¿en esa riña se vio envuelto el acusado de modo imprevisto?"

Todas ellas, menos la última, fueron contestadas afirmativamente.

* * *

El recurrente ha invocado las causales 1ª, 2ª, 3ª, y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, presentándolas en el siguiente orden: 4ª, 3ª, 1ª y 2ª, orden lógico que la Sala

habrá de seguir, puesto que si resulta probada la que se refiere a la nulidad del juicio, será inútil estudiar las demás.

Causal 4ª—Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Véase cómo argumenta el interesado en la prosperidad del recurso respecto de esta causal:

"El numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal erige como causal de nulidad en los procesos la incompetencia de jurisdicción. El hecho constitutivo de la nulidad consiste en la incompetencia de jurisdicción de los Jueces de derecho para dictar sentencia fundándose en el veredicto existente, porque al Tribunal de conciencia es al que le incumbe apreciar y fallar todas aquellas circunstancias que son elementos constitutivos del delito de homicidio. En la presente causa se propusieron al Jurado fallador siete cuestiones, pero se omitió una cuestión esencial como es la relativa al propósito de matar; mientras el Jurado no falle acerca de esa cuestión esencial del delito de homicidio intencional, los Jueces de derecho no tienen jurisdicción para dictar sentencia y aplicar la pena señalada en el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal." (Sic).

El señor Procurador Delegado en lo Penal concede que por haberse omitido en el pliego de preguntas la relativa al propósito o intención de matar, el Jurado no dispuso de medios para declarar la existencia de "ese elemento moral característico del dolo". Pero esto no lo lleva a admitir la conclusión de que no hubo veredicto o de que la sentencia se pronunció en desacuerdo con el emitido. Y ello a pesar de que confiesa su desconcierto o perplejidad en estos persuasivos términos:

"La falta de respuesta, cuando no la hay a pesar de la pregunta, podría interpretarse como un recelo de la conciencia juzgadora para pronunciarse por cualquiera de las soluciones extremas solicitadas. Pero cuando no hay inquisición, ¿cómo omitir que el Jurado al guardar silencio desconoció el propósito homicida, tal como lo afirma el recurrente? Y al contrario, ¿cómo concluir que el silencio por sustracción de la pregunta, fue un reconocimiento de la imputación dolosa, según la tesis del Tribunal?"

Sin embargo, de ese estado mental de duda, y de duda muy grave, el Agente del Ministerio Público cree salvar la dificultad diciendo que como el Jurado afirmó la enemistad entre víctima y victimario, lo mismo que la realización del hecho en una riña no imprevista, con esto manifestó su ánimo de declarar que Agustín Barrera tuvo el propósito de darle muerte a su tío José del Carmen.

Siempre será arriesgado interpretar el pensamiento ajeno. Pero si no se trata ya de una interpretación sino de descubrirlo o de desentrañarlo, no es el solo riesgo de errar lo que se arrostra, sino que se incurre en una verdadera temeridad al dar por expresado lo que no llegó a revelarse en forma que permitiera ser traducida en determinada orientación.

Si esta reflexión tiene algún valor en el terreno de las simples relaciones humanas, ¿cómo no consentir en que su importancia es extrema cuando ese juicio recóndito o impreciso va a repercutir sobre la libertad de un hombre?

Un veredicto que resulta contrario a la evidencia de los hechos, es inestimable por carecer de exactitud; pero es, al fin y al cabo, la expresión de un sentir. Un veredicto que adolezca de vaguedad u oscuridad, en algunos casos puede ser explicado o aclarado por el Juez de derecho. Pero un veredicto sin contenido sustancial no es susceptible de traducción, ni se presta a ser calificado de inexacto o contraevidente. Sencillamente no es tál. Y este es el caso que la Sala tiene a su estudio en el presente proceso.

El Jurado debe definir en los delitos de que conoce —en colaboración con el Juez Superior— dos cuestiones primordiales: materialidad del hecho y responsabilidad del autor del mismo. Admitida la primera y negada la segunda, equivale a haberse pronunciado por la absolución. Entonces es clara la voluntad del *juri*. Hubo un hecho que el procesado ejecutó pero conforme a derecho. Aceptada la responsabilidad, pero rechazada la existencia material del acto, al Juez le toca deducir —de acuerdo con la ley y con la lógica, además—, que no puede nadie ser responsable de un delito que no se ha cometido. Pero si el Jurado no consiguió decidirse en ningún sentido sobre el elemento psiquico y fundamental —que en el homicidio es el propósito de matar— porque esa cuestión quedó apenas en la mente del funcionario que elaboró las preguntas, no hubo entonces afirmación ni negación, y el Juez carecía de base para dictar sentencia. ¿Sobre qué podía descansar un fallo condenatorio por homicidio, si el Jurado no contestó que Agustín Barrera había tenido el propósito de darle muerte a José del Carmen Barrera? ¿Del número de lesiones con que apareció la víctima o de la capacidad del arma para producir la muerte, o del vigor empleado por el ejecutor? No. Se afirmó con ello algo perteneciente al cuerpo del delito. Pero nada más. ¿De la enemistad entre el autor físico de la acción y la víctima? Menos. Porque al enemigo puede dársele muerte en legítima defensa. ¿Del preámbulo de una riña que no revistió los caracteres de casual o imprevista? Tampoco.

Porque lo que se establece entonces es que hubo una modalidad, importante o nó, decisiva o nó, pero, en fin, un matiz que por sí solo nada representa, si antes no se definió el origen o causa primera de esa modalidad consecuencial, para saber a qué situación jurídica corresponde.

De manera que no hay posibilidad de darle un contenido cierto al veredicto del Jurado ante quien compareció Agustín Barrera Niño el veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos. No hubo decisión, porque el Juez entrabó o casi imposibilitó la tarea de los Jueces de conciencia, redactando un peregrino interrogatorio que les hacía írrita e inoficiosa su función. Curioso sistema judicial de inquirir la verdad es este de presentarles a los preguntados, en vez de un pliego sensato, un jeroglífico, en donde lo que está oculto es precisamente la clave de lo que se pretende averiguar. Que a pesar de tal obstáculo el Jurado quiso declarar la responsabilidad de Agustín Barrera, es una hipótesis, y en negar esto no se va a empeñar la Sala. Pero si es una hipótesis, de nada sirve, porque las sentencias necesitan una base más sólida y no se construyen sobre suposiciones. Un proceso así es inconcluso, por más que haya en él una actuación con perfiles de sentencia. Es como si al Jurado no se le hubiera convocado o no hubiera deliberado. Porque al pretender hacerlo se encontró con que carecía de instrumento adecuado para al través de él hacer patente su convicción o conseguir determinarse.

Ahora, se pregunta, cuál es la consecuencia de no haberse dado veredicto en un proceso que lo reclama necesariamente para que el Juez Superior esté en capacidad de dictar sentencia. Sencillamente que el juicio es nulo, con nulidad sustancial, porque se prescindió de una formalidad que le es propia: la de la previa manifestación de la voluntad del Tribunal popular, lo que a su vez se originó en la inobservancia de una formalidad procedimental, como fue el no haberse propuesto el cuestionario de acuerdo con las normas del artículo 498 de la Ley 94 de 1938, vigente entonces.

No era preciso que la ley previera ocurrencias de esta naturaleza. Pero si es nulo un proceso en que no se ha notificado en debida forma el auto en que se formulan los cuestionarios, con mayor razón habrá que declarar esa nulidad cuando no se formuló el cuestionario o al hacerlo se omitió una fórmula que era imprescindible. Si en un juicio por robo se le pregunta al Jurado por estafa, o se calla el elemento característico del delito acerca del cual se interroga, muy bien puede decirse que no hubo fórmula de juicio y que al condenarse o absolverse sin ella se actuó sobre un proceso inválido.

Así es necesario resolverlo en este caso, contrariando la opinión del señor Procurador Delegado en lo Penal, doctor Luis Carlos Pérez, quien ha presentado en su vista un valioso estudio a propósito de la apreciación que de las circunstancias de mayor peligrosidad de Agustín Barrera hizo el Tribunal Superior de Tunja. Importante tema que la Sala lamenta no considerar, porque no sería oportuno hacerlo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, *resuelve:*

1º *Invalídase* el fallo de veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, en el cual se le impuso a Agustín Barrera Niño catorce años de presidio, como homicida; y

2º *Declárase nulo* lo actuado en este proceso, a partir del auto de veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, auto en el cual el señor Juez 3º Superior de Tunja formuló el cuestionario que ya se conoce.

En consecuencia, se dispone enviar el proceso a dicho funcionario, por conducto del Tribunal Superior de Tunja, para que reponga el juicio de allí en adelante.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Falsedad en documentos públicos

Constituye delito de falsedad de documentos públicos, de acuerdo con el artículo 231 del Código Penal, el fingir fechas alterando en esa forma las que verdaderamente deberían haberse puesto en las diligencias practicadas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

Joaquín Rosero Solarte interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto que lo condenó a tres años de presidio como responsable de falsedad en documentos públicos.

Invoca las causales 4ª, 1ª y 2ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal; y solicita que al invalidar el fallo se le absuelva de los cargos formulados contra él o, en subsidio, que se declare notoriamente injusto el veredicto del Jurado y se le haga juzgar de nuevo. El señor Procurador de la Nación se opone en un todo a la invalidación del fallo recurrido.

La Corte estima que conviene, antes de analizar cada una de las causales, exponer brevemente el hecho incriminado:

Rosero Solarte desempeñaba la Alcaldía del Municipio de Linares (Departamento de Nariño), donde cursaba una querella de Policía entre Betsabé Ortega y Emeterio Melo; y se le imputa o atribuye haber hecho aparecer algunas actuaciones con fechas que no son las verdaderas, pues tales actuaciones se escribieron todas el día siete de junio de mil novecientos treinta y nueve y sin embargo figuran como hechas el veintinueve de mayo, el treinta de mayo y el tres de junio. Anselmo Arturo y Díaz, Secretario, declaró que él había escrito el día siete de junio aquellas diligencias o actuaciones con las otras fechas y que lo hizo por orden del Alcalde Rosero Solarte; y a más de tal declaración figuran en autos las de Rafael Benavides, Dictinio Melo y Ulpiano S. Córdoba, de las cuales resulta que las diligencias o actuaciones fueron, efectivamente, antedatadas.

Causales de indebida aplicación de la Ley Penal e interpretación o apreciación errada de los hechos.

Se hace necesario estudiar conjuntamente estas dos causales porque si bien el recurrente las propone por separado, al explicarlas incurre en confusión de los argumentos que serían pertinentes para la una o para la otra.

La Corte pasa a examinarlas en su orden lógico:

1º Dice el recurrente:

"Revisando las diligencias, y en este caso, estudiando el concepto pericial de los grafólogos, folios 50, *no se ve, por ningún lado* de esas piezas, *que hubiera borroneadura de fechas anteriores,* y la colocación de nuevas. Luego, no existe tal actuación de fechas."

Considera la Corte que este argumento no es pertinente al caso porque al procesado Rosero Solarte no se le ha hecho el cargo de falsedad material sino intelectual, de manera que la inexistencia de "borroneadura", raspadura u otra alteración material de lo escrito nada arguye en favor del recurrente ni desvirtúa el delito.

2º Alega Rosero Solarte que la sentencia viola el artículo 231 (numeral 5º) del Código Penal, porque esta disposición pena al funcionario público que altere las fechas verdaderas, abusando de sus funciones; y que en el caso de que se trata no hubo abuso de funciones, porque la entrega del terreno que hizo el recurrente como Alcalde se efectuó *"en cumplimiento de una resolución verbal ejecutoriada,* como es la del veinticinco de abril de mil novecientos treinta y nueve, a que alude la copia de folios 44 y 47".

Sobre este punto estima la Corte que aun cuando hubiera una providencia anterior que ordenara la entrega de la finca, esa circunstancia no autorizaba a los funcionarios ejecutores de aquélla para la alteración o suposición de fechas en la actuación donde el funcionario, "abusando de sus funciones", ordenó poner fechas anteriores a aquella en que realmente se estaban escribiendo. Puede suceder que no hubiera tal abuso al dictar la providencia que ordenó la entrega del terreno y que, según se afirma, fue expedida el veinticinco de abril; pero al precipitar la actuación sobre entrega fingiendo fechas en la nota de presentación de un memorial, en

la resolución recaída sobre éste y en la correspondiente notificación, si hubo abuso; y de no haberse confundido en esa forma los trámites y términos, es posible que el tenedor material del terreno hubiese podido hacer alguna gestión o recurso favorable a él, en vez de ser lanzado, como lo fue, de una manera súbita e inesperada.

En varios pasajes de memoriales y alegatos presentados en las instancias, y quizá en alguna vista fiscal se habla de que la súposición o ficción de fechas no redundaba en perjuicio de nadie y que era hasta inoficiosa.

Aun cuando en casación no se ha planteado este aspecto, ni siquiera se ha mencionado, conviene advertir lo siguiente:

a) No figura en autos la providencia que, según dice el ex-Alcalde Rosero, llevaba fecha veinticinco de abril y por medio de la cual se decidió la "querella verbal" entre Betsabé Ortega y Emeterio Melo; de suerte que no se sabe a ciencia cierta ni qué fue lo debatido en esa querella ni qué fue lo resuelto en dicha providencia;

b) Pero es significativo que figurando como demandante Betsabé Ortega, quien se quejaba de que Melo estorbaba su pacífica posesión del fundo *San Francisco,* resultara a la postre que no sólo perdió Ortega su acción o querella sino que, de adehala, el Alcalde le quitó la posesión del terreno para entregárselo al demandado, pues si se trataba de queja por perturbaciones del dominio la resolución debía limitarse a disponer que cesaran por parte del demandado Melo o —a lo sumo— declarar que no había perturbación; pero no se explica por qué no sólo perdió la acción el querellante sino que se llegó hasta quitarle la finca para entregársela al demandado;

c) En todo caso se falseó la actuación para llevar a cabo un lanzamiento cuya legalidad y justicia están muy lejos de haberse puesto en claro en este proceso.

3º Dice el recurrente que no puede haber falsedad de documentos en este caso, porque siendo el procedimiento *verbal,* como la palabra lo indica, por sustracción de materia es imposible la alteración de fechas "que equivale a decir alteración de términos", puesto que en esta clase de asuntos, sobre la queja o reclamo el Juez oye la exposición verbal de interesados o testigos, decide en el acto mismo y "atenderá" al cumplimiento inmediato de lo resuelto, sin lugar a apelación.

A este reparo contra la sentencia puede responderse que la alegación podría ser valedera si con ella se tratara de establecer que el procedimiento es breve y casi sumario en tal género de querellas; pero que la circunstancia de que propia o impropiamente se denomine "verbal" un procedimiento no excluye el delito de falsedad si —no obstante dársele tal nombre— la actuación se surte por escrito. Lo "verbal" del procedimiento se refiere a que para simplificar y aligerar trámites no todo se escribe; pero la actuación del funcionario tiene que quedar escrita porque sin ese testimonio no se podría saber luégo si se falló el asunto, en qué sentido se falló y cómo se cumplió el fallo.

En todo caso y cualquiera que sea el nombre dado al procedimiento, lo cierto es que éste se surtió por escrito, que en tal actuación —documento público— se fingieron fechas alterando en sa forma las que verdaderamente deberían haberse puesto y que ello se realizó merced a un acto abusivo del Alcalde, todo lo cual hace que el hecho encaje en los términos del numeral 5º, artículo 231 del Código Penal, falsedad de documentos.

4º Dice la demanda de casación que la sentencia incurrió en errada interpretación o apreciación de los hechos que para el Tribunal llegaron a constituír delito de falsedad, porque acogió como prueba la testimonial "cuando en el presente caso, la que decide, si hubiere existido documentación escrita, es la pericial; y ésta, como puede verse a folios 50, expone claramente que no existe tal delito de falsedad". De este razonamiento deduce el recurrente que la sentencia viola los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal.

No puede aceptar la Corte este argumento:

a) Porque este juicio se falló por Jurados, de suerte que la prueba inmediata en que la sentencia se funda es el veredicto, y las pruebas del sumario apenas son fundamento mediato del fallo recurrido;

b) Porque es inexacto que el dictamen pericial diga o concluya que no existe en este caso el delito de falsedad, pues al contrario, el perito único que suscribe un informe visible a folio 50 dice:

"Sobre si las diligencias fueron escritas en el mismo día y un mismo acto, me abstengo de conceptuar, pues si bien es cierto que los grafismos de un escrito pueden en un momento dado arrojar luz para observar su continuidad, por extensos que éstos sean, en el presente caso los grafismos predominantes no arrojan datos que den fundamento para un concepto de esa naturaleza."

Si el perito declara que se abstiene de conceptuar sobre la falsedad intelectual de ahí no podría deducirse que niegue la existencia de ella; lo que ocurre es que él estaba examinando solamente elementos materiales de los grafismos

y nadie ha pensado que en el presente caso haya falsedad material.

No es posible, por todo lo dicho, que el recurso prospere por las causales 1ª o 2ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal.

"Otra causal tercera".—Con este mote encabeza el recurrente unos pasajes de su alegato que dicen lo siguiente:

"Conforme a los testimonios de Anselmo Arturo y Díaz, folios 31, Moisés Pantoja M., folios 131, Florentino Alvear, folios 132 vuelto, Aureliano R. Figueroa, folios 133, Julio C. Narváez, folios 133 vuelto, soy yo persona ignorante, en una palabra, *inepto* para desempeñar puestos públicos, aunque sí persona muy honorable y honrada.

"Por mandato del artículo 23 del Código Penal, numeral 3º, no hay lugar a responsabilidad, cuando se comete el hecho por ignorancia, en esta *clase de contravenciones.*

"Y como el Tribunal, al dictar su fallo, apreció indebidamente esta prueba, o la interpretó de manera errada, el fallo que acuso viola igualmente los artículos 203, 204, 205 de la Ley 94 de 1938 y demás concordantes, ya que, me condena, sin tener responsabilidad."

Como se ve, el recurrente cree que la palabra "contravención" empleada por la disposición legal que él cita, es sinónimo de *infracciones punibles,* error manifiesto ya que dentro de este género la ley ha contrapuesto los términos *delito* y *contravención;* y que la falsedad en documentos —y documentos públicos— es un verdadero delito no puede ponerse en duda como punto de doctrina y está resuelto en forma clarísima por los artículos 231 y siguientes del Código Penal.

El señor Procurador Delegado en lo Penal dice, para impugnar este motivo de casación, lo siguiente:

"Cree también el demandante que el Tribunal ha debido dar aplicación al numeral 3º del artículo 23 del Código Penal, que consagra una causal de inimputabilidad, por estar demostrado que es un sujeto inepto para desempeñar cargos públicos.

"La ignorancia que esgrime ahora el condenado no parece que dependa de fuerza mayor, pues le hubiera bastado reconocerla antes de aceptar el cargo de Alcalde. Además la falsedad no es una contravención sino un delito y de los más graves por cierto."

De suerte que tampoco podría prosperar el recurso por esta que el interesado denomina en su alegato "otra causal tercera".

Causal sobre nulidad del procedimiento.

Dice el recurrente que el dictamen de los peritos grafólogos no se puso en conocimiento de las partes con lo cual se violó de manera directa el artículo 1º, Ley 94 de 1938; y de manera indirecta el artículo 266 ibidem; y que aquella omisión implica el habérsele juzgado sin observar la plenitud de las formas propias para cada juicio.

La Corte observa acerca de este punto que no toda omisión en el procedimiento es motivo de nulidad sino aquellas que están especial y expresamente previstas en la enumeración taxativa que hace la ley de causales de nulidad; y que en dicha enumeración no figura la omisión de que se queja el recurrente.

Por otra parte, en el presente caso no se trata de una falsedad material cuya prueba debiera consistir en el dictamen sobre raspaduras o enmendaduras de los escritos materialmente, sino de una falsedad intelectual, de suerte que el dictamen grafológico no tiene para este proceso, la máxima importancia que el recurrente parece atribuirle.

De manera que el recurso no podría prosperar por esta causal.

El señor Procurador Delegado, después de rebatir los motivos de casación propuestos por el recurrente, dice así:

"Antes de terminar, desea la Procuraduría anotar que este proceso tiene graves irregularidades, entre las cuales se limita a poner de presente la relativa a la manera como se formularon los cuestionarios, en que ni en cuanto a la forma ni en cuanto al fondo se respetó la ley.

"Realmente, como cuestionario sólo aparece una copia del auto que consignó las preguntas que debían hacerse a los Jurados, pero no se escribieron tantos pliegos cuantos Jueces de conciencia debían intervenir para que el voto fuera individual, según lo exigía el Código de Procedimiento Penal en la época en que se realizó la audiencia, sistema que, entre paréntesis, fue ya modificado por la Ley 4ª del presente año. No hubo, pues, escrutinio ni se cumplieron las formalidades que sobre el desarrollo de las funciones de los Jueces de hecho establecía el citado Código.

"Pero no es eso lo más grave. La irregularidad más notoria estriba en que se omitió preguntar sobre la existencia del elemento dolo de la infracción, con lo cual se vino a desintegrar el concepto del delito, circunscribiéndolo exclusivamente a la parte material de éste.

"Mas como sobre estos temas no se habla en la demanda y la Procuraduría no puede hoy invocar motivos de casación, la observación no puede tener otra finalidad que la de buscar que la Honorable Corte se digne llamar la atención a

los funcionarios de Pasto para que la anomalía no se vuelva a repetir en lo referente al dolo.

"Por lo expuesto, la Procuraduría pide atentamente a la Honorable Corte que no infirme la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Pasto."

La Corte ha resuelto transcribir estos pasajes finales de la vista del señor Procurador para llamar con ello la atención, como el Ministerio Público lo desea, a los funcionarios judiciales de Pasto sobre la forma descuidada e ilegal en que aparecen formulados los cuestionarios; y la Sala se limita a consignar su extrañeza por semejante desgreño en la tramitación del proceso no sin advertir que ella no se pronuncia en ningún sentido respecto a las irregularidades de los cuestionarios ni a la tesis del señor Procurador acerca del elemento dolo en el delito de falsedad de que trata la sentencia por no habérsele propuesto esos puntos como posibles aspectos o motivos de casación.

Por 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, declara que no es el caso de invalidar, y *no invalida*, la sentencia del Tribunal Superior de Pasto fechada el cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, que impuso a Joaquín Rosero Solarte la pena principal de tres años de presidio como responsable del delito de falsedad en documentos públicos.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Graduación de penas conforme al nuevo Código Penal

El nuevo Código Penal varió el sistema de graduación de las sanciones, de manera que hoy debe tener en cuenta el Juez, para ser más o menos severo al calcular o asignar la cuantía de la pena, no sólo las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, sino también los demás factores que enuncia el artículo 36 del Código, a saber: la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del agente: de suerte que las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad no son factor exclusivo para medir o señalar la cuantía de la pena, sino que son uno de los cuatro elementos puestos por la ley a fin de que el Juez forme criterio sobre la cuantía de la pena.

Examinado atentamente el artículo 39 del Código Penal se ve que él apenas impide aplicar el mínimo de la sanción cuando sólo obran contra el reo circunstancias de mayor peligrosidad y ninguna de menor peligrosidad; y veda que se aplique el máximo de la sanción si hay en favor del reo alguna circunstancia de menor peligrosidad; pero esto no impide al Juez calcular libremente, en caso de concurrencia de circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, y sin atender al número de ellas, la cuantía de la pena, con la única limitación de no subir hasta el máximo ni bajar hasta el mínimo, según el caso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, doce de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Pamplona impuso a Eulogio Bohormitá catorce años de presidio, y a su hermano Ernesto, diez años de la misma pena, como responsables de la muerte de Sebastián Mora Hernández, hecho ocurrido en jurisdicción municipal de Durania el primero de marzo de mil novecientos treinta y nueve.

Los procesados interpusieron casación y a la Corte han remitido dos escritos: en el primero invocan como causales la 1ª y la 2ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal; y en el segundo hablan, además, de notoria injusticia del veredicto aduciendo este motivo como comprendido en la causal 7ª de casación, veredicto contradictorio.

El señor Procurador de la Nación descarta las causales 2ª y 7ª, pero admite como fundada la causal 1ª por lo cual solicita la invalidación del fallo recurrido y la aplicación de penas menores que las impuestas en la sentencia.

Para resolver considera la Corte por separado cada una de las causales propuestas, en el orden en que, de hallarlas fundadas, afectarían más radicalmente el proceso.

Causal 7ª—Veredicto contradictorio.

Las dos cuestiones referentes a cada uno de los dos procesados fueron contestadas afirmativamente: sólo uno de los miembros del Jurado respondió negativamente el cuestionario, en forma por cierto equívoca, sobre ausencia o carencia de injusta provocación.

No es posible encontrar la contradicción del veredicto si se considera en lo relativo a cada procesado, ni en cuanto a éste en relación con su compañero, porque la responsabilidad del uno no excluye la del otro, y porque las dos preguntas relativas a un mismo reo tampoco se oponen entre sí. De que Eulogio Bohormitá sea responsable del hecho delictuoso no se infiere que su hermano Ernesto no lo sea, ni viceversa. Y que los procesados hayan dado muerte a Sebastián Mora sin provocación injusta por parte de éste, no excluye sino que más bien confirma el veredicto que los declaró responsables de la muerte de Mora Hernández.

Con razón observa la Procuraduría que los reos invocaron la causal de veredicto contradictorio confundiéndola con la de notoria injusticia en el veredicto, pues por una parte no dicen siquiera en qué puede consistir la contradicción, y por otra parte, la razón que aducen es la de que el Jurado no declaró que los reos obraron en legítima defensa, como ellos creen que ha debido declararlo.

Resulta, pues, infundada la causal 7ª

La causal 2ª de casación aparece enunciada por la ley en los términos siguientes:

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se las 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."

El error o injusticia de su condenación consiste, en sentir de los recurrentes, en que no se tuvo en cuenta al sentenciarlos que ellos se vieron precisados a obrar en ejercicio de legítima defensa. Y dicen:

"Con esta nueva causal de casación, que consagra la disposición legal transcrita, ya los Tribunales Superiores dejaron de ser soberanos en la apreciación de las pruebas y puede la Corte estudiar este nuevo aspecto de la cuestión que es quizá el más importante en el presente caso de donde se refleja la provocación y legítima defensa, porque debido a ese error en la apreciación de los hechos fue que incurrió aquí el Tribunal Superior de Pamplona al estudiar las modalidades del hecho incurrió en el error de darles fe a testimonios que no lo tienen y que con fundamento en esta equivocada apreciación no observó las circunstancias eximentes de responsabilidad, que constan en el acta del Jurado."

A continuación de esta tesis entra el alegato de los recurrentes, mediante un breve análisis de los testimonios aducidos contra ellos, a sostener que son declaraciones inhábiles.

Sobre estos diferentes aspectos por los cuales se ha propuesto la causal 2ª observa la Corte:

1º La sentencia del Juez de derecho —y por ende la del Tribunal— no se funda inmediatamente en aquellas declaraciones que los recurrentes tachan de inhábiles, sino en el veredicto del Jurado el cual no podría pasarse por altó para fallar en derecho mediante un estudio crítico de las pruebas, a menos que tal estudio destruyera por completo el valor demostrativo de ellas sobre la existencia misma del delito;

2º Los procesados no niegan haber ejecutado el homicidio por el cual se les sentenció; pero dicen que obraron en ejercicio del derecho de legítima defensa.

El señor Procurador de la Nación transcribe a este propósito, el relato o narración que trae el auto de proceder.

Dice así:

"En una huerta de propiedad de Marcelino Monsalve se encontraban varios obreros trabajando: Eulogio Bohormitá, Ernesto Bohormitá, su hermano; Miguel Matheus, Marcelino Monsalve que era el patrón y Cornelio Cruz, el día primero de marzo de mil novecientos treinta y nueve. A eso de la una de la tarde pasaron por tal huerta Sebastián Mora Hernández acompañado de su mujer de nombre Eladia Cruz y de Carmen Amalia y Albertina Jara; al pasar Sebastián saludó a los obreros que se encontraban allí y dirigiéndose a Eulogio Bohormitá, le dijo que quería hablar un asunto con él, a lo cual contestó Bohormitá que ahí mismo lo arreglaran, pero Sebastián le dijo que fueran a su casa a lo que Eulogio insistió que ño, que ahí y habiendo pasado Sebastián, Eulogio salió de la huerta, pasó por junto a las mujeres que acompañaban a Sebastián y llevando un cuchillo en la mano alcanzó a Sebastián y le tiró unos machetazos; Ernesto Bohormitá al ver que su hermano corrió a alcanzar a Sebastián siguió también con él llevando en la mano una escopeta; Eulogio hirió a Sebastián y le gritó a Ernesto que qué había sido que no le metía el tiro a Sebastián a lo cual Ernesto disparó sobre aquél y le dio muerte. Estando en la reyerta Sebastián le reclamó a Eulogio Bohormitá que si era él quien estaba durmiendo con su esposa Eladia Cruz de Mora, a lo que le contestó éste que sí. Una vez que cayó Mora Hernández, Eulogio le quitó una ruana vieja que llevaba y salió en carrera."

Este pasaje del enjuiciamiento, basado en las pruebas del sumario, muestra por sí solo que es infundado el reclamo o pretensión de los recurrentes acerca de su inculpabilidad.

3º Por otra parte, los interesados hoy en sostener que en el presente caso medió legítima defensa no pidieron la formulación de cuestionario o pregunta al Jurado sobre ese punto, como podían haberlo hecho según la disposición legal vigente al tiempo de las audiencias; y el Jurado debía limitarse a responder con una de las palabras "Sí" o "Nó" los cuestionarios que se le propusieron;

4º El Jurado desechó expresamente la circunstancia de que en la comisión de este delito hubiera mediado "provocación alguna", pues sobre esto sí lo interrogó el Juez de derecho; y así quedó descartado, *a fortiori*, el supuesto de legítima defensa.

Resumiendo: el proceso, lejos de acreditar que el homicidio en la persona de Sebastián Mora Hernández ocurriera en legítima defensa por parte de los matadores, hace ver todo lo contrario pues quien vino a ser víctima de ellos lo fue

también de ofensas y agresiones que sí lo autorizaban para exigir cuentas a uno de los que hoy son recurrentes en casación; y el veredicto del Jurado tiene amplia y suficiente base en las pruebas del sumario, de manera que la sentencia recurrida no adolece de error en cuanto a la apreciación de los hechos ni, menos, en cuanto a la del veredicto.

Por lo dicho no es posible que el recurso prospere en virtud de la causal 2ª de casación.

Causal 1ª—Indebida aplicación de la Ley Penal.

El Tribunal de Pamplona confirmó, con sólo una modificación relativa a penas accesorias, la sentencia dictada por el Juez Superior de Cúcuta, en la cual fue condenado Eulogio Bohormitá a catorce años de presidio, y Ernesto Bohormitá, a diez años de la misma pena.

Para imponer estas sanciones dijeron tanto el Juzgado como el Tribunal que respecto de Eulogio no obran circunstancias de menor peligrosidad y sí varias de mayor peligrosidad, por lo cual situaron la sanción en el máximo que señala el artículo 362 del Código Penal.

Y a Ernesto Bohormitá le impusieron cuatro años menos de pena teniendo en cuenta su buena conducta anterior y el haber obrado por incitación de su hermano mayor.

El señor Procurador Delegado en lo Penal analiza las circunstancias tenidas en cuenta en el fallo recurrido como de mayor y de menor peligrosidad así:

"La circunstancia de haber sido condenado Eulogio Bohormitá por el delito de lesiones personales en Antonio María Leal, sin que ese fallo aparezca confirmado por el Superior, no le puede ser computado como circunstancia de mayor peligrosidad, porque la ley exige para ese efecto que se trate de fallos ejecutoriados, y no de providencias que pueden ser susceptibles de revocatoria.

"El hecho de haber incitado Eulogio a Ernesto para que disparara contra la víctima, forma parte precisamente del concurso en la coparticipación del delito que dio base para que se estimara a los hermanos Bohormitá como coautores del homicidio. Luego tampoco puede computársele como circunstancia de mayor peligrosidad.

"El hecho que señala el Tribunal como único móvil para que Eulogio hubiera cometido el delito, o sea, el resentimiento de la víctima con el matador por las relaciones que se dice mantenía éste con la esposa de Mora Hernández, sí es una circunstancia desfavorable para el acusado que debe tenerse en cuenta para la graduación de la pena.

"También debe reputarse como una circunstancia de mayor peligrosidad, en relación con Eulogio, el hecho de que éste se hubiera valido de la actividad de su hermano menor Ernesto, para la ejecución del homicidio. (Numeral 8º del artículo 37 del Código Penal).

"Como circunstancia de menor peligrosidad no hay duda que existe en favor de Eulogio la de su ignorancia y falta de ilustración...."

".....

"En cuanto Ernesto Bohormitá puesto que el mismo Tribunal reconoce que 'no aparecen en su contra circunstancias de mayor peligrosidad' y sí están demostradas su buena conducta anterior y su falta de ilustración, lo lógico y legal es aplicarle el mínimo de la sanción (artículo 39 del Código Penal). Así lo pide atentamente este Despacho a la Honorable Corte."

Sobre este punto de indebida aplicación de la Ley Penal por errónea apreciación de las circunstancias que rodean la delincuencia en el caso particular que se trata, punto planteado por la Procuraduría de la Nación, la Corte considera:

1º Eulogio y Ernesto Bohormitá, al invocar la causal 1ª, atacan concretamente la sentencia en estos términos:

"....el Tribunal Superior sentenciador desecha la legítima defensa considerando circunstancias agravantes que dan base para desecharla y para la calificación del grado de delincuencia sin que importara lo demostrado en el numeral 3º del artículo 25 del Código Penal, Ley 95 de 1936, y consiguientemente nos aplicó una pena de catorce años para el primero y diez para el segundo, cuando en nuestro concepto no ha debido imponérsenos pena alguna. Se hizo, pues, una aplicación indebida de la Ley Penal, ya que es indudable que aquí se trata de un homicidio que no da lugar a responsabilidad penal."

Dentro de una rigurosa técnica de casación y dado el pasaje de la demanda que acaba de transcribirse, podría la Corte abstenerse de analizar la causal de indebida aplicación de la Ley Penal, puesto que hoy no es dable al Procurador de la Nación suplir las deficiencias de los recurrentes, y éstos no propusieron aquella causal por el aspecto de habérseles impuesto la pena en cantidad mayor de la autorizada por la ley, sino que concretan el cargo contra la sentencia al hecho de ser condenatoria siendo así que, en sentir de ellos, debiera ser absolutoria.

Pero cuando el recurrente en casación ha acusado la sentencia por indebida aplicación de la ley por no haber sido absolutoria, la equidad permitiría que pudiera invalidarse el fallo —si fuere el caso— para imponer una pena menos severa, pues la solicitud o pretensión mayor engloba y comprende la menor.

De ahí que la Corte entre a considerar el otro aspecto por el cual admite la Procuraduría que el presente recurso puede resultar fundado.

2º El nuevo Código Penal varió el sistema de graduación de las sanciones, de manera que hoy debe tener en cuenta el Juez, para ser más o menos severo al calcular o asignar la cuantía de la pena, no sólo las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, sino también los demás factores que enuncia el artículo 36 del Código, a saber: la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del agente: de suerte que las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad no son factor exclusivo para medir o señalar la cuantía de la pena, sino que son uno de los cuatro elementos puestos por la ley a fin de que el Juez forme criterio sobre la cuantía de la pena;

3º Hay en el Código una norma que aparentemente atribuye a las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad un valor decisivo a saber, el artículo 39 que dice lo siguiente:

"Sólo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurran únicamente de menor peligrosidad."

Pero examinada atentamente la disposición legal transcrita se ve que ella apenas impide aplicar el mínimo de la sanción cuando sólo obran contra el reo circunstancias de mayor peligrosidad y ninguna de menor peligrosidad; y veda que se aplique el máximo de la sanción si hay en favor del reo alguna circunstancia de menor peligrosidad; pero esto no impide al Juez calcular libremente, en caso de concurrencia de circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, y sin atender al número de ellas, la cuantía de pena, con la única limitación de no subir hasta el máximo ni bajar hasta el mínimo, según el caso;

4º El Tribunal afirma en su sentencia que respecto de Ernesto Bohormitá hay varias circunstancias de menor peligrosidad y ninguna de mayor peligrosidad; y sobre esta base de apreciación de los hechos concluye la Procuraduría que el Tribunal fue inconsecuente al imponerle a Ernesto la sanción en cuantía superior al mínimo.

Para la Corte no es aceptable deducir de la premisa sentada por el Tribunal una conclusión tan categórica como la que el señor Procurador formula. La ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad al propio tiempo que obran algunas de menor peligrosidad permitía al sentenciador de instancia imponer el mínimo de la sanción; pero no era obligatorio para él fijarla en tal mínimo si —por otra parte— los demás elementos de apreciación, gravedad y modalidades del hecho delictuoso, motivos determinantes y personalidad del agente, sugerían al juzgador la conveniencia de no reducir la sanción a su extremo mínimo. Y que el Tribunal sentenciador tuvo en cuenta no sólo las circunstancias de peligrosidad sino también los demás elementos de juicio que la ley enuncia, se ve por el pasaje de la sentencia recurrida que dice lo siguiente:

"En cambio, contra Ernesto Bohormitá, no existen antecedentes judiciales y está acreditada su buena conducta anterior. Obró por insinuación de su hermano y no aparecen en su contra circunstancias de mayor peligrosidad; pero dentro del amplio campo de apreciación que hoy tiene el Juez para aplicar la pena moviendo su entendimiento entre el mínimo y el máximo atendidas las normas que da el artículo 36 transcrito, precisa concluir que no ha habido error por exceso o por defecto, al imponérsele diez años de presidio por su acción delictuosa."

¿Fue demasiado severo el juzgador de instancia al señalar en diez años la sanción para Ernesto Bohormitá supuesto que cuando ocurrió el delito su edad frisaba apenas en los veinte años y que él obró por incitación de su hermano mayor y quizá con tal irreflexión que hace repentino el dolo?

Suponiendo que así aconteciera ello no implicaría indebida aplicación de la Ley Panal por parte del juzgador de instancia, pues el Tribunal está en lo cierto cuando dice que hoy tiene amplio campo para aplicar la pena "entre el mínimo y el máximo atendidas las normas que da el artículo 36".

Acerca de la sanción asignada por el sentenciador de instancia a Eulogio Bohormitá resulta todavía menos fundado el cargo de indebida aplicación de la Ley Penal.

El Tribunal Superior de Pamplona prohija la apreciación hecha por el juzgador *a quo* en lo referente a la concurrencia de varias circunstancias de mayor peligrosidad y la carencia de circunstancias de menor peligrosidad: en esas condiciones aun cuando no era forzoso para el sentenciador aplicar el máximo de la sanción, sí estaba autorizado por la ley para hacerlo así.

Los reparos que formula el señor Procurador sobre equivocada apreciación de circunstancias de mayor peligrosidad no alcanzan a variar esta faz del asunto porque el mismo distinguido funcionario llega a convenir en que sí hay por lo menos dos circunstancias de mayor peligrosidad en contra de Eulogio Bohormitá. Sobre aquellos reparos observa la Sala que hasta cierto punto sería una inconsecuencia negar que la situación penal de Eulogio se agrave por haber incitado a Ernesto a cometer el delito y aceptar, al propio tiempo, como circunstancia de mayor peli-

grosidad el hecho de haberse valido Eulogio "de la actividad de su hermano menor Ernesto para la ejecución del homicidio (numeral 8º del artículo 3º del Código Penal)".

Ahora: puesto que además de la estimación de circunstancias de mayor peligrosidad tuvo en cuenta el sentenciador la personalidad de Eulogio, y, sin duda, la gravedad y modalidades del hecho, principalmente el haber dado Eulogio Bohormitá la muerte a Mora Hernández en colérica e injusta reacción por el fundado reclamo que éste le hacia, de ningún modo resulta que haya indebida aplicación de la Ley Penal en cuanto a este procesado se refiere y así, no se estima fundada la causal respectiva y, en consecuencia, tampoco puede prosperar, en virtud de ella el recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, apartándose del concepto del Procurador de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar, y *no invalida*, la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona fechada el treinta y uno de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, por la cual condenó a Eulogio Bohormitá a la pena principal de catorce años de presidio, y a Ernesto Bohormitá a diez años de la misma pena por el delito de homicidio cometido en la persona de Sebastián Mora Hernández.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Eduardo Piñeros y Piñeros, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Asesinato

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, doce de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio **Montalvo**).

VISTOS:

Epimenio Herrera ha recurrido en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que le impuso quince años de presidio como responsable de asesinato en el impúber Vicente Sierra.

A la Corte ha elevado dos escritos firmados por él, en los cuales hace presente que no hubo testigo presencial del delito imputado y formula reparos contra el valor probatorio de algunas declaraciones del sumario.

Obra también un alegato del apoderado constituído para la casación, escrito en el cual habla el señor abogado de varias irregularidades del proceso e insiste en las tachas que puedan oponerse a los testimonios.

Uno de los escritos del recurrente cita las causales 1ª y 2ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal.

La Procuraduría de la Nación pide que no se infirme el fallo.

Para resolver la Corte considera:

1º El hecho incriminado ocurrió el trece de marzo de mil novecientos treinta y dos, y el proceso se inició el día catorce de los mismos mes y año: quiere esto decir que el proceso se rige por la ley antigua. quedando a salvo el derecho del interesado para que se le aplique la ley nueva si resultare más favorable para él.

Por tratarse de un proceso iniciado antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, el Procurador de la Nación estaba facultado, artículo 6º de la Ley 118 de 1931, para suplir las deficiencias de la demanda o alegato de casación y sustentar, por su parte, el recurso si lo consideraba fundado. Sin embargo, como acaba de verse, la Procuraduría, lejos de coadyuvar el recurso, lo impugna, pues no encuentra cargo válido de ilegalidad contra la sentencia recurrida ni injusticia en la condenación de Herrera.

La vista de la Procuraduría, en la cual se trata de interpretar las vagas ideas del recurrente sobre posibles motivos de casación, concreta esos motivos en el pasaje que dice lo siguiente:

"En forma no muy clara y desprovista de toda argumentación, afirma que el proceso es nulo por tres razones principales, si es que la Procuraduría ha captado bien su pensamiento, a saber: 1ª Porque no se recibió un nuevo concepto de fondo al Fiscal después de recibida la indagatoria del sindicado (el concepto fiscal había sido rendido antes, por andar prófugo Herrera); 2ª Porque se dictó auto de proceder, sin resolver primero las solicitudes sobre excarcelación presentadas por el procesado; y 3ª Porque se hicieron los traslados a tres Jurados en el término de cuarenta y ocho horas, y porque otro Juez de hecho lo renunció."

Esta transcripción muestra por sí sola que es infundada la creencia del recurrente de haberse dictado el fallo sobre juicio afectado de nulidad. Y es infundada porque los motivos de nulidad los enumera taxativamente la ley y las que el recurrente señala como irregularidades del procedimiento no aparecen comprendidas en ninguna de las causales de nulidad, ni ante la ley procesal vigente cuando se inició el sumario, ni ante el Código que ahora rige.

Tan claro es el punto que la Corte estima innecesario entrar en más considerandos sobre él; que si fuera indispensable hacerlo, bastaría remitirse al análisis o comentario de la Procuraduría sobre el particular.

En cuanto a las alegaciones que tanto en los memoriales del recurrente como en el del señor apoderado se enderezan contra el valor de las pruebas, la Corte estima suficiente observar que el procesado fue sometido a un juicio por Jurados y que, por consiguiente, el veredicto afirmativo que los Jueces de hecho emitieron sobre la responsabilidad de aquél viene siendo la prueba inmediata para el fallo del Juez de derecho. No se ha alegado notoria injusticia del veredicto, argumento viable en este caso por tratarse de proceso antiguo; de manera que la Corte no podría considerarlo, con tanto mayor razón cuanto que el proceso sí ofrece un caudal probatorio más que suficiente para respaldar el veredicto afirmativo que dio el Jurado.

Por lo demás, como el delito imputado a Epimenio Herrera revistió los caracteres de asesinato (no obstante haber recaído en persona distinta de aquella a quien se iba a dar la muerte), la sanción aplicable según la ley vigente cuando se consumó el hecho sería la de veinte años de presidio; pero el Juez *a quo*, acatando el principio de aplicabilidad de la ley más benigna aun cuando sea posterior al delito, principio promulgado por el mismo Código Penal y aun por la Constitución, resolvió aplicar en este caso la ley vigente ahora y, al efecto impuso como sanción principal quince años de presidio, equivalente legal de la responsabilidad declarada en el veredicto del Jurado.

Por tanto 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, declara que no es el caso de invalidar y *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de San Gil fechada el diez y siete de febrero de mil novecientos cuarenta y dos que impuso a Epimenio Herrera la pena principal de quince años de presidio como responsable de la muerte del impúber Vicente Sierra.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Eduardo Piñeros y Piñeros (Conjuez).—*Julio E. Argüello R.*, Secretario.

Concesión de un recurso de casación

No puede exigirse a un preso desvalido e ignorante la precisión de términos que a un letrado, y aun estos mismos no siempre están al corriente de la naturaleza especial del recurso de casación. Quizá por ello los Tribunales Superiores han solido conceder recurso de casación cuando el procesado dice, al notificársele la sentencia condenatoria de segunda instancia, que "apela a la Corte Suprema", o emplea otra expresión equivalente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diez y nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

Emilio García fue sentenciado por el Tribunal Superior de Tunja, según dice él a doce años de presidio.

Dirigió entonces a dicho Tribunal un escrito en que principia quejándose de su pobreza e indefensión y pide se le atienda "el presente recurso de reposición y apelación", son sus palabras.

Pero más adelante, en ese mismo memorial, habla de motivos de nulidad del proceso y dice lo siguiente: "el mismo estatuto penal por el cual se me juzga me autoriza conforme a lo dispuesto por los artículos anotados 556, 560 y 561 en el procedimiento penal vigente, para obtener los beneficios y recursos que la ley me otorga en mi permitida y legítima defensa, como así lo espero de la honorable Sala Penal y del honorable Magistrado ponente al ser atendido en todo sentido, ya en el recurso de apelación, o el de reposición para ante el mismo Tribunal, si aún hay lugar por haber estado indefenso desde un principio".

El Secretario del Tribunal pasó el asunto al despacho del Magistrado "informándole atentamente —dice el Secretario— que el procesado interpuso el recurso de casación en el memorial anterior en tiempo oportuno".

No se atuvo el Magistrado a este informe y ordenó que el peticionario aclarase si el recurso que interponía era "el extraordinario de casación para ante la Corte Suprema de Justicia, o únicamente los de reposición y apelación".

Se le notificó al procesado tal providencia; y en la correspondiente diligencia aparece escrita, entre la firma del preso y la del Secretario, esta frase: "Pido el recurso de apelación."

Y el Tribunal, en auto fechado el veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, dijo lo siguiente:

"Con la declaración que el sentenciado Emilio García acaba de hacer en relación con su memorial del cinco de los corrientes en el cual manifestó su inconformidad con la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal el veintiuno de septiembre último en este proceso, queda perfectamente establecido que el recurso que interpone contra dicho fallo es únicamente el de apelación y no el de casación. Pero como es bien sabido en los juicios no hay sino dos instancias y contra la sentencia de segundo grado no hay recurso de apelación sino el de casación en casos especiales, la apelación interpuesta ahora por el dicho procesado es improcedente y de consiguiente debe negarse como al efecto lo hace el Tribunal en Sala de Decisión y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley."

Por memorial fechado el diez de febrero del presente año el procesado se dirige a la Corte pidiendo se le otorgue el recurso de casación. En tal escrito expresa varias veces que lo interpuso ante el Tribunal y que por su ignorancia no empleó tal vez las palabras adecuadas a su propósito.

La Presidencia de esta Sala de la Corte pidió telegráficamente al Juez *a quo* (2º Superior de Tunja) informe sobre si Emilio García había interpuesto casación y copia —en caso afirmativo— de los correspondientes memorial y auto.

Allegadas tales piezas, el escrito dirigido a la Corte por García se repartió en el grupo correspondiente a recursos de hecho, y como esta clase de asuntos se resuelven de plano, a ello procede la Sala.

Claro está que hablando en rigor los señores Magistrados del Tribunal estaban en lo cierto al decir que contra su sentencia no cabe recurso

de reposición ni de apelación; y que la técnica de éstos difiere fundamentalmente de la que corresponde al de casación.

Pero no puede exigirse a un preso desvalido e ignorante la precisión de términos que un letrado, y aun éstos mismos no siempre están al corriente de la naturaleza especial del recurso de casación.

Quizá por ello los Tribunales Superiores han solido conceder recurso de casación cuando el procesado dice, al notificársele la sentencia condenatoria de segunda instancia, que "apela a la Corte Suprema", o emplea otra expresión equivalente.

Parece fundada en la equidad esta práctica de los Tribunales, quienes, para adoptarla, habrán tenido en cuenta sin duda la situación aflictiva y el desamparo que por lo general padecen los reos; y posiblemente la consideración de que en materia penal debe haber mayor amplitud de criterio que en lo civil.

En el presente caso media, además, la circunstancia de que al dirigirse al Tribunal sentenciador el procesado invocó de manera clarísima los artículos 556, 560 y 561 del Código de Procedimiento Penal para recurrir contra la sentencia. Y como estas disposiciones son cabalmente las que dicen cuándo hay recurso de casación y cómo se interpone el mismo, el inadecuado empleo de la palabra "apelación" no era suficiente para originar ambigüedades acerca del medio de defenesa que el procesado le otorgará.

Ahora: como por la naturaleza del asunto —proceso por homicidio del cual conoció en primera instancia el Juez Superior con intervención del Jurado— no puede objetarse la interposición del recurso, se ve que, por este aspecto, el Tribunal ha debido otorgarlo.

Basta con lo dicho para que la Corte Suprema. Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, conceda, como *concede*, a Emilio García el recurso de casación interpuesto de hecho por él contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja de veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres que lo condenó por el delito de homicidio.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil (por alusión que a este Código hace el artículo 193 del Procedimiento Penal), pídase al Tribunal Superior de Tunja la remisión del expediente original, y para ello se insertará la presente providencia en el respectivo despacho. Como parece que el expediente ya fue devuelto al Juzgado Superior, el Tribunal se lo hará remitir de dicho Juzgado y lo enviará, a su vez, a la Corte.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Nulidad del proceso por haber figurado como Jurado un individuo distinto del que aparecía, por su nombre y apellido, en la lista de Jurados

Ha sido doctrina constante de la Corte la de que se incurre en nulidad del proceso penal cuando ha figurado como Jurado un individuo cuyo nombre y apellido no corresponden exactamente al que aparece en la lista de Jurados.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

Margarita Rueda Quintero, por medio de su defensor, recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que le impuso la pena principal de ocho años y seis meses de presidio como responsable de haber dado muerte a Reyes González García.

En el memorial de interposición del recurso se alegan como causales de casación la 3ª y la 4ª, artículo 567, Código de Procedimiento Penal; es decir, discrepancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, y violación de la ley procedimental por haberse pronunciado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Impugna el recurso la Procuraduría de la Nación, entidad que al principio de su alegato o vista dice lo siguiente:

"Ante la Corte, la procesada constituyó apoderado al doctor Roberto Ordóñez Peralta, 'para que fundamente y sustente el recurso de casación'.

"El señor apoderado hizo la demanda, pero la presentó fuera del término legal, según informe del señor Secretario de la Sala Penal (foja 15 vuelta del último cuaderno).

"En tales circunstancias, no es posible tener en cuenta la alegación del doctor Ordóñez Peralta, pues, por mandato de la misma ley, 'si el recurso no se fundare dentro del término legal, la Sala lo declarará desierto y condenará en costas a la parte recurrente'. (Artículo 565 del Código de Procedimiento Penal).

"Afortunadamente para la acusada, en el presente caso no cabe la declaratoria de recurso desierto, porque el señor defensor interpuso la casación en tiempo oportuno y la fundó debidamente, aduciendo argumentos que son, en general, los mismos traídos por el doctor Ordóñez Peralta en lo referente a la nulidad del juicio."

La Corte procede a examinar de preferencia la causal de nulidad ya que, de hallarla fundada, afecta el procedimiento más radicalmente que la otra.

El memorial en que se interpone casación y que, aun cuando lacónico, ofrece las condiciones de una verdadera demanda, dice al respecto lo siguiente:

"Sobre este punto debo repetir ante la Corte Suprema de Justicia la argumentación de carácter legal y doctrinal que se hizo valer ante el Juez de la primera instancia y ante el Tribunal de la segunda, para que sea aquella eminente corporación la que decida este punto trascendental. Porque no obstante la mucha admiración que merecen al defensor la sabiduría y probidad del funcionario subalterno y de la entidad superior que fallaron el caso de la Rueda, no satisface a su convicción ingenua y sincera la conclusión a que uno y otro llegaron.

"Por ello insiste en hacer valer ante la Corte Suprema la doctrina consignada por aquel Tribunal Máximo de la República, en las sentencias de 29 de enero de 1931, 14 de septiembre de 1936, 18 de junio de 1937 y 23 de septiembre de 1937, que a su tiempo fueron citadas y transcritas y que figuran en la parte pertinente, fielmente copiadas en el proceso. Por vía de brevedad no se hace ahora nuevamente la copia literal de ellas, pero se invocan en toda su autoridad, pertinencia y sabiduría.

"Según esos fallos y según los mandatos legales, existe el caso de nulidad, por haberse violado la ley procedimental. Entre otras razones, y sin perjuicio de ampliar más estos conceptos en debida oportunidad, se puede citar el inciso 4º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

'Figurar en la lista de los sorteados para integrar el Jurado alguna persona que no pertenezca a la lista de los designados o que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar el cargo.'

"Es evidente, porque de autos aparece, que al hacerse el sorteo de Jurados, fue declarado electo el ciudadano Benjamín Serrano B., según la diligencia de sorteo que se llevó a cabo el 17 de noviembre de 1940. Y ese individuo no figuraba en la lista de miembros del Jurado, según certificación del propio Tribunal, hecha el 3 de febrero del año siguiente. En cambio, se resolvió que el Jurado debía ser Benjamín Serrano Motezuma, y ese individuo, que no figura en la lista del Jurado del conocimiento, fue el que sirvió el cargo y el que juzgó a la acusada. Es elemental que un proceso en que ocurren irregularidades de esta naturaleza, tiene vicios de nulidad, no solamente procedimentales o adjetivos, sino fundamentales y esenciales.

"En estas condiciones toda la argumentación, así sea la más inteligente y sutil, no puede llevar a nadie a la convicción de que sirvió el cargo de Jurado el sujeto conocido con el nombre de Benjamín Serrano B., que era el que figuraba en las listas, que fue el que se declaró electo, que fue el que conocieron las partes en el momento del sorteo y durante el tiempo hábil que tenían para la recusación.

"Es verdad que después se dijo que el Jurado era un ciudadano distinto, esto es, Benjamín Serrano Motezuma, pero ello no se hizo en la forma de sorteo, con sus formalidades y ritualidades, sino por una declaración del Tribunal. Esto es, hubo nombramiento de Jurado hecho por esa corporación, a quien no le correspondía, pero jamás se eligió, en la forma de sorteo, por el Juez Superior, único que puede llevar a cabo esa elección. (Artículo 507 del Código de Procedimiento Penal).

"Se privó a la defensa del derecho de recusación, sin que valga la observación del Tribunal, de que meses después de sorteado el Jurado, esa ilustre corporación declaró que el elegido era el mentado Serrano Motezuma y no el sorteado Serrano B., porque el plazo para la recusación, según el artículo 511 del Código de Procedimiento Penal, es de cinco días, contados desde la fecha o 'celebración del sorteo', y no desde que el Tribunal haga el nombramiento, como en el caso presente, o desde que el Juez haga la aclaración de quién es el elegido, como también pudiera haber ocurrido en la presente ocasión."

No encuentra fundado el señor Procurador el motivo de nulidad que alega el recurrente; y para rebatir la tesis de éste historia o hace el recuento de las circunstancias en virtud de las cuales desempeñó en este caso el cargo de Jurado el señor Benjamín Serrano Motezuma, y transcribe los informes secretariales y algunos pasajes de la sentencia del Tribunal en lo referente a la nulidad alegada, y concluye que ella no existe.

Aduce también el señor Procurador el antecedente de un fallo de la Corte, casación de Julio César Alcázar en proceso por homicidio en el cual actuó el señor Jorge Bejarano, siendo así que en el sorteo de Jurados figuraba el nombre Jorge E. Bejarano, caso en el cual la Corte decidió que no había lugar a la declaratoria de nulidad.

El defensor que en el caso de que ahora se trata ha recurrido en casación se acoge, por su parte, a precedentes favorables a su tesis y sentados por la Corte en diversas decisiones, como son: casación de veintinueve de enero de mil novecientos treinta y uno *(Gaceta Judicial* número 1872), casación de catorce de septiembre de mil novecientos treinta y seis *(Gaceta Judicial* número 1917), casación de doce de junio de mil novecientos treinta y siete *(Gaceta Judicial* número 1927), casación de veintitrés de septiembre de mil novecientos treinta y siete *(Gaceta Judicial* número 1928), decisiones en las cuales se invalidan sentencias de varios Tribunales Superiores por nulidad que estriba cabalmente en discrepancias entre los nombres de personas que en la respectiva causa desempeñaron el cargo de Jurados y los que figuraban en las listas.

Acerca de estos precedentes dice la Procuraduría de la Nación:

"De ahí que las varias jurisprudencias que el demandante cita en apoyo de su tesis no tengan cabida en este caso, porque en tales casaciones ha confrontado la Corte cuestiones bien distintas, en donde sí se presentaba la duda de si los Jurados sorteados eran en realidad los mismos que figuraban en las listas correspondientes, o se trataba de personas distintas. Aquí no cabe tal confusión, por lo que se deja visto.

"En cambio, la honorable Corte, cuando ha estudiado el tema concerniente a simples alteraciones o cambios en las letras de los nombres y apellidos de los Jurados, pero conservándose la identidad de los que fueron elegidos, ha dicho invariablemente que no se incurre en nulidad. Y para no citar sino un caso, basta transcribir lo que dijo en la casación de Julio César Alcázar, por homicidio...."

Para resolver la Corte considera:

No es posible concluír que sean exactamente iguales las circunstancias del proceso citado por el señor Procurador y del que tiene la Corte hoy a su estudio. Aparte de que a favor de la

tesis del Ministerio Público sólo se cita una decisión de la Corte contra múltiples proferidas en distinto sentido, debe tenerse en cuenta que es muy explicable la diversidad de apreciaciones sobre el particular, porque pueden ser también diversas las modalidades que originen discrepancia entre el nombre que figura en una lista de Jurados y otro semejante de persona que efectivamente actuó.

Para el caso de Margarita Rueda Quintero, que es el de que ahora se trata, ocurre que en la lista de Jurados enviada por el Tribunal Superior de Bucaramanga al Juzgado del conocimiento figuraba el nombre de Benjamín Serrano B.; cuando se corrieron los traslados el empleado quiso entregar el expediente al señor Benjamín Serrano Motezuma quien, con toda razón, rehusó admitirlo; entonces el Juez resolvió consultar al Tribunal y el Presidente de esta entidad manifestó, en oficio al Juzgado, que por error del Escribiente, al transmitir la lista se había puesto el nombre con la letra B. como inicial del segundo apellido, pero que en realidad quien debía figurar en la lista, correspondiente al número 7, era el señor Benjamín Serrano Motezuma.

Si el Tribunal, oficiosamente, o a solicitud del Juez, hubiese hecho esta aclaración a la lista de Jurados no después de un sorteo ni a propósito de un caso particular, la corrección o enmienda del nombre en la lista habría podido hacerse sin que diera lugar a posteriores reparos. Pero el desarrollo de los incidentes procedimentales acerca de aquel nombre dudoso, está mostrando por sí mismo que no se trata de un caso tan claro que elimine por completo cualquiera posibilidad de confusión o equivocación. Todavía, si en la lista figurase el nombre de Benjamín Serrano a secas, sin más signos ni iniciales, sería aceptable la aclaración hecha por el Tribunal de agregar el segundo apellido; pero figurando en la lista Benjamín Serrano B., no era admisible cambiarlo por el nombre de otra persona cuyo segundo apellido dista tánto de principar con la inicial B. Es posible que en la lista original que debió quedar en el Tribunal figurara el nombre de Benjamín Serrano Motezuma; pero como esa no es la lista que se les presenta a las partes y que puede originar el derecho de recusación, el nombre que debe tenerse en cuenta para este efecto no es el que haya estado en la mente de los Magistrados del Tribunal, ni el que figure en la lista consignada en los libros de acuerdos de esta entidad, sino en la publicada y fijada en el Juzgado para conocimiento de los interesados.

Puede suceder que a la postre se establezca que el nombre que figure en la lista de Jurados corresponde a la persona que el Tribunal tuvo en su mente; pero no sería equitativo perder de vista que, además de este aspecto puramente ontológico de la cuestión existe otro de carácter práctico o jurídico: el derecho del procesado a solicitar que se reemplace un Jurado legalmente impedido, se estorba y aun podría llegar a eliminarse cuando por confusión de nombres o apellidos no se sabe a punto fijo, dentro del término que hay para recusar (artículo 511, Código de Procedimiento Penal), si es una u otra la persona sorteada o si es alguien desconocido o inexistente en la respectiva localidad.

Entre los motivos de nulidad que de manera taxativa enuncia el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, aparece comprendido este caso por el numeral 4º, que dice:

"Figurar en la lista de los sorteados para integrar el Jurado alguna persona que no pertenezca a la lista de los designados, o que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar el cargo"; y el numeral 5º del mismo artículo enuncia la siguiente causal de nulidad:

"Haberse incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación tal que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el Jurado."

Ahora: que respecto de uno de los Jurados sorteados hubo equivocación —no importa si del Tribunal o del Escribiente que copió la lista— se ve por el solo hecho de haber tenido el Juez que consultar al Tribunal si donde decía "Benjamín Serrano B." debía leerse "Benjamín Serrano Motezuma".

Y nótese que el voto del señor Serrano Motezuma fue el que determinó la mayoría dentro del Jurado para negar un cuestionario de capital importancia en este proceso, cual era si el delito se cometió en estado de intenso dolor producido por grave e injusta provocación. Claro está que la Corte no avanza concepto alguno sobre este punto, o sea, en el sentido de si efectivamente se trata o nó de un caso de delincuencia propiamente pasional: se limita a considerar que este punto fue negado por el voto de uno de los Jueces de hecho, y cabalmente de aquel que figuraba en la lista de Jurados presentada a las partes con un nombre que no es el mismo que aparece firmando el veredicto. Además, los interesados han sostenido, con fundamento o sin él, que tienen motivo de recusación por lo menos moral respecto del señor Serrano Motezuma quien, justo es decirlo, trató de eludir una y otra vez la prestación del cargo.

De todas maneras, resulta cuando menos un factor de incertidumbre en la designación de

uno de los Jueces de hecho; y el reclamo sobre ese particular se hizo antes de la sentencia de primera instancia, se repitió luégo ante el Tribunal y ha sido alegado concretamente en casación.

Prospera, pues, el recurso en virtud de la causal 4ª de casación, por haberse pronunciado la sentencia en un juicio viciado de nulidad; y así la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve:*

1º *Invalídase* la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga fechada el diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos que impuso a Margarita Rueda Quintero la pena principal de ocho años y seis meses de presidio como responsable de la muerte de Reyes González García;

2º Declárase nulo el procedimiento en este juicio desde el sorteo de Jurados inclusive y ordénase reponer el procedimiento anulado;

3º En consecuencia el Juez de la causa procederá a sortear y reunir nuevo Jurado.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Manuel José Salazar, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Falsificación de sellos

1. El delito de falsificación de sellos, contemplado en el artículo 225 del Código Penal, puede ocurrir, según tal disposición legal, sea por el uso, con intención fraudulenta, de los sellos legítimos de una oficina pública, o por el uso a sabiendas de sellos falsificados, o por la falsificación misma de los sellos. La pena establecida por el citado artículo 225 es la misma para cualquiera de las tres formas de comisión del delito; pero es claro que si uno fabrica el sello falso y usa de él no comete dos delitos diferentes sino uno solo porque en este caso la fabricación y el uso vendrían a ser dos actos o aspectos de una sola acción criminosa; y no podrían considerarse como dos delitos, sino como uno solo, "falsificación de sellos", según dice el mote genérico del correspondiente capítulo del Código, dada la unidad de fin propuesto, de víctima y de ley violada.

Otra cosa es que al simple hecho de fabricar o hacer sellos de oficinas públicas sin la debida autorización quiera atribuírle el legislador tal gravedad que lo considere delictuoso de suyo, aun cuando no se haya alcanzado a hacer uso del sello fabricado, es decir, un delito de los denominados formales, que se penan sin tener en cuenta el resultado efectivo. Además puede ocurrir que una persona fabrique el sello falso y que otra haga uso de tal sello: aquélla y ésta con el ánimo de obtener un provecho ilícito. Es justo que en ese caso se pene a los dos por el delito: al uno por la falsificación del sello y al otro por el uso del mismo a sabiendas, o al uno como autor del delito y al otro como cooperador principal.

2. Cuando se trata de delitos conexos deben investigarse y fallarse en un mismo proceso (artículo 54, Código de Procedimiento Penal); y aun cuando sean "varios delitos sometidos a diversas competencias" conocerá de la causa el Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave. (Artículo 50 ibídem). Y aun podrían citarse a este propósito los artículos 31 y 33 del Código Penal relativos al concurso formal y al concurso real de delitos, que ordenan imponer la pena correspondiente al más grave, aumentada hasta en una tercera parte o hasta en otro tanto, según el caso. Este sistema de acumulación, no material sino jurídica de las penas a causa de una especie de absorción de los delitos por el más grave, contribuye a explicar por qué el Juez competente para conocer del delito más grave lo es también para conocer de los demás en concurso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, doce de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

El veintidós de octubre de mil novecientos treinta y ocho el Administrador Seccional de Rentas del Norte, Departamento del Cauca, presentó ante el Juez del Circuito Penal de Santander (de ese mismo Departamento) un escrito o denuncia que en la parte pertinente dice así:

"Se trata de que teniendo conocimiento de que el señor Bernardo Rojas había cobrado al Departamento del Valle el reintegro de fuertes sumas de dinero por razón de reintegros de guías de tabaco introducido al Cauca en forma de cigarrillos, introducción que no se había llevado a cabo según malicia que se tenía, resolvimos de acuerdo con el señor Ernesto Franco, comisionado especial de la Contraloría del Departamento del Valle, esclarecer lo que hubiera al respecto. En efecto hoy nos hemos presentado en los estancos de los mencionados subalternos de rentas con el objeto de hacer el cotejo de las tornaguías, materia de la investigación y los libros de tabaco introducido, los talonarios de guías de consumo y el cuadro mensual de enero a agosto del tabaco con impuesto pagado que los subalternos acompañan a sus cuentas. Hecho el estudio en cuestión aparece que efectivamente no fueron incorporadas en las cuentas del Ortigal cinco guías de cigarrillos introducidos, según rezan las guías, por Bernardo Rojas y por un valor aproximado de $ 1.102.53 y tampoco fueron incorporadas en las cuentas de Puerto Tejada veintiocho guías por un valor aproximado de $ 8.410.46. Como se ve, se trata de un delito de fraude a uno de los dos Departamentos y lo que es peor del

delito de falsedad en documentos públicos y de falsificación de firmas y de sellos de las subalternas de rentas a que me he referido."

Acompañó a tal escrito copia de un acta de visita o "inspección ocular" practicada por él y por el comisionado del Valle, en la Administración Seccional del Ortigal y en la de Puerto Tejada.

Tanto el Administrador del Ortigal como el de Puerto Tejada informaron que ellos no habían puesto sus firmas en las certificaciones que al respaldo de algunas guías aparecen, información que más tarde sostuvieron en testimonios juramentados y que resultó confirmada por el concepto de peritos grafólogos (cuaderno 1º, folio 206).

Al rondar en Puerto Tejada la oficina de Bernardo Rojas, destinatario de fuertes remesas de tabaco y cigarrillos del Valle, se encontraron unos sellos falsos con el nombre o leyenda de aquellas dos Administraciones Subalternas de Rentas, sellos "con señales evidentes de constante uso", dice una pieza del proceso.

Mientras se adelantaban estas diligencias sumarias la Gobernación del Valle constituyó apoderado como parte civil ante el Juzgado del Circuito de Santander (Cauca) y casi al propio tiempo se dirigió al Juez Superior de Cali (cuaderno 11, folio 40) diciéndole lo siguiente:

"Tengo el honor de informar a usted que en la Alcaldía de Puerto Tejada se adelanta una investigación criminal contra los señores Bernardo Rojas, Buenaventura Delgado y otros, por el delito de estafa y otros contra el Departamento del Valle del Cauca.

"Los sindicados, utilizando guías falsas y sellos también falsos, pero similares a los oficiales, consiguieron hacerse entregar por la Caja Departamental una suma que, por el momento, excede de diez mil pesos ($ 10.000) y que, según los exámenes que están cumpliéndose, ascenderá a mucho más.

"Como el delito se cumplió en esta ciudad, el competente para su conocimiento es el Juzgado Superior de este Distrito Judicial.

"Por razón de la competencia, como por la mayor seguridad que ofrece el Juzgado para los fines de la investigación, me permito pedir a usted que telegráficamente solicite del Alcalde de Puerto Tejada la remisión del expediente en el estado en que se encontrare.

"Me permito informar a usted que el Departamento ya se constituyó parte civil en dicha investigación, por medio de apoderado, como puede verse por la copia de la demanda civil que me permito acompañarle; demanda que ya fue aceptada."

Este oficio, en que el Gobernador del Valle pidió al Juez Superior de Cali que avocara el conocimiento como en efecto lo asumió, lleva fecha veintinueve de octubre de mil novecientos treinta y ocho, y la investigación se había iniciado en Santander (Cauca) el veintidós de los mismos, es decir, siete días antes.

Tanto en las diligencias que se efectuaron en el Circuito de Santander como en las que luégo se llevaron a cabo en Cali aparecen numerosas declaraciones, cuadros comparativos, exámenes periciales, actas de secuestro, etc., etc., y aun obran las órdenes de pago expedidas por el Departamento del Valle, que representan las cantidades de dinero fraudulenta o engañosamente sustraídas a dicha entidad; y figuran algunas de las guías en las cuales se estamparon los sellos falsificados y se fingieron las firmas de los Administradores Subalternos de Rentas del Ortigal y Puerto Tejada.

Casi tres años después de principiada la investigación, el Juez Superior de Cali profirió un auto en el cual, luégo de hacer el resumen de los datos que ofrecía el sumario llega, en lo relativo a competencia territorial para conocer del asunto, a las conclusiones o tesis que en seguida se transcriben (cuaderno número 15, folios 73 a 75). Dice el Juzgado:

"El Juzgado Segundo Superior de este Distrito Judicial, a quien le tocó en repartimiento este negocio, declaró cerrada la investigación y ordenó pasarlo para concepto de fondo al respectivo Agente del Ministerio Público.

"El señor Fiscal devolvió el traslado, manifestando que el Juzgado Segundo Superior de Cali, carecía de jurisdicción para conocer y decidir sobre el mérito de este sumario, y que por lo tanto, el expediente debía ser enviado al Juez competente.

"Para el nombrado Agente del Ministerio Público, los delitos consistentes en falsificación de sellos y uso a sabiendas de los mismos, y falsedad en documentos oficiales, se perpetraron en territorio correspondiente a la jurisdicción del Distrito Judicial de Popayán.

"Precisa por lo tanto hacer un examen acerca de este fundamental punto planteado por el señor Fiscal, para saber si está en lo cierto en su conclusión.

"Se ha considerado que el artículo de que tratan las guías de extracción en donde aparece la falsedad, no llegaba a su destino y que por lo tanto, dentro del territorio del Departamento del Valle del Cauca, se verificaban los hechos delictuosos consistentes en la falsedad investigada para cobrar después, en la oficina correspondiente de este Departamento, como así se hizo, el reintegro del impuesto que se hacía creer había sido pagado en el otro Departamento.

"Pero en el proceso aparecen los siguientes hechos. En la oficina del procesado Bernardo Rojas, fueron encontrados los dos sellos falsificados que se usaban, imitando los legítimos de la oficina del Ortigal y de Puerto Tejada. La oficina del señor Rojas funcionaba en esta última población, y no está establecido que dichos sellos hubiesen salido de poder del nombrado Rojas, o de su oficina, y sido traídos al Departamento del Valle, para acá hacer uso de ellos. De manera que por razones de lógica, y mientras no se compruebe lo contrario, hay que admitir que de tales sellos se hacía uso en el mismo lugar en donde se les tenía y fueron encontrados.

"Se ha visto también, que en varios de los documentos en que aparece suplantada la firma del señor Escobar, de la Oficina Subalterna de Rentas del Ortigal, fue impreso el sello legítimo de esa Oficina, y la explicación que aquél dio al ser interrogado al respecto. Resulta de esto que este sello fue usado con un fin fraudulento, y la impresión de él al respaldo de la respectiva guía debió hacerse en la oficina donde permanece, porque no consta que hubiese sido sustraído de allí para ejecutar el hecho delictuoso; y aun cuando así hubiese sido, desde el momento en que tal cosa se realizó, el delito comenzó a ejecutarse. Igual observación cabe hacer en relación con el certificado que figura en la guía de extracción número 37479, marcada con el sello de la oficina de Puerto Tejada.

"De manera que se cometieron hechos delictuosos en territorio del Cauca, en este caso, y que de acuerdo con los artículos 56 y 57 del Código de Procedimiento Penal, debe conocer del presente negocio, como lo ha sostenido el señor Fiscal, el Juez Superior del Distrito Judicial de Popayán, porque fue en el territorio de su jurisdicción, donde primero se formuló el denuncio.

"En consecuencia remítase el negocio al señor Juez Superior del Distrito Judicial de Popayán, para los efectos legales."

El apoderado del Departamento del Valle (parte civil) solicitó revocatoria de tal auto y apelación en subsidio. Como el Juez se negara a reponer su providencia, insistiendo para ello en que los sellos falsos habían sido hallados en Puerto Tejada (Cauca) y en que es "casi seguro que la suplantación de la firma de Escobar (Administrador Subalterno de Rentas) se hizo allí mismo....", el expediente subió al Tribunal Superior de Cali.

Confirmó este Tribunal lo resuelto por el inferior. Los pasajes pertinentes del respectivo auto (cuaderno número 15, folio 83), dicen así:

"Estas diligencias se proponen investigar los delitos de falsedad de guías de la renta de tabaco aparentemente expedidas por las Administraciones Subalternas de Rentas del Ortigal y Puerto Tejada, dependencias del Departamento del Cauca, cuyo valor, por concepto de reintegros, fue percibido por los falsarios en la Tesorería del Departamento del Valle del Cauca.

"El Juez, después de analizar las pruebas que obran en este voluminoso proceso, concluye que las guías o tornaguías con que se obtuvo el reintegro en la Tesorería del Valle, fueron falsificadas en territorio del Cauca. Este punto aparece tan claro que el impugnador de la providencia en cuestión lo reconoce. El fundamento de su petición es otro:

'Si se estudia, dice, el expediente detenidamente, se llega a la siguiente conclusión, inevitable: que todos los actos preparatorios se cumplieron en poblaciones del Cauca o que por lo menos esto es presumible; pero que el hecho mismo delictuoso —haberse hecho entregar valores por medio de tornaguías falsificadas— se cumplió en la Tesorería del Departamento del Valle, en esta ciudad y Municipio de Cali. Y es el hecho delictuoso, la finalidad económica delictiva cumplida, lo que determina la jurisdicción y competencia. Por tanto, el negocio ha de juzgarse por los Jueces Superiores de este Distrito Judicial de Cali.'

"Salta a la vista, continúa el Tribunal, el error en que incurre el peticionario. El 'hecho mismo delictuoso' de que se trata no es el hacer uso del documento falso con propósitos de lucrarse o perjudicar a terceros (artículo 234 del Código Penal) sino la falsificación del documento (artículo 233), caso en el cual es indiferente que se haga o nó uso de él con el propósito de lucrarse o de perjudicar a terceros.

"Aunque pudiera alegarse (todo se puede alegar) que las personas que falsificaron son diferentes de las que hicieron uso de los documentos falsos, a sabiendas de su falsedad, sería indispensable que los inculpados comprobaran que no hubo concurso (cosa tan difícil como separar dos hermanos siameses), y en este caso le correspondería conocer de la causa al Juez que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave (artículo 50, Código de Procedimiento Penal).

"En una palabra, tratándose, como es evidente, del delito descrito en el artículo 233, cometido por una o más personas, ese delito fue cometido en jurisdicción del Juzgado del Distrito Judicial de Popayán.

"Y en el caso, casi imposible de concebir, de que fueran dos delitos y dos delincuentes: uno el del forjador del documento falso, y otro el del que, a sabiendas, lo usó en su propio provecho (artículo 234), le corresponde también al Juez de Popayán, por ser más grave la infracción que comete quien forja un documento pú-

blico que la cometida por quien, a sabiendas de la falsedad hace uso de él con propósito de lucrarse o de perjudicar a terceros.

"Como se ve, aunque por razones diferentes de las expuestas por el Juez, su determinación debe confirmarse."

Remitido el proceso a Popayán en virtud de lo resuelto por el Juez y el Tribunal de Cali, el Juez Segundo Superior de aquel Distrito Judicial resolvió provocar competencia negativa al de Cali fundándose para ello en tres consideraciones, a saber: que en la Litografía Carvajal y Cía. de Cali se fabricaron los sellos falsos que aparecen estampados en las guías; que en Cali se fecharon y estampillaron las cuentas de cobro y las tornaguías, y que allí mismo se "cobró el reintegro de fuertes sumas de dinero por concepto de guías de tabaco introducido al Cauca o que se pretendió introducir". Y concluye el Juez Superior de Popayán:

"De estos tres hechos, preparados o consumados en Cali, se establece el triple vínculo al Departamento del Valle del Cauca, de los ilícitos imputados...."

Al volver a Cali el expediente dijo el Juez Superior de allí que él ya había dado las razones por las cuales consideraba que no es de su competencia el conocimiento del asunto; y que en virtud de ellas aceptaba la competencia negativa provocada por el Juez de Popayán.

Insistió éste en su tesis y devolvió el proceso a Cali para que de allí se remitiera a la Corte como en efecto se remitió.

Corresponde a esta Sala decidir sobre el incidente (artículo 42, numeral 4º, Código de Procedimiento Penal), y a ello procede

Considerando:

Descartada la contravención consistente en un fraude a las rentas del Cauca (punto que no aparece claro en el sumario), hay que contemplar tres clases o especies de infracciones punibles: a) falsificación de sellos de las oficinas públicas de rentas del Ortigal y Puerto Tejada; b) falsedad en documentos, por haber sido contrahechas o fingidas las firmas de los Administradores Subalternos de esas mismas oficinas en supuestas certificaciones que aparecen al respaldo de unas guías de tabaco; y c) estafa al Fisco del Valle.

La discusión entre el Juez Superior de Cali y el de Popayán gira como se ha visto, acerca del lugar donde ocurrieron los hechos delictuosos investigados en este sumario, pues por razón de la naturaleza de ellos es competente el Juez Superior.

En lo relativo al delito de estafa no hay duda alguna de que ocurrió en Cali pues fue allí donde los procesados obtuvieron la entrega de dineros, bajo el falso o engañoso concepto de "reintegros".

Respecto de la falsificación de sellos, el Juez Superior de Cali dice lo siguiente:

"Los dos sellos, correspondientes respectivamente a las oficinas de Puerto Tejada y el Ortigal, de acuerdo con la declaración del Sargento de Policía Nacional señor Rafael Osorno A., fueron decomisados en la Agencia de propiedad del procesado Bernardo Rojas, en requisa que se le practicó, y quien los tenía en la caja de caudales. Rojas dijo en su indagatoria que esos sellos se los había dejado allí el procesado Buenaventura Delgado, quien declaró no conocer tales objetos. Recordó en la misma indagatoria que cuando Bernardo Rojas era empleado de las Rentas Departamentales en Puerto Tejada, mandó hacer por conducto de Delgado, donde Carvajal & Cía., dos sellos de caucho, que supuso eran los mismos que se le pusieron de presente. En cuanto a los demás hechos los negaron."

Cabe preguntar: ¿dónde ocurrió, entonces, el delito de falsificación de sellos?

El delito de falsificación de sellos, contemplado en el artículo 225 del Código Penal, puede ocurrir, según tal disposición legal, sea por el uso, con intención fraudulenta, de los sellos legítimos de una oficina pública, o por el uso a sabiendas de sellos falsificados, o por la falsificación misma de los sellos. La pena establecida por el citado artículo 225 es la misma para cualquiera de las tres formas de comisión del delito; pero es claro que si uno fabrica el sello falso y usa de él no comete dos delitos diferentes sino uno solo porque en este caso la fabricación y el uso vendrían a ser dos actos o aspectos de una sola acción criminosa; y no podrían considerarse como dos delitos, sino como uno solo, "falsificación de sellos", según dice el mote genérico del correspondiente capítulo del Código, dada la unidad de fin propuesto, de víctima y de ley violada.

Otra cosa es que al simple hecho de fabricar o hacer sellos de oficinas públicas sin la debida autorización quiera atribuírle el legislador tal gravedad que lo considere delictuoso de suyo, aun cuando no se haya alcanzado a hacer uso del sello falsificado, es decir, un delito de los denominados *formales*, que se penan sin tener en cuenta el resultado efectivo. Además puede ocurrir que una persona fabrique el sello falso y que otra haga uso de tal sello: aquélla y ésta con el ánimo de obtener un provecho ilícito. Es justo que en ese caso se pene a los dos por el delito: al uno por la falsificación del sello y al otro por el uso del mismo a sabiendas, o al uno como autor del delito y al otro como cooperador principal.

En el caso de que se trata, la fabricación de los sellos falsos ocurrió en Cali; pero conviene advertir que el fabricante, Litografía Carvajal & Cía., los hizo de modo inocente o, al menos de autos no aparece lo contrario.

Y respecto de la falsedad en documentos tampoco hay completa seguridad acerca del lugar donde se estamparon las firmas apócrifas al respaldo de las guías, aunque se conjetura que este hecho y el uso de los sellos falsos pudieron ocurrir más probablemente en Puerto Tejada que en Cali.

De todas maneras, se trata de delitos conexos, que deben investigarse y fallarse en un mismo proceso (artículo 54, Código de Procedimiento Penal); y aun cuando sean "varios delitos sometidos a diversas competencias" (en el presente caso por razón del territorio donde hayan podido ocurrir), "conocerá de la causa el Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave" (artículo 50 ibidem).

Y aun podrían citarse a este propósito los artículos 31 y 33 del Código Penal relativos al concurso *formal* y al concurso *real* de delitos, que ordenan imponer la pena correspondiente al más grave, aumentada hasta en una tercera parte o hasta en otro tanto, según el caso. Este sistema de acumulación, no material sino jurídica de las penas a causa de una especie de absorción de los delitos por el más grave, contribuye a explicar por qué el Juez competente para conocer del delito más grave lo es también para conocer de los demás en concurso.

Esta misma premisa aceptó y sentó el Tribunal Superior de Cali en su auto citado ya; sólo que allí se afirma rotundamente que el delito más grave de los investigados en este proceso es el de falsedad en documentos.

Conviene analizar tal concepto:

Si la gravedad del delito debe apreciarse únicamente por la importancia del derecho violado podría decirse que en este proceso son más graves los delitos contra la fe pública (falsedad de firmas y falsificación y uso de sellos falsos) que la estafa al Departamento del Valle.

Pero si la gravedad del delito se mide por la calidad y cuantía de pena a que da lugar, resultan en equiparable gravedad la falsedad en documentos públicos y la estafa, pues aquélla tiene asignada pena hasta de ocho años de presidio, y la estafa, hasta de siete años también de presidio, con la circunstancia especial para este caso de que la sanción podría ser doblada según el artículo 410 del Código Penal, pues el Gobernador del Valle dice en su oficio al Juez que la cuantía de lo estafado "por el momento, excede de diez mil pesos ($ 10.000) y que, según los exámenes que están cumpliéndose, ascenderá a mucho más". (Cuaderno número 11, folio 40).

Resumiendo:

a) Hay la certidumbre de que fue en Cali donde se perpetró cuantiosa estafa de dineros del Departamento del Valle, y la duda de si la falsedad en documentos ocurrió allí también o si se efectuó en el Departamento del Cauca;

b) La estafa era el delito fin y la falsificación de sellos y la falsedad en documentos, delitos medios para conseguir aquel fin, y

c) La estafa es equiparable en gravedad, en este caso a la falsedad, si se atiende a que la cuantía de pena es aproximadamente la misma para uno y otro delito y aun es probable que resulte mayor la pena correspondiente a la estafa que la del delito de falsedad, dado el monto de aquélla (artículo 410 del Código Penal).

Estos motivos determinan una conclusión favorable a la competencia legal de los funcionarios de Cali y así, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *dirime* la competencia suscitada entre el Juez Primero Superior de Cali y el Juez Segundo Superior de Popayán, en el sentido de declarar, como en efecto declara, que es al Juez Superior de Cali a quien corresponde conocer del proceso que por los delitos de estafa al Departamento del Valle, falsedad en documentos y falsificación de sellos, ha venido adelantándose contra Bernardo Rojas, Buenaventura Delgado, Ramón Ferraro y otros.

Al Juzgado Primero Superior de Cali se remitirá el expediente; y al Juez Segundo Superior de Popayán se enviará copia de esta providencia.

Cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, José Antonio Montalvo, Guillermo Morales Peña, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.*, Secretario.

Normas que rigen las causas de responsabilidad contra el Procurador, los Ministros y los Magistrados de la Corte

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo tres de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

El doctor Víctor Valero, Juez Unico en lo Civil del Circuito de El Cocuy (Boyacá), en memorial presentado personalmente ante el Juez Unico en lo Penal del mismo Circuito, y recibido aquí el día doce del pasado mes, demandó ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema a los señores doctores Rafael Escallón, Procurador General de la Nación; Rafael Quiñones Neira, Procurador Delegado en lo Civil, encargado de la Procuraduría General, y Angel María Pachón, Administrador de Hacienda Nacional de Tunja.

Los hechos que el denunciante imputa a aquellos funcionarios y que —según él— constituyen abuso de autoridad, son los siguientes:

a) Al doctor Quiñones Neira, la expedición de la Resolución número 5, de enero veintisiete del presnete año, por la cual —como Procurador General encargado— impuso al denunciante una multa de veinticinco pesos ($ 25.00), por irrespetos y renuencia a dar explicaciones e insinuaciones hechas por el Juez denunciante al Procurador;

b) Al doctor Rafael Escallón, la expedición de la Resolución número 8, de veintitrés de febrero del mismo año, por la cual se confirmó la mencionada número 5, confirmación fundada en las mismas causas (irrespetos) reiterados en el memorial de reposición, y también la intervención oficial del mismo doctor Escallón sobre el nombramiento hecho por el Juez denunciante —para Secretario de su Juzgado— en la persona del señor Carlos Corredor Gallardo, anteriormente enjuiciado por el doctor Valero por el delito de lesiones personales, cuando éste ejercía el cargo de Juez Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa, y

c) Al señor Angel María Pachón, el cumplimiento de estas Resoluciones y el consiguiente descuento del valor de la multa en el pago del sueldo al Juez denunciante, sin previa ejecución coactiva.

* * *

Las Resoluciones por las cuales la Procuraduría General impuso la multa, por vía correccional, al Juez doctor Valero Bernal, tuvieron el siguiente fundamento:

a) El doctor Valero Bernal fijó en lugar público de su Despacho, el veintiséis de noviembre del año pasado, un cartel en que anunciaba que, por causa de la acusación del abogado señor Alfredo Ruiz, "el actual Juez Unico en lo Civil de este Circuito reconoce y declara encontrarse en grave enemistad con dicho abogado, por lo cual se manifestará impedido para actuar en los negocios o asuntos en que dicho abogado interviene" (transcribe textualmente la Corte);

b) El Procurador —ante la queja del abogado doctor Ruiz— pidió explicación al Juez doctor Valero, y le sugirió cuál era el procedimiento legal de los impedimentos, solicitud aquélla que —reiterada— no atendió, hasta que en oficio número 171 del 3 de diciembre, sin dar la explicación que el Procurador le solicitaba, le dice que "ese tiempo gastado para ilustrar a la Procuraduría sobre detalles que no le afectan, le hace falta", que "el Cristo mismo se equivocó al ordenar pasar la mejilla derecha a quien nos hiera la izquierda, sin excepciones", y que "no acepta se le interrumpa con preocupaciones chiquitas", y otros conceptos análogos del mismo estilo y de la misma intención;

c) El Procurador General encargado, doctor Quiñones Neira —quien consideró irrespetuoso este memorial— dictó la Resolución número 5 referida, contra la cual el multado doctor Valero interpuso recurso de reposición y *apelación en subsidio* (subraya la Corte), en memorial del nueve de febrero del presente año, en el que emite conceptos que —igualmente considerados como irrespetuosos— llevan a la Procuraduría a confirmar la Resolución correccional. Entre estos conceptos merecen atención los siguientes: "el Juzgado se abstendrá de contestar exigencias oficiales cuando lleguen sin advertir el pago de las respuestas"; "no me pongan telegramitas de esos, que interrumpen el trabajo útil"; "no me he hecho cargo del Juzgado para veranear mentalmente"; "la cabeza real del Ministerio Público es la Cámara de Representantes"; "en nues-

tro país o modelo suramericano de la democracia es aberrante que un funcionario exija de otro manifestaciones especiales de respeto, menos de otro cuya inferioridad (en el plano legal) no aparece"; "son muy graves las providencias mediante las cuales se dispone de lo ajeno"; "se ha incurrido en delincuencia técnica respecto a la propiedad"; "no quiero insinuar siquiera que en tal situación se le ha de solucionar el recurso de reposición: tan sólo sostiene el de apelación para posibilitarle (sic) el placer de ver decidir sobre este recurso dos veces a un jurisconsulto de talla nacional (se refiere al Procurador) por anticipado y en oportunidad"; y, además de estos conceptos, otros, ninguno de los cuales expuesto —como se ve— para fundar el recurso.

La Corte ha hecho estas parciales transcripciones, tomadas de los memoriales del Juez doctor Valero al Procurador General que fundaron las Resoluciones en las cuales aquél configura la imputación delictuosa, a título de premisas de obligada consideración en la presente providencia.

Aunque —de acuerdo con el artículo 284 del estatuto procesal penal— la Corte, al recibir un denuncio, debería abrir la investigación correspondiente, es indispensable antes decidir si es o nó competente para conocer de este proceso, ya que en él aparecen, como sindicados, funcionarios que, conforme a la Constitución, gozan de fuero especial.

* * *

Esta materia —como debe saberlo el Juez denunciante— está regulada por las siguientes normas:

a) Artículo 96 de la Constitución Nacional, que atribuye a la Cámara de Representantes la acusación ante el Senado, cuando hubiere justas causas, al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación y a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia;

b) Artículo 89 de la Constitución Nacional, que atribuye al Senado el conocimiento de las acusaciones que intente la Cámara de Representantes contra aquellos funcionarios;

c) El artículo 90 de la Constitución Nacional, que fija las reglas generales de procedimiento, especialmente cuando —como en el caso presente— se trataría de delito cometido en ejercicio de funciones;

d) El artículo 60 (numeral 9º) del Código de Procedimiento Penal, que da al Senado atribuciones de funcionario de instrucción en los anteriores casos, determinados por la Constitución Nacional;

e) El artículo 42 (numeral 5º) del Código de Procedimiento Penal, que da a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la facultad privativa de conocer de las causas que se siguen contra el Procurador General de la Nación, en los casos señalados por el artículo 90 de la Constitución Nacional;

f), Los artículos 579 a 613, del Código de Procedimiento Penal, que señalan el procedimiento especial de los juicios ante el Senado, y

g) El artículo 579 (inciso 2º), del Código de Procedimiento Penal, según el cual cualquier ciudadano puede denunciar ante la Cámara de Representantes las infracciones penales cometidas por los empleados públicos que sean justiciables ante el Senado.

* * *

De la simple lectura de las anteriores normas —constitucionales unas, legales las otras— se deducen estas conclusiones, en relación con las denuncias criminales contra el Procurador General, los Magistrados de la Corte, y los Ministros del Despacho:

a) El denuncio debe presentarse ante la Cámara de Representantes, y no ante la Corte, para que ella decida si hay lugar o nó a proponer acusación ante el Senado;

b) Si hay acusación, el Senado instruye el sumario, hasta decidir si hay o nó mérito para llamar a juicio;

c) Si llama a juicio por infracciones cometidas en ejercicio de funciones públicas o so pretexto de ejercerlas, continúa el juicio en el Senado hasta dictar sentencia;

d) Si llama a juicio por delitos comunes, el Senado deberá poner el proceso y el sindicado a disposición de la Corte, ante la cual se seguirá el juicio hasta su final, y

e) La Corte —en consecuencia— sólo puede usar de su atribución cuando el Senado ha dictado auto de proceder contra los mencionados funcionarios por delitos comunes y no por infracciones cometidas en ejercicio de funciones públicas o so pretexto de ejercerlas.

El denuncio contra los doctores Escallón y Quiñones Neira —por lo expuesto— no está presentado de conformidad con el fuero de que gozan aquellos altos funcionarios, ni del procedimiento especial creado por la Constitución Nacional y por el estatuto procesal penal, que el denunciante —como Juez que es— ni ignora ni puede ignorar.

Menos es competente la Corte para admitir ni dar curso al denuncio contra el Administrador de Hacienda de Tunja, señor Angel María Pachón, ya que este funcionario no goza de fuero

especial alguno; es, por lo tanto, a los Jueces ordinarios a quienes competería juzgarlo mediante el procedimiento, también ordinario, y separadamente por cuanto no se trata de delitos conexos.

* * *

Analizada ya la inadmisibilidad del denuncio criminal contra los señores doctores Rafael Escallón y Rafael Quiñones Neira, y contra el señor Angel María Pachón —equivocadamente presentado ante la Sala de Casación Penal de la Corte— se procede a resolver la solicitud subsidiaria, es decir, el envío del denuncio a la autoridad competente.

Varias son las normas de derecho material y formal que regulan el modo de resolverla:

"El funcionario o empleado público —prescribe el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal— que de cualquier modo *tenga conocimiento de una infracción penal* cuya investigación deba iniciarse de oficio, sin que sea competente para ella, debe inmediatamente poner ese hecho en conocimiento de la autoridad competente...."

"Si la autoridad —estatuye el inciso 2º del artículo 12 del mismo Código— a quien se diere el denuncio *(sobre las infracciones penales de que se tenga conocimiento)*, no fuere competente para iniciar la investigación, lo pasará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la que sea competente para ello."

"El funcionario público —estatuye el artículo 174 del Código Penal— que *teniendo conocimiento* de la comisión de un delito, cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa de cinco a doscientos pesos. Si *tiene conocimiento* del hecho en el ejercicio de sus funciones, la multa será de diez a quinientos pesos."

La obligación de avisar o enviar el denuncio a la autoridad competente —de acuerdo con las normas anteriores— está explícitamente subordinada a la condición de que el hecho de que se tenga conocimiento sea delito o infracción penal; si el hecho de que se tiene conocimiento no constituye delito, es decir, si la condición es jurídicamente inexistente, lo es también la obligación cuyo cumplimiento se halla a tal condición subordinada.

Los memoriales del Juez doctor Valero —muchos de cuyos conceptos fueron aquí transcritos— y las Resoluciones de la Procuraduría fundadas en tales conceptos, no llevan *al conocimiento de la Corte* la existencia de la infracción penal imputada a los doctores Escallón y Quiñones Neira, y no podría la Corte ignorar, para los efectos de los artículos 10 y 12 del estatuto procesal penal, que las actuaciones del denunciante no se acomodan a las normas legales que rigen las relaciones entre el Procurador y los Jueces, como el doctor Valero lo confiesa cuando —en su denuncio ante la Corte— dice que "todo irrespeto implica descortesía, pero la recíproca —como en este caso— no es verdadera, y *sábese* —subraya la Corte— que la cortesía no es jurídicamente obligatoria."

* * *

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *resuelve:*

a) *Inhibirse* de conocer del denuncio presentado por el Juez Unico del Circuito de El Cocuy, doctor Víctor Valero Bernal, contra los Procuradores General y Delegado en lo Civil, respectivamente, doctores Rafael Escallón y Rafael Quiñones Neira, porque dichos funcionarios no son juzgables sino en virtud de la acusación de la Cámara; y

b) *Devolverlo* al denunciante, junto con sus documentos, para lo que a bien tenga.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Francisco Bruno. Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

La extradición según Acuerdo bolivariano de 1911

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo diez de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno).

El Ministerio de Gobierno —con fundamento en los artículos 9º del Código Penal, 710 del Código de Procedimiento Penal y 6º del Decreto-ley 2200 de 1938— solicita de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema concepto sobre la extradición —pedida por el señor Embajador de los Estados Unidos de Venezuela— del ciudadano venezolano Jóvito Barrientos Gamboa, procesado por el Juzgado de Primera Instancia del Primer Circuito Criminal de San Cristóbal, Estado del Táchira, por los delitos de homicidio y de fuga, cometido el primero en la persona de Florencio Peña el dos de diciembre de mil novecientos cuarenta y el segundo el veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Sometida la solicitud al procedimiento del artículo 395 del Código de Procedimiento Civil conforme a lo ordenado por el artículo 14 del Decreto-ley 2200 de 1938, se decretó el traslado al procesado *Jóvito Barrientos Gamboa* mediante comisión al Juez Superior de Cúcuta —ciudad en la cual se afirmó residía Barrientos— y como no fuera hallado se ordenó emplazarlo en la forma prescrita por el artículo 317 del Código de Procedimiento Civil, cumplido lo cual se nombró *curador ad litem* al doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola quien —posesionado— oportunamente contestó el traslado.

* * *

Dos cuestiones previas presupone la emisión del concepto solicitado:

a) Normas generales reguladoras de la extradición, según el Derecho Internacional y nuestro derecho positivo;

b) Normas especiales —de contenido contractual— aplicables en relación con Venezuela.

I.—Normas generales.

La extradición —institución de derecho penal nacional y de derecho penal internacional— está comprendida dentro de la actividad jurídica del Estado en relación con la defensa social contra el delito; su potestad —en consecuencia— se manifiesta y exterioriza no sólo en cuanto a los que infringen las leyes penales dentro del territorio de su jurisdicción, sino también en cuanto a los que, después de haber infringido las vigentes en otro país, evaden la acción de la justicia penal mediante refugio en país distinto a aquel cuyas normas violaron. Este postulado de justicia penal internacional —incorporado en todas las legislaciones— se ha erigido, también, en normas contractuales sancionadas en pactos internacionales, como el suscrito entre los países bolivarianos, en Caracas, el diez y ocho de julio de mil novecientos once.

La institución de la extradición está regulada —en nuestra legislación— por los artículos 9º del Código Penal, de contenido material o sustantivo, 708 a 715 del Código de Procedimiento Penal, de contenido formal o adjetivo, y por el Decreto 2200 de 1938.

II.——Normas especiales.

La concesión de la extradición está subordinada a las siguientes condiciones generales:

a) Que el hecho que la funda también constituya delito en nuestra legislación, y esté sancionado con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años; y

b) Que contra el infractor —cuya extradición se solicita— se haya dictado auto de proceder o una providencia jurídicamente equivalente.

Pero sobre estas condiciones generales —exigibles especialmente cuando no hay tratados internacionales de extradición entre los dos países— tienen preeminencia las que han sido acordadas en tales tratados aprobados mediante leyes, y que es —precisamente— el caso presente.

El acuerdo sobre extradición suscrito por los Plenipotenciarios de Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Venezuela el diez y ocho de julio de mil novecientos once, y aprobado por la Ley 26 de 8 de octubre de 1913, aún vigente, establece —para el caso en estudio— lo siguiente:

a) Que la solicitud de extradición —hecha siempre por la vía diplomática— sea acompañada del auto de detención dictado por el Tribunal competente, con designación exacta del delito que funda el auto, la fecha de su comisión, y de las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere decretado la detención, en caso de que el fugitivo sólo estuviere procesado, y

b) Que las pruebas de la infracción sean tales, que las leyes del lugar donde se encuentre el

prófugo enjuiciado justifiquen su detención o sometimiento a juicio si la infracción se hubiere cometido en dicho lugar o país.

El Acuerdo bolivariano —que parcialmente acaba de resumirse y es ley para los Estados que lo suscribieron— únicamente requiere, pues, que se haya dictado auto de detención, y que las pruebas de la infracción acompañadas a la solicitud puedan fundar detención, o enjuiciamiento de acuerdo con la legislación del país donde reside el procesado, es decir, con la legislación colombiana en el presente caso.

La condición de que para conceder extradición de un procesado se exige —conforme al artículo 709 del Código de Procedimiento Penal— que por lo menos se haya dictado en el Exterior auto de proceder o su equivalente, no es, en consecuencia, exigible, entre los países signatarios del Acuerdo de 1911.

III.—Fundamento del concepto.

El señor Embajador de los Estados Unidos de Venezuela acompañó a su solicitud copia auténtica de los siguientes documentos, que hacen parte del proceso seguido contra Jóvito Barrientos Gamboa en el Juzgado Primero de Primera Instancia del Estado del Táchira, por el delito de homicidio;

a) Del Acuerdo de la Corte Federal y de Casación de Venezuela, por el cual emite concepto favorable a la extradición (folio 3);

b) Del auto por el cual se abrió la investigación criminal contra Barrientos Gamboa (folio 4);

c) De las declaraciones de Luis Pérez, Luis Martel, Pedro Zambrano, Leandro Durán, Diego González y Pedro Contreras, de los cuales Pérez, Martel y Zambrano, presenciaron la agresión;

d) Del auto por el cual se decretó la detención de Jóvito Barrientos, fundado —precisamente— en aquellos testimonios (folio 8 vuelto);

e) Del auto por el cual se declaró concluído el sumario (folio 9 vuelto);

f) Del pliego de cargos del Fiscal (folio 10), en el cual hace referencia a la pericia médico-legal y al certificado de defunción —no acompañado—; y

g) Del acta de la audiencia pública (folio 11).

* * *

La Corte —en consideración a estos documentos y también al delito— deducirá la posibilidad legal de la extradición, previas las consideraciones siguientes:

Analizados los documentos, se concluye que si Jóvito Barrientos —conforme al artículo 429 del estatuto procesal penal colombiano— fuera aquí juzgado, habría base legal suficiente para decretar la apertura de juicio criminal; cumplido, pues, este requisito, así como el del envío del auto de detención y de los documentos que lo fundaron, la extradición es viable, de acuerdo con los artículos 1º y 8º del Acuerdo suscrito por los Gobiernos de Colombia y Venezuela, y aprobado por la Ley 26 de 1913, aún vigente.

El delito de homicidio en Florencio Peña imputado a Jóvito Barrientos Gamboa —analizadas las pruebas del proceso— sería sancionado, conforme al artículo 362 del Código Penal colombiano, con la pena de ocho a catorce años de presidio, y conforme al artículo 407 del Código Penal venezolano, con la de doce a diez y ocho años; desde este punto de vista, en consecuencia, también es viable la extradición solicitada.

Sugiere —el curador de Jóvito Barrientos— la imposibilidad de decretar la extradición de un procesado, no hallado, y cuya residencia en el país es apenas presumible. Aunque no es la Corte la entidad a la cual compete aquella función, sino al Ministerio de Gobierno, aquella circunstancia no impide se acceda a la extradición, ya que la ausencia del procesado del país donde cometió el delito es el motivo fundamental de la actuación, y el estatuto procesal —en éste como en otros casos— contiene normas que subvienen a la defensa y representación de los ausentes, entre ellas —para este caso— las que prescriben se adopte el sistema de articulación, el emplazamiento mediante edicto, y, finalmente, la curaduría *ad litem*, normas que aquí han sido aplicadas y cumplidas.

Además, de la actuación realizada por el Juzgado Superior de Cúcuta (folio 25 vuelto) se deduce que Barrientos Gamboa reside en el sitio de *Aguardiente*, Municipio de Cúcuta, lo que constituye la presunción de que es conocido por las autoridades, y de que tiene su domicilio en aquel Departamento como también lo sugirieron las autoridades del Distrito Federal del Táchira (Venezuela).

* * *

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— *emite concepto favorable* a la extradición solicitada por el Gobierno de Venezuela, de *Jóvito Barrientos Gamboa*, procesado por el delito de homicidio en la persona de Florencio Peña, cometido el cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta en el Estado Táchira, y evadido de la Cárcel Pública de San Cristóbal el veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Notifíquese al curador y devuélvase al Ministerio de Gobierno.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Indemnización de perjuicios derivados del delito. Carácter jurídico de la acción civil

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, agosto ocho de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno).

El abogado doctor Eduardo Piñeros y Piñeros, apoderado de Enrique Bogotá —constituido en parte civil en esta causa— interpuso recurso de casación con fundamento en el artículo 559 del estatuto procesal penal, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 16 de abril del año pasado, que puso fin —en última instancia— a la acción penal contra Pascual Bogotá, y lo condenó a la pena de cinco años cuatro meses de presidio como autor responsable del homicidio de Inocencio Bogotá, cometido en riña imprevista en el Municipio de Chipaque el veintisiete de abril de mil novecientos cuarenta, y también al pago —a título de perjuicios— de la suma de tres mil trescientos ochenta pesos ($ 3.380.00) a los herederos del occiso.

Concretado el recurso a la indemnización de perjuicios y sometido a las normas procesales de la casación civil —conforme al contenido del artículo 559 del estatuto procesal penal— procede la Corte a decidirlo, previa referencia a las actuaciones y tesis que fundaron la sentencia.

I.—Actuaciones procesales.

Como cuestiones previas, en atención a las tesis planteadas por recurrente y demandado, la Corte cree oportuno resumir las etapas del juicio contra Pascual Bogotá, que culminó en la sentencia recurrida, no sin antes hacer una síntesis del delito, sus modalidades y circunstancias.

a) *Los hechos.*

Inocencio Bogotá y Pascual Bogotá, agricultores de Chipaque, creían tener igual derecho sobre un terreno allí ubicado, divergencia que creó en ellos sentimientos de mutua hostilidad. Entre los actos de dominio que Pascual ejerció —y que fue el que, precisamente, originó la tragedia en que el uno fue muerto y el otro lesionado— tuvo importancia decisiva la venta de pastos, que Pascual hizo a Epifanio Moreno, cultivados en el terreno en disputa.

Informado Pascual —por un hijo del comprador Moreno— de que Inocencio había llevado animales a los potreros cuyos pastos fueran materia del contrato mencionado, se dirigió allí, y —evidentemente— no sólo halló los animales de Inocencio, sino que sorprendió a éste rozando en el mismo terreno.

Como Pascual, en términos enérgicos, reclamara de Inocencio sobre este hecho, y aún más, pretendiera llevar los animales al coso, surgió entre ellos una riña o contienda, a machete, en la cual el uno —Pascual— fue herido, y el otro —Inocencio— muerto.

b) *La acción penal.*

Perfeccionada la investigación, el Juez Segundo Superior de Bogotá —en auto del diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta— abrió causa criminal contra Pascual Bogotá, por el homicidio de Inocencio, y declaró extinguida la acción contra éste por "tentativa de homicidio y lesiones personales" en Pascual, dice el auto.

Celebrada la audiencia pública, los Jueces de hecho —después de desechar la legítima defensa, la ira o intenso dolor y la sevicia, que les fueron propuestas— contestaron afirmativamente a las cuestiones referentes al hecho material, al propósito y a la circunstancia de la riña imprevista, que también habían sido incluídas en los cuestionarios.

En consideración a los artículos 34, 362 y 384 del estatuto penal, Pascual Bogotá fue condenado a la pena de cinco años y cuatro meses de presidio.

c) *La acción civil.*

Enrique Bogotá se constituyó —desde un principio— en parte civil, en su calidad de hermano legítimo del occiso, y fijó —en la demanda— los perjuicios causados por el delito en dos mil pesos ($ 2.000.00) los materiales, y en mil pesos ($ 1.000.00) los morales; mas como su vínculo de parentesco no estuviera claro, no prosperó la acción, y más tarde, con mejores pruebas, reiteró la solicitud, en la cual fijó en dos mil pesos ($ 2.000.00), conjuntamente, los perjuicios tanto morales como materiales.

Nombrados los doctores José Vicente Sánchez y Juan Antonio Murillo para que los avaluaran, éstos —en su dictamen— calcularon los perjuicios materiales en la suma de dos mil ochocientos ochenta pesos ($ 2.880.00), y en quinientos pesos ($ 500.00) los morales, avalúo que —no habiendo sido oportunamente objetado— se aprobó en auto que tampoco fue reclamado.

Sobre esta base, Pascual Bogotá fue condenado a pagar —a título de perjuicios— la suma de tres mil trescientos ochenta pesos ($ 3.380.00), pago garantizado con el embargo de los bienes oportunamente decretado, suma que el recurrente considera desproporcionada a la gravedad del daño causado, y también al monto de los perjuicios.

II.—La demanda de casación.

El recurrente —con base en el numeral 1º del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil y en atención a la cuantía de los perjuicios decretados en la sentencia— afirma que ésta es violatoria de ley sustantiva por aplicación indebida o interpretación errónea, por las siguientes razones:

a) Porque el dictamen de los peritos no reúne los requisitos legales, es erróneo en sus apreciaciones, y no está debidamente fundamentado; y

b) Porque el Tribunal Superior, en su sentencia, no expuso "clara y precisamente los hechos y razones en que se funda" para acogerlo, como el artículo 268 del estatuto procesal penal lo ordena.

Como el recurrente ataca el dictamen en el fondo y en la forma, es necesario transcribir su parte esencial y, a continuación, los fundamentos del recurso.

a) *El dictamen de los peritos.*

Los peritos doctores José Vicente Sánchez y Juan Antonio Murillo, en su dictamen, fijaron los perjuicios materiales "remunerativos" en dos mil ochocientos ochenta pesos ($ 2.880.00), y en quinientos ($ 500.00) los morales, previas las siguientes razones:

Primera. Como el término de la vida entre nosotros es de cincuenta años, e Inocencio Bogotá tenía —en el tiempo en que fue ultimado— cuarenta y siete, es de suponer —afirman— que tenía, al menos, la posibilidad de vivir seis años más, o sea setenta y dos meses;

Segunda. Como en poder del occiso fueron encontrados once pesos ($ 11.00) se induce que era un hombre que, como lo afirman los declarantes, tenía bienes de fortuna.;

Tercera. De acuerdo con las circunstancias, Inocencio Bogotá podría conseguir por término medio en cada mes la suma de ochenta pesos ($ 80.00), de los cuales podría destinar cuarenta (40) para cumplir sus obligaciones familiares, suma ésta que constituye el lucro cesante mensual, y que, en los seis años de vida supuestos, sería de dos mil ochocientos ochenta pesos ($ 2.880.00), que corresponden a la indemnización de perjuicios compensatoria; y

Cuarta. Los perjuicios de orden moral, que hay mérito probatorio para suponer que existieron, pueden estimarse en la suma de quinientos pesos ($ 500.00).

b) *La tesis del recurrente.*

El recurrente se refiere —trátese de los perjuicios materiales o de los perjuicios morales— a los dos aspectos que uno y otro comportan: error en el dictamen y apreciación errada de la prueba pericial.

En cuanto a los perjuicios materiales, razona, más o menos así: el dictamen, aun desde el punto de vista aritmético, es errado, pues si los peritos fijaron el promedio de la vida en cincuenta años, no se comprende por qué determinaron el lucro cesante sobre la posibilidad de que Inocencio habría vivido no tres, sino seis años más, sin que en modo alguno, ni ellos ni el Tribunal, hubieran fundado dicha suposición; el error está en que, conforme a lo adoptado por las Compañías de Seguros, no computaron el promedio de vida de un hombre de buena constitución en sesenta años, en cuyo caso —aceptada la suma de ochenta pesos, como producto mensual del trabajo, y la de cuarenta pesos para la subvención de sus familiares— han debido estimar los perjuicios en una suma no menor de cinco mil setecientos cuarenta pesos ($ 5.740.00).

En cuanto a los perjuicios morales —objeta el recurrente— "los peritos no razonan su dictamen en forma alguna. Ellos se limitan a exponer un guarismo sin fundamentarlo, sin hablar de los perjuicios motivados e inmotivados, ni de aquellas sumas que, como dice la Corte, hubieran gastado los damnificados en aliviar, modificar aquel dolor que se produce con la muerte violenta y criminosa de un sér al cual se le tiene un gran aprecio".

"El Honorable Tribunal fallador —termina el apoderado del recurrente— no razona en ninguna forma acerca de este dictamen, y su apreciación implica por tanto un error de falta de apreciación o de apreciación errónea de la prueba pericial que aparece de modo manifiesto en los autos."

c) *Tesis del sindicado.*

El sindicado Bogotá —al contestar el traslado ordenado por el artículo 533 del Código de Procedimiento Civil— después de insistir en su irresponsabilidad penal por cuanto dio muerte a Inocencio Bogotá en uso del derecho de legítima defensa, no sólo se opone a que se case la sentencia en la forma solicitada por el recurrente,

sino que, a pesar de haber sido lesionado por el occiso y sufrido los consiguientes perjuicios —afirma, resentido— *no se le ha tenido en cuenta para nada* (subraya la Corte); frase ésta que en sí, aunque expresada en el lenguaje indocto del opositor— contiene en forma implícita una glosa a los falladores, que omitieron en la sentencia el reconocimiento de su derecho al resarcimiento de los perjuicios sufridos, en su integridad física, por el delito del occiso.

El opositor, en la parte final de su escrito de traslado y equivocadamente fundado en los artículos 575 y 577 del estatuto procesal penal, referentes al recurso de revisión, solicita sea libertado y desembargados todos sus bienes.

III.—Estudio sobre la reparación de perjuicios.

La decisión de este recurso presenta a la Corte la oportunidad de ensayar un breve estudio sobre la institución de la reparación de los perjuicios causados por el delito, ya que —sobre su contenido y finalidad— existen aparentes discrepancias derivadas de las relaciones entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, y los estatutos —penal y civil— que las fundan y regulan.

Dos cuestiones principales y una consecuencial o accesoria constituyen las bases de estudio: fundamento, clasificación y sistema de reparación.

a) *Fundamento de la indemnización.*

Las legislaciones penal y civil que tuvieron como modelo las de Napoleón, de contenido individualista, vigentes aún en muchos países, dieron a la indemnización de perjuicios derivados del daño causado por el delito un carácter exclusivamente civil, y a la relación entre el delito y el perjuicio la de un simple vínculo de obligación, sometida a las normas del derecho privado.

Esta noción conceptual, dentro del sistema de aquellas legislaciones, consagró la ineficacia de la acción civil dirigida a la reparación, por cuanto si los Jueces —en su sentencia— condenaban al pago de los perjuicios abstractamente considerados, el lesionado o sus herederos se abstenían de sujetarse a las contingencias de un juicio civil, para la fijación de un monto en el cual la protección estatal les faltaba, o el responsable, ante el riesgo de la ejecución, se insolventaba mediante transacciones simuladas que hacían nugatorio el derecho de las víctimas a la reparación.

La escuela positivista, como una reacción ante la innocuidad de la norma individualista, incluyó entre los postulados de su nueva doctrina la indemnización de perjuicios causados por el delito como institución de defensa social y de derecho público, y amparó la acción, aunque bajo la concreta denominación de civil, con la tutela jurídica estatal, en cuanto sostiene que a los funcionarios del Ministerio Público incumbe la obligación de intervenir si el lesionado se abstiene de su interposición.

"La indemnización de perjuicios —escribió Ferri— es una función social atribuida al Estado, en interés directo del particular lesionado, y también en el interés indirecto, y no menos eficaz, de la defensa social", tesis que el mismo ilustre expositor reafirmó al conceptuar que "las sanciones que el Estado aplica a la defensa social contra el delito deben ser preventivas, *reparatorias* (subraya la Corte), represivas y eliminatorias".

Para la escuela correccionalista, la pena tiene un carácter meramente preventivo, y la indemnización un carácter reparador y preventivo conjuntamente, proposiciones fundadas en la tesis de la pena considerada como medio de derecho o tutela adecuada a la inferioridad del delincuente —necesitado de protección— enfrente de los demás hombres (Dorado Montero).

La indemnización según la escuela positivista —como obligación deducida del delito— es una forma de sanción pecuniaria en favor del lesionado por el daño a él causado (daño privado), como la pena es la sanción por el daño causado a la sociedad a consecuencia de la violación de la norma jurídica (daño social, daño público) imponibles en virtud de la potestad estatal dirigida a realizar la doble protección de la sociedad y de la víctima mediante acciones —penal y civil— sometidas a una misma jurisdicción.

Reafirma esta tesis la influencia que el daño y su reparación tienen en la sanción si el hacer más nocivas las circunstancias del delito y el perjudicar u ofender con una misma acción, y no por mero accidente, a más de una persona, lo agravan (artículo 37, Código Penal): si con análoga razón "el procurar espontáneamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias" y "el resarcir el daño, aunque sea parcialmente", lo atenúan (artículo 38, Código Penal) y si la restitución, en los casos de peculado y de delitos contra la propiedad también lo atenúan; y si estas circunstancias, pues, contribuyen a su aumento o disminución, y si la concesión de la condena y libertad condicionales y del perdón judicial se subordinan también a la indemnización, no podría dejar de aceptarse que la reparación tiene un relativo e indirecto carácter de sanción —sanción reparadora— y, consecuencialmente, de institución de derecho público, más que de derecho privado.

Y aquí cabe la referencia a la legislación procesal colombiana que —desde mil ochocientos ochenta y siete— ha impuesto normas protectoras de las víctimas del delito, que los reformadores posteriores a aquel año han venido —inconsultamente —desestimando.

"Desde que en un juicio criminal se abra la causa a prueba —prescribía el artículo 113 de la Ley 57 de 1887— el Juez debe ordenar, de oficio, que se proceda a avaluar por peritos los perjuicios sufridos por el ofendido; pudiendo las partes presentar las pruebas que estimen convenientes respecto de dichos perjuicios. El Juez, en la sentencia que dicte, fijará la cuota de la indemnización debida al ofendido, aunque éste no se haya hecho parte en el juicio, y ejecutóriada la sentencia, presta mérito ejecutivo en favor del ofendido o sus herederos y contra el agresor."

Y —hecho importante— la Corte en 1888, al aplicar la norma de 1887, dio a la indemnización de perjuicios causados por el delito el carácter de sanción, en la misma época en que la escuela positivista exponía su teoría sobre la sanción reparadora.

"La indemnización de perjuicios de que trata el artículo 113 de la Ley 57 de 1887 —dijo la Corte *(Jurisprudencia,* número 2987, tomo I)—, debe tener lugar en todo caso, y por consiguiente es una sanción distinta de las penas señaladas al delito en el Código Penal, de lo cual resulta que, llegado el caso, puede haber lugar a la multa y a perjuicios."

Pero los legisladores de 1922 y de 1943, que expidieron las Leyes 104 (artículo 22) y 4ª (artículos 24 y 25), respectivamente, no sólo desconocieron la importancia de la Ley 57 sino que —lo que es menos comprensible— rompieron la unidad doctrinaria, de aquellas Leyes, sin consideración a la técnica ni a los intereses del procedimiento.

Podría argüirse que la reparación —en materia penal— está única y exclusivamente subordinada a la norma del artículo 2341 del estatuto civil, según el cual "el que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido", y que esta subordinación —por ser norma de derecho privado— se oponga a la tesis enunciada, según la cual la reparación es institución de derecho público; pero el estatuto penal vigente —que es derecho material y sustantivo— al regular aquella institución, adoptó la tesis, y —para su aplicación integral— impuso al Agente del Ministerio Público no sólo la obligación de cooperar con la parte civil en todas las diligencias indispensables a fijar y obtener la indemnización, sino que extendió tal obligación a intervenir por sí solo en caso de abstención del lesionado.

La enunciada tesis —lógicamente— ha tenido una definida repercusión en el derecho procesal, esto es, en materia de competencia, y así la ley la atribuyó a los Jueces penales, y aunque dio figura de acción civil a las solicitudes, actuaciones y diligencias concernientes a la indemnización, facultó su ejercicio simultáneamente con la acción penal y dentro de ésta, e impuso a los Jueces la obligación de decidirlas conjuntamente en el mismo fallo.

El carácter o contenido dados a la indemnización de perjuicios —acéptese la tesis absoluta de derecho público, o la tesis relativa de Florián, según la cual "la indemnización no tiene un carácter puramente público" y "la acción civil es más bien privada, pero acompañada y reforzada por una exigencia de derecho público determinada por la naturaleza especial del hecho del cual deriva el daño"—, explica la intervención del titular del derecho dentro del proceso penal o en su falta la del Agente del Ministerio Público, y —lógicamente— la competencia otorgada a la justicia penal, y la obligación, para el Juez, de "condenar a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios causados por el delito" (artículo 92 del Código Penal).

Finalmente, el legislador colombiano, desde 1836, creó normas tutelares de las víctimas del delito; así, los artículos 31, 76 y 77 del Código expedido en aquel año —que el de 1890 reprodujo casi textualmente en sus artículos 87 y 88— prescribieron la condena por perjuicios derivados del delito y el sistema de distribución de los bienes del responsable, dando preferencia al pago de la indemnización; y los artículos 233 a 238 del Código de Régimen Carcelario y Penitenciario vigente, imponen a los condenados la obligación de destinar parte de su salario al pago de perjuicios.

De esta manera la tesis positivista de hoy sobre condenación oficiosa al pago de perjuicios ocasionados por el delito, coincide con el pensamiento del legislador colombiano, inspirado en la escuela clásica, pensamiento promulgado en nuestra legislación positiva desde hace más de un siglo.

b) *Clasificación de los perjuicios indemnizables.*

El estatuto penal (artículos 92 a 95) clasifica los perjuicios causados por el delito en la persona lesionada, natural o jurídica, en perjuicios materiales y morales, clasificación que comporta esta división: los *materiales* en patrimoniales y personales, y los *morales* en objetivados y subjetivos, en consideración a que el daño privado es, análogamente, material y moral, y distinto al daño público que es, en general, moral

o psicológico: violación de la norma penal, alarma social o disminución de la confianza en la propia seguridad o en la seguridad colectiva, y riesgo del contagio imitativo en los predispuestos al delito.

Sobre la noción del daño material privado (patrimonial o personal) y del perjuicio causado, no hay disconformidad entre los expositores, ni como problema jurídico presenta dificultades serias; tal noción se concreta a la destrucción, privación o disminución de los bienes o intereses materiales, cuya valoración, subordinada a las normas generales del daño emergente y del lucro cesante, no implica —por su carácter objetivo— conflicto conceptual, ideológico o jurídico alguno.

Mas sobre la noción del daño moral privado —también privación, disminución o destrucción, pero ya de bienes o intereses morales o psicológicos— y del perjuicio ocasionado por el daño moral, el problema, complejo en apariencia, no es —tampoco— de solución imposible, a lo cual contribuye eficazmente la aceptada clasificación de daño moral objetivado, que puede producir consecuencias de carácter patrimonial o económico, y consiguiente valuación pecuniaria, y daño moral subjetivo o absolutamente psicológico, de muy difícil y hasta imposible valuación pecuniaria.

Hay, pues, daños morales que repercuten en la economía o patrimonio material del lesionado, y daños morales que —a diferencia de aquéllos— repercuten sólo pero profundamente en su psicología.

Los daños privados patrimoniales, en consecuencia, y los daños morales objetivados, son susceptibles de determinación pecuniaria; no así los daños morales subjetivos, que por su carácter intrínseco especial no presentan base real y efectiva para una exacta valuación pecuniaria; y son éstos —precisamente— los daños a cuya indemnización provee el artículo 95 del estatuto penal.

c) *Sistema de reparación.*

El derecho a la indemnización —que se persigue en la acción civil iniciada dentro de la acción penal— se subordina a las siguientes condiciones:

a) Que el responsable haya cometido un delito;

b) Que este delito haya causado perjuicios;

c) Que se proponga la demanda, y que el demandante, al proponer la acción civil compruebe la legitimidad de su personería; y

d) Que el Juez, en la sentencia, condene al responsable al pago de los perjuicios.

A la prueba de estas circunstancias proveen las normas de los artículos 112 a 138, 345 y 453 a 455 del estatuto procesal penal, modificados —estos últimos— por los artículos 24 a 26 de la Ley 4ª de 1943 en cuanto subordinaron la designación de peritos a la solicitud de las partes, y condicionaron esta facultad del Juez, desnaturalizando parcialmente, así, el carácter de entidad de derecho público que el estatuto penal dio a la reparación de perjuicios.

El problema de mayor entidad, en la acción civil, es el sistema técnico de la liquidación de los perjuicios, sobre el cual la Corte —con el ánimo de sugerir la más adecuada solución— hace, aquí, algunas observaciones generales, aunque dirigidas a adelantar parcialmente el estudio de las cuestiones presentadas en este recurso, tanto por el apoderado de la parte civil como también por el procesado.

* * *

La liquidación y fijación pecuniaria de los perjuicios comportan estas relaciones: entre la reparación y el perjuicio, entre la reparación y la situación del responsable, entre la reparación y la situación del lesionado, y, finalmente, la forma y garantías de reparación.

La equivalencia entre el perjuicio y la reparación es postulado ya aceptado por los jurisconsultos que han estudiado este problema: la reparación, en consecuencia, no puede ser mayor ni menor que el perjuicio, con exclusión de cualquier tendencia a favorecer al lesionado o al obligado.

La segunda relación fue ampliamente debatida en la Comisión que elaboró el estatuto penal.

"Al fijar la cuantía de la indemnización —decía la fórmula primitivamente adoptada— deberá el Juez tener en cuenta la gravedad del hecho cometido, sus modalidades y las condiciones económicas del procesado", fórmula ésta que, al revisar el proyecto general, fue excluída.

Sin que sea oportuno analizar los diversos conceptos que en favor o en contra de aquella fórmula han emitido los expositores de Derecho Penal y de Derecho Civil, lo cierto es que el estatuto penal vigente deliberadamente la excluyó de su conjunto normativo, y a esa exclusión debe subordinarse el criterio de la jurisprudencia.

* * *

Cuestión más importante es la consideración de la víctima, cuya personalidad juega papel preponderante en el avalúo, al menos en determinados casos, entre ellos el presente, pues no es imposible la existencia de un nexo de causalidad entre la culpa del lesionado y el perjuicio, cuando aquél —el lesionado— ha concurrido, en mayor o menor grado, a la ejecución del evento dañoso productor del perjuicio: si no hubo concurrencia del lesionado en la causa del daño, la reparación del perjuicio será integral; mas, si la hubo, deberá ser adecuada —proporcional-

mente— a la intensidad de esa concurrencia, y —por lo tanto— la reparación será dividida o disminuída.

* * *

Desde otro punto de vista —el económico— la posición del lesionado ejerce también, en algunos casos, determinada influencia, de consideración obligada: no es igual el perjuicio del delito cuando —en el homicidio, por ejemplo— el lesionado subvenía con su trabajo únicamente al mantenimiento de la esposa e hijos menores o ascendientes inválidos, al perjuicio causado por el mismo delito en personas, herederos colaterales por ejemplo, en excelente situación económica independiente del concurso del occiso y a cuya subsistencia éste, por tal causa, no subvenía en forma alguna.

Si, pues, la condición económica del procesado no puede modificar el criterio técnico de la reparación, la concurrencia de la víctima al delito, en los casos en que ello haya tenido realidad probada, aporta a la reparación una modalidad específica y cuantitativa, no desechable en el acto pericial.

* * *

De la exposición anterior se deducen los siguientes postulados:

a) La indemnización de los perjuicios causados por el delito es institución de derecho público, perseguible ante la jurisdicción penal y dentro del proceso penal;

b) Los perjuicios morales objetivos, es decir, con repercusiones económicas, pueden ser avaluados pecuniariamente, mediante sistema análogo al empleado para los perjuicios materiales;

c) Los perjuicios morales subjetivos, difíciles y hasta imposibles de avaluar, pueden ser reparados pecuniariamente mediante el sistema determinado en el artículo 95 del estatuto penal;

d) La posición económica del responsable no modifica en nada la obligación de reparar, ni la cuantía de la suma que debe pagarse; y

e) La posición económica de las víctimas del delito y su concurrencia en la causa del mismo, así como en la producción del perjuicio, sí pueden influir en la reparación.

IV.—La decisión del recurso.

En la decisión de este recurso —de conformidad al artículo 559 del estatuto procesal penal— rigen las mismas normas de la casación civil; la Corte, pues, habrá de estudiarlo y fallarlo en consideración a las tesis de la demanda y del demandado, únicas partes en la acción civil.

El recurrente impugna la sentencia del Tribunal —como ya se dijo— por las siguientes razones: porque el dictamen de los peritos no reúne los requisitos legales, es erróneo en sus apreciaciones y no está debidamente fundamentado, y porque el Tribunal —con violación del artículo 268 del Código de Procedimiento Penal— no expuso clara y precisamente los hechos y razones en que se fundó para acoger el dictamen.

El recurrente —como se ve— se refiere a la violación de la ley procedimental, punto éste no comprendido dentro de la causal primera de casación (ordinal 1º, artículo 520, Código de Procedimiento Civil), ya que para que la apreciación errada de una prueba funde el recurso se requiere que el error haya causado violación de la ley sustantiva, cuestión que no alegó el recurrente. Y éste, aquí, no demostró que la violación del estatuto procesal generó la del estatuto penal, como le competía de acuerdo con la norma referida; aún más, el Tribunal observó y cumplió las prescripciones del estatuto penal en materia de perjuicios, y en forma tan completa que los fijó en cuantía mayor de la señalada por el apoderado de la parte civil en su demanda.

Lo anterior bastaría para decidir el recurso de modo adverso a la solicitud del recurrente; pero la Corte, sin embargo, extiende su estudio, con el propósito de ilustrar mejor el tema debatido y fundar la decisión del recurso.

El error de hecho —ha dicho la Corte— consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido una cosa que en realidad no ha sucedido, o que, al contrario, ha dejado de suceder un hecho consumado y probado plenamente; y el error de derecho, en la noción equivocada que se tiene de las disposiciones de la ley, o, en otros términos, consiste ya en juzgar falsamente el hecho a la luz de la ley, ya en una interpretación absurda de ella, ya en una equivocada aplicación a la litis.

Para que el recurso de casación —por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba— prospere, se requiere lo siguiente, conforme a las doctrinas de la Corte:

a) En cuanto al error de hecho, que "la prueba esté contradicha por otra u otras del proceso, o que de ella misma surja, de modo incontestable, el error del Tribunal, o que el concepto de éste vaya contra una verdad evidente de por sí"; y

b) En cuanto al error de derecho, que "el recurrente señale la disposición legal sustantiva violada a consecuencia del error", y que se demuestre el error de hecho si sobre éste se funda el de derecho.

La decisión del presente recurso debe concretarse, en consecuencia, a analizar y deducir si las tesis del recurrente armonizan con las doctrinas anteriormente expuestas.

a) *Error de hecho.*

Afirma el recurrente que los peritos, al liquidar y fijar la cuantía de los perjuicios materiales, incurrieron en estos errores: primero, en suponer que Inocencio Bogotá —que contaba cuarenta y siete años el día de su muerte— tenía posibilidad de vivir hasta los cincuenta y tres años, a pesar de que el término medio de la vida entre nosotros es de cincuenta, y contrariamente a lo establecido por las Compañías de Seguros, que han fijado ese término en sesenta años; segundo, en computar el lucro cesante sobre la edad máxima de cincuenta y tres años y no sobre la de cincuenta, que fue la fijada por los mismos peritos como término medio de la vida, y sobre la cual debieron hacer el cómputo de los perjuicios; tercero, en haber excluído —sin explicación ni motivo racional alguno —en la fijación del promedio de vida, las tablas de vida de las Compañías de Seguros, según las cuales, ese promedio es de sesenta años, especialmente si se trata —como en el presente caso— de gente campesina, que habita en climas fríos.

Si los peritos —razona la Corte— calcularon que la duración máxima probable de la vida de Inocencio Bogotá no pasaría de cincuenta y tres años, y liquidaron los perjuicios materiales en consideración a esta edad y no a la que —según ellos— representa el término medio de la vida entre nosotros, o sea cincuenta años, ni a la fijada por las Compañías de Seguros, no existe el error que el recurrente anota, no obstante que ningún fundamento adujeron los peritos, sea para calcular el máximo de vida probable del occiso, ni tampoco para calcular el término medio de la vida en Colombia como era su deber; pero tal afirmación —por caprichosa e inmotivada que sea— no alcanza a adquirir valor jurídico de error de hecho, ya que —como la Corte lo ha dicho— no hay en el proceso otra prueba que la contradiga, ni dato alguno opuesto —como el de la salud física, por ejemplo— que se hubiera desechado para acoger un promedio o cálculo de vida probable inferior al adoptado en la pericia.

La Corte observa —además— que la parte civil no objetó el dictamen por ninguno de los medios fijados por la ley, cuando le fue puesto en conocimiento mediante el traslado, y que el no ejercitar ese derecho en el tiempo oportuno, sólo puede interpretarse como un asentimiento tácito legalmente declarado por el Juez mediante la providencia por la cual el dictamen fue aprobado; y no es ilógica la presunción de asentimiento, por cuanto la suma por perjuicios materiales a cuyo pago Pascual Bogotá fue condenado ($ 3.380.00) es mayor que la que la misma parte civil solicitó tanto en la primera como en la segunda demanda: $ 3.000.00 en la primera y $ 2.000.00 en la segunda; mas si se tratara —como el apoderado de la parte civil parece aceptarlo— de un error aritmético, tal error —según la doctrina de la Corte— no se enmienda por vía de casación, sino que lo corrige, de oficio o a solicitud de parte el Juez o Tribunal que en él incurrió, como lo prevén los artículos 483, 719 y 720 del estatuto procesal civil, y los artículos 266 y 267 del estatuto procesal penal.

En cuanto a los perjuicios morales, es verdad que los peritos —en su dictamen— calcularon, más caprichosamente todavía, la cuantía de la indemnización, sin argumento o dato alguno que la explicara ni fundara, y sin la menor referencia a perjuicios morales económicos ni perjuicios psicológicos; "los perjuicios de orden moral —dijeron únicamente— que también son aducidos por el demandante, y que hay mérito probatorio para suponer que existieron, los estimamos en la suma de quinientos pesos moneda legal"; a ello se reduce el razonamiento de los peritos en cuestión tan delicada.

Los peritos adoptaron —según parece— el criterio aconsejado por algunos expositores, conforme al cual la cuantía de la indemnización por perjuicios morales puede regirse por la fijación hecha por el lesionado en la demanda, cuando no hay base cierta para su determinación, como en el caso presente; pues si —respecto a los perjuicios materiales— ni siquiera se comprobaron claramente las relaciones económicas entre el occiso y el demandante en la acción civil, es decir, en qué forma o cantidad Inocencio Bogotá subvenía a las necesidades de Enrique Bogotá o si entre uno y otro existían intereses comerciales e industriales, como sociedad agrícola, por ejemplo, es decir, el perjuicio patrimonial o personal sufrido por el lesionado, menos se comprobó el perjuicio moral con repercusión económica, ya que el perjuicio moral no económico o psicológico se aprecia mediante la facultad arbitral que al Juez otorga el artículo 95 del estatuto penal; si los peritos, en consecuencia, no hallaron base para la indemnización de los perjuicios morales de consecuencias económicas, no incurrieron en error de hecho al adoptar el criterio de la cuantía fijada por el lesionado, especialmente si el proceso no contiene elementos que plenamente prueben lo contrario.

No obstante, pues, la deficiencia técnica del dictamen, no hay error de hecho ni en cuanto a los perjuicios materiales ni en cuanto a los perjuicios morales.

b) *El error de derecho.*

El error de derecho —como se dijo— consiste en la noción equivocada que se tiene de las normas legales, o, en otros términos, en juzgar fal-

samente el hecho a la luz de la ley, ya en una interpretación absurda de ella, ya en una equivocada aplicación a la litis; además si, como en este caso, el error de derecho se basa en el error de hecho, era indispensable que éste apareciera claramente en el proceso.

Para que el error de derecho prospere en casación —ha dicho la Corte— es necesario se fije la disposición sustantiva violada; el recurrente afirma que el Tribunal Superior violó el artículo 268 del estatuto procesal penal, según el cual "el dictamen del perito no es por sí plena prueba", y "él debe ser apreciado por el Juez o el funcionario instructor, quienes, para acogerlo o desecharlo, ya en todo, ya en parte, deben expresar clara y precisamente los hechos en que se fundan".

En seguida —para situar el problema en su más clara posición— se transcriben los conceptos del Juez y del Tribunal Superior en relación con el dictamen pericial.

"Siendo el delito —dice el fallo de primera instancia— una de las fuentes de las obligaciones por nuestra legislación establecidas, Pascual Bogotá Barbosa ha de responder por la que contrajo al cometer la transgresión en referencia."

"Previa exposición bien razonada, los peritos que se designaron para la evaluación de los daños y perjuicios de orden material y moral generados por el homicidio que nos ocupa, los apreciaron en la suma total de tres mil trescientos ochenta pesos ($ 3.380.00). Ningún reparo merece tal apreciación, pues se encuentra equitativa, justiciera y lógica en relación con las razones que la motivan."

"La condenación al pago de perjuicios —dice el fallo de segunda instancia— surge de claras disposiciones civiles y penales, y la estimación hecha por los peritos en dictamen fundamentado y concienzudo, que además no fue objetado por las partes, es equitativa, sin que haya reparo que hacer."

Considera el recurrente que como el Tribunal Superior no expresó clara y precisamente las razones en que se fundó para acoger el dictamen de los peritos —como el artículo 268 lo prescribe— apreció erradamente la prueba pericial en cuanto a los perjuicios materiales, y la apreció erradamente o la dejó de apreciar en cuanto a los perjuicios morales.

Tanto el Juzgado como el Tribunal Superior —se deduce de las transcripciones hechas— aceptaron los fundamentos del dictamen, y si en sus fallos apenas emitieron conceptos sintéticos en relación con tales fundamentos, no quiere ello decir que no expresaran clara y concretamente las razones en que se apoyaron para acogerlo, ya que aquéllos —en categórica aprobación— hicieron referencia a lo dicho por los peritos, lo que tampoco obsta para que la Corte afirme que la expresión clara y precisa de las razones en que se funda la acogida de un dictamen —como lo prescribe el artículo 716— deba limitarse en todo caso a conceptos generales sobre la equidad y la justicia de la indemnización.

En el caso de autos, el recurrente ataca la sentencia del Tribunal por un error de derecho emanado de un error de hecho; pero como no hay tal error de hecho —según lo dicho— menos puede sostenerse que haya error de derecho; la casación —en consecuencia— no puede prosperar.

V.—Solicitud del procesado.

El procesado Pascual Bogotá —demandado en la acción civil para la reparación de perjuicios— al contestar el traslado de la demanda de casación, atacó la sentencia desde tres puntos de vista: el de su responsabilidad, que —según él— no existe por cuanto dio muerte a Inocencio Bogotá para defender su vida, gravemente amenazada por el occiso; el de la indemnización de perjuicios decretada a favor de los herederos del occiso; y el de los perjuicios a él causados por las lesiones que Inocencio le infirió en la contienda sucedida entre los dos.

La posición del procesado se concreta en las siguientes cuestiones que constan en el proceso:

a) Inocencio Bogotá causó a Pascual Bogotá, en la contienda en que aquél fue por éste ultimado, las siguientes lesiones: una en el lado izquierdo de la cabeza, hecha con arma cortante y de peso, que se extendió a la sien izquierda (región temporal) y a la región mastoidiana, y que —en una longitud de once centímetros— interesó la piel, el cuero cabelludo, los músculos de la región, ligeramente la extremidad superior del pabellón de la oreja, profundamente la apófisis zigomática, con extracción de dos esquirlas óseas de la tabla externa del temporal, de centímetro y medio de longitud; otra herida, superficial, sobre el dorso de la mano izquierda, seguramente hecha con la misma arma, de dos centímetros de longitud, que le interesó la piel y ligeramente los tendones extensores de los dedos; y, en el hombro izquierdo, una herida contusa, con una equimosis lineal, con edema, bastante sensible, y que debió ser hecha con el lomo de la misma arma.

b) Pascual Bogotá —conceptuaron los médicos legistas en su último reconocimiento— sufrió una incapacidad de diez y ocho días, y le queda una cicatriz en la región zigomática izquierda, a consecuencia de la herida, la que constituye una desfiguración facial permanente; y

c) El Juez de primera instancia —con la confirmación del Tribunal— declaró, en el auto de proceder, extinguida la acción penal contra Inocencio Bogotá, a quien se imputaron los delitos de tentativa de homicidio y lesiones personales, por causa de su muerte.

La Corte no tiene competencia para estudiar ni resolver la cuestión referente a la responsabilidad de Pascual Bogotá en la muerte de Inocencio Bogotá, por cuanto no interpuso oportunamente el recurso de casación contra la sentencia condenatoria del Tribunal.

En cuanto al reparo que a esta sentencia hace, en el traslado de la demanda de casación relacionada con los perjuicios, de que no se le tuvo en cuenta a pesar de los perjuicios que le causaron las lesiones recibidas de Inocencio Bogotá, la Corte no entra a conocer de tal reparo, por causa de su improcedencia.

En efecto, Pascual Bogotá no propuso oportunamente la respectiva acción civil, ni intervino —como opositor— en la instaurada por los herederos de Inocencio Bogotá, y su apoderado se limitó a objetar la legitimidad de la personería de la parte civil.

Mas como de acuerdo con el artículo 100 del estatuto penal vigente, la extinción de la acción penal, por muerte del procesado, no produce la de la acción civil, queda al lesionado Pascual Bogotá el derecho de recurrir ante el Juez Civil competente para que —como excepción en el ejecutivo que los herederos de Inocencio Bogotá le sigan o como acción civil ordinaria separada— resuelva sobre la reparación de los perjuicios, tan inoportuna como imprecisamente solicitada ante la Corte.

VI.—El fallo.

Del anterior estudio se concluye lo siguiente:

a) No demostró el recurrente que el Tribunal Superior de Bogotá incurrió en error de hecho o error de derecho; y

b) Corresponde a los Jueces Civiles, y no a la Corte, resolver la cuestión sugerida por el procesado en relación con los perjuicios que le causó la infracción imputada al occiso.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *resuelve:*

No infirmar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual Pascual Bogotá fue condenado al pago —a los herederos del occiso— de la suma de tres mil trescientos ochenta pesos ($ 3.380.00), a título de perjuicios causados por el delito.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Las circunstancias de peligrosidad en los delitos contra la propiedad

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Pedro Antonio Arboleda, por medio de apoderado, formuló demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de doce de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, por la cual fue condenado a la pena de cinco años de presidio —con aplicación de los artículos 404 (numeral 3º), 37 (numerales 5º y 9º) y 38 (numerales 1º y 11)— por el delito de robo, cometido en bienes del señor Ramón Ramírez, en asocio de Pedro José Valencia y José Ramón Agudelo, la noche del tres de mayo de mil novecientos cuarenta, en la ciudad de Garzón, Departamento del Huila.

El recurrente alegó las causales primera y segunda de casación, o sea la violación de la Ley Penal por errónea interpretación y por indebida aplicación de la misma, como principal, y la errada interpretación o apreciación de los hechos porque se les atribuyó un valor probatorio que no tienen, como subsidiaria.

A)—Cuestiones previas.

Como cuestiones previas al estudio y decisión del recurso, la Corte resume las siguientes etapas del proceso:

a) El veredicto afirmativo del Jurado, según el cual Pedro Antonio Arboleda fue declarado responsable de haber penetrado furtivamente, en asocio de terceros —José Ramón Agudelo y Pedro José Valencia— al almacén del señor Ramón Ramírez, previa violencia ejecutada con broca sobre la puerta interior de dicho almacén, para facilitar la entrada a él, y de haber violentado una caja de hierro que contenía la suma de mil quinientos pesos moneda legal, más o menos, un anillo de oro, media libra (moneda de oro), algunas navajas de propaganda, media gruesa de cigarrillos y algunas botellas de vino y cerveza;

b) La sentencia del Juez Superior de Neiva, de veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual condenó a Arboleda a la pena de ocho años de presidio;

c) La sentencia del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial, de fecha doce de febrero del año pasado, y por la cual reformó la del Juez Superior en el sentido de disminuir la pena impuesta a cinco años de presidio;

d) La demanda que se limita a solicitar aplique el mínimo de la pena que fija el artículo 404, o sea tres años, por cuanto no hay circunstancias de mayor peligrosidad acreditadas; y

e) El concepto del Procurador Delegado, según el cual —aunque parcialmente de acuerdo con las razones del recurrente— solicita no se invalide la sentencia.

B)—Estudio del recurso.

Propuesta que fue la primera causal como principal, y subsidiaria la segunda, la Corte estudia la referente a la violación de la Ley Penal, con tanto mayor razón cuanto que son idénticos los fundamentos en que una y otra se apoyan.

El recurrente circunscribe su demanda a demostrar que el Tribunal Superior sancionó el delito en consideración a circunstancias de mayor peligrosidad no previstas en la Ley Penal; tales circunstancias son, en su orden:

a) Preparación ponderada del delito;

b) Haber obrado cada delincuente —entre ellos Arboleda— con la complicidad de los otros;

c) La magnitud del delito, pues se trata del robo de una considerable suma de dinero; y

d) La ninguna necesidad de los procesados para apoderarse de lo ajeno, en virtud de tener una profesión que produce lo necesario para la subsistencia.

El principio que rige la consideración de las circunstancias de mayor peligrosidad consiste en que no estén previstas como modificadoras o elementos constitutivos del delito.

Sobre este principio —alegado por el recurrente— la Corte estudia los motivos de impugnación de la sentencia.

a) Preparación ponderada del delito.

Coinciden el Procurador y el apoderado del recurrente en que el Tribunal Superior no podía considerar esta circunstancia de mayor peligrosidad, por ser de la esencia del robo, y ello, en consecuencia, viola la norma general del artículo 37, según la cual dicha circunstancia lo sería únicamente en cuanto no se hubiera puesto como modificadora o elemento constitutivo del delito.

Aunque pueden sucederse casos en que el robo se realiza plenamente —*ánimus lucrandi* y *ánimus furandi*— sin que haya precedido su preparación ponderada, la infracción imputada a Arboleda no es, précisamente, de aquellas en que falta dicho elemento, lo que está acreditado en el proceso.

Arboleda, Agudelo y Valencia, en efecto, ejecutaron los siguientes hechos que afirman el elemento de la preparación ponderada: tomaron una habitación de la pensión Cali, comunicada en su parte interior con la puerta del almacén de Ramírez, ya presumiblemente con el ánimo de apoderarse de sus dineros y bienes; estudiaron los riesgos y dificultades que habían de vencer en la ejecución del delito; localizaron la caja de caudales y estudiaron el más apto medio para violentarla; prepararon —de antemano— los instrumentos materiales (brocas, ganzúas, cinceles), necesarios para romper tanto la puerta del almacén como la caja fuerte, y, finalmente, contrataron anticipadamente el automóvil que, después de ejecutado el delito debía facilitarles la fuga.

No incurrió, pues, el Tribunal Superior, en errónea interpretación o indebida aplicación de la Ley Penal, al considerar como circunstancia de mayor peligrosidad, la preparación ponderada del delito.

b) Haber obrado con la complicidad de los otros.

Afirma el apoderado del recurrente que se violó la Ley Penal porque la circunstancia de la complicidad no es aquí circunstancia de mayor peligrosidad, y, además, en los cuestionarios se omitió el concierto previo, que es la condición necesaria para que la complicidad pueda constituir la mencionada circunstancia (numeral 9º, artículo 37, Código Penal).

El veredicto —arguye la Corte— declaró la responsabilidad de Arboleda, como la de Valencia y Agudelo, *"en asocio de terceros"* (subraya), sin que se hubiera hecho referencia alguna, ni en el auto de proceder ni en los cuestionarios, a la calidad de cómplice atribuída a Arboleda, y esa asociación es la que —precisamente— contempla el artículo 37 (numeral 9º) del Código Penal, cuando estatuye que "el obrar con la complicidad de otro, previamente concertada" es circunstancia de mayor peligrosidad, norma muy distinta a la del artículo 404 (numeral 3º), según el cual hay aumento de pena (tres a catorce años de presidio), "si los autores estuvieren organizados en cuadrilla permanente", lo que no está aquí acreditado en modo alguno.

No era indispensable aquí que la condición del concierto previo hubiera sido declarada por el Jurado ya que —como se dijo al estudiar la circunstancia anterior— existe la certeza, fundada en los datos del proceso, de que Arboleda, Valencia y Agudelo, se organizaron —desde que llegaron a la pensión hasta que ejecutaron el delito— para estudiar y escoger el mejor medio para apoderarse de los bienes de Ramírez, y, cumplido esto, abandonar la ciudad con el ánimo de rehuir la acción de la justicia.

El Tribunal Superior —al aceptar la circunstancia de la complicidad, o el asocio con terceros, que es aquí lo más lógico— no interpretó errónea ni indebidamente la Ley Penal, y, en consecuencia, no la violó.

c) La magnitud del delito.

El Tribunal Superior incluyó entre las circunstancias de mayor peligrosidad "la magnitud del delito —transcribe textualmente la Corte— pues se trata del robo de una considerable suma de dinero"; inclusión que tanto el recurrente como el Procurador objetan.

En los delitos contra la propiedad —como en todos los delitos— existen elementos constitutivos del mismo y circunstancias modificadoras de la sanción, que —unos y otros— no pueden desecharse en la individualización judicial y se distinguen de las circunstancias de peligrosidad; a menos que alguna o algunas de éstas sean análogas a los elementos constitutivos o a las circunstancias modificadoras, en cuyo caso aquéllas —las de peligrosidad— no pueden considerarse en el estudio de la responsabilidad en virtud de la norma jurídica universal, *non bis in idem*.

En los delitos de robo, el artículo 402 fija los elementos constitutivos y el artículo 404 las circunstancias modificadoras de la sanción, normas aquéllas únicamente aplicables al delito en estudio, y el artículo 403, cuando el artículo 404 no se opone, esto es, cuando las circunstancias en el artículo 403 determinadas se suceden y su aplicación no viola la norma universal ya referida.

La Ley Penal incluye, entre las circunstancias modificadoras de la sanción, la cuantía de lo hurtado o robado y la magnitud del perjuicio causado a la víctima del delito; respecto a la cuantía, hay aumento de pena si pasa de dos mil pesos, y con mayor razón si de diez mil pesos, a menos que —siendo inferior— haya ocasionado a la víctima graves dificultades para atender a su subsistencia; y en cuanto al perjuicio por aquélla sufrido, hay aumento de pena en el caso de que las condiciones económicas del lesionado sean muy precarias, lo que no sucede en el presente caso.

La cuantía de lo robado —se deduce— no es circunstancia de mayor peligrosidad, sino modificadora de la sanción, de modo que si el Tribunal la acogió en el primero de sus significados, erró en ese punto.

e) Decisión del recurso.

El Tribunal Superior clasificó como circunstancia de mayor peligrosidad "la ninguna necesidad —transcribe la Corte— de los procesados para apoderarse de lo ajeno, ya que, según lo informan los autos, tienen alguna profesión que perfectamente les produce lo necesario para atender a la subsistencia".

En los delitos contra la propiedad —se objeta— la condición económica del responsable, sólo puede considerarla el fallador en dos casos:

a) Como atenuante, cuando el delito se comete en virtud de la influencia de apremiantes y excepcionales circunstancias personales o familiares, circunstancias que pueden ser —precisamente— de carácter económico, y

b) Como eximente de la responsabilidad, cuando el delito se comete por apremiante necesidad de proveer a su subsistencia o vestir, o a las de su familia, y el infractor —sin ser peligroso ni haber ejercido violencia contra las personas— no hubiere tenido otro medio lícito de satisfacer aquellas necesidades y lo hurtado o robado fuere apenas lo indispensable para remediarlas.

El Tribunal —además— no puede crear a su arbitrio circunstancias de mayor peligrosidad, las cuales —según el artículo 37— son taxativas, y no habiéndose incluído —como no se incluyó— la posición económica del procesado, tampoco era viable gravar con ella la situación jurídica de Arboleda, con tanto mayor razón cuanto que su oficio o profesión no son de aquellos que produzcan ingresos apreciables.

Es inobjetable, pues, que el Tribunal Superior también se equivocó al agravar la responsabilidad mediante la creación de una nueva circunstancia de mayor peligrosidad no prevista en el estatuto penal.

c) Decisión del recurso.

Descartadas, pues, las circunstancias consistentes en la magnitud o cuantía de lo robado y la condición económica del procesado, que el Tribunal Superior equivocadamente consideró como circunstancias de mayor peligrosidad, quedan firmes —por estar comprobadas— las relativas a la preparación ponderada del delito y a la complicidad previamente concertada.

Aplicado el artículo 404 del estatuto penal —que fija una pena de tres a quince años de presidio al delito de Arboleda— y sancionado por el Tribunal Superior con la de cinco años, ya que la fijada por el Juzgado Superior fue de ocho, no hay razón legal para disminuírla al mínimo, como el apoderado del recurrente solicita, ya que —conforme al artículo 39 del estatuto penal— "sólo podrá aplicarse el mínimo cuando únicamente concurran circunstancias de menor peligrosidad".

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, *no infirma* la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de doce de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, por la cual condenó a Pedro Antonio Arboleda a la pena principal de cinco años de presidio, y a las accesorias de la ley, por el delito de robo cometido en bienes de Ramón Ramírez, en la noche del tres de mayo de mil novecientos cuarenta, en la ciudad de Garzón.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Los autos que declaran extinguida la acción penal no tienen recurso de casación

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

El doctor Evangelista Quintana recurrió de hecho ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, contra el auto del Tribunal Superior de Cali, del trece de junio del presente año, por medio del cual negó el recurso de casación propuesto por el doctor Quintana contra el auto que declaró prescrita la acción penal contra el señor Alfonso Martínez Velasco, ex-Tesorero de Cali, por intervención en la política.

La Corte —como fundamento de la providencia que debe dictar— resume en seguida los antecedentes que provocaron el recurso propuesto por el doctor Quintana:

a) El señor Martínez Velasco, en su carácter de Tesorero Municipal de Cali, legal o ilegalmente embargó bienes del doctor Quintana en la ejecución coactiva contra éste para el pago de impuestos;

b) El doctor Quintana presentó ante el Tribunal denuncio criminal contra el mencionado señor Martínez, por algunos delitos, entre ellos el de intervención política cuando ejercía funciones de Tesorero, del cual conoció el Juez Primero del Circuito Penal de Cali, y de los otros el Juez Superior, en virtud de providencia de este Juzgado;

c) El Juez Primero del Circuito Penal de Cali, con aplicación del artículo 153 del estatuto procesal penal, ordenó cesar todo procedimiento contra el señor Martínez Velasco, previa solicitud del Personero Municipal;

d) El Tribunal Superior, a pesar de su afirmación de que el señor Martínez Velasco sí cometió el delito que le imputó el doctor Quintana, declaró extinguida, por prescripción, la acción penal;

e) Interpuesto el recurso de casación contra esta providencia, lo negó el Tribunal, y negado también el de reposición, le fue concedido el de hecho ante la Corte; y

f) El doctor Quintana —como se deduce de las copias enviadas a la Corte— se constituyó en parte civil en este negocio, y con tal carácter ha actuado en el juicio.

Resumido lo anterior, la Corte considera dos aspectos: primero, la legalidad del recurso, y segundo, la calidad del recurrente.

a) Legalidad del recurso.

La noción de la legalidad del recurso de casación se deriva, principalmente, de la naturaleza de la providencia contra la cual se interponga, providencia que no puede ser sino la sentencia de segunda instancia pronunciada por los Tribunales en las causas criminales (artículos 556 y 557, Código de Procedimiento Penal).

El problema reside, pues, en saber si el auto que declara la extinción de la acción penal es o nó una sentencia, es decir, la resolución judicial que decide definitivamente sobre lo principal del juicio.

La acción penal persigue la comprobación judicial de una infracción penal y de la responsabilidad del infractor; de modo que en esta clase de acciones, en estos juicios, lo principal comprende el delito y la responsabilidad, y la providencia que decida sobre ellos —en definitiva— es, precisamente, la sentencia, la cual debe ser redactada de acuerdo con las normas del estatuto procesal penal (artículo 159).

La providencia que declara —por prescripción— extinguida la acción penal, no tiene la forma ni el contenido de una sentencia, como no la tiene el auto que califica el mérito del sumario, que bien puede ordenar el enjuiciamiento o el sobreseimiento temporal o definitivo, sin que pueda afirmarse que este último sea una sentencia, y que, en consecuencia, pueda ser sometido a casación.

Desde este punto de vista, el auto del Tribunal Superior de Cali, por el cual declaró —por prescripción— extinguida la acción penal contra el ex-Tesorero de Cali Martínez Velasco, no tiene recurso de casación.

b) La calidad del recurrente.

El doctor Quintana —como lo confirman su propia confesión y otros datos de las copias— fue

el denunciante del señor Martínez Velasco, en la acción penal desarrollada en virtud del denuncio; se constituyó en parte civil y en tal carácter interpuso casación contra el auto del Tribunal, lo cual es del todo irregular.

Si la acción civil sólo persigue la reparación de los perjuicios causados por el delito, la parte civil —es decir, la que tiene derecho para incoarla— no puede tener actividades que tiendan a finalidades distintas de las de aquella acción ni derechos iguales a las partes que intervienen en la acción penal.

La ley es clara y explícita en este sentido, y si sólo el Ministerio Público y el procesado —personalmente o por medio de un representante o defensor— pueden interponer el recurso de casación, a la parte civil le da análogo derecho, es cierto; pero —conforme al artículo 559, Código de Procedimiento Penal— únicamente en lo referente a la indemnización de perjuicios y sólo cuando su cuantía es de tres mil pesos o excede de ella.

Desde este otro punto de vista —el de la calidad del recurrente— tampoco se podía proponer, menos conceder, la casación.

c) La decisión del recurso.

En consideración a que el auto por medio del cual se declara —por prescripción— extinguida la acción penal no tiene forma, contenido ni finalidad de sentencia, ya que la parte civil sólo puede interponer casación en lo relativo a los perjuicios causados por el delito, se concluye que el recurso de hecho propuesto por el doctor Quintana no puede prosperar.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley— *niega* el recurso de hecho propuesto por el doctor Evangelista Quintana y por lo tanto declara que *es legal* el auto del Tribunal Superior de Cali por el cual no accedió a conceder recurso de casación contra el auto que declaró extinguida —por causa de prescripción— la acción penal contra el ex-Tesorero de Cali, señor Alfonso Martínez Velasco.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

La contradicción entre el veredicto y la evidencia de los hechos (artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal)

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre veintidós de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

Sebastián Pallares, condenado por el Tribunal Superior de Pamplona a la pena de quince años de presidio —con aplicación del artículo 363 del Código Penal— por el delito de asesinato en la persona de José del Carmen Pinzón cometido el 18 de marzo de 1936 en el Municipio del Carmen (Norte de Santander), recurrió en casación contra la sentencia respectiva, que ataca por haber sido dictada sobre un veredicto notoriamente injusto y también sobre un juicio viciado de nulidad sustancial.

Ejecutado que fue el delito en la vigencia de la legislación anterior a 1938, podía el procesado fundar su recurso en la Ley 118 de 1931, que incluía entre sus causales la injusticia notoria del veredicto, con la condición —aquí cumplida— de que este tema se hubiera debatido en las instancias.

I.—La injusticia notoria del veredicto.

Pallares en su memorial de casación ataca —entre otras, aquí de menor importancia— las siguientes afirmaciones, para fundar la injusticia notoria del veredicto:

a) La de José del C. Rincón, hecha ante el funcionario instructor, cinco días después de haber sido herido y ocho antes de morir, de que fue Pallares quien en la noche del delito disparó su escopeta, por la puerta del rancho, dirigida hacia la cama en que dormía con su esposa y siete niños, hiriendo a uno de éstos en la cabeza;

b) La del mismo Rincón, también hecha al funcionario instructor de que fue Pallares quien, al salir el occiso del rancho en busca del agresor, le disparó la escopeta —por la espalda— causándole las heridas que le ocasionaron la muerte;

c) Las de Ernestina Uribe y de José del Rosario Arenas a quien Pinzón —momentos después de ser herido— reveló que fue Pallares el agresor;

d) Las de Pablo E. Arias, Trino López y Pablo E. Rincón, quienes horas antes del delito vieron pasar a Pallares, por el camino, en dirección al sitio donde vivían Rincón y también él: Pallares con escopeta, sombrero *Anaza* y ruana, tal como Pinzón afirmó haberlo visto la noche del delito.

e) La de José del Carmen Abril, con quien Pallares cambió su escopeta horas antes del delito, y lo vio dirigirse hacia su casa o la de Pinzón, situadas en el mismo lugar, y

f) La de Luis Leal, ante quien días antes Beatriz Flores reveló que Pallares había prometido darle muerte a José del Carmen Pinzón, por causa —dijo Eduardo Cerniza— de los denuncios presentados contra los contrabandistas, de los cuales Pallares era uno.

Con base en estas afirmaciones el Jurado rindió su veredicto, según el cual Sebastián Pallares dio muerte a José del Carmen Pinzón, mediante varias heridas causadas con proyectiles de escopeta, con premeditación, a mansalva y sobreseguro, sorprendiendo a la víctima desapercibida e indefensa en el lugar del delito; veredicto que —como se dijo— Pallares tacha de notoriamente injusto.

Pallares dirige todo su razonamiento —de muy escasos vigor y lógica— a desvirtuar la inculpación del occiso, que la Corte transcribe por la importancia que tiene en la decisión de este recurso:

"El día diez y ocho del presente mes —declaró Pinzón en su lecho de enfermo, pocos días antes de morir— como a eso de las diez de la noche hallándome yo aquí en mi casa acostado con mi mujer e hijos, fuimos sorprendidos por un disparo que por su gran detonación fue hecho en toda la puerta de esta mi casa; seguidamente uno de mis hijos, de nombre Urbano, comenzó a llorar, y nosotros, mi mujer Ernestina Uribe y yo nos levantamos e hicimos luz y al reparar a nuestro hijo que lloraba sin cesar le observamos que estaba manando sangre por una herida de la parte atrás de la cabeza, mi mujer cogió para la casa vecina en donde vive la señora Martina Arengas y yo me salí a la puerta a ver quién había sido el autor del disparo, estando en esto vi venir a Sebastián Pallares por-

tando en las manos una escopeta y como observara que me la tendía yo corrí a entrarme pues no tenía armas con qué hacerle frente y al dar la vuelta para entrarme fui herido por un segundo disparo que dicho Pallares logró pegarme por la espalda al dar la vuelta para entrarme como ya dije. Yo caí inmediatamente al suelo y luégo estando en el dolor más grande, recuerdo que fui levantado por mi mujer que llegó y Martina Arengas. Agrego que yo conocí perfectamente a Sebastián Pallares pues la noche estaba clara y lo conozco muy bien; éste venía con un sombrero blanco y enruanado. Pallares ha sido muy amigo mío, pero creo que su disgusto se debió a que cree que yo lo denuncié por contrabandista."

El Jurado consideró que la afirmación del occiso, en coincidencia con hechos anteriores y posteriores al delito, declarados por testigos no tachados de parcialidad, incapacidad o interés, bastaba para caracterizar tanto en el hecho físico como en sus elementos constitutivos penales, esto es, la intención, premeditación, la sorpresa de la víctima en estado de inferioridad y desapercibimiento y la agresión a mansalva y sobreseguro.

La personalidad de Pinzón —hombre bueno y tranquilo según lo afirmado por todos los declarantes— su amistad con Pallares, por uno y otro reconocida, la inexistencia de resentimiento alguno contra su agresor, la coincidencia de lo afirmado por Pinzón con lo afirmado por otras personas que horas antes vieron a Pallares sobre la forma y color del sombrero, la ruana y la escopeta, así como también lo referente al denuncio por contrabando como motivo del delito, son hechos que dan a la acusación de Pinzón contra Pallares carácter de credibilidad y de verosimilitud.

No aparece —además— en el proceso qué interés innoble ocultaba Pinzón para que, en una de las más solemnes y graves horas de su vida, fuera capaz de hacer tan inusitada acusación a su amigo, si estaba seguro de su inocencia; al menos que se tratara de un alucinado, presunción ésta que las declaraciones de Arias, Rincón, López y Abril excluyeron definitivamente.

Si, pues, el Jurado aceptó —como fundamento del veredicto— la acusación de Pinzón a Pallares en armonía con las demás pruebas, no podría afirmarse que el veredicto es manifiestamente contrario a la evidencia de los hechos acreditados en el proceso, ni que es —en consecuencia— notoriamente injusto.

II.—La nulidad sustancial.

El recurrente —según se desprende de su memorial de casación— alega que la sentencia del Tribunal Superior violó la ley procedimental por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial.

Funda esta causal en que —de acuerdo con el artículo 1620 del Código de Procedimiento Penal antiguo— no se le proporcionaron todos los medios legales para poder ejercer libremente su derecho a la defensa, cargo del cual deduce la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Contrariamente —observa la Corte— como también lo observó el señor Procurador Delegado, a muy pocos procesados se les ha garantizado en forma tan amplia el derecho a la defensa, hasta el extremo de que el Juez, a solicitud del recurrente, aplazó tres veces consecutivas la celebración de la audiencia en espera de que llegaran los testimonios pedidos en el término de prueba, y si algunos de ellos no fueron obtenidos, por ausencia o muerte de los declarantes, tal hecho no es imputable a los funcionarios obligados a garantizar el derecho alegado por Pallares.

Tampoco probó el recurrente —se deduce— la causal de nulidad.

III.—Decisión del recurso.

De las anteriores consideraciones se concluye que no hay lugar a la declaración de notoria injusticia del veredicto ni a la nulidad de la causa, solicitada en el presente recurso, y que —por lo tanto— la sentencia recurrida ha sido dictada conforme a la ley y debe quedar en firme.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, de fecha cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual condenó a Sebastián Pallares a la pena de quince años de presidio por el delito de homicidio en la persona de *José del Carmen Pinzón.*

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Guillermo Morales Peña, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Modalidades de la riña imprevista, de la legítima defensa y de la ira e intenso dolor

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre veintidós de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

Francisco Ramalho da Silva, ciudadano brasilero, hoy de treinta y cuatro años de edad, actualmente recluído en la Cárcel del Distrito Judicial de Neiva, ex-fogonero del remolcador *Barbosa,* al servicio del Gobierno de Colombia en mil novecientos cuarenta, en los ríos Putumayo y Amazonas, interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, del veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual lo condenó —con aplicación del artículo 362 del Código Penal— a la pena de ocho años de presidio, como responsable del homicidio consumado en la persona de Virgilio Ferreira dos Santos, también empleado del *Barbosa,* mediante una puñalada que le perforó el corazón, delito cometido a bordo del mencionado remolcador en la mañana del once de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el puerto colombiano de Santa Clara, sobre el río Putumayo.

Fundado el recurso dentro del término legal, y obtenido el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, opuesto a que se invalide la sentencia, procede la Corte a decidirlo, previo resumen de las causas y modalidades del delito, y de las actuaciones procesales pertinentes.

I.—La ejecución del delito.

Francisco Ramalho da Silva y Virgilio Ferreira dos Santos, empleados del remolcador brasilero *Barbosa,* alquilado al Gobierno de Colombia para el servicio de navegación en la Intendencia del Amazonas, remolcador que se hallaba en el puerto de Santa Clara, en el río Putumayo, tuvieron un incidente —a bordo— que ninguno de los testigos describió con claridad, a la media noche del diez de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el cual Ferreira dos Santos dirigió a Ramalho da Silva el vocablo "marica", que dio lugar a la reacción del injuriado, y a un principio de mutua agresión que —por la intervención oportuna de los compañeros— pudo ser en aquel momento evitada, y sin que ninguno previniera que aquel incidente —más tarde— habría de agravarse.

Sin embargo, a las cinco y media de la mañana del día siguiente, Ramalho da Silva, armado de puñal, penetró a la habitación en que dormía Ferreira dos Santos y también Alfredo Pereira dos Santos, Raimundo Nonato de Almeida y José Piñero de Lima, quienes despertaron por el rumor insólito causado por la lucha empeñada entre los dos primeros, cada uno de ellos puñal en mano, y aunque rápidamente se abalanzaron a aprehenderlos y desarmarlos, Ramalho da Silva logró dar a su compañero un certero golpe que le penetró el ventrículo izquierdo del corazón, y que casi instantáneamente le produjo la muerte.

II.—El proceso y la sentencia.

Abierta la causa criminal contra Ramalho da Silva por el Juez Superior de Neiva, sin que ninguna de las partes solicitara pruebas, aquel funcionario propuso al Jurado los siguientes cuestionarios, no objetados ni complementados por el defensor ni el Fiscal, los que fueron contestados afirmativamente por los Jueces de hecho: primero, el referente al hecho; segundo, al propósito; y tercero, a la circunstancia de la riña provocada por el agresor.

Fundado en este veredicto, en sentencia del nueve de junio de mil novecientos cuarenta y dos —que el Tribunal Superior confirmó el veintiuno de septiembre del mismo año— Ramalho da Silva fue condenado, con aplicación del artículo 362 del estatuto penal vigente, a la pena principal de ocho años de presidio, y a las accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial y de la patria potestad, a la publicación especial de la sentencia y a la expulsión del territorio nacional una vez cumplida la condena.

III.—La demanda de casación.

El recurrente ataca la sentencia por las causales primera y segunda, cuyos fundamentos a continuación se resumen:

a) En ella se violó la Ley Penal, porque —aceptada en el veredicto la circunstancia de la riña— ha debido aplicarse el artículo 384 del estatuto penal; y

b) No se apreciaron en la sentencia los elementos a que se refieren los artículos 23 (numeral 4º), 24, 25 (numeral 2º), 28 y 38 (numerales 1º, 3º y 11) del mismo estatuto.

El Procurador Delegado solicitó —como ya se dijo— no se invalidara la sentencia recurrida, después de un análisis comparativo de los datos del proceso en relación con las causales primera y segunda alegadas.

IV.—Estudio de las causales.

Ramalho da Silva, en escritos que —técnicamente— no pueden considerarse como una verdadera demanda de casación, alegó —se repite— las causales de los numerales 1º y 2º del artículo 567 y que, desentrañando sus fundamentos de los confusos y desordenados memoriales dirigidos a la Corte, se estudian separadamente en los parágrafos siguientes:

a) Violación de la Ley Penal. (Causal primera).

Si el veredicto aceptó la circunstancia de la riña, se ha debido también aplicar el artículo 384 del estatuto penal, razona —más o menos así— el recurrente.

Sería legal la objeción si la riña dentro de la cual Ramalho da Silva ultimó a Ferreira dos Santos se hubiera suscitado —como claramente lo prescribe la norma mencionada— de un modo imprevisto, circunstancia que no aparece probada en el proceso; y destruyen la presunción de esa modalidad dos hechos importantes imputados al recurrente: primero, el haberse armado después del incidente de la media noche, y segundo, el haber penetrado —sin objeto alguno— y en hora inusitada a la habitación donde dormía la víctima.

El Jurado aceptó —es cierto— la circunstancia de la riña, pero no suscitada de modo imprevisto, sino provocada por el agresor, y como —acertadamente lo anota el Procurador Delegado— la riña, en esta última modalidad, no atenúa el carácter intencional del homicidio, y, aún más, podría haberse omitido en los cuestionarios sin que esa omisión hubiera agravado la responsabilidad.

Finalmente, los testimonios de los compañeros de habitación de Ferreira dos Santos —que apenas despertaron al rumor de la contienda— y la misma confesión del procesado, que obró, dice, dominado por el miedo a su víctima o por la reacción de ira o dolor producida por la injuria horas antes recibida, excluyen toda posibilidad de una riña imprevista.

La no aplicación del artículo 384 es fundada y —en consecuencia— la causal primera no tiene aquí base jurídica alguna.

b) Errada apreciación de los hechos. (Segunda causal).

Afirma el recurrente —según se desprende de sus escritos a la Corte— que se dejaron de apreciar, o se apreciaron erradamente hechos que comprueban que ejecutó un delito:

a) Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible (artículo 23, numeral 2º);

b) Por la necesidad de defenderse de una violencia actual e injusta contra su persona y su honor (artículo 25, numeral 2º); y

c) En estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación (artículo 28).

Afirma también que en la sentencia no se consideran las circunstancias relativas a su buena conducta anterior, al estado de pasión excusable, de emoción determinada por intenso dolor o temor o en ímpetu de ira provocada injustamente, y la indigencia y la falta de ilustración (artículo 38, numerales 1º, 3º y 11).

El Juez Superior no propuso al Jurado las cuestiones referentes a los artículos 23, 25 y 28 del Código Penal, y no podía proponerlas, porque los hechos —declarados por los testigos presenciales— no daban lugar a ello, y si el Fiscal del Juzgado, en la audiencia, criticó la omisión en los cuestionarios del estado de ira e intenso dolor, ni aquel funcionario ni el apoderado de Ramalho da Silva hicieron uso oportunamente del derecho que les confiere el artículo 503 del estatuto procesal penal para proponer los cuestionarios sobre la legítima defensa y el estado de ira e intenso dolor, a los cuales, defensor y Fiscal —respectivamente— en la audiencia pública hicieron referencia.

La legítima defensa —para que aquí tuviera respaldo legal— requeriría la prueba de que Ramalho da Silva se hubiera visto obligado a eliminar a Ferreira dos Santos para defender su vida en inminente peligro por la agresión de éste; pero la actitud del procesado, al entrar armado al dormitorio del occiso; en hora inusitada y sin motivo alguno justificado, sea bajo el impulso de la ira o del dolor, sea bajo el miedo que tenía a Ferreira dos Santos —de que habla en su indagatoria— descartan la hipótesis de la legítima defensa en forma absoluta; no hay, pues, hechos que —apreciados jurídicamente— llevaran a aceptar la hipótesis mencionada.

Deduce el recurrente el estado de ira o intenso dolor bajo cuyo estímulo afirma ultimó a su compañero, de la reacción que le causó el calificativo de "marica" que en el incidente de

media noche le dirigió y que —según el proceso— era vocablo frecuentemente usado por Virgilio; aunque las modalidades de este incidente no son claras, el testigo Alfredo Pereira dos Santos asevera que uno y otro se injuriaron, pues si Virgilio calificó de "marica" a Francisco, éste lo llamó "sacarra", sin que ningún testigo precisara cuál fue el origen del incidente, ni cuál lo provocó; mas —como lo repite en sus indagatorias— Ramalho da Silva actuó más bajo la coacción del miedo a Virgilio que bajo la reacción del dolor y de la ira producidos por la injuria.

Además, como la causal segunda sólo puede aplicarse a los hechos que se estimen probados en la sentencia, y si ni en el auto de la calificación, ni en los cuestionarios, ni en la sentencia, se hicieron constar los alegados por el recurrente, no hay materia sobre la cual pueda decirse que hubo errada interpretación o apreciación.

En relación con las atenuantes de los numerales 1º, 3º y 11 del artículo 38 —que el recurrente alega para fundar la segunda causal de casación— sí fueron consideradas y aplicadas; en efecto, al analizar la personalidad del procesado, la sentencia del Juez —confirmada por el Tribunal Superior— dice:

"La personalidad de Ramalho da Silva está caracterizada como la de un delincuente ocasional en quien predomina un gran terror para con su adversario hasta el punto de decidirse a atacar primero antes que lo ataquen a él. Por otra parte, es de aquellos delincuentes en quienes los impulsos criminígenos se sobreponen por el miedo a las resistencias volitivas al delito que todo hombre bueno lleva en su sér. No aparecen circunstancias de mayor peligrosidad que agraven la responsabilidad de Ramalho da Silva, ya que si bien es cierto que mató en riña provocada por él, no colocó a su víctima en circunstancias de indefensión toda vez que ésta, es decir, Ferreira dos Santos, según declaraciones obrantes en los autos, tenía un arma con la cual ha podido causarle la muerte a su agresor. Concurren sí circunstancias que aminoran su peligrosidad social, tales como su buena conducta anterior, el haber confesado espontáneamente su hecho delictual, un dolor experimentado ante el resultado de tal hecho, y su poca cultura."

V.—Decisión del recurso.

Del anterior estudio se concluye claramente:

a) Que no hubo violación de la Ley Penal por errada interpretación o indebida aplicación, ya que se trata de homicidio intencional claramente definido y sancionado en el artículo 362 del estatuto penal, y

b) Que tampoco hubo errada apreciación o interpretación de los hechos estimados como probados en la sentencia y de los cuales —jurídicamente apreciados— pudiera deducirse que el procesado cometió su delito en defensa legítima de su vida o en estado de ira o intenso dolor.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Penal, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual condenó a Francisco Ramalho da Silva a la pena de ocho años de presidio, por el delito de homicidio en la persona de Virgilio Ferreira dos Santos, cometido el día once de noviembre de mil novecientos cuarenta a bordo del remolcador *Barbosa* anclado en el puerto de Santa Clara, de la Intendencia Nacional del Amazonas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Guillermo Morales Peña, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

La causal segunda de casación no es aplicable a los juicios por Jurado

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre tres de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

Juan Troyano, recluído en la Cárcel del Distrito Judicial de Popayán, de treinta años de edad aproximadamente, hijo de Emigdio Troyano y Bernardina Puliche, interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito mencionado —de fecha diez y siete de julio de mil novecientos cuarenta y dos— por la cual fue condenado —con aplicación del artículo 363 del nuevo Código Penal— a la pena de diez y siete años de presidio por el delito de asesinato cometido en la persona de Pedro Villamarín, dentro de la casa de éste, en la tarde del cinco de marzo de mil novecientos treinta y ocho, situada en el Corregimiento de Gamboa, Municipio de El Tambo, Departamento del Cauca.

Alegadas —como causales de casación— las fijadas en los numerales 1º, 2º y 7º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la violación de la Ley Penal por indebida aplicación, la errada apreciación de los hechos y el veredicto contradictorio, a cuya aceptación se opone la Procuraduría con las reservas que oportunamente se analizarán, la Corte divide su estudio en varias secciones en orden a la mejor claridad en la exposición de los problemas a ella planteados tanto por el señor Procurador Delegado como por el propio recurrente.

Anota la Corte —como cuestión meramente accidental y de observación— que este proceso, iniciado antes de julio de mil novecientos treinta y ocho, fue tramitado conforme a las normas de la Ley 94 desde la notificación del auto de proceder —en virtud de auto de cinco de agosto de mil novecientos cuarenta— dictado por el Juez Superior; que, en la sentencia, se aplicó igualmente el nuevo estatuto penal, y que, en la Corte, se adoptó —ya al final— el antiguo estatuto procesal, sin otro fundamento que la referencia a la época en que se cometió el delito y no a la posible favorabilidad de la ley.

I.—El delito y sus antecedentes.

Nicolás Tongino y Clodomira Villamarín, quienes el seis de marzo de mil novecientos treinta y ocho fueron a casa de Pedro Villamarín, encontraron dentro el cadáver de éste, con la cara y la cabeza desfiguradas por numerosas heridas causadas con machete.

Iniciada la investigación se establecieron —mediante testimonios— los siguientes hechos:

a) Entre los Troyanos —Emigdio y sus hijos Juan, Vicente, Gonzalo, Manuel Dolores y Angel María— y Pedro Villamarín, cuyos predios y casas se hallaban apenas divididos por el camino llamado de *El Trapiche*, existía; a pesar de una aparente amistad, un antiguo resentimiento, porque Pedro dio muerte a un perro de los Troyanos que había entrado a su sementera;

b) Los Troyanos, y Juan especialmente, habían prometido agredir o acabar con Villamarín si éste les mataba otro perro;

c) El día en que se cree fue muerto Villamarín algunos testigos oyeron en las sementeras de éste un disparo de escopeta seguido de ladridos de un perro, y hallaron en el camino huellas de sangre;

d) El mismo día en las horas de la tarde, Emigdio y sus hijos Vicente y Juan, estuvieron en la vecina casa de Cosme Ramírez ayudante en algunos trabajos hasta las cinco, hora en que, desde el camino, los silbaron Gonzalo y Manuel Dolores y juntos se dirigieron a la casa de Emigdio, por el camino que pasa por frente a la casa de Villamarín;

e) Emigdio, como le hiciera daño el guarapo que había tomado en casa de Ramírez, siguió adelante de sus hijos y llegó primero a su casa;

f) A esa misma hora, entre cinco y seis de la tarde, fueron vistos en el camino, enfrente de la casa de Villamarín, Gonzalo y Manuel Dolores Troyano, en actitud de expectativa;

g) A las seis de la tarde más o menos, llegaron Gonzalo, Vicente y Manuel Dolores a casa de su padre Emigdio, y Juan de último;

h) Este, momentos después de llegar a la casa, confesó a su madre haber entrado a casa de Villamarín a reclamarle por la muerte de los perros y que como aquél cogiera la carabina pa-

ra darle, lo había dejado "en estado que no vivía, que no amanecía";

i) Al día siguiente el menor Alejandro López fue a casa de los Troyanos, oyó cuando el niño Humberto Troyano dijo a Gonzalo "con que lo mataron", observó que éste llamó la atención de aquél para que se callara, y notó cierta inquietud y expectativa en alguno o algunos de los Troyanos;

j) Los Troyanos —a pesar de su costumbre— cuando a algún vecino sucedía alguna desgracia, no acudieron a prestar sus servicios en la casa de Villamarín;

k) La carabina perteneciente a Villamarín fue ocultada y fue hallada en una roza que los Troyanos tenían en tierras de Villamarín;

l) En alguna prenda de vestir de Juan fueron descubiertas —aunque ya lavadas— algunas manchas de sangre; y

m) Los antecedentes de los Troyanos, y especialmente de Juan, quien ya había cumplido dos condenas, una por heridas y otra por homicidio en riña, los señalaban como peligrosos.

Aunque en un principio se conjeturó que fuera Anunciación Sánchez, esposa de Villamarín, la autora del delito, lo mismo que uno de sus hijos, conjetura fundada en que aquéllos vivían separados, y anteriormente la Sánchez hubo de cumplir una condena en la cárcel por heridas a su esposo, no dieron los funcionarios importancia a este dato y orientaron preferentemente la investigación a individualizar en los Troyanos, o en alguno o algunos de ellos, la responsabilidad.

II.—El desarrollo procesal.

Cometido que fue este delito en marzo de mil novecientos treinta y ocho, se aplicó el estatuto procesal, vigente en aquella época hasta el cinco de agosto de mil novecientos cuarenta, día en que el Juez Superior resolvió continuar tramitando el negocio conforme al nuevo (Ley 94 de 1938), lo que se realizó desde la notificación del auto de proceder, con aplicación de estas normas, en consecuencia, se celebró la audiencia pública —previa preparación de los cuestionarios— se dictaron los fallos de instancias, se interpuso y admitió en el Tribunal el recurso de casación y se comenzó a tramitarlo en la Corte, hasta el dos de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, día en que el Magistrado sustanciador rectificó su primitiva decisión y ordenó someter el procedimiento del recurso al estatuto procesal antiguo; la pena —finalmente— se impuso, en las sentencias de primero y segundo grado, con aplicación del nuevo estatuto penal.

Sintéticamente la Corte registra —en seguida— en orden cronológico las diversas etapas judiciales de este proceso, a saber:

a) El Juez 2º Superior de Popayán —en auto del 19 de julio de 1939— abrió causa criminal contra Juan, Vicente y Manuel Dolores Troyano, y sobreseyó definitivamente en favor de Emigdio Troyano, Bernardina Puliche de Troyano, Angel María Troyano, Anunciación Sánchez de Villamarín (viuda del occiso) y de su hijo Clodomiro Villamarín;

b) El Tribunal Superior —en auto del 30 de octubre del mismo año— reformó el del Juez 2º Superior, así: el enjuiciamiento de Juan Troyano y los sobreseimientos definitivos mencionados, y sobreseyó temporalmente en favor de Manuel Dolores, Gonzalo y Vicente Troyano enjuiciados por el Juez 2º Superior;

c) Al Jurado se propusieron las siguientes cuestiones no redactadas de acuerdo con el artículo 498 del estatuto aplicado y resueltas afirmativamente por tres de sus miembros y negativamente por los dos restantes: 1º Si se hallaban plenamente convencidos de que Juan Troyano, con instrumento cortante (machete o peinilla), hubiera causado a Pedro Villamarín catorce heridas, necesaria y fatalmente mortales; 2º Si Juan Troyano causó estas heridas con el propósito de matar a Villamarín, cuando éste se hallaba solo en su casa, desapercibido, inerme y privado de todo medio de defensa; 3º Si las causó con premeditación, marcada sevicia y crueldad y motivos bajos y fútiles, y 4º Si estos hechos fueron consumados en la propia casa de habitación del vecino; y,

d) Fundado en este veredicto, el Juez 2º Superior condenó a Juan Troyano —en sentencia del 20 de abril de 1942— a la pena de veintidós años de presidio, con aplicación de los artículos 37 (numerales 2º y 3º) y 363 (numerales 2º, 5º y 7º del Código Penal vigente, y que el Tribunal Superior, en sentencia del 17 de julio del mismo año, redujo a diez y siete años, por cuanto las dos primeras circunstancias de peligrosidad no debían ser consideradas en la agravación de la pena.

III.—La demanda de casación.

Juan Troyano, en demanda suscrita por él mismo, alegó como causales de casación, las de los numerales 1º, 2º y 7º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que presentó, más o menos en la forma siguiente, que la Corte sintetiza:

a) El Tribunal, en su sentencia, violó el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, según el cual —añade la Corte— no se puede dictar sentencia sin la prueba plena del delito y de la responsabilidad;

b) El Tribunal atribuyó a los hechos fundamentales de la sentencia un valor probatorio que no tienen, por ello se han violado los artículos

216 y 22 del Código de Procedimiento Penal y 699 del Código de Procedimiento Civil, y como consecuencia el artículo 363 del Código Penal, y es decir, dio el valor de indicios a hechos que no lo son;

c) El veredicto, siendo esto escrito —dice— no ha correspondido con la realidad y por ello es contradictorio.

Los hechos indiciales que el recurrente supone no han sido apreciados de acuerdo con las normas de los artículos 216 y 222 del estatuto procesal penal y 699 del estatuto procesal civil, son los siguientes:

a) El testimonio "de referencia" del menor Alejandro López, quien declaró haber oído que el menor Humberto Troyano, hermano del recurrente, dijera a Gonzalo Troyano, estas palabras: "con que lo mataron", cuando el testigo se hallaba en casa de los Troyanos;

b) El testimonio "de referencia" de Leonel Astudillo, quien afirmó que el recurrente pocos días antes de la muerte de Pedro Villamarín, al pasar embriagado enfrente de la casa de éste, le dijera que daría a Villamarín machete hasta que se cansara el día que le matara o le volviera a matar un perro;

c) El testimonio "de referencia" de su madre Bernardina Puliche de Troyano, quien afirmó —tanto ante el funcionario instructor como ante su esposo e hijos— que la tarde del cinco de marzo, momentos después de que llegara de la casa de Cosme Ramírez, el sentenciado Juan Troyano le confesó haber entrado a la casa de Villamarín a hacerle el reclamo por la muerte de sus perros y que como Pedro había cogido la carabina para darle lo había dejado "que no vivía", "que no amanecía";

d) El descubrimiento de manchas de sangre en algunas de sus prendas de vestir, manchas que —asevera el recurrente— no se demostró por expertos científicos fueran de sangre humana, y, finalmente,

e) El ocultamiento de la carabina de Villamarín —imputado al recurrente— que pudo haberlo sido por manos extrañas.

Los testimonios de López y Astudillo, así como el de sus padres y hermanos— razona el recurrente— se refieren a palabras y no a hechos; de modo que, conforme al artículo 699 del Código de Procedimiento Civil sólo pueden constituir plena prueba de las primeras; además —añade— si se consideran como indicios, apenas constituirían uno solo y, en consecuencia, no existe la prueba para condenar que exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

Concluye, así, que a los hechos mencionados se les dio el valor probatorio que no tenían, irregularidad que condujo a la aplicación del artículo 363 del Código Penal, y siendo esto así, el veredicto no correspondió a la realidad, y es —en consecuencia— notoriamente injusto y debe convocarse a nuevo Jurado.

IV.—Concepto del Procurador.

La Corte resume el concepto del Procurador Delegado, ya que él contiene tesis de necesario análisis, en relación con las del recurrente y con las que la Sala ha adoptado en casos similares.

Previo análisis de la demanda —a la que apenas si otorga forma y contenido de alegato de instancia— conceptúa que se debe quedar en firme la sentencia, por cuanto que si el cargo contra el fallo se concreta al hecho de haberse proferido, sobre un veredicto notoriamente injusto, como el Procurador lo deduce de la argumentación del recurrente, "para que tal causal pueda estudiarse por la Corte —afirma— es indispensable que se haya estudiado ante los Jueces lo relativo a la injusticia del veredicto, tema que no se planteó en el presente caso".

No obstante esta consideración, el Procurador Delegado sugiere —en frases reveladoras de una muy justa inquietud— la necesidad de resolver el problema de las circunstancias del asesinato imputado a Troyano, y al cual atribuye tánta importancia, que —sin retractarse de tesis afirmada en conceptos anteriores en oposición a la de la Corte— insinúa se haga la declaración de notoria injusticia del veredicto y se ordene la convocatoria de un nuevo Jurado.

Tratándose —como se trata— de una cuestión tan claramente planteada por el Procurador Delegado, la Corte transcribe esta parte de su vista:

"Cierto que aquí se contempla —dice— una situación por demás delicada en cuanto a los elementos constitutivos de asesinato, pues sobre el modo como se ejecutó el homicidio, nada claro y satisfactorio se desprende del proceso. Y en tales circunstancias, si la Procuraduría hubiese podido penetrar en el fondo de la cuestión, habría coadyuvado la súplica referente a la injusticia del veredicto en aquella parte en que calificó al acusado como asesino.

"Mas según lo deja dicho, la legislación anterior que rige para este negocio, no le permite suscribir esta petición, como lo hubiera deseado y como lo pudo hacer en la casación de Evangelista Olaya, por homicidio.

"Pero esto no estorba para que si la Honorable Corte estima que el nuevo Código de Procedimiento Penal le es más favorable a Troyano y que una declaración de injusticia notoria del veredicto puede prosperar con fundamento en la causal segunda del artículo 567 de ese estatuto

—punto éste en que la Procuraduría se ha permitido disentir respetuosamente de la Corte— así lo declare y ordene la convocatoria de un nuevo Jurado."

V.—La causal segunda de casación en los juicios por Jurado.

El estudio del recurso interpuesto por Troyano, en consideración al problema referido, exige el de una cuestión previa que, a su vez, comporta dos aspectos: primero, la posibilidad legal de declarar notoriamente injusto el veredicto en casación, y segundo, la solución que deba adoptarse en relación con la norma del numeral 2º del artículo 567 del estatuto procesal en los juicios en que el Jurado ha intervenido.

a) La notoria injusticia del veredicto en la legislación.

La notoria injusticia del veredicto, como causal de casación, fue insinuación de la Ley 118 de 1931 y que apenas rigió durante la vigencia de ésta; en efecto, ni la Ley 78 de 1923 —que creó este recurso extraordinario— ni la Ley 94 de 1938 que adoptó el nuevo estatuto procesal y reglamentó, en consecuencia, toda la materia, incluyeron la notoria injusticia del veredicto entre las causales del recurso.

La Comisión redactora de aquel estatuto atribuyó privatoriamente a los falladores de instancia la declaración de notoria injusticia del veredicto, atribución consignada en los artículos 537 y 554, según los cuales si el veredicto del Jurado fuere contrario a la evidencia de los hechos consignados en el expediente, debe serlo así declarado y ordenado —en consecuencia— la convocatoria de un nuevo Jurado.

Y tan expresa fue su conclusión ante la Corte, que la misma Comisión, en el estudio general sobre el contenido y finalidad del recurso, especialmente sobre su limitación a cuestiones de derecho, concretó así su concepto:

"Por lo demás —explicó el Vocal doctor Escallón, explicación no objetada por los demás Vocales— tal es el único criterio que vendría a quedar en armonía con el pensamiento en que todos hemos estado de acuerdo respecto del veredicto del Jurado, para efectos de la casación. Hemos dicho que no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio. Esto supuesto, tenemos ya que en las causas de que va a conocer el Juzgado Superior, la casación nunca podrá abrir debate sobre los hechos, puesto que éstos son los que declaró el Jurado, y ni siquiera pueden analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia."

b) La contraevidencia en relación con la segunda causal de casación.

Descartada la posibilidad de la declaración de notoria injusticia —por causa de su expresa exclusión de las causales de este recurso extraordinario— el estudio del problema se concreta a decidir si el recurso contra sentencias dictadas en juicios en que el Jurado interviene, con fundamento en la segunda de aquellas causales.

Como punto de partida del estudio, es indispensable hacer referencia al contenido de dicha causal y a la forma de decisión que el Código prescribe.

La errada interpretación o apreciación de los hechos —a que se refiere la causal segunda— puede haber sucedido por cualquiera de los siguientes motivos:

1º Porque en la sentencia se les haya dado un valor que no tienen;

2º Porque se les haya negado el que tienen;

3º Porque no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditadas en el proceso; y

4º Porque resulte manifiesta contradicción entre ellos.

Además, para que tales hechos puedan considerarse erradamente interpretados o apreciados, se requiere, como condición, que estén incluídos dentro de una cualquiera de las siguientes categorías:

1º Elementos constitutivos del delito;

2º Elementos eximentes, determinantes o modificadores de la responsabilidad;

3º Circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción; y

4º Que esa errada interpretación o apreciación se haya hecho en la sentencia.

El estatuto procesal penal determina cuál debe ser el contenido de la decisión de la Corte, cuando esta causal se declare probada.

"Si la causal aceptada —prescribe el ordinal a) del artículo 570— fuere la primera, segunda o tercera, invalidará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo."

Si sentencia es la resolución que decide definitivamente sobre lo principal del juicio, sea que se pronuncie en primera o segunda instancia o a virtud de recurso extraordinario, conclúyese de esto que el fallo a que se refiere el ordinal a) del artículo 570 no puede ser sino la sentencia definitiva que decide el recurso extraordinario y que sustituye o reemplaza a la sentencia recurrida, y no el auto —de carácter interlocutorio— por el cual se declarara la manifiesta contradicción entre los hechos y el veredicto y se ordenara nuevo Jurado, o cualquiera otro que no tuviera el carácter de sentencia definitiva.

c) Consideración de los hechos en casación.

Conviene transcribir la parte de la exposición de motivos relativa a esta delicada cuestión, concebida en los siguientes términos:

"Al establecer en el artículo 570 del proyecto (567 del Código) —dice la exposición de motivos— las causales de casación, tuvo especial cuidado la Comisión de que quedara definido el carácter de este recurso, de tal manera que no se le vaya a confundir, como ha venido sucediendo, con una nueva infracción, ya que si de esto se tratara no tendría razón de ser el recurso."

"La casación no es el juicio del procesado —explica— sino, como muy acertadamente se ha observado, el *juicio de la sentencia de segunda instancia;* en realidad, durante este recurso ni se allegan nuevas pruebas ni se discuten los hechos que se han declarado probados en la sentencia; se discute, eso sí, el valor jurídico de la misma y por tanto la ley que le es aplicable.

"Por eso la primera causal —añade— que por decirlo así sintetiza la razón de ser del recurso se funda en que la sentencia sea violatoria de la Ley Penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma."

"La segunda causal —termina la mencionada Comisión en su exposición de motivos— está en armonía con los mismos principios, exceptuando una parte en que la Comisión considera necesario modificarlas, como un supremo recurso para ciertos casos en que el juzgador se empeña en no tomar en cuenta hechos fundamentales del proceso a pesar de estar debidamente acreditados."

Podría colegirse de aquí —hipotéticamente— que la Comisión, al sugerir esta excepción, hubiera querido extender la causal segunda a los juicios en que el Jurado ha intervenido, pero tal hipótesis desaparece ante la siguiente categórica y rotunda afirmación que consta en las actas:

"Según nosotros mismos —dice la constancia— *cuando haya veredicto no podrá alegarse en casación sobre los hechos que declaró y que, como consecuencia de ello, declaró también la sentencia* (subraya la Sala); de modo que si en casación no se puede alegar sobre los hechos que el Jurado declaró y que la sentencia también declaró, y si la segunda causal se refiere, precisamente, a la errada apreciación de los hechos, se concluye que dicha causal no es aplicable a los juicios por Jurado, y que la excepción del principio de que la casación no es el juicio del procesado sino el juicio de la sentencia de segunda instancia", a que se aludió en la exposición de motivos, sólo comprende a los juicios en que el Jurado no ha intervenido.

En resumen: si el pensamiento de la Comisión, claramente reafirmado durante todo el debate sobre el recurso de casación, fue excluir toda controversia sobre los hechos no declarados probados en la sentencia; si éstos no son otros sino los aceptados por el Jurado; si la contradicción entre los hechos y el veredicto —por ser cuestión únicamente atribuída a los falladores de instancia— no puede considerarse en casación; y si la causal segunda conduce inevitablemente al examen jurídico de los hechos y al riesgo —en consecuencia— de convertir el fallo de casación en fallo de instancia, riesgo que la Comisión deliberadamente quiso excluir para no desnaturalizar el recurso extraordinario, concluyese lógicamente que aquella causal sólo puede invocarse en los recursos contra sentencias dictadas en juicios en que el Jurado no interviene.

Es evidente que en un juicio de éstos podría suceder el caso extraordinario de que —como lo anotó la Comisión en la exposición de motivos del proyecto de Código de Procedimiento Penal— "el juzgador se empeñe en no tomar en cuenta hechos fundamentales del proceso a pesar de estar debidamente acreditados en el proceso", pero tal riesgo se previene si se consideran los múltiples y diversos recursos y derechos que la ley concede al procesado en las instancias, suficientes para poder subsanar en su oportunidad los eventuales errores en que los falladores de instancia hayan podido incurrir, entre ellos el de alegar la contradicción entre el veredicto y la evidencia de los hechos, la nulidad, la apelación y reposición del enjuiciamiento, la práctica de pruebas en el sumario y en el juicio, la apelación de la sentencia de primer grado, y —posteriormente— la casación y la revisión, recursos éstos que tienden, el primero a subsanar errores de derecho, y el segundo, errores de hecho.

VI.—La decisión del recurso.

No aceptada la aplicación de la causal segunda de casación en los juicios por Jurado, procede la Corte a estudiar la primera y séptima causales también propuestas por el recurrente.

a) *Causal 1ª*—Funda la primera en que en la sentencia se violaron los artículos 203, 216 y 222 del estatuto procesal penal y el artículo 699 del Civil, y, como consecuencia de estas violaciones, se aplicó el artículo 363, en vez del artículo 362, es decir, hubo errada interpretación o indebida aplicación de la Ley Penal.

Tanto el Jurado en su decisión, como el Tribunal en la sentencia —contesta la Corte— tuvieron en cuenta los múltiples indicios ya resumidos que señalan a Juan Troyano como autor de asesinato en Pedro Villamarín, y si es cierto

que —según el artículo 203 "no se puede dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas la prueba plena o completa por la cual se le llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella", también es cierto que esa prueba plena está constituida por el veredicto, resultado de la convicción íntima que sobre los hechos se ha formado el Jurado, en doble consideración a los intereses del procesado y a los de la sociedad juzgadora, apreciados —los hechos— según su propia conciencia.

El proceso contra Juan Troyano —evidentemente— fue orientado por el testimonio de su madre Bernardina Puliche y por el de todos los miembros de su familia a quienes aquélla comunicó la confesión que su hijo Juan espontáneamente le hiciera la tarde misma en que —parece— Villamarín fue ultimado; y si los funcionarios de instrucción recibieron aquellos graves testimonios —con violación del artículo 226 del estatuto procesal penal— no estaba vedado a los Jueces de hecho considerarlos y tenerlos como fundamento de la íntima convicción que la ley les exige, ni menos desvincularlos de otros testimonios que coincidían con los de sus padres y hermanos en orden a la responsabilidad del procesado.

Como el recurrente dedujo la errónea interpretación o indebida aplicación de la ley, de la apreciación jurídica de la prueba testimonial e indicial —según él errada también— y alegó la causal primera como consecuencia de la causal segunda, el recurso no puede prosperar.

b) *Causal 7ª*—No probó el recurrente en modo alguno que la sentencia se hubiera dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio, esto es, que hubiera contradicción evidente entre las diversas cuestiones propuestas al Jurado y por éste afirmativamente contestadas, lo que es el sentido propio de aquella causal, pues —como lo anotó el Procurador Delegado— la intención clara y expresa del recurrente fue la contradicción del veredicto con los hechos acreditados en el proceso, o sea la injusticia notoria.

Aunque —como aquí se acepta— que ésta no es materia de casación en la actual legislación, bien hubiera podido el recurrente alegarlas en las instancias y debatido en ellas, proponerla ante la Corte por cuanto la infracción improbada a Troyano se realizó durante la vigencia de otra legislación que sí contenía, como causal de casación, la notoria injusticia del veredicto; aún más: si ésta hubiera sido discutida en las instancias, el Procurador Delegado —como lo expuso en su vista— habría podido coadyuvar el recurso, al menos respecto de los elementos del asesinato cuya prueba consideró "nada clara ni satisfactoria"; pero omitido aquel debate en las instancias —omisión imputable al recurrente o a su defensor— la Corte nada puede hacer para mejorar, si ello fuera posible, la posición jurídica de Troyano.

En consecuencia 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, y de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, del diez y siete de julio de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual condenó a *Juan Troyano* a la pena de diez y siete (17) años de presidio por el delito de homicidio —en la categoría de asesinato— cometido en la persona de Pedro Villamarín el cinco de marzo de mil novecientos treinta y ocho, en el Municipio de El Tambo, del Departamento del Cauca.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Guillermo Morales Peña, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Sostiene la mayoría de la Sala en el fallo precedente, que la causal segunda de casación, artículo 567 del Código de Procedimiento Penal "sólo puede invocarse en los recursos contra sentencias dictadas en juicios en que el Jurado no interviene". Como no comparto esa conclusión tan absoluta me veo en el caso de salvar voto y de expresar modestamente por qué.

Al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal surgió el interrogante de si en casación había o nó la posibilidad legal de declarar notoriamente injusto el veredicto del Jurado. La Corte hubo de aceptar tal posibilidad, si bien advirtiendo en sus sentencias alusivas a ese punto que para ello se veía precisada a darle una interpretación extensiva al numeral 2º del artículo 567 de aquel Código, con el criterio de amplitud o favorabilidad propio de la materia penal. Y agregaba que sólo en casos extremos podría llegarse en casación a considerar injusto el veredicto del Jurado, ya que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó un respaldo racional en las pruebas del proceso, pues la convicción moral que la ley exige a los Jurados no está subordinada a las condiciones o reglas predeterminadas sobre la certeza legal. Estos conceptos se hallan consignados en repetidas sentencias de casación. Y con todas las salvedades que ellos implican se hacía bastante remota la ocurrencia de que la Corte llegase a declarar injusto un veredicto pero no se desechaba la posibilidad legal de hacerlo en circunstancias extraordinariamente clamorosas de equidad o de defensa social.

En sentencias de las cuales me ha correspondido elaborar el proyecto que la Sala ha acogido se dice que tratándose de juicios por Jurado el fallo del Juez de derecho (y del Tribunal por ende) tiene como fundamento inmediato el veredicto; y que las pruebas del proceso apenas son base mediata de la sentencia. Pero esto no impide reconocer que cuando un Tribunal en vez de declarar contrario a la evidencia el veredicto que adolece de tal anomalía dicta su fallo fundándose cabalmente en ese veredicto, el Tribunal ha hecho una errónea interpretación o apreciación de hechos al no declarar contrario a la evidencia el veredicto cuando aquellos hechos así lo demuestren con claridad meridiana.

Dejo así resumida la doctrina que la Corte había venido sentando sobre este punto.

La mayoría de la Sala argumenta que la Comisión redactora del nuevo Código se propuso suprimir del recurso de casación la causal relativa a notoria injusticia del veredicto.

Aun cuando pudiera observarse que esta razón de orden meramente exegético no sería suficiente, y que resultan un tanto confusas las actas de la Comisión que redactó el Código, según los pasajes transcritos en esta sentencia, mi disentimiento no se refiere principalmente a la cuestión de si por veredicto injusto puede casarse una sentencia, punto que reconozco demasiado dudoso y sobre el cual no insisto, sino al postulado exclusivamente general de que en ningún caso es aplicable la causal 2ª tratándose de juicios por Jurado.

* * *

La causal 2ª de casación del nuevo Código puede ser viable en esta clase de juicios por motivos que no tienen que ver con el veredicto del Jurado.

Circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción, por ejemplo las de mayor o menor peligrosidad y las relativas a los motivos determinantes del delito o a la personalidad del procesado, implican una interpretación o apreciación de hechos; y si la sentencia del Tribunal ha incurrido en grave error acerca de aquéllas, tal error sería cabalmente en materia de apreciación o interpretación de los hechos o circunstancias que han influído en la determinación de la sanción (artículo 36 del Código Penal).

Y no se diga que entonces lo que hay es indebida aplicación de la Ley Penal, porque no se trata de que esté mal aplicado tal o cual artículo del Código sino que la pena se ha elevado al máximum, por ejemplo, considerando que hay sólo circunstancias de mayor peligrosidad y ninguna de menor (o el caso diametralmente opuesto), error que evidentemente versa sobre la apreciación de los hechos, no sobre interpretación de la Ley Penal. Siempre que prospere un recurso de casación y por cualquier causal que sea, podría decirse que en la sentencia recurrida hubo indebida aplicación de la Ley Penal, porque todo motivo de casación repercute necesariamente en dicha causal.

Pero la causal 1ª tiene un valor y efecto específicos que concretan su aplicación a determinados supuestos, de manera que negar la viabilidad de cualquiera de las otras causales con el pretexto de que el recurso puede enfocarse hacia la 1ª sería ir contra la técnica de la casación. El argumento como se ve, es de los que por probar *demasiado* nada prueban en realidad.

Y algo más trascendental todavía: si en el proceso se ha incurrido en una funesta equivocación sobre la existencia del delito, *verbi gratia* tratándose de aquellos hechos de comprobación técnica como el prevaricato, el peculado, la falsedad o el envenenamiento por ejemplo, es innegable que la sentencia final y condenatoria ha incurrido en errada apreciación de los hechos, de "los elementos constitutivos del delito" o cuerpo del delito, es decir, sobre la existencia misma del delito.

Imposible que un supersticioso respeto por el veredicto del Jurado, no muy lógico dentro de una legislación que se dice inspirada en el criterio de defensa social, impida romper la inicua sentencia y tumbar no sólo ésta sino todo el proceso construído sobre la falsa base de un supuesto hecho criminoso.

A esto podría replicarse que para tal evento existe el recurso de revisión, argumento inválido porque la mera posibilidad de un problemático recurso ulterior no debe impedir que el de casación prospere si hubiere fundado motivo para ello.

Por otra parte, según el texto de nuestras leyes y una tradicional jurisprudencia sobre revisión, este recurso no reabre ante la Corte el debate acerca del error cometido en un proceso sino en virtud de pruebas o hechos nuevos, no conocidos ni debatidos dentro del mismo proceso. Pueden contarse en los dedos de la mano las revisiones de juicios penales ordenadas por la Corte a partir de la Ley 33 de 1909.

En la legislación francesa se distingue con absoluta nitidez entre el recurso de casación, enderezado sólo a corregir errores de derecho, y el de revisión, destinado a enmendar errores de hecho; pero se admite y prospera este último con tal amplitud que si se me permitiera usar de una paradoja diría que en ese país el recurso de revisión, al menos en su causal 1ª y según la jurisprudencia, equivale a una especie de casación sobre errores de hecho o, mejor, sobre los de derecho originados por errónea apreciación de los hechos.

Por último: nuestro Código de Procedimiento Penal no limita la aplicación de la causal 2ª de casación a determinados juicios, de manera que sentar como postulado general que ella no es invocable respecto de sentencias dictadas en juicios por Jurados puede ser un acto arbitrario de la Corte pero no aparece autorizado por la ley.

Ahora, que la causal 2ª de casación tal como quedó en el Código convierta prácticamente este recurso extraordinario en una tercera instancia, no es razón suficiente para cerrar la posibilidad de admitirlo en juicios por Jurado porque ese mismo argumento podría aducirse en lo relativo a juicios en que no intervenga el Jurado, y porque lo inadecuado de una disposición legal no autoriza para dejar de aplicarla.

* * *

Resumiendo:

1º No acepto la afirmación general y absoluta de que la causal 2ª de casación sea inadmisible cuando se propone contra sentencias dictadas en juicios por Jurados.

2º En juicios de este género puede haber incurrido el juzgador de derecho en error de apreciación respecto de hechos que no son materia del veredicto y que, sin embargo, hayan influído en la determinación de la sanción, caso en el cual veo claramente aplicable la causal 2ª

3º La inexistencia del delito (cuerpo del delito) tiene que dar lugar a casación, aunque se trate de juicios por Jurado pues no hay otra causal aplicable por ese motivo y para que ella prospere no hay necesidad, en tal caso, de suscitar la cuestión de notoria injusticia, o de veredicto contrario a la evidencia.

José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Responsabilidad del Estado por perjuicios causados en la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana

(La doctrina que contiene este fallo fue ampliamente extractada por el Relator de la Corte al principio de otros similares que fueron publicados en anteriores números de la Gaceta Judicial. **A ellos nos referimos).**

La Dirección

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Dolores Espinosa v. de Casas, por medio de apoderado, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que previos los trámites de un juicio ordinario y con audiencia del Agente del Ministerio Público se declare a la entidad demandada civilmente responsable por los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, sufridos por la demandante con ocasión de la muerte de su hijo legítimo Rafael Casas Espinosa, ocurrida en el accidente aéreo del Campo de Santa Ana el 24 de julio de 1938; y que en consecuencia debe pagarle la suma de $ 30.000.00, en que estima la damnificada tales perjuicios, o lo que se demuestre en el curso del juicio.

Como hechos fundamentales de la demanda se adujeron los siguientes:

"1º El día 24 de julio de 1938, se llevó a cabo una revista militar, organizada por el Ministerio de Guerra, en el Campo denominado Santa Ana, situado en jurisdicción del Municipio de Usaquén;

"2º Durante el desarrollo de la mencionada revista, un avión de guerra de propiedad del Gobierno Nacional, piloteado por el Teniente César Abadía, vino a tierra, causando numerosas víctimas, entre ellas el supracitado Rafael Casas Espinosa y víctimas ocasionadas tanto por el choque como por el incendio que sobrevino;

"3º El Teniente César Abadía, quien conducía el avión mencionado en el hecho anterior era empleado o agente del Gobierno Nacional, y estaba desempeñando las funciones que le correspondían como miembro, en ejercicio activo, del Ejército de la República, en las maniobras que se verificaban en el Campo de Santa Ana, en el momento en que ocurrió el siniestro;

"4º El prenombrado Rafael Casas Espinosa que asistía como espectador a la revista, sufrió, a consecuencia del siniestro una muerte instantánea en el citado Campo de Santa Ana;

"5º El siniestro se debió a errores, negligencias, descuidos o culpas de agentes o empleados subalternos del Gobierno;

"6º El señor Rafael Casas Espinosa, era ciudadano ejemplar, sostenía a su madre legítima, la citada señora Dolores Espinosa de Casas, siempre había ocupado puestos importantes, entre otros el de Diputado a la Asamblea del Tolima, y cuando lo cogió la muerte estaba desempeñando el puesto de Jefe de Talleres de la Penitenciaría Central de Bogotá, donde devengaba un sueldo mensual de cien pesos moneda legal."

En derecho se basó la demanda así:

"Para que una persona o entidad pueda ser por su responsabilidad es necesario que haya causado a otro un *daño* por su culpa.

"Hay responsabilidad extracontractual cuando una persona causa, ya directamente, ya por medio de otra de la que responde, ya por obra de una cosa que le pertenece, un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por vínculo obligatorio alguno anterior.

"El daño consiste en los perjuicios materiales o morales, sufridos por la víctima y comprende,

de acuerdo con nuestra ley sustantiva, el daño emergente y el lucho cesante, según lo dispuesto por los artículos 1613 y siguientes del Código Civil. En cuanto a la culpa, tenemos que ha sido definida como un error de conducta en que no habría incurrido una persona diligente y previsiva colocada en las mismas circunstancias externas de lugar, tiempo y modo, que el autor del dolo. Nuesto Código Civil divide la culpa contractual en grave, leve y levísima (véase artículo 63); pero es comúnmente admitido, que para la responsabilidad extracontractual basta cualquier clase de culpa.

"Además, se es responsable no sólo por los hechos propios, sino también por los daños causados por las personas sobre las cuales se ejerce mando, vigilancia, autoridad, etc.; y así tenemos, dentro del moderno concepto de la responsabilidad del Estado, que éste es responsable no sólo por actos imputables a culpa o negligencia de sus agentes, sino también por los que provienen de la mala organización de sus servicios públicos, entre los cuales cabe perfectamente la revista militar y aérea, causa del espantoso siniestro del Campo de Santa Ana. La responsabilidad del Estado surge también de la obligación que él tiene de garantizar el regular y correcto funcionamiento de los servicios públicos y de resarcir los perjuicios que su mal funcionamiento cause a los asociados.

"En el caso que nos ocupa, la responsabilidad del Estado aparece de manifiesto. En efecto, la aviación militar como parte integrante del Ejército, constituye el servicio público por excelencia, cuyo mal funcionamiento causó la catástrofe del citado día 24 de julio de 1938. Incurrieron también los funcionarios o agentes del Gobierno Nacional en muchas culpas en orden a la organización y desarrollo de la revista militar y culpas que, en todo caso, se presumen por el hecho de haber ocurrido el siniestro. La muerte del nombrado Rafael Casas Espinosa fue causada por la caída del avión, manejado por un Oficial de Aviación, en ejercicio activo, y nave de propiedad del Gobierno Nacional.

"En consecuencia, apoyo esta demanda en los artículos 2341 del Código Civil y siguientes de esta obra; en la Ley 100 de 1938 y el Decreto reglamentario de la misma, que lo es el número 1664 de 15 de septiembre del mismo año; y en los artículos 76, 734 y siguientes del Código de Procedimiento y demás disposiciones legales pertinentes."

Admitida la demanda por el Tribunal mencionado, el representante legal de la Nación no aceptó los fundamentos jurídicos en que se basó la demanda incoada, y negó en consecuencia el derecho que invoca la demandante para recibir la indemnización a que aspira.

Finalizó la instancia respectiva con fallo del 27 de agosto de 1940, que condenó a la Nación al pago *in genere* de los perjuicios alegados.

Apelada por el Fiscal del Tribunal esta resolución, ha subido el negocio a esta Superioridad, la cual procede a decidir la alzada, una vez que se encuentra agotada la tramitación correspondiente a la segunda instancia, y la del incidente relativo al impedimento que el suscrito Magistrado ponente, manifestó para abstenerse de conocer del presente negocio, manifestación de impedimento que fue declarada inadmisible por la Sala Dual.

De autos aparece comprobado el siguiente hecho básico de este fallo: Que en la tragedia aérea del Campo Militar de Santa Ana, Usaquén, acaecida el día 24 de julio de 1938, murió instantáneamente el joven Rafael Casas Espinosa, hijo legítimo de la señora Dolores Espinosa de Casas, a consecuencia de una grave lesión en el hígado ocasionada en la caída del avión militar que se estrelló ese día contra la multitud que presenciaba el desfile de las fuerzas de artillería, de infantería y de aviación, desfile que fue ordenado por el Gobierno Nacional para celebrar el cuarto centenario de la fundación de Bogotá; y que dicho avión era de propiedad de la Nación y estaba piloteado por el Teniente César Abadía, Oficial del Ejército Nacional.

* * *

Causas de la tragedia.

Da cuenta el informativo, con base en documentos que obran en autos, de origen oficial, y por tanto de suficiente eficacia probatoria, que fueron causas del accidente de aviación de que se trata:

a) Imprudencia, temeridad, desobediencia e indisciplina del Teniente Abadía;

b) Negligencia de los funcionarios encargados de la dirección, preparación y realización de la revista militar concertada para la celebración del cuarto centenario de la fundación de Bogotá, por cuanto violaron los reglamentos sobre tránsito aéreo y vuelos acrobáticos relativos al lugar y altura permitidos en tales vuelos;

c) Mala elección por parte de los funcionarios del Ministerio respectivo, del Comandante de la escuadrilla, Teniente Abadía.

En efecto:

Del informe rendido por el Mayor Jorge Méndez Calvo, como Director General de Aviación; del que rindió la Comisión Investigadora, nombrada por Resolución número 687 de 17 de agosto de 1938 para determinar las posibles causas que determinaron el accidente aéreo ocurrido en el Campo de Marte el 24 de julio de ese año; del

dictamen que rindieron los señores Capitán José I. Forero, Capitán Francisco Santos C., Luis Gómez Grajales (ingeniero) y Justino Mariño (Inspector Técnico) "acerca de las causas inmediatas de orden técnico que originaron el lamentable siniestro aéreo de Santa Ana, teniendo en cuenta las circunstancias de las maniobras objetivamente apreciadas durante la revista"; y del *memorándum* del General Luis Acevedo y del Mayor Ernesto Buenaventura relativo a las investigaciones hechas por las comisiones técnicas con motivo del mismo accidente de aviación, se desprende lo siguiente:

El Director General de Aviación citó a los Comandantes de Escuadrón y de Escuadrilla a una reunión que tuvo lugar el 22 de julio de 1938, y a la cual asistieron numerosos Oficiales del Ejército, y dejó de concurrir el Teniente César Abadía, Comandante de la Escuadrilla de Caza (Hawk); esta reunión tenía por objeto recomendar a los aviadores que habían de participar en el desfile y en las acrobacias aéreos, el exacto cumplimiento de las órdenes dadas por el señor Inspector General del Ejército y el Director General de Aviación, relativas al lugar en que deberían verificarse las maniobras, altura mínima, etc.

Pero más tarde el Teniente Abadía recibió individualmente tales instrucciones relativas a las maniobras aéreas.

El Teniente Abadía desatendió dichas recomendaciones, y desobedeció las órdenes recibidas en cuanto al lugar en que debían verificarse las acrobacias, y también en cuanto a la altura mínima a que debía maniobrar.

Por su parte, los altos funcionarios del Ministerio de Guerra, con la autorización expresa que contiene el radiograma que en seguida se transcribe, transgredieron los reglamentos de aeronáutica que rigen en Colombia, particularmente en lo que concierne a la altura mínima de 300 metros para vuelos sobre agrupaciones de personas al aire libre.

El referido radiograma es del tenor siguiente:

"Capitán García—Techo—Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del Campo sobre tanques estación Usaquén, altura no menor 150 metros —Ciento cincuenta metros—. Informársele permanentemente estado revista—Mor. Méndez, Dirgenav."

Para mayor claridad y abundamiento sobre el tanto de culpa que corresponde al Estado por los actos de sus funcionarios del Ministerio de Guerra que ordenaron las maniobras aéreas y dirigieron el desfile de aparatos de aviación y permitieron las acrobacias que motivaron el accidente en cuestión, conviene citar aquí los artículos 3º del Capítulo *Alturas de Vuelo* del Reglamento de Tránsito que regula esta materia:

"3º *Sobre agrupaciones de personas:* No podrá volarse a menor altura de 300 metros sobre agrupaciones de personas al aire libre."

Las causas científicas del accidente se hacen consistir en un deslizamiento sufrido por el avión al salir del llamado "rollo", deslizamiento motivado por no encontrarse los comandos de dirección en posición normal en el momento y después de restablecer el avión de la maniobra; en haber iniciado una maniobra acrobática a baja altura —unos 30 metros—, sobre un campo recalentado por el sol y colmado de multitud, donde podría preverse la presencia de zonas atmosféricas enrarecidas por efectos térmicos, lo cual 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, una temeridad del piloto.

La *mala elección* que se hizo al escogerse al Teniente Abadía para comandar la escuadrilla que dirigió el día de la revista, resulta evidente al considerar la imprudencia del Gobierno al mantenerlo en ese cargo a pesar de que en un ensayo de la revista cometió una falta contra el Reglamento de Vuelos, por la cual se hizo acreedor a una llamada de atención (folio 43, cuaderno número 3).

* * *

La responsabilidad del Estado.

Sobre este particular la Corte confirma aquí lo ya expuesto en fallos recaídos en otros juicios de esta misma naturaleza en que se persigue indemnizaciones de perjuicios ocasionados en la referida tragedia de Santa Ana, especialmente lo dicho por esta Sala en la sentencia de fecha quince de mayo del presente año en el litigio de Encarnación Martínez de Fandiño contra 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 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 comprometen a aquéllas 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 año pasado, '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 en 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 ocasione 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.

"..... .....

"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'.

"..... .....

"La desobediencia 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 en el siniestro, ya que se trata de la presentación de una revista militar oficial, que es un acto del 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."

* * *

Los perjuicios.

Los peritos doctores Alejandro Bernate y Francisco Bruno, en esta segunda instancia, de común acuerdo avaluaron los perjuicios así:

"a) Treinta mil pesos, por los perjuicios materiales; y

"b) Diez mil pesos por los perjuicios morales."

Observa la Sala:

De acuerdo con anteriores fallos pronunciados por la Corte en asuntos similares, el avalúo que precede no puede ser acogido por las razones que en seguida se expresan:

Los perjuicios materiales: Para concluír dictaminando que los perjuicios materiales ocasionados a la señora Dolores Espinosa, viuda de Casas, por la muerte de su hijo Rafael Casas Espinosa, valen treinta mil pesos, los peritos doctores Bruno y Bernate tuvieron en cuenta, solamente, que la víctima tenía un límite probable

de vida de veintitrés años; que era persona de singulares aptitudes intelectuales y de excelentes condiciones para el trabajo; que ganaba, cuando falleció, un sueldo de cien pesos mensuales, y que con esta entrada atendía al sostenimiento de su madre. Pero esto solo no basta para que haya de aceptarse como acreditado el perjuicio material que dicha señora recibiera con ocasión de la muerte de su hijo. Este perjuicio debe establecerse, teniéndose en cuenta la suma o cantidad probable que Rafael Casas Espinosa suministrara mensualmente de los cien pesos que ganaba, a su señora madre para atender al sostenimiento de ella, y relacionando este aporte con el probable límite de vida que le quedara a dicha señora. Así se ordenará en la parte resolutiva de esta sentencia conforme al artículo 553 del Código Judicial.

Perjuicios morales: Los peritos, al estimar los perjuicios morales, lo han hecho sin establecer distinción, entre los de orden subjetivo, y los objetivados. Con respecto a estos últimos, la Sala no ha encontrado en autos ninguna base para estimarlos, por no haberse acreditado que los hubiera recibido la demandante.

En cuanto a los de carácter subjetivo, basta su calidad de madre de la víctima, para presumir que sí los ha recibido la señora Espinosa, por las naturales vinculaciones de afecto existentes entre ella y Casas Espinosa, y por su condición de viuda y de mujer.

Por todas 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, reforma el fallo apelado, y en su lugar decide:

a) La Nación es civilmente responsable de la muerte del señor Rafael Casas Espinosa ocurrida en el accidente aéreo de Santa Ana, Municipio de Usaquén, el 24 de julio de 1938.

b) La liquidación de los perjuicios materiales causados a la demandante por la muerte de su hijo Rafael Casas Espinosa se hará según lo previsto en el artículo 553 del Código Judicial y teniendo en cuenta las bases fijadas en la parte motiva del presente fallo.

c) No se hace la condenación por suma líquida pedida en la demanda, ni por perjuicios morales objetivados, por no haberse comprobado estos últimos, y, por tanto, se absuelve a la Nación por razón de estos perjuicios.

d) Condénase a la Nación a pagar a la señora Dolores Espinosa viuda de Casas, por perjuicios morales subjetivos por la muerte de su hijo Rafael Casas Espinosa, la suma de dos mil pesos moneda corriente ($ 2.000) de la cual se deducirá cualquier cantidad que hubiere sido pagada por la Nación a dicha señora como auxilio, según la Ley 100 de 1938.

e) Dése al Gobierno Nacional la comunicación de que trata el artículo 554 del Código Judicial.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Hernando García Pachón, Oficial Mayor.

Responsabilidad civil del Estado por perjuicios causados en la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana

(Siendo la doctrina de este fallo exactamente igual a la de otros similares publicados en números anteriores de la Gaceta Judicial, nos referimos a los extractos jurisprudenciales que en ellos aparecen).

La Dirección

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El doctor Rafael Ruiz Manrique, como apoderado de la señora Rosaura Ayala viuda de Turbay, Alia María Turbay de Quintero y los señores Julio César Turbay Ayala, Napoleón Turbay Ayala y Aníbal Turbay Ayala, demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a la Nación, representada por el Fiscal respectivo, para que se hiciesen estas declaraciones:

"Primera. Que la Nación es responsable y debe pagar a la señora Rosaura Ayala viuda de Turbay, a la señora Alia María Turbay de Quintero, a Julio César Turbay Ayala, a Napoleón Turbay Ayala y a Aníbal Turbay Ayala, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, los perjuicios, tanto materiales como morales ocasionados a los demandantes por razón de la muerte de la señorita Hortensia (Hortense) Turbay Ayala ocurrida el 24 de julio de 1938, en el siniestro de aviación que tuvo lugar el citado día en el Campo de Marte o Santa Ana, en jurisdicción del Municipio de Usaquén, perjuicios que serán tasados por peritos en el término probatorio de este juicio separadamente y según el perjuicio sufrido por cada uno de los demandantes.

"Segunda. Que la Nación es responsable y debe pagar a mi mandante, la señora Rosaura Ayala viuda de Turbay, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, los perjuicios morales ocasionados a la citada señora por razón de la muerte de su hija la señora Judith Turbay de Turbay, ocurrida el 24 de julio de 1938 a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el día citado en el Campo de Marte o Santa Ana, en jurisdicción del Municipio de Usaquén, perjuicios que serán tasados por peritos en el término probatorio de este juicio.

"Tercera. Que la Nación es responsable y debe pagar a mis mandantes señores Alia María Turbay de Quintero, Julio César Turbay Ayala, Napoleón Turbay Ayala y Aníbal Turbay Ayala, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, los perjuicios morales ocasionados a mis citados mandantes por razón de la muerte de su hermana legítima, la señora Judith Turbay de Turbay, ocurrida el 24 de julio de 1938, a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el día citado, en el Campo de Marte o Santa Ana, en jurisdicción del Municipio de Usaquén, perjuicios que serán tasados por peritos en el término probatorio de este juicio."

Como hechos fundamentales de la demanda se expusieron los siguientes:

"1º El 19 de septiembre de 1903 el señor Antonio Amín Turbay contrajo matrimonio con la señora Rosaura Ayala por los ritos de la religión católica, en la Parroquia de San Victorino.

"2º Del matrimonio de los señores Antonio Amín Turbay y Rosaura Ayala de Turbay, nacieron los siguientes hijos legítimos: Judith Turbay Ayala, casada con Abbas P. Turbay; Hortensia Turbay Ayala, Alia María Turbay, hoy de Quintero; Julio César, Napoleón y Aníbal Turbay Ayala.

"3º El Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Guerra ordenó y ejecutó, en el Campo de Marte o Santa Ana situado en jurisdicción del Municipio de Usaquén, en las horas de la mañana del día 24 de julio de 1938, una revista militar, en la que debía tomar parte con pruebas de acrobacia, el Cuerpo de Aviación Militar.

"4º El Ministerio de Guerra hizo invitaciones especiales y al público en general para que asistiera a la revista.

"5º Al hacer las maniobras aéreas el Cuerpo de Aviación Militar, el avión marca Hawk número 826, piloteado por el Teniente del Ejército César Abadía, se precipitó en forma inesperada

contra la tribuna destinada al Cuerpo Diplomático y cayó sobre el terreno adyacente a dicha tribuna, causando la muerte y heridas de muchas personas que presenciaban la revista.

"6º Una de las personas que murieron instantáneamente, a consecuencia del siniestro, fue la señorita Hortensia Turbay Ayala quien asistió por invitación especial.

"7º La señorita Hortensia (Hortense) Turbay Ayala fue destrozada y quemada por el avión que comandaba el Teniente César Abadía, causándole la muerte instantánea.

"8º La señora Judith Turbay de Turbay fue gravemente herida y quemada con la gasolina que arrojó el avión. Tan pronto como su hermano, señor Napoleón Turbay Ayala la reconoció en el campo, hizo que fuera levantada por los Policías y soldados encargados del salvamento y se trasladara al Hospital de San José.

"9º La señora Judith Turbay de Turbay murió al llegar al Hospital y allí fue colocada por los enfermeros y asistentes del Hospital en un ataúd.

"10. El Teniente César Abadía, en el momento del siniestro obraba como miembro del Ejército en la Aviación Militar y el avión que comandaba, pertenecía a la Nación.

"11. Las maniobras que ejecutó el Teniente César Abadía, el 24 de julio de 1938 en el Campo de Marte o Santa Ana, en la jurisdicción de Usaquén, se hicieron violando los reglamentos militares y los de técnica para esta clase de maniobras. Así lo sostienen las comisiones nombradas por el Gobierno y por la Cámara de Representantes que investigaron la causa del siniestro.

"12. El Gobierno de Colombia sabía, por conducto del Ministerio de Guerra que el Teniente César Abadía era un piloto atrevido e insubordinado en sus vuelos, fue sancionado por sus superiores jerárquicos, de acuerdo con los reglamentos.

"13. Ya el Ministerio de Guerra en las Resoluciones números 821 y 922, de fechas 22 de septiembre y 18 de noviembre de 1938, dictadas en el expediente levantado con motivo de la solicitud formulada por la señora viuda del Teniente César Abadía para que se le reconociera el seguro militar, declaró en forma categórica que el siniestro no obedeció a caso fortuito, sino a la violación de las órdenes y reglamentos militares por parte del aviador, o sea, reconoce el Ministerio, en Resoluciones ejecutivas, que el siniestro fue causado por culpa manifiesta de uno de sus agentes.

"14. La señorita Hortensia (Hortense) Turbay Ayala, a la fecha de su muerte tenía menos de treinta y dos años de edad, poseía una cultura extraordinaria, hablaba varios idiomas, estudiaba Derecho en una de las Facultades de la ciudad y era profesora de Canto.

"15. La señorita Hortensia Turbay Ayala, en la fecha de su muerte ejercía el cargo de Archivera del Departamento de Impuestos Municipales, con una asignación mensual de noventa pesos ($ 90).

"16. La señorita Hortensia Turbay Ayala, a la fecha de su muerte, en horas que no eran de oficina, daba clases de canto, de idiomas y de otras asignaturas que le hacían ganar un honorario aproximado de ciento cincuenta pesos mensuales.

"17. La señorita Hortensia Turbay Ayala, en la fecha de su muerte, como única hija soltera, vivía atendiendo a su madre y a sus hermanos varones, ella con solícito cuidado atendía, en las horas y días que no eran de oficina y de clases, la organización y manejo de su casa y todo lo que ganaba lo llevaba a su madre para sufragar parte de los gastos de su hogar.

"18. La muerte súbita de la señorita Hortensia Turbay Ayala y de la señora Judith Turbay de Turbay, causó a su madre, señora Rosaura Ayala viuda de Turbay, una conmoción moral profunda que la enfermó gravemente hasta el punto de que sus familiares temieron un desenlace fatal.

"19. Los hermanos de la señorita Hortensia Turbay Ayala, con motivo de la muerte de ésta y de su otra hermana, la señora Judith Turbay de Turbay, muerta también en el mismo siniestro, han sufrido enormemente, pero especialmente por la muerte de la primera, quien era la compañera y alegría de su hogar.

"20. La señorita Hortensia Turbay Ayala, llevaba en el momento del accidente varias joyas de oro y brillantes que no fueron encontradas en su cadáver en el momento de ser recogido por sus deudos."

En derecho se apoyó la demanda en el Título 34 del Libro 4º del Código Civil, inciso 3º del artículo 1604, 1494, 2356 del mismo Código, y las disposiciones de la Ley 89 de 1938, y artículos 114 de la Ley 94 de 1938, 92 y siguientes de la Ley 95 de 1936.

Admitida la demanda por el Tribunal citado, el Fiscal manifestó en el respectivo traslado que aceptaba los hechos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 10, 13, 15; y dijo que no le constaban los hechos 6º, 7º, 8º, 9º, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 19 y 20. También negó el Fiscal el derecho, causa o razón de la demanda por considerar que la Nación no es responsable civilmente del accidente de aviación de que se trata.

Terminó la instancia ante el Tribunal mencionado con sentencia del 5 de febrero de 1941 en la cual se resolvió:

"Primero. La Nación es responsable y debe pagar a la señora Rosaura Ayala v. de Turbay, seis días después de ejecutoriada la presente sentencia, los perjuicios tanto materiales como morales ocasionados a ella por razón de la muerte de la señorita Hortensia (Hortense) Turbay Ayala ocurrida el veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y ocho en el Campo de Marte o Santa Ana, en jurisdicción del Municipio de Usaquén, en el accidente de aviación ocurrido allí en la revista militar.

"Parágrafo. La cuantía de estos perjuicios se fijará conforme al procedimiento indicado por el artículo 553 del Código Judicial y se dará cumplimiento al artículo 554, oportunamente.

"Segundo. Niéganse las demás peticiones de la demanda, de las cuales, en consecuencia, se *absuelve* a la Nación demandada."

Apelado por ambas partes dicho fallo, ha subido el negocio a esta Superioridad. Es la oportunidad de decidir el recurso, agotada como se encuentra la tramitación de la segunda instancia, inclusive la tramitación del incidente relativo al impedimento que el suscrito Magistrado ponente manifestó para abstenerse de conocer del presente asunto, manifestación de impedimento que fue declarada inadmisible por la mayoría de esta Sala.

Debidamente comprobados surgen del expediente estos dos extremos de la presente litis:

Primero. Que para la celebración del cuarto centenario de la fundación de Bogotá, el Gobierno Nacional ordenó una revista militar para el 24 de julio de 1938, con participación del Ejército y de las fuerzas aéreas de Colombia; que dicha revista se verificó ese día, fue pública y se invitó para presenciarla a la ciudadanía en general y a determinadas personas en particular. y que mientras se efectuaban los ejercicios de la aviación y con ocasión de ellos se vino a tierra uno de los aviones piloteado por el Teniente César Abadía, Oficial del Ejército Nacional. (Documentos de origen oficial, obrantes a folios 6 a 20 del cuaderno principal y en el cuaderno de pruebas de la Nación).

Segundo. Que del accidente resultaron muertas la señora Judith Turbay de Turbay y la señorita Hortensia Turbay, quienes se encontraban presenciando la revista aéreo-militar. (Copias y certificados expedidos por el Juez Segundo Superior de Bogotá).

* * *

Causas del accidente.

Da cuenta el informativo, con base en documentos de carácter oficial, que fueron causas del accidente de aviación ocurrido el 24 de julio de 1938 en el campo de Santa Ana:

a) Imprudencia, temeridad, desobediencia e indisciplina del Teniente Abadía;

b) Negligencia y culpa de los funcionarios encargados de la dirección, preparación y realización de la revista militar, por cuanto violaron los reglamentos vigentes en Colombia sobre tránsito aéreo y vuelos acrobáticos en relación con el lugar y altura permitidos en tales vuelos; y

c) Mala elección por parte de los funcionarios del Ministerio de Guerra, del Teniente Abadía para comandar la escuadrilla que debía verificar las acrobacias de la aviación en esa revista.

En efecto:

Del informe rendido por el Mayor Jorge Méndez Calvo, como Director General de Aviación (folios 81 a 86, cuaderno número 3); del que rindió la Comisión Investigadora, nombrada por Resolución número 687 de 17 de agosto de 1938 para determinar las posibles causas del accidente aéreo ocurrido en el Campo de Marte el 24 de julio de ese año (folios 24 a 27, ibidem); del dictamen que rindieron los señores Capitán José I. Forero, Capitán Francisco Santos C., Luis Gómez Grajales (Ingeniero) y Justino Mariño (Inspector Técnico), "acerca de las causas inmediatas de orden técnico que originaron el lamentable siniestro aéreo de Santa Ana, teniendo en cuenta las circunstancias de las maniobras objetivamente apreciadas durante la revista" (folios 10 y 11 del cuaderno principal); y del *memorándum* del General Luis Acevedo y del Mayor Ernesto Buenaventura relativo a las investigaciones hechas por las comisiones técnicas con motivo del mismo accidente de aviación (folios 15 a 19, ibídem), se desprende lo siguiente:

El Director General de Aviación citó a los Comandantes de Escuadrón y de Escuadrilla a una reunión que tuvo lugar el 22 de julio de 1938, y a ésta asistieron numerosos Oficiales del Ejército, y dejó de concurrir el Teniente César Abadía, Comandante de la Escuadrilla de Caza (Hawk). Esta reunión tenía por objeto recomendar a los aviadores que habían de participar en el desfile y en las acrobacias aéreas, el exacto cumplimiento de las órdenes dadas por el señor Inspector General del Ejército y por el Director General de Aviación, relativas al lugar en que deberían verificarse las maniobras, altura mínima, etc. Más tarde el Teniente Abadía recibió individualmente tales instrucciones relativas a las maniobras aéreas.

El Teniente Abadía desatendió las recomendaciones que recibió, y desobedeció las órdenes impartidas en cuanto al lugar en que debían efectuarse las acrobacias, y también en cuanto a la altura mínima a que debían maniobrar.

Por su parte, los altos funcionarios del Ministerio de Guerra, con la autorización expresa que

contiene el radiograma que en seguida se transcribe, transgredieron los reglamentos de aeronáutica que rigen en Colombia, particularmente en lo que concierne a la altura mínima de 500 metros para vuelos acrobáticos; a la prohibición de volar acrobáticamente sobre agrupaciones de personas al aire libre; y al lugar o distancia en que tales acrobacias deben efectuarse.

El referido radiograma es del tenor siguiente:

"Capitán García—Techo—Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén, altura no menor ciento cincuenta —150— metros. Stop. Informárasele permanentemente estado revista.—Mor. Méndez, Dirgenav."

Para mayor claridad y abundamiento sobre el tanto de culpa que corresponde al Estado por los actos de sus funcionarios del Ministerio de Guerra que ordenaron las maniobras aéreas y dirigieron el desfile de aparatos de aviación y permitieron las acrobacias que motivaron el accidente en cuestión, conviene citar aquí los artículos 4º y 5º del Reglamento de Tránsito Aéreo, vigente en 1938, y que regulan la materia relativa a *acrobacias*.

Tales artículos prescriben respectivamente lo siguiente:

"Artículo cuarto. Altura mínima. Toda maniobra acrobática debe terminar a una altura no menor de 500 metros.

"Artículo quinto. Prohibición. No podrá volarse un avión acrobáticamente sobre: a) ciudades, poblaciones, etc. b) aeródromos, parques, estadios, etc. c) agrupaciones de personas." (Folio 20, cuaderno principal).

Las causas científicas del accidente se hacen consistir en un deslizamiento sufrido por el avión al salir del llamado "rollo", deslizamiento motivado por no encontrarse los comandos de dirección en posición normal en el momento y después de restablecer el avión de la maniobra; en haberse iniciado una maniobra acrobática a baja altura —unos 30 metros—, sobre un campo recalentado por el sol y colmado de multitud, donde podría preverse la presencia de zonas atmosféricas enrarecidas por efectos térmicos, lo cual constituye un error técnico por parte de cualquier piloto experto en acrobacias; el mantenerse en vuelo invertido, aunque fuese por pocos instantes, dentro de las circunstancias anotadas, y, especialmente a la altura en que se encontraba sobre el campo, una verdadera temeridad del piloto.

La mala elección que se hizo al escogerse al Teniente Abadía para comandar la escuadrilla que dirigió el día de la revista, resulta evidente al considerar el significativo antecedente de que el citado Teniente, en el último ensayo de la revista en el propio Campo de Santa Ana, se hizo acreedor a una sanción que consistió en una llamada de atención, de acuerdo con el Reglamento de Vuelo, por haber hecho maniobras muy atrevidas (folios 7 a 8, cuaderno principal). Además de que, según lo manifiesta el Director General de Aviación, Mayor Jorge Méndez Calvo, "su carácter siempre jovial y bromista le había merecido el sobrenombre de *loco*."

* * *

Responsabilidad del Estado.

Sobre este particular la Corte confirma aquí una vez más lo ya expuesto en fallos recaídos en otros juicios de esta misma naturaleza en que se persiguen indemnizaciones de perjuicios ocasionados en la referida tragedia de Santa Ana, especialmente lo dicho por esta Sala en la sentencia de fecha quince de mayo del presente año en el litigio de Encarnación Martínez de Fandiño contra 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 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 comprometen a aquéllas 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 año pasado, 'sea ante las disposiciones del Código Civil que reglamentan las culpas aquilianas, 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 en 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 ocasione daño a terceros 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.

"..... .....

"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'.

"..... .....

"La desobediencia 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 en 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."

* * *

Los perjuicios.

No ha podido encontrar la Corte ningún fundamento, porque ninguna prueba suficiente se ha traído a los autos sobre este particular, para que pueda aceptarse que la muerte de la señorita Hortensia Turbay Ayala y de la señora Judith de Turbay, ocasionó perjuicios morales objetivados a su madre y hermanos, respectivamente, Rosaura Ayala viuda de Turbay, Alia, Julio César, Napoleón y Aníbal Turbay Ayala; ni que estos últimos hubieran recibido perjuicios de orden material por razón de la muerte de sus hermanas Hortensia y Judith. Pero sí es evidente, que tanto ellos como su madre, señora Rosaura Ayala viuda de Turbay, por los cercanos vínculos de consanguinidad que les unían a Hortensia y a Judith, han sufrido un daño moral subjetivo, que debe ser reparado, como se reconocerá en la parte resolutiva del presente fallo, conforme a doctrina sentada por esta Superioridad en casos similares anteriores.

La circunstancia de que la señora Rosaura hubiera experimentado una agravación de sus dolencias físicas después de la muerte de sus prenombradas hijas, o de que hubiera contraído una enfermedad, no es por sí sola suficiente para que se pueda estimar que recibió un perjuicio de orden material o uno de carácter moral objetivado, pues no se acreditó qué repercusiones pecuniarias o económicas tuvo para dicha señora tal estado de su salud.

En cuanto a perjuicios materiales, considera la Corte que también ha tenido que sufrirlos la señora Rosaura viuda de Turbay, con ocasión de la muerte de su hija Hortensia por la falta del apoyo pecuniario que ésta le prestaba, pues aunque algunos de los testimonios de autos dan cuenta de que tanto Hortensia como su hermana Judith Turbay de Turbay contribuían a su sostenimiento, es de presumirse, ya que no se ha establecido ni la forma ni la cuantía de este apoyo, que éste no debía ser permanente, ya que se trataba de una señora casada que tenía un hogar

propio a cuya atención y sostenimiento debía atender preferencialmente lo que no puede decirse de Hortensia, quien era soltera, quien vivía con su madre y quien contribuía al sostenimiento de ésta, según lo que de autos consta, con el producto de sus ganancias en el desempeño de empleos y como profesora de música e idiomas. La cuantía de este perjuicio se liquidará conforme a estas bases, y teniéndose en cuenta, además, la cantidad probable que la señorita Hortensia destinara de sus ganancias para el sostenimiento de su madre, el probable límite de vida que a ésta le quedara y el que le hubiera quedado a dicha señorita de no haber fallecido trágicamente. La regulación se hará en la forma dispuesta en el artículo 553 del Código Judicial conforme a estas bases.

Igualmente tiene derecho la señora Rosaura viuda de Turbay, a que se le pague por la Nación, en concepto de perjuicios materiales, el valor de las joyas que según dice la demanda (hecho 20) llevaba su hija Hortensia el día del accidente y que no fueron halladas en su cadáver cuando éste fue recogido. El valor de dichas joyas será el que hubieran tenido el día del accidente y se determinará por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, por las siguiente razones: Los testigos Antonio María González y Carlos Chacón (cuaderno número 2, folios 8 vuelto y 14) declaran lo siguiente:.... "Al punto c): Por la misma razón me consta que la señorita Hortence (sic) Turbay Ayala llevaba consigo las siguientes joyas: un anillo marqueza (sic), de tres vrillantes (sic), de valor aproximado de ochocientos pesos; un anillo de oro y ónix, de valor aproximado de cincuenta pesos, y un reloj de oro, de pulsera (sic), ca (sic) valor aproximado de ciento sesenta pesos...." "Al punto c): Por el mismo hecho anotado me consta que la señorita Hortense (sic) Turbay Ayala llevaba consigo ese día un anillo marqueza (sic) de tres brillantes un anillo de oro ónix y un reloj de pulsera sin saber el valor de tales joyas."

Por otra parte, a folios 15 vuelto y 17 vuelto del mismo cuaderno se lee lo siguiente:

"Inspección ocular y levantamiento de los cadáveres de las personas que perecieron en el Campo de Marte (Santa Ana) con motivo del accidente de aviación ocurrido hoy 24 de julio de 1938.... Número 23. Cadáver de *Hortensia Turbay.* 32 años, más o menos, ojos carmelitas oscuros, caja en el maxilar superior. Pelo negro, abundante, crespo, gorda, uñas esmaltadas en rojo, vestido negro, zapatos negros. Objetos: Cartera que contiene tres pañuelos, un llavero con cuatro llaves y unos libretines...." "Los suscritos Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Bogotá y su Secretario certificamos: Que en el expediente consta que la señora Judith Turbay de Turbay y la señorita Hortensia (Hortence) fallecieron a consecuencia del siniestro de aviación ocurrido el veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y ocho, en el Campo de Marte o Santa Ana; y 2º Que en la diligencia de inspección ocular y levantamiento de los cadáveres, verificada inmediatamente después del siniestro, y cuya parte pertinente se transcribió atrás, se hace constar lo siguiente con relación a prendas: '*Objetos:* En el momento de la diligencia del levantamiento de los cadáveres, en el Campo de Santa Ana fue dada la orden de que todos los objetos y prendas que quedaren regados sobre el suelo se acumularan en las carpas de lona de propiedad del cuartel de aviación de Madrid; así se hizo por los Agentes encargados de guardar el orden en aquel sitio y por algunos soldados que al efecto intervinieron. Todos y cada uno de ellos fueron inventariados rigurosamente en este Despacho y su inventario que se adjunta a la presente, comprende, además, los objetos y dineros que les fueron hallados a los cadáveres en el anfiteatro. Se adjunta, por separado una lista de los valores —dineros y cheques— encontrados a las víctimas o de personas que no han reclamado todavía....' Y en el *"Inventario de paquetes encontrados en el Campo de Marte"* aparece lo siguiente: "....*Cartera perteneciente* a Hortensia Turbay Ayala, contiene tres pañuelos, un llavero con cuatro llaves y tres lebretines (sic). Esta *cartera está inventariada en el acta de levantamiento de cadáveres....*"

Se considera:

Que la señorita Hortensia Turbay Ayala llevaba las joyas de que se trata y que éstas no fueron halladas cuando fue levantado y reconocido su cadáver, son hechos comprobados, mas no así el valor que tales joyas tuvieran el día del accidente, pues en este punto ni están acordes los testigos Chacón y González ni consta de otro modo en el expediente ese valor por no haberse dado prueba alguna acerca de ello. Por lo tanto ese valor debe establecerse conforme al procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial según queda ya dicho.

En razón de todo lo que viene expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia apelada, y en su lugar falla:

a) La Nación es civilmente responsable y en consecuencia, se la condena a pagar a Rosaura Ayala viuda de Turbay, la suma de dos mil

pesos ($ 2.000), y a Julio César, Napoleón y Aníbal Turbay Ayalá y Alia María Turbay de Quintero, la suma de cien pesos ($ 100.00) a cada uno, por razón de los perjuicios morales subjetivos, que recibieron con ocasión de la muerte de la señorita Hortensia Turbay Ayala y de la señora Judith Turbay de Turbay, ocurrida en el siniestro de aviación del 24 de julio de 1938 en el Campo de Santa Ana, Municipio de Usaquén.

b) Condénase igualmente a la Nación, a pagar a la señora Rosaura Ayala viuda de Turbay, los perjuicios materiales que recibió con motivo de la muerte de su hija Hortensia Turbay Ayala. La cuantía de estos perjuicios se determinará por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial conforme a las bases establecidas en la parte motiva de este fallo, tanto para la regulación de los perjuicios materiales ocasionados a la señora Ayala de Turbay por la falta del apoyo pecuniario que le prestaba su hija Hortensia, como para fijar el valor de las joyas que esta señorita llevaba en el momento del accidente, joyas que eran las siguientes: un anillo marquesa, de tres brillantes, un anillo de oro y ónix y un reloj de oro, de pulsera.

c) Niéganse las demás peticiones de la demanda, de las cuales, en consecuencia, se absuelve a la Nación.

d) Dése al Gobierno Nacional la comunicación de que trata el artículo 554 del Código Judicial.

e) De las sumas que recibieren los demandantes por razón del presente fallo les será descontada cualquier cantidad que hubieren recibido como auxilio a tenor de la Ley 100 de 1938.

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

Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.---García Pachón, Secretario.

Jurisdicción y competencia en asuntos referentes a prestaciones sociales

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 45 de 1939, la jurisdicción y competencia de los Jueces ordinarios en 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 regulan por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas del Código Judicial vigente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero diez y ocho de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El señor Obelio Anychiarico, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, promovió el 20 de abril de 1942 demanda contra el Departamento del Magdalena, representado por el respectivo Agente del Ministerio Público, para que mediante el trámite señalado en el Título XLVI del Código Judicial, se hiciesen las siguientes declaraciones:

"A) Que el Departamento del Magdalena debe pagarme la suma de quinientos pesos ($ 500.00), o la mayor o menor que resulte, como indemnización por el accidente de trabajo sufrido por mí estando a su servicio.

"B) Que el mismo Departamento del Magdalena debe pagarme los intereses de la suma a que sea condenado a pagarme según la petición anterior."

Aceptada la demanda por el mencionado Tribunal, éste finalizó la instancia con fallo del cuatro de agosto del año de 1942, por medio del cual se condenó al Departamento del Magdalena, a pagar al demandante la suma de $ 292.00 moneda legal como indemnización por el accidente de trabajo de que fue víctima, estando al servicio de la entidad demandada, en la Fábrica de Licores de su propiedad (Ley 57 de 1915, numeral 4º, artículo 10).

Por apelación interpuesta contra el citado proveído por el señor Fiscal del Tribunal mencionado, ha sido enviado el asunto a esta Superioridad.

Antes de darle curso en su totalidad al trámite de la segunda instancia, se observa que el Tribunal *a quo* carecía de competencia para conocer en primera instancia del presente litigio, pues como ya lo ha reconocido esta Sala en numerosos fallos pronunciados en asuntos de esta misma clase, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 45 de 1939, la jurisdicción y competencia de los Jueces ordinarios en 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 regulan por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas del Código Judicial vigente.

No son necesarias más razones, para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, resuelva, como en efecto *resuelve*, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, carece de competencia para fallar en primera instancia el presente negocio, y, en consecuencia, ordena devolver el expediente a dicho Tribunal para los fines legales consiguientes.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Jurisdicción y competencia en asuntos referentes a prestaciones sociales

En casos de procedimiento verbal, como ya lo ha resuelto la Sala, 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 2º, de la Ley 45 de 1939. De ahí que la Corte no admita que los juicios verbales autorizados por la ley para ventilar reclamaciones por prestaciones sociales puedan 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.

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

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el señor Julio C. Ramírez demandó al Departamento de Antioquia para que con citación y audiencia del señor Fiscal del mismo Tribunal, representante legal de la entidad demandada, se declare por la vía del procedimiento contenido en el Título XLVI del Código de Procedimiento Civil, lo siguiente:

"Que el Departamento de Antioquia está en la obligación de pagarme la cantidad de mil ciento sesenta y siete pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 1.167.48), por concepto de auxilio de *cesantía* que me adeuda a razón de noventa y siete pesos con veintinueve centavos ($ 97.29), sueldo medio durante los dos últimos años de servicio, durante doce años a que me limito porque la citada *Ordenanza* 57 así lo dispone (artículo 1º)."

Subsidiariamente solicitó el actor que se condene al Departamento de Antioquia al pago de la cesantía, por la cantidad que señalase el Tribunal de la causa.

Finalizó la instancia en sentencia del 3 de junio de 1941, en sentido desfavorable a las pretensiones del demandante, pues en ella se absolvió a la entidad demandada. Por apelación de este proveído ha subido el asunto a esta Superioridad, donde se ha surtido la tramitación de rigor y se halla el juicio para su decisión definitiva.

Dijo el Tribunal *a quo* en la sentencia a que se hace referencia:

"El demandante invoca la Ordenanza 57 de 1938, para sustentar su petición, atañedera a cesantía. Pero no la allegó a autos. La Honorable Corte y este Tribunal siguiendo una doctrina unánime, han sentado que cuandoquiera que se invoca una actuación de ley particular debe probarse, porque el Juez no está obligado a conocer sino las leyes nacionales, la Constitución, los decretos reglamentarios de la ley, expedidos por el Ejecutivo en uso de la facultad constitucional correspondiente. No está obligado a conocer los acuerdos, ni las ordenanzas, ni otras ordenaciones. Otros opinan que si bien el Juez no está obligado a conocer estas actuaciones de ley particular, bien puede aplicarlas cuando las conozca.

"En concepto de este Tribunal, tal teoría es desde todo punto de vista inaceptable. Daría como resultado una libertad incontrolada del Juez que bien podría aparentar un conocimiento de actuaciones de ley que interesan a una parte o la ignorancia de otras. Convertiría al Juez en gestor oficioso de las partes, labor psicológicamente incompatible con la función de juzgar. De otro lado, repárase en que la prueba es de suyo artificial y convencional, dentro del proceso civil.

"Como esta es la única y particular consideración que el Tribunal hará para denegar el auxilio, conviene insistir sobre este tópico."

Cita el Tribunal a continuación el concepto del doctor Alzate Noreña acerca de que cuando se trata de apoyar un derecho en una ordenanza departamental o un acuerdo municipal debe probarse la expedición y vigencia de tales actos, y concluye así:

"La ley nacional sólo refiérese a los empleados particulares como amparados por el auxilio de

cesantia. Los empleados públicos están excluidos. Sólo ordenaciones locales podrían obligar a las entidades de derecho público a tales prestaciones.

"Por esta única y particular circunstancia, el Tribunal desechará la demanda del señor Ramírez."

Considera la Corte:

No se trata aquí de ninguno de los casos taxativamente enumerados en el artículo 1º de la Ley 45 de 1939, a saber: de una controversia por accidente del trabajo, pensión de jubilación, seguro de vida obligatorio, jornales de trabajo o descanso dominical, sino de una *cesantía*, caso que, como los de vacaciones y auxilio de enfermedad, están expresamente circunscritos o limitados por la Ley 10 de 1934, a los *empleados particulares* (artículo 14).

Si determinados reglamentos o disposiciónes de carácter departamental o municipal reconocen esas mismas prestaciones sociales (como cesantías, auxilios de enfermedad y vacaciones remuneradas) o alguna de ellas, en favor de sus servidores, los casos respectivos darán lugar a las correspondientes acciones de carácter ordinario, mas no, al procedimiento verbal a que se refiere el artículo 1º de la Ley 45 de 1939, porque este procedimiento es especial para los casos allí señalados en forma taxativa.

En estos casos de procedimiento verbal, como ya lo ha resuelto esta Sala "....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 por prestaciones sociales, puedan 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 resolverlos en primera instancia."

Observándose, como se observa, que el procedimiento que se ha seguido en el presente juicio, es el verbal, debe, en consecuencia, declarar la Corte, como lo declara, que dicho juicio se ha promovido y tramitado irregularmente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, *revoca* el auto apelado y ordena que por el Tribunal *a quo* se archive el expediente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Incidente de liquidación de perjuicios

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

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá puso término al incidente sobre liquidación de perjuicios, en el juicio de Manuel Rodríguez y Ricarda Avila de Rodríguez contra la Nación, por providencia que en su parte resolutiva dispone:

"1º Acoger las conclusiones del dictamen pericial anteriormente estudiado en lo que respecta a la respuesta que dio a la pregunta tercera, o sea que no hay lugar a fijar monto de indemnización alguna especial por concepto de auxilio de Domingo de Guzmán Rodríguez para sus hermanos, o hijos de los actores por concepto de perjuicios materiales. 2º Desestimar las demás conclusiones del dictamen pericial, y en su lugar fijar como fija el Tribunal a título de perjuicios materiales las siguientes cantidades de dinero que se deben pagar a los actores, tres días después de la ejecutoria del presente fallo, por la Nación, con la advertencia de que si se hubiere hecho reclamo alguno ante el Consejo de Estado por el mismo motivo y por la misma parte actora, deben ser descontadas: a) A Manuel Rodríguez, mayor de edad y vecino de Susa, como monto de indemnización por los perjuicios materiales recibidos en su condición de padre legítimo con motivo de la muerte de su hijo Domingo de Guzmán Rodríguez la suma de dos mil veintiún pesos, treinta centavos ($ 2.021.30). b) A Ricarda Avila de Rodríguez, mayor de edad y vecina de Susa, como monto de indemnización de los perjuicios materiales recibidos en su condición de madre legítima, con motivo de la muerte de su hijo Domingo de Guzmán Rodríguez, la suma de tres mil ciento cincuenta y un pesos, treinta centavos ($ 3.151.30)."

De la decisión proferida por el Tribunal apelaron el demandante y el demandado, por medio de sus representantes en el juicio, por lo cual el asunto vino a la Corte, donde recibió el trámite legal.

* * *

Durante la primera instancia del incidente sobre liquidación se produjeron ante el Tribunal, como únicas pruebas, dos declaraciones, de Alfredo Cristancho y Senén Cristancho, y un dictamen pericial de avalúo de perjuicios. Tanto las declaraciones como el avalúo se refieren al jornal que Domingo de Guzmán Rodríguez ganaba como pintor-albañil y a las sumas que de ello aplicaba a la sustentación personal y a la de sus padres; el dictamen de los peritos, con base en las últimas declaraciones recibidas, de que se ha hecho mérito, y en las que se habían allegado en las instancias del juicio ordinario, hace la estimación del monto de los perjuicios. El Tribunal, como se ha visto, admitió una de las conclusiones periciales, la de que no hay lugar a fijar el monto de indemnización separada por concepto de auxilio de Domingo de Guzmán Rodríguez a sus hermanos, sino solamente a la que corresponde a los padres de la víctima del siniestro, en quienes se hallan indirectamente representados los otros hijos; y desestimó las demás conclusiones a que llegaron los avaluadores, sobre fijación de unas cantidades por perjuicios a favor de los demandantes, y en su lugar el Tribunal entró directamente a fijar la indemnización. Conviene por tanto ver las razones que tuvo para abstenerse de admitir las conclusiones sobre avalúo a que llegaron los peritos y los fundamentos para señalar de modo directo el valor del perjuicio.

Refiriéndose el Tribunal a los testimonios aducidos como prueba se expresa así:

"Ellos nos dicen que Domingo de Guzmán Rodríguez era maestro albañil-pintor de casas, y en cuanto al valor de su jornal diario Belarmina de Rodríguez se expresa así: 'Y es igualmente cierto que en dicha profesión ganaba un jornal diario que fluctuaba entre tres y cuatro pesos, afirmación que hago con seguridad por la circunstancia de vivir dicho señor Domingo de Guzmán Rodríguez en la misma casa de nosotros en donde comía y le veíamos su ropa.' Leopoldo Rodríguez depuso en sentido igual, pero respecto al motivo por el cual tuvo conocimiento, lo indicó (sic) a que vivían juntos, es decir, con Domingo de Guzmán Rodríguez y a que fueron compañeros de trabajo. En el mismo sentido

depuso Velásquez explicando como causa de su conocimiento, que vivió también en la casa de Belarmina y Leopoldo Rodríguez. Todos tres testigos son contestes en afirmar que el jornal que éste ganaba lo enviaba a sus padres y hermanos, a Susa donde vivían, la mayor parte, 'dejando para él únicamente lo necesario para sus gastos personales'. Haciendo la crítica legal correspondiente a los tres testimonios enunciados se tiene: Que Belarmina de Rodríguez y Tomás Velásquez no dan como razón de sus testimonios el que hubieran presenciado y que por esto les constara personalmente que Domingo de Guzmán Rodríguez efectivamente hubiera ganado un jornal diario entre tres y cuatro pesos sino que achacan la causa de su conocimiento a que vivían con él, lo cual permite inferir que ese conocimiento lo originó el que el mismo Domingo de Guzmán Rodríguez se lo hubiera referido a ambos deponentes; que sólo Leopoldo Rodríguez es quien afirma que su conocimiento lo obtuvo por haber sido compañero de trabajo de Domingo de Guzmán Rodríguez. Y respecto a la cuantía que éste les enviara a sus padres y hermanos como participación de su jornal para auxiliarlos, el testimonio de todos tres testigos es vago e incierto porque no expresan cantidad ninguna fija. Pero no es esto solo, sino que en relación a que la profesión fuera de maestro-albañil y pintor de casas es impreciso el testimonio de los tres testigos, pues, sabido es que un maestro-albañil de esta ciudad es de varias categorías: maestro director de construcciones, maestro albañil de segunda clase u oficial, y finalmente, simplemente albañil. Que los pintores albañiles son también de varias jerarquías: así hay pintores de brocha gorda y enlucidores de pintura ordinaria o al temple; y pintores al óleo o de pintura fina, etcétera. Los testigos no deponen en qué obras o pertenecientes a qué personas, ni en qué épocas o tiempo presenciaron que hubiera trabajado Domingo de Guzmán Rodríguez; ni determinaron en qué lapsos hubiera ganado $ 4 y en cuáles otros $ 3; en qué clase de trabajos se le hubiera ocupado, en qué categoría se le hubiera aceptado, etc., etc., para en vista de toda esta clase y conjunto de circunstancias no vacilar el juzgador para apreciar el grado de verosimilitud de los testigos como la certeza de sus afirmaciones. La flojedad de los testimonios analizados como su deficiencia no puede ser más grande. Otro tanto cabe decir respecto a los testimonios de Alfredo Cristancho y Senén Cristancho producidos dentro del término probatorio del incidente."

Y más adelante el Tribunal dice:

"Los peritos expresamente anotan que tomaron en cuenta los testimonios de Leopoldo Rodríguez, Belarmina P. de Rodríguez y Tomás Velásquez, para hacer la fijación de que el salario promedial diario sería de tres pesos cincuenta centavos ($ 3.50). Y tal testimonio sería aceptable para el Tribunal si los testimonios de los testigos expresados no presentaran las fallas que se hicieron valer en la parte correspondiente a la crítica legal de la prueba testimonial en que los peritos se fundaron, pues conforme a la flojedad de esa prueba, a la falta de certeza con que declararon por haber omitido todas las circunstancias indicadas en las glosas que el Tribunal ha hecho valer, tan caprichoso es aceptar que la víctima ganaba cuatro pesos diarios ($ 4) como caprichoso sería decir que ganaba tres, y todavía más caprichoso fijar dos pesos para su sustento personal, como un peso cincuenta centavos o un peso nada más, y así en ese orden para señalar la suma con que diariamente proveyera en parte al sustento de sus padres y hermanos. La vida para un obrero en el campo y para un Municipio como Susa es de un costo notoriamente más bajo que en Bogotá donde tiene que pagar habitación, mejor vestido y alimentación más cara. Luego no es verosímil y no es aceptable que Domingo de Guzmán Rodríguez en el supuesto de que ganara $ 3 y $ 4 enviara $ 2 y $ 2.50 o $ 3 y dejara para sí sólo $ 1. De la confrontación de todas estas fallas que presentan los testimonios que los peritos tomaron como fundamento para hacer sus cálculos y deducir las conclusiones de su dictamen, cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, fuera de ser uniforme, ha de ser explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, y como el fundamento allegado por la prueba testifical que adoptaron los peritos Murcia y Gaitán no ofrece el mérito probatorio de plena prueba sobre el valor diario del salario y el valor de lo que la víctima pasaba a sus padres, se abre el campo al Tribunal para con los elementos de juicio aportados, que permitan inferir, presumir al menos, ya de los mismos testimonios, ó la del dictamen mismo para fijar como fija que el salario fuera de $ 3 diarios y lo que recibieran los actores como auxilio diario fuera un peso cincuenta centavos ($ 1.50), pues Domingo de Guzmán Rodríguez para subvenir en Bogotá a sus necesidades no podía dejar menos de $ 1.50, y entonces se tiene que lo que los actores recibirían de auxilio serían $ 1.50 diarios."

Está de acuerdo la Corte con la crítica que el Tribunal le hace a los testimonios aducidos como prueba y que lo llevan en su fallo a desestimarlos, aunque no comparte la conclusión a que llega cuando por la debilidad de la prueba testimonial desestima el dictamen de los peritos y entra directamente a fijar el monto del perjuicio que estima justo. Esto último es arbitrario,

porque si la prueba testimonial, en la que a su vez se basa el avalúo, es ineficaz, este último carece, por la misma causa, de una debida fundamentación; y si los testimonios ni el avalúo de los peritos son susceptibles de producir efecto como elementos de prueba, la estimación hecha por el Tribunal carece de apoyo en el proceso. La conclusión a que ha de llegarse es distinta.

Observa la Sala cómo el acervo probatorio del expediente no sufrió modificación alguna importante durante el término del incidente de liquidación. Los únicos testimonios recibidos en ese lapso en modo alguno constituyen elementos nuevos que permitan a la Corte considerar que la prueba que encontró deficiente cuando falló el juicio ordinario haya cambiado favorablemente a los intereses de los demandantes. Conviene examinar sus partes pertinentes:

"4º Yo conocí de vista, trato y comunicación a Domingo de Guzmán Rodríguez quien trabajaba como pintor y por las mismas relaciones me consta que era magnífico miembro de familia y que de lo que ganaba con su trabajo que era un jornal diario de cuatro pesos, la mayor parte lo destinaba para suministrárselo a sus padres para que atendieran a sus propias necesidades y a las de sus pequeños hermanos; esto último lo supe porque así me lo refirieron el propio Domingo de Guzmán Rodríguez y sus padres." (Declaración de Alfredo Cristancho).

"4º Conocí de muchacho en la población de Susa a Domingo de Guzmán Rodríguez hijo legítimo de Manuel Rodríguez y Ricarda Avila; luégo lo traté y vi aquí en Bogotá, frecuentemente trabajando como maestro en albañilería y pintura, componía casas. Por ese conocimiento y trato me consta que el mencionado Domingo de Guzmán Rodríguez destinaba el fruto de su trabajo a su propia subsistencia y a la de sus padres. El dejaba aquí para sus gastos y lo demás que ganaba se lo enviaba a sus padres porque era magnífico hijo, persona de muy buenas condiciones. El dinero fruto de su trabajo que Rodríguez consumía siempre era menor que el que enviaba a sus padres, pues él para sus gastos sólo quitaba lo indispensable."

Estas declaraciones simplemente repiten, con la vaguedad anotada por el Tribunal, los hechos afirmados por los primeros declarantes. Los reparos formulados por el Tribunal le son aplicables. Y ellos dejan en pie la omisión, también observada, de la ausencia de la prueba específica y directa, que podría ser las certificaciones de las empresas a quienes venía prestando sus servicios de pintura y albañilería Domingo de Guzmán.

Sobre el valor probatorio de los testimonios mencionados expresa lo que sigue el apoderado de los demandantes:

"Leopoldo Rodríguez dice que fue compañero de trabajo de Domingo de Guzmán Rodríguez, vivió con él, y en su casa le suministraban la alimentación y le atendían las demás necesidades personales. ¿Quién puede dudar que un compañero de trabajo no sepa qué gana y qué hace su compañero? Si a lo anterior se agrega que el testigo convivía con Domingo de Guzmán Rodríguez, a quien se le atendía en su propia casa ¿por qué se ha de poner en duda que en esta intimidad de familia se ignore cuánto ganaba Domingo de Guzmán Rodríguez y qué hacía con el dinero producto de su trabajo? A nadie se le oculta que en la intimidad de vida que llevaban los testigos con Domingo de Guzmán Rodríguez, vieron a diario lo que éste ganaba, el dinero que tenía en su poder y la forma como lo gastaba. Las observaciones precedentes son aplicables a los otros dos testimonios, o sea a lo declarado por Belarmina Rodríguez y Tomás Velásquez."

Esta argumentación, en concepto de la Sala, no es bastante a demostrar que los testimonios comentados tienen la fuerza probatoria que pretende el señor apoderado de los actores. Evidentemente, como él lo observa, la vida en común de varias personas las coloca de ordinario en situación de tener un recíproco conocimiento de las circunstancias económicas en que se desenvuelven las actividades de las otras cuyo trato se frecuenta. Sin embargo, ello solo no es razón necesaria para que en la realidad ese conocimiento, acerca de tales circunstancias, se produzca siempre. Y por tanto, para que la regla general tenga aplicación, con aceptables perspectivas de verosimilitud y certeza de que no se está en presencia de esos otros casos —de aquellos en que aun viviendo en común varias personas las unas ignoran las circunstancias de orden económico en que las demás actúan— es preciso que se complete el dicho de los declarantes, si ello es posible y natural, como en el presente caso, con comprobaciones colaterales. Leopoldo Rodríguez afirma haber sido compañero de trabajo de Guzmán Rodríguez, pero no dice en qué obras, en qué tiempo ni a qué personas prestaron o prestaban sus servicios. Esto hace sospechoso su testimonio, porque es lo natural que quien depone en un caso como el de Leopoldo Rodríguez, para dar seguridad o respaldo a sus afirmaciones las acompaña, como es común cuando una persona refiere a otras situaciones como la afirmada por Leopoldo, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se han producido los hechos en que le ha tocado intervenir. Y si Leopoldo Rodríguez guardó silencio sobre estas circunstancias, a los demandantes correspondía traer a los autos esos elementos que naturalmente debían completar la prueba, los que echó de menos el Tribunal y

que la Corte considera indispensables para robustecer la debilidad de los testimonios aducidos.

Y como las declaraciones a que se ha hecho mención son las únicas que sirven de apoyo al dictamen de los peritos, es claro, como ya se expresó, que dicho experticio no tiene la debida fundamentación, y que por lo mismo carece de valor probatorio. El Tribunal desestimó acertadamente el avalúo, pero haciendo, como él mismo lo expresa "el esfuerzo de equidad de procurar la reparación buscada dentro de lo más aproximado a lo justo y lo legal", entró a fijar él mismo, con prescindencia del avalúo, el monto de la indemnización. No está de acuerdo la Corte con esta conclusión del Tribunal, plausible en el campo de la equidad, pero injurídica a la luz de las normas y los principios que regulan en nuestro derecho positivo la comprobación de los hechos que se presentan en los litigios como base de la acción, y cuya prueba corresponde a quien demanda.

Está conforme la Sala con lo que en particular expone el señor Procurador Delegado en lo Civil en los siguientes pasajes de su alegato:

"El Honorable Tribunal critica acertadamente el valor probatorio de los testimonios allegados a los autos, mostrando su imprecisión, su falta de concordancia, la ausencia de un claro respaldo a las respuestas, concluyendo que 'tan caprichoso es aceptar que la víctima ganaba cuatro pesos diarios como caprichosos (sic) sería decir que ganaba tres, y todavía más caprichoso fijar dos pesos para sustento personal, como un peso cincuenta centavos o un peso nada más'. Sin embargo, incurriendo en la misma arbitrariedad que censura el Honorable Tribunal fija, sin ninguna base probatoria, en tres pesos el salario diario devengado por la víctima Domingo de Guzmán Rodríguez y en un peso cincuenta centavos la participación diaria enviada por aquél a sus padres. ¿Por qué estimar que el señor Domingo de Guzmán Rodríguez devengaba tres pesos diarios? ¿Por qué hallar demostrado que enviaba a sus padres la mitad de tal cantidad? El Honorable Tribunal no lo dice. Ni son aquellos hechos que se hallen acreditados en los autos. En asuntos como éste, la carga de la prueba corresponde en su totalidad a la parte demandante; si no suministró la prueba, es culpa suya y debe sufrir las consecuencias. Debe advertirse, además, que suministrar una prueba de esta naturaleza es extremadamente sencillo, con declaraciones de los jefes de trabajo de la víctima, con planillas de trabajo, lo primero, y lo segundo, con el envío periódico de las sumas que se dice enviaba la víctima a sus padres. Si estas pruebas no obran en el informativo, ello es muy significativo y en ningún caso es dable aceptar que esa ausencia de prueba se vuelva en contra de la parte demandada y en beneficio de los demandantes que han debido suministrarla.... ¿Qué sucede entonces? ¿Cuál es la única solución posible cuando, habiendo sentencia definitiva no se puede fijar la cuantía de la indemnización? La Honorable Corte lo ha dicho ya en varias ocasiones. En tales hipótesis debe absolverse definitivamente a la parte demandada, ya que si no es posible fijar el monto de la indemnización, ello se debe a culpa o impericia de la parte demandante, la cual debe sufrir los efectos. En el juicio ordinario seguido por Rómulo Peñuela contra la Nación, la Honorable Corte Suprema dijo: 'Así, hecha la condena de 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 la liquidación, que debe ser motivada, los allegue la parte vencida, pensando que 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*.... (Subraya la Procuraduría). Y en realidad esta es la única posible. Por lo demás, es evidente que ésta es, precisamente, la situación planteada en el caso de autos. Baste observar que después de proferida la sentencia de la Honorable Corte Suprema, la parte demandante no presentó, dentro del incidente respectivo, prueba alguna válida y suficiente para que el juzgador pudiera justipreciar los perjuicios. En efecto, las únicas pruebas allegadas han sido dos declaraciones testimoniales, también inconexas y sin respaldo en sus afirmaciones, y un dictamen pericial desprovisto de fundamento. Ya el Honorable Tribunal hizo la crítica de estos dos medios probatorios y en el punto que actualmente nos interesa los halló insuficientes e imposibles de acoger. Debe, pues, considerarse que los demandantes no presentaron la prueba que, implícitamente, se les exigió con el fallo de la Honorable Corte y, por tanto, aplicando la doctrina antes expuesta, debe librarse definitivamente a la Nación. De lo contrario sería tanto como estimar que la Honorable Corte sí tenía fundamento suficiente para dictar

su sentencia de segunda instancia para fijar la indemnización, y no quiso hacerlo; fijarla ahora sin nuevos medios probatorios aceptables es atacar directamente aquella sentencia de la Honorable Corte y caer en una contradicción evidente. De esta manera la conclusión lógica y jurídica en este caso debe ser la liberación completa de la parte demandada."

También en otro incidente sobre liquidación de perjuicios, en la demanda de Cecilio Martínez y María Antonia Barbosa de Martínez contra la Nación, esta Sala de la Corte, en auto de treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, declaró por razones análogas, como aquí lo declara, que la estimación de los peritos "carece de apoyo en la realidad probatoria del juicio y por ende no es admisible y no la admite la Corte".

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, *revoca* la providencia que fue objeto del recurso de apelación y en su lugar *absuelve* a la parte demandada del pago de los perjuicios cobrados en el incidente de liquidación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Se revoca el auto anterior

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, cinco de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Solicita el señor apoderado de los actores reposición del auto proferido por esta Sala el 28 de febrero último, en el que se falló el incidente sobre liquidación de perjuicios en el presente pleito seguido por Manuel Rodríguez y Ricarda Avila contra la Nación. La providencia a que el recurso se refiere absuelve al demandado del pago de los perjuicios, por no haberse establecido la cuantía de los mismos.

* * *

La demanda ordinaria contenía estas peticiones:

"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 12 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 conyugar 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.

"Cuarto. 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."

El Tribunal absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda, porque estimó que la defunción de la víctima del siniestro no aparecía legalmente acreditada en los autos.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que revocó la de primera instancia se dijo lo que aquí se copia:

"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 Guzmán 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 condena en cifras determinadas, con aplicación del procedimiento señalado para estos casos por el Código Judicial, artículo 553."

La parte resolutiva del fallo mencionado de la Corte dispuso:

"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 el día 24 de julio 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 aquéllos se fijará por el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial.

"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."

En el incidente de liquidación se produjo ante el Tribunal un dictamen pericial para estimar el monto del perjuicio, y en la providencia que le puso término al trámite de la primera instancia se resolvió:

"1º Acoger las conclusiones del dictamen pericial anteriormente estudiado en lo que respecta a la respuesta que dio a la pregunta tercera, o sea a que no hay lugar a fijar monto de indemnización alguna especial por concepto de auxilio de Domingo de Guzmán Rodríguez para sus hermanos, o hijos de los actores por concepto de perjuicios materiales.

"2º Desestimar las demás conclusiones del dictamen pericial, y en su lugar fijar como fija el Tribunal a título de perjuicios materiales las siguientes cantidades de dinero que se deben pagar a los actores, tres días después de la ejecutoria del presente fallo, por la Nación, con la advertencia de que si se hubiere hecho reclamo alguno ante el Consejo de Estado por el mismo motivo y por la parte actora, deben ser descontadas:

"a) A Manuel Rodríguez, mayor y vecino de Susa, como monto de indemnización por los perjuicios materiales recibidos en su condición de padre legítimo con motivo de la muerte de su hijo Domingo de Guzmán Rodríguez la suma de dos mil veintiún pesos, treinta centavos ($ 2.021.30). A Ricarda Avila de Rodríguez, mayor de edad y vecina de Susa. como monto de indemnización de los perjuicios materiales recibidos en su condición de madre legítima, con motivo de la muerte de su hijo Domingo de Guzmán Rodríguez, la suma de tres mil ciento cincuenta pesos, treinta centavos ($ 3.150.30)."

La providencia reclamada absolvió a la Nación del pago de los perjuicios por haberse desestimado como prueba el avalúo pericial, considerándose que no tuvo apoyo en la realidad probatoria del juicio. En la parte pertinente del auto que se revisa expresó la Sala las razones que la llevaron a estimar, en acuerdo con el Tribunal que las declaraciones de testigos que desde el fallo del juicio ordinario encontró la Corte ineficaces como prueba del *quantum* del daño no acreditan los hechos que sirvieron de apoyo a las deducciones de los peritos.

* * *

Ha de observarse, en primer lugar, que la circunstancia de haberse hecho ya por la Corte una condena en abstracto habrá de influir en la conclusión a que se llegue respecto a la regulación de los perjuicios.

La sentencia que puso término al juicio ordinario condenó *in genere* a la Nación al resarcimiento de los perjuicios, dejando para una liquidación ulterior la fijación del monto de ellos. Esta situación jurídica declarada sirve de punto de partida al incidente regulatorio, es decir, que ha de tomarse como base necesaria la de que una sentencia declaró ya que se ha causado un quebranto económico que debe indemnizarse a los demandantes.

Con este criterio ha de expresar la Sala su parecer sobre el recurso que se decide, a lo cual procede después de una revisión detenida y cuidadosa de todos los elementos probatorios que obran en el expediente, tanto en el juicio principal como en el incidente de regulación, de sus propias razones ya manifestadas, las del Tribunal, las del señor Procurador Delegado en lo Civil y las que propone el señor abogado reclamante.

Es evidente para la Sala que debiéndose pronunciar una decisión reguladora de los perjuicios, que sea la consecuencia de la condenación en abstracto ya proferida, el criterio de severidad que se empleó por el Tribunal y por la Corte al hacer el análisis de la prueba en el presente incidente no armoniza con la naturaleza propia del actual pronunciamiento; en él debe tener una mayor amplitud para no ir al extremo de declarar la inexistencia de unos perjuicios a cuyo pago se había condenado en abstracto.

De los testimonios que obran en el proceso resulta la comprobación requerida para que se acepten estos hechos, en cuanto a perjuicios se refiere: que Domingo de Guzmán Rodríguez era pintor-albañil, que trabajaba en Bogotá en asuntos de su profesión y que remitía a su padres algunas cantidades de dinero. Tales hechos se demuestran mediante la relación que guardan entre sí los testimonios de Tomás Velásquez, Leopoldo Rodríguez y Senén Cristancho. El primero afirma:

"Es verdad que conocí de vista, trato y comunicación al señor Domingo de Guzmán Rodríguez, hijo legítimo de Manuel Rodríguez y Ricarda Avila, por haber trabajado con él;.... me consta a ciencia cierta que su profesión era la de maestro en albañilería y pintura de casas e igualmente me consta que en dicha profesión ganaba un jornal diario que fluctuaba entre tres y cuatro pesos, circunstancias éstas que afirmo, pues yo vivía en la casa del matrimonio Rodríguez-Pinzón, en donde también vivía Domingo de Guzmán Rodríguez;.... me consta que.... del jornal que ganaba como maestro albañil en Bogotá, les enviaba para el sostenimiento de sus padres y de sus hermanos, domiciliados en Susa, la mayor parte de su jornal, conservando él solamente lo necesario para sus gastos personales."

El segundo expresó:

"Que por el conocimiento personal y completo que tuvimos de dicho señor Domingo de Guzmán Rodríguez, me consta a ciencia cierta que la profesión de él era la de maestro en albañilería y pintura de casas, como también es cierto que en dicha profesión ganaba el señor Guzmán Rodríguez un jornal diario que fluctuaba entre tres y cuatro pesos, circunstancia ésta que afirmo porque como ya lo dije éramos compañeros de trabajo y vivíamos juntos."

El tercero manifestó:

"Conocí de muchacho en la población de Susa a Domingo de Guzmán Rodríguez y Ricarda Avila; luégo lo traté y vi aquí en Bogotá, frecuentemente trabajando como maestro en albañilería y pintura, componía casas. Por ese conocimiento y trato me consta que Domingo de Guzmán Rodríguez destinaba el fruto de su trabajo a su propia subsistencia y a la de sus padres y hermanitos. El dejaba aquí para sus gastos y lo demás que ganaba se lo enviaba a sus padres porque era un magnífico hijo, persona de muy buenas condiciones. El dinero fruto de su trabajo que Rodríguez consumía siempre era menor que el que enviaba a sus padres, pues él para sus gastos sólo quitaba lo indispensable."

La Sala ha encontrado, desde el primer examen que hizo de los autos, comprobados los hechos que ya se indicaron: que Domingo de Guzmán Rodríguez era pintor albañil, que trabajaba en Bogotá en asuntos de su profesión y que enviaba a sus padres algunas cantidades de dinero. No ha considerado, hasta ahora, que se encuentre comprobada satisfactoriamente la cuantía del apoyo económico prestado por la víctima del siniestro a sus padres; y al referirse a este aspecto notó cómo eran débiles los testimonios que de modo así, tan desprovisto de circunstancias relacionadas con el hecho afirmado, indican concretamente la cuantía; y dijo la Sala que la veracidad de declaraciones como las que se comentan depende de ordinario de lo que ellas mismas afirman y de otras comprobaciones colaterales que les den apoyo, las que se echan de menos en el presente caso, pues se ignora en absoluto en qué obras de construcción y a qué personas prestaba De Guzmán Rodríguez sus servicios.

Sin embargo, esta deficiencia, más notoria cuando el análisis de la prueba se hace sin que se haya proferido aún una sentencia de condena en abstracto, como la que se dictó ya en el presente pleito, es de menor importancia y menos perjudicial al demandante cuando éste ha obtenido un fallo condenatorio que admite como válidas y bastantes las declaraciones allegadas para la prueba de la existencia del daño; el criterio en tales casos ha de ser de menor severidad. Las declaraciones de que se trata no dejan duda alguna de que realmente Guzmán Rodríguez ganaba emolumentos en su profesión de albañil y pintor y que de ellos remitía una parte a sus padres; la dificultad está en admitir la cuantía que esos testimonios señalan. Mas habiéndose aceptado el valor probatorio de ellos en los demás puntos que comprenden, y por la natural amplitud que ha de emplearse al estimarlas, en razón de los motivos expuestos, debe admitirlos también la Sala en la parte referente a las cuantías que indican, sobre el jornal devengado por Domingo y lo que él enviaba a sus padres.

Está de acuerdo la Corte con el Tribunal en las consideraciones que hace para estimar que los peritos no se ajustaron a la realidad al apreciar que Domingo de Guzmán Rodríguez, a quien le calculan un salario diario de $ 3.50, enviaba de esta cantidad $ 2.00 a sus padres e invertía lo demás en sus propias necesidades; pues, como el Tribunal lo anota, la vida cara de la ciudad impone mayores gastos que la de las poblaciones, y por consiguiente es lo natural que la cifra mayor correspondiera a lo que gastaba Domingo y la menor a lo que remitía a sus padres. Además observa la Corte que generalmente los hijos atienden a las necesidades de sus progenitores pero al propio tiempo se ocupan de las suyas propias y de formar para ellos un ahorro o capital, consideración que robustece la que ha expuesto el Tribunal.

Pero de que todo esto sea así no se deduce que el dictamen pericial haya de ser desechado. La estimación de los peritos debe respetarse, pues ya se ha dicho que se admiten las declaraciones que dan noticia de que Domingo de Guzmán Rodríguez obtenía un salario de tres o cuatro pesos diarios; luego los peritos aparecen ajustados a la base que suministran los testimonios cuando estiman que el salario que devengaba Domingo era de $ 3.50 por día. La Corte ha de acoger tal apreciación, aunque acomodándola a la realidad anotada, de que lo que se reservaba el obrero era mayor que lo que enviaba a sus padres; que él consumía y conservaba dos pesos de su jornal diario y remitía un peso con cincuenta centavos a sus progenitores. Por esta vía se llega a una conclusión que coincide, para los fines de la indemnización, con la que contempló y reguló el Tribunal, partiendo de la base de un auxilio de $ 1.50 diarios a los actores, o sea $ 0.75 para cada uno.

Los cómputos que hace la providencia del Tribunal, con la base apuntada, son exactos y es oportuna la aplicación que allí se hizo también de la tabla que ha venido empleando la Corte para calcular lo que ha de pagarse por anticipado cuando se entrega de una sola vez el mon-

lo de varias prestaciones sucesivas. Mas como aquella decisión no distinguió entre las prestaciones ya causadas y las futuras, para no deducir a las primeras intereses y sí a las segundas, como así lo imponen la equidad y la lógica, habrán de modificarse las cifras fijadas por el Tribunal con el objeto de que la reducción de intereses opere en el futuro y no sobre el pasado. Las prestaciones ya debidas deben reconocerse sin deducción alguna, sumando simplemente lo que corresponda a las anualidades vencidas. Como las tablas *(Gaceta Judicial,* tomo LV, página 119), están hechas para cómputos de anualidades, a fin de simplificar los cálculos, considera la Corte que los saldos de meses o de días, que no alcancen a un año, deben liquidarse sumando tan sólo las mensualidades o lo que corresponda a los días, sin hacer la deducción de intereses. A una prestación de $ 0.75 diarios corresponden al mes $ 22.50 y al año $ 270.00. Si se aplican estas cifras al cómputo de las indemnizaciones a Manuel Rodríguez y a Ricarda Avila se tiene:

A Manuel Rodríguez:

Supervivencia apreciada por los peritos: 10 años, 2 meses y 2 días.

Anualidades vencidas: 6 años menos 1 mes en números redondos, corridos desde el 24 de julio de 1938 hasta hoy, dan 71 meses, o sea 71 mensualidades, que a $ 22.50 cada una dan a su vez la cifra de ..... $ 1.597.50

Anualidades futuras: 4 años, 1 mes y 2 días. Multiplicando la cifra de 3.465 que corresponde en la tabla a 4 años y a $ 1.00 por año, por $ 270.00 monto de cada anualidad, se obtiene la cantidad de $ 1.035.00, y agregando a éstos la de $ 24.00, valor del mes y los días, se llega a la cifra total en el concepto de prestaciones futuras, de 1.061.00

Y sumando el valor de las anualidades vencidas y el de las futuras, la cifra global de indemnización a Manuel Rodríguez es la de dos mil seiscientos cincuenta y ocho pesos con cincuenta centavos 2.658.50

A Ricarda Avila:

Supervivencia apreciada por los peritos: 20 años, 2 meses, 4 días.

Anualidades vencidas: 6 años, menos 1 mes, en números redondos, corridos desde el 24 de julio de 1938 hasta hoy, dan 71 meses, o sea 71 mensualidades, que a $ 22.50 cada una dan a su vez la cifra de 1.597.50

Anualidades futuras: 14 años, 3 meses y 4 días. Multiplicando la cifra 9.295, que corresponde en la tabla a 14 años y a $ 1.00 por año, por $ 270 monto de cada anualidad, se obtiene la cantidad de $ 2.509.65, y agregando a éstos la de $ 70.50, valor de los meses y los días restantes, se llega a la cifra total, en el concepto de prestaciones futuras, de 2.580.15

Y sumando el valor de las anualidades vencidas y el de las futuras, la cifra global de indemnización a Ricarda Avila es de cuatro mil ciento setenta y siete pesos con sesenta y cinco centavos 4.177.65

* * *

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, *revoca* el auto dictado el 28 de febrero último y modifica en los siguientes términos la parte resolutiva de la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que fue objeto de la apelación:

Primero. Fíjase así el monto de los perjuicios materiales que la Nación debe pagar a los actores en este pleito: a) A Manuel Rodríguez la cantidad de dos mil seiscientos cincuenta y ocho pesos cincuenta centavos ($ 2.658.50) moneda legal; y b) A Ricarda Avila de Rodríguez la cantidad de cuatro mil ciento setenta y siete pesos con sesenta y cinco centavos ($ 4.177.65) moneda legal.

Segundo. De las anteriores cantidades debe descontarse lo que los demandantes hayan recibido en virtud de reconocimiento de auxilio hecho por el Consejo de Estado.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Incompetencia de la Corte para conocer una consulta

La Corte ha declarado en varias sentencias la inaplicabilidad del artículo 3º del Decreto número 1282 de 1943, y su incompetencia para conocer y fallar sobre estos negocios cuando se trata de consultas de los respectivos fallos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, catorce de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Ante el Tribunal Superior de Bogotá, el señor Gustavo A. Palomares, solicitó que se decretara a su favor una pensión vitalicia de jubilación, por la suma de sesenta y siete pesos, sesenta centavos ($ 67.60) moneda corriente mensuales, con fundamento en las disposiciones de la Ley 22 de 1942.

El catorce de febrero del presente año, el Tribunal resolvió favorablemente la petición formulada por el actor y a solicitud de éste ordenó se consultase su decisión ante esta Superioridad, de conformidad con el artículo 3º del Decreto ejecutivo número 1282 de 1943, que ordenó dicho recurso para esta clase de sentencias cuando no se interpusiera el de apelación por el señor Fiscal o por el interesado. Pero esta Sala de la Corte en varias sentencias ha declarado ya, la inaplicabilidad del artículo mencionado y su incompetencia para conocer y fallar sobre estos negocios, cuando se trata de consultas de los respectivos fallos. Para ello tuvo en cuenta que lo dispuesto en el precitado artículo 3º es contrario a lo estatuído por el artículo 10 de la Ley 22 de 1942, por cuanto según esta disposición los fallos sobre pensiones dictados por los Tribunales pueden revisarse por la Corte en virtud de apelación; mientras que el tántas veces citado artículo 3º dispone que deben consultarse. Asimismo se anotó que las atribuciones jurisdiccionales y de competencia emanan siempre de la ley y no de resoluciones y decretos del Organo Ejecutivo si éste no está expresamente autorizado para dictarlos.

Son suficientes las razones anteriores para resolver que es inútil la tramitación de la consulta ordenada por el Tribunal Superior de Bogotá en el presente juicio, y, por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, declara su incompetencia para conocer y decidir sobre el respectivo recurso.

En consecuencia, la providencia proferida por el Tribunal, por estar ejecutoriada, debe cumplirse.

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

José M. Blanco Núñez, Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Representación en juicios de los Ferrocarriles Nacionales

De conformidad con el Decreto-ley número 1842 de 1943, que interpretó el Decreto legislativo número 420 del mismo año, y de acuerdo también con el artículo 2º del Decreto-ley número 2645 de 1943, en juicios vinculados a actividades férreas la actuación debe adelantarse con citación y audiencia del Administrador de los Ferrocarriles Nacionales en vez de los Agentes del Ministerio Público. Si así no se hace se incurre en nulidad.

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

(Magistrado ponente, doctor Víctor Cock).

Por auto de primero de febrero del año en curso, ordenó la Sala poner en conocimiento del señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales la causal de nulidad consistente en haberse seguido la tramitación con audiencia de los Agentes del Ministerio Público cuando ha debido adelantarse con citación y audiencia del señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales.

La referida causal de nulidad sobre ilegitimidad de la personería en la representación de la parte demandada (artículo 448 del Código Judicial) que fue puesta, mediante notificación personal, en conocimiento del señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, no fue allanada por dicho funcionario, quien, por el contrario, expresamente declaró no allanarla.

Aparece en efecto de autos que la demanda incoada por el señor José J. Fernández contra la Nación por perjuicios causados por empleados de los Ferrocarriles Nacionales, en territorio de la carretera Armenia-Ibagué, fue notificada al señor Fiscal del Tribunal de Pereira, según lo indicado en la demanda, en lugar de serlo al representante de los Ferrocarriles Nacionales, o sea al Administrador de dichos Ferrocarriles.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que sólo a partir de la vigencia del Decreto-ley número 1842 de 1943, que expresamente declaró interpretar el Decreto también con carácter legislativo número 1420 del mismo año de 1943, quedó establecido de una manera inequívoca, antes sólo existían controvertidas doctrinas jurisprudenciales al respecto, ser el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales el representante legal de la Nación en asuntos como el presente, vinculado a las actividades de dichas empresas férreas, en lugar de serlo el Agente del Ministerio Público.

Se observa que este nuevo período, es decir, a partir del 19 de julio de 1943 en adelante, y por cuanto el Decreto (número 1420) interpretado entró a regir en dicha fecha que, en general, es la que debe tenerse en cuenta, ya que a ella retrotrae el posterior que lo interpretó, según los principios que gobiernan estos casos de interpretación de leyes (artículos 14 del Código Civil y 58 del Código Político y Municipal), fue un período en el cual sólo ocurrió en el presente negocio una actuación, la consistente en el auto de nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, en el cual se citó para sentencia y se señaló día para la audiencia pública, auto que fue notificado al señor Procurador Delegado en lo Civil, en lugar de haber hecho tal notificación al señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales según la anotación anterior; y de ahí que la nulidad de ilegitimidad de la personería que se ordenó poner en conocimiento de las partes y que no allanó el señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, sólo debe cubrir la actuación comprendida a partir de la mencionada fecha del 19 de julio de 1943, fecha de la publicación en el *Diario Oficial* del Decreto número 1420 de 1943, y que corresponde al de su vigencia según lo estatuído en el artículo 8º de ese mismo Decreto.

Y habrá de continuarse la actuación en este juicio con el señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, ya que, por otra parte, con posterioridad a los Decretos-leyes que se dejan mencionados, fue expedido otro Decreto-ley, el número 2645 de 30 de diciembre de 1943, cuyo artículo 2º es también categórico acerca de la legítima representación en estos casos por parte del señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales.

Dicho precepto está, en efecto, concebido así:

"Artículo 2º El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales disfrutará de las pre-

rrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General; ejercerá todas sus funciones con una completa independencia y tendrá la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades, y en toda suerte de diligencias. actuaciones y juicios, gozando en materias judiciales y administrativas, de todos los privilegios concedidos a la Nación."

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, invalida este juicio a partir del auto de nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, dictado en esta segunda instancia y retrotrae el juicio al estado de dictar nuevo auto sobre citación para sentencia y señalamiento de día para la audiencia pública.

Se hace la condenación en costas de que trata el inciso 2º del artículo 458 del Código Judicial.

Esta providencia debe serle notificada al señor Procurador Delegado en lo Civil, así como al señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales.

Con este último se continuará luégo el juicio.

Notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Miguel Arteaga H., José M. Blanco Núñez, Aníbal Cordoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Representación en juicio de los Ferrocarriles Nacionales en los juicios que se sigan contra la Nación por accidentes ferroviarios. Incidente de nulidad

De conformidad con el Decreto-ley número 1420 de 1943, interpretado por el Decreto legislativo número 1842 del mismo año, y de acuerdo también con el Decreto-ley número 2645 de 1943, en juicios vinculados a actividades férreas la actuación debe adelantarse con citación y audiencia del Administrador de los Ferrocarriles Nacionales en vez de los Agentes del Ministerio Público. Si así no se hace se incurre en nulidad declarable desde que empezaron a regir esos Decretos.

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

(Magistrado ponente, doctor Víctor Cock).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en providencia de veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, dictada en el juicio de Juan C. Cabrera contra la Nación, ordenó poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad puntualizada en el artículo 448, numeral 2º, del Código Judicial.

Consiste la causal de nulidad, según la misma providencia, en la ilegitimidad de la personería de "quien últimamente ha venido figurando como representante de la Nación, que es la persona jurídica demandada".

Da el Tribunal como explicación de la causal de nulidad en referencia: la de que la Corte en recientes fallos ha sostenido que "es el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado por su Administrador General, quien debe contestar el traslado de toda demanda y cuandoquiera que se le exija perjuicios a la Nación, por accidentes ferroviarios y no el Fiscal del Tribunal respectivo, como lo había sostenido antes".

Notificado oportunamente el auto de que se viene hablando, el apoderado de la parte demandante interpuso contra él recurso de apelación, al paso que el Fiscal del Tribunal, que había venido interviniendo en el asunto en nombre de la Nación, se abstuvo de interponer recurso alguno al ser notificado de dicha providencia.

Por su parte el señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, a quien también le fue hecha la notificación del auto en referencia, de manera expresa manifestó no allanar la nulidad que, mediante tal notificación, se le hacía conocer.

Por lo demás, en esta segunda instancia ante la Corte, el recurso de apelación se ha surtido con intervención del señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, quien en escrito de veinticuatro de marzo último expresamente solicita la confirmación del auto antes mencionado por el cual se ordenó poner la nulidad en conocimiento de las partes y la consiguiente anulación del proceso.

Para resolver la Sala considera:

Aparece de autos que, con fecha doce de marzo de mil novecientos treinta y siete (folio 92 del cuaderno número 1º), el Tribunal ordenó poner en conocimiento de las partes una causal de nulidad consistente, entonces, justamente en que la parte demandante había dirigido su acción contra el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales y siendo así, decía el Tribunal al reconocer la existencia de dicha nulidad, que en lugar de la intervención en el juicio del Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, como había ocurrido debía estar interviniendo en éste el respectivo Fiscal, o sea el del Tribunal Superior de Buga.

Se advierte que el expresado auto de doce de marzo de mil novecientos treinta y siete, dictado por el Tribunal, fue confirmado por la Corte en proveído de fecha veintitrés de marzo de mil novecientos treinta y ocho (folio 118, cuaderno número 1º), con el salvamento de voto del señor Magistrado doctor Cardoso Gaitán.

El demandante, quien, según aparece textualmente del escrito respectivo, había inicialmente establecido "demanda ordinaria de mayor cuantía contra la Nación Colombiana, propietaria del Ferrocarril del Pacífico, representado para el caso por el señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales", una vez vuelto el asunto de la Corte al Tribunal, hubo de corregirla por escrito que, en lo pertinente, es del siguiente tenor:

"En consecuencia, me doy por notificado del susodicho fallo de la Corte y con el derecho que me concede el artículo 208 del Código Judicial, corrijo la demanda fechada en el mes de julio del año de 1935, en el sentido de indicar como representante de la entidad demandada o sea de la Nación Colombiana, al señor Fiscal de esa Honorable Corporación, en lugar del señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, como indebidamente señalé en el citado libelo. Al propio tiempo ratifico y doy por reproducidos aquí todos los hechos de la demanda en cuestión, así como también me acojo al mismo derecho allí invocado."

Aparece así de manera manifiesta que, por auto ejecutoriado, que es hoy ley del proceso, hubo de declararse ser el señor Fiscal del Tribunal Superior de Buga el legal y legítimo representante de la Nación, entidad demandada en este asunto. Y de ahí que el Fiscal hubiera intervenido en el juicio hasta cuando fue notada por el Tribunal la nueva causal de nulidad, que es la que está hoy al estudio de la Corte.

Sentado lo anterior habrá de tenerse en cuenta el contenido de los artículos 448 y 450 del Código Judicial para decidir este asunto.

El primero de ellos establece, entre otras, como causas de nulidad en los juicios "la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o en quien figura como su apoderado o representante".

Y el segundo, o sea el 450, declara:

"No hay nulidad por ilegitimidad de la personería en los casos siguientes:

"1º Cuando se ha resuelto por auto ejecutoriado que es legítima la personería de la parte, o de su apoderado o de su representante."

Esta consideración, unida a la de que sólo a partir de la vigencia del Decreto-ley número 1420 de 1943, Decreto-ley que fue interpretado por otro Decreto-ley, el número 1842 del mismo año de 1943, quedó definida de manera legal incontrovertible ser el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales el representante de la Nación en este género de asuntos, y ya que antes sólo existían doctrinas jurisprudenciales aún contradictorias sobre la materia, como resulta según se vio ya, de estos mismos autos, son consideraciones éstas, se repite, que llevan a la conclusión de que en realidad de verdad no existe hoy en el proceso la causal de nulidad que, en cuanto a la primera instancia, ordenó poner el Tribunal de Buga en conocimiento de las partes; de donde se sigue también que la Corte se halla en el caso de revocar dicha providencia apelada.

De otro lado, la segunda instancia en este asunto por razón del auto apelado se ha surtido ante la Corte con intervención del señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, quien por ministerio del Decreto-ley número 1420 de 1943, de 17 de julio de 1943, interpretado por el Decreto legislativo número 1842 del mismo año, así como por ministerio del artículo 2º de otro Decreto-ley más reciente, o sea del Decreto número 2645 de 30 de diciembre de 1943, es hoy el llamado a seguir interviniendo en el asunto, como genuino y único representante legal de los Ferrocarriles Nacionales y por consiguiente en estos casos también de la Nación.

Dicho artículo 2º del Decreto-ley número 2645 es del siguiente tenor:

"Artículo 2º El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General; ejercerá todas sus funciones con una completa independencia y tendrá la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades, y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios, gozando en materias judiciales y administrativas, de todos los privilegios concedidos a la Nación."

* * *

En virtud de lo que antes se deja expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia *revoca* el auto apelado y en su lugar declara que no hay lugar a poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad a que hace referencia dicho auto apelado.

Tanto en la primera como en la segunda instancia el juicio se continuará con intervención del señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, o con su representante directo.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Miguel Arteaga H., José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Acción revisora de una sentencia y de ineficacia de un juicio ejecutivo

La llamada renta de tabaco pertenece hoy a los Departamentos en virtud de la Ley 10 de 1909. En Antioquia esa renta ha sido organizada por la Ordenanza número 40 de 1918, adicionada por la número 22 de 1932.

En la reglamentación procesal que de la ejecución por jurisdicción coactiva traen los artículos 1058 a 1061 del Código Judicial vigente no se halla establecida cortapisa alguna al derecho de excepcionar, que, para su defensa, corresponde en general al ejecutado. En el caso de autos el tabaco mermó de peso de manera natural, es decir, que, en proporción a la merma de peso el consumidor no consumió en realidad y que mal pudo ser objeto de un impuesto sobre el consumo de tal artículo, aun cuando su merma hubiera sido mayor del 8%.

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

(Magistrado ponente, doctor Víctor Cock).

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín el catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos en el juicio de Leandro Cardona contra el Departamento de Antioquia.

En el fallo recurrido negó el Tribunal las declaraciones solicitadas en la demanda a cargo del Departamento demandado, y de ahí el recurso interpuesto por el actor.

Las declaraciones pedidas por éste en su demanda a las cuales se acaba de hacer alusión, y que correspondería al Tribunal pronunciar, las formuló dicho demandante así:

"a) Se revisa la sentencia de fecha 12 de marzo de 1940, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el incidente de excepciones propuesto por Leandro Cardona, dentro del juicio ejecutivo, por jurisdicción coactiva, que le siguió el Administrador de Rentas Departamentales de La Pintada, sobre el cobro de los impuestos correspondientes al tabaco de que se habla en los hechos de esta demanda;

"b) Los trescientos cuarenta y cinco kilos con novecientos gramos (345 kls. 900 gms.) de tabaco que faltaron en la cuenta de Leandro Cardona, no tuvieron un consumo comercial, y por consiguiente, no causaron impuesto;

"c) Por consecuencia de las declaraciones anteriores, se declara que no tiene valor, ni puede producir efecto, el juicio ejecutivo adelantado por la Administración de Rentas Departamentales de La Pintada contra Leandro Cardona, y se manda cesar la ejecución, previo desembargo de los bienes."

Se dio traslado de la demanda al Fiscal 1º del Tribunal Superior de Medellín, quien representó al Departamento en la primera instancia y quien se opuso a que fueran hechas por el Tribunal las declaraciones solicitadas por la parte demandante, e invocó "cualquier excepción que pueda existir de acuerdo con el artículo 329 del Código Judicial".

En la sentencia apelada hace el Tribunal un acertado resumen de los hechos fundamentales de la demanda, resumen que, como información suficiente, acerca de los antecedentes del litigio y de los términos en los cuales fue éste planteado, se reproduce en seguida:

"Que Cardona ha sido cultivador de tabaco en el paraje *El Cedral* del Municipio de Santa Bárbara; que movió una cuenta de tabaco amparado con licencia de mera conservación, desde el 7 de noviembre de 1931 hasta el 14 de enero de 1935; que la Administración de Rentas Departamentales de La Pintada, al liquidar sus cuentas, le elevó un alcance de 345 kls. 900 gr., reconociéndole sólo un 8% por concepto de mermas naturales de tabaco, de que hablan las disposiciones departamentales, vigentes en esa época; que el Juzgado de Rentas, al declarar terminado el procedimiento contra Cardona, por fraude a las Rentas Departamentales, y por amnistía otorgada por Ordenanza número 72 de 1938, dejó subsistente la obligación civil de pagar el impuesto correspondiente a ese faltante; que se le siguió ejecución, por jurisdicción coactiva, para el cobro de tales impuestos, y en ella alegó excepciones que no tuvo oportunidad de probar, por lo cual las declaró no probadas

este Tribunal, en fallo cuya ejecutoria se profirió por la Honorable Corte Suprema de Justicia, por haberse negado el Secretario a recibir los sellos de papel que llevó un recomendado, alegando que no tenía poder; que el tabaco amparado se almacenó varios años, mucho más del tiempo requerido para la preparación y aliño de la hoja, y de ahí que se fuera consumiendo y perdiendo su peso primitivo al deshidratarse, y que fuera invadido por un bicho llamado 'cucarrón-pasador', que perfora la hoja con infinidad de agujeros, haciéndola disminuír de peso, tornándola inservible y 'convirtiéndola en hojarasca inútil', sin aroma, sin la miel peculiar, 'en una palabra, en basura inútil', apenas propia para incinerar, como ocurrió con parte de ese artículo, remitido a Jesús Echeverri."

El demandante acompañó a su demanda una copia auténtica de los antecedentes del juicio ejecutivo que se le ha venido siguiendo por jurisdicción coactiva y en el cual fue dictada la sentencia de excepciones cuya revisión constituye el objeto principal del debate en el presente juicio ordinario, y acompañó también copia del acta de incineración de la cantidad de mil ciento cincuenta y siete kilos de tabaco (1.157 ks.), incineración hecha ante el Administrador de Rentas Departamentales del Municipio de Santa Bárbara, el día 4 de julio de 1934.

Durante el término probatorio fueron recibidas seis declaraciones de testigos, acordes en lo fundamental, de suerte que, tomando por vía de ejemplo una de ellas, la del señor Manuel Fernández (folios 12 vuelto y 13 del cuaderno de pruebas), se tiene que manifestó dicho testigo, en lo pertinente, lo que sigue:

"..... ...."

"c) Ser verdad que el testigo conoció el depósito de tabaco que Leandro Cardona tenía en el sitio de *El Cedral,* Corregimiento de Damasco, hoy perteneciente a *La Pintada* del Municipio de Santa Bárbara desde el año de 1931 hasta principios de 1935;

"d) Ser verdad, según el conocimiento que tiene el testigo del tabaco al cual se refiere el litigio, que debido al mucho tiempo que estuvo almacenado se fue desmejorando por la acción del tiempo, hasta convertirse en una hojarasca inservible, invadida por toda clase de bichos, especialmente por el cucarrón llamado 'pasador', el cual cruza la hoja y la llena de agujeros hasta hacerla completamente inútil para el consumo;

"e) Constarle al testigo que ese tabaco estuvo durante mucho tiempo almacenado, muchísimo más tiempo del que se acostumbra en la preparación y aliño del tabaco y por consiguiente sufrió un largo depósito, muchísimo mayor del que es conveniente a la buena preparación de la hoja;

"f) Constarle también al testigo que el tabaco que Cardona tuvo almacenado en *El Cedral* entre los años de 1931 a 1935 tuvo una merma mayor de la cuarta parte, pues debido a que las hojas fueron invadidas por el 'pasador' aquello se fue convirtiendo en un hojarascal seco, en harinas, en basura y podredumbre debido al larguísimo tiempo que estuvo en depósito;

"g) Ser verdad que de ese tabaco se despacharon al señor Jesús Echeverri a la población de Santa Bárbara 1.337 kilos 500 gramos y que tal tabaco hubo de incinerarse porque a Echeverri no le sirvió absolutamente para nada debido al estado de sequedad y podredumbre en que se hallaban las hojas;

"h) Ser verdad igualmente que del año de 1931 a 1933, más o menos, y en todo caso al principio del movimiento de la cuenta de ese tabaco, hubo un mal precio en dicho artículo que no hacía aconsejable la venta porque no daba para los gastos;

"i) Constarle al testigo lo declarado porque 'yo fui a comprarle al petente (Cardona) parte de dicho tabaco y encontré que no servía para nada;

"j) Asegurar el testigo por el conocimiento que tiene de Cardona que es un hombre trabajador del campo, honorable, de intachable conducta en todo sentido, libre de vicios y ciudadano ejemplar."

De manera especial interesa conocer las razones aducidas por el Tribunal de primera instancia para dictar su fallo absolutorio del Departamento demandado. Dicha corporación hubo de pronunciarse, en efecto, así:

"No obstante la convicción moral que en favor de este honrado campesino arrojan los mencionados testimonios, en cuanto a que el faltante de 345 kilos 900 gramos, de donde proviene el impuesto que el Departamento le cobra, se debe a que el porcentaje de mermas fue mayor del ocho por ciento autorizado por las ordenanzas, es lo cierto que el Poder Judicial está inhibido para reconocer aquí tal exceso en las mermas y consiguiente exoneración de responsabilidad civil de Cardona. Esto porque la Ordenanza número 40 de 1918, reglamentaria de la renta de tabaco, preceptúa que las reclamaciones por pérdidas originadas de casos fortuitos o mermas naturales, deben presentarse dentro de los quince días siguientes, con las pruebas del caso, recibidas con citación del respectivo Administrador de Rentas, para que pueda contraprobar, si lo estima conveniente; y que la documentación se remitirá a la Junta Departamental de Rentas, para que resuelva lo pertinente.

"Se explica el corto término para formular tales reclamaciones y aducir pruebas sobre el caso fortuito o exceso en las mermas naturales, y que aquéllas se practiquen con citación del Administrador, en gracia de proteger mejor los intereses del Departamento, por la mayor certidumbre que ofrecen las probanzas recibidas a raíz de los hechos cuestionados y por la intervención de aquel funcionario en su recepción.

"De otro lado, lo natural habría sido que al pesarse el tabaco existente, para confrontar la cuenta del señor Cardona y en vista de que arrojaba aquel saldo en su contra, allí mismo hubiera manifestado que se debía al deterioro causado por el almacenamiento durante varios años y a la plaga de que ya se habló, y que el empleado hubiera dejado constancia de esas observaciones al respecto.

"Y como en el presente asunto, se le hizo al señor Cardona, en 29 de enero de 1936, prevención personal de que disponía de quince días hábiles para que allegase las pruebas conducentes a justificar aquellas mermas o faltas de los referidos 345 kilos 900 gramos y la desatendió, síguese que dejó pasar la oportunidad para defenderse, indicada por la Ordenanza, y de ahí que deba culparse a sí mismo de que ahora no le prosperen sus reclamaciones. Bien sabido es que los derechos y defensas han de ejercitarse en la forma y tiempo que en cada caso brindan las normas legales."

Surtidos los trámites de la segunda instancia en la Corte, ante la cual alegaron por su orden el apoderado del demandante y el señor Procurador Delegado en lo Civil en representación del Departamento demandado, se procede a dictar el fallo definitivo, lo cual se hará en atención a las siguientes consideraciones:

Se observa, ante todo, que el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su escrito de 5 de octubre de 1943, refiriéndose a la razón fundamental dada por el Tribunal para motivar la absolución del Departamento de Antioquia y consistente en no haber ejercitado oportunamente el demandante Cardona el derecho que le otorgaba el artículo 34 de la Ordenanza número 40 de 1918, estima que esa razón no es concluyente para el efecto de poder fundar en ella dicha absolución.

Y de ahí que el señor Agente del Ministerio Público entre en un estudio minucioso de las pruebas del proceso, estudio que hace preceder de la siguiente consideración:

"Al examinar detenidamente los elementos probatorios allegados se observa que ninguno de ellos, ni todos ellos, pueden considerarse como suficientes para considerar plenamente probados los hechos de los cuales pudiera deducirse que el saldo que en contra de Cardona arrojó la cuenta de tabaco correspondiente a los años de 1933 y 1935, existiera por haberse producido la merma natural que se alega."

Y después de analizar las pruebas referidas, el señor Procurador llega a la siguiente conclusión:

"Como se ve del análisis que se acaba de hacer, ninguna de las pruebas aducidas es suficiente para llevar a la convicción de que evidentemente, el tabaco de que hablan los testigos es el mismo a que se refiere el saldo a cargo del actor ni se puede concluir rectamente que en realidad la merma encontrada al examinarle su cuenta sea la misma de que tratan los testigos, ni que esa merma haya sido debida a causas calificables como de fuerza mayor o caso fortuito, ni, finalmente, que la merma de que se trata sea precisamente igual a la que se le encontró al señor Cardona y por la cual se le sigue juicio ejecutivo."

De manera que la falta de evidencia en la prueba se basa para el señor Procurador Delegado, de manera principal al menos, en que los distintos elementos probatorios del proceso están vinculados a un tabaco de propiedad del demandante, mas no aparece de manifiesto que sea precisamente el mismo tabaco cuya merma originó el juicio ejecutivo al cual se ha hecho ya referencia en este fallo.

Pero para la Sala este motivo de duda no existe, toda vez que, apareciendo como aparece demostrado que los funcionarios de la Administración de Rentas de Antioquia (véanse folios 1 vuelto y 9 del cuaderno principal) le llevan una cuenta detallada a cada productor de tabaco, es inverosímil por todo concepto que, aparte del tabaco perteneciente a Cardona del cual oficialmente se tomó razón por la Administración de Rentas Departamentales de Antioquia, poseyera el mismo Cardona otras cantidades de tabaco, que constituirían en tal supuesto tabaco no denunciado por él a las Rentas Departamentales, actitud ésta que indudablemente lo habría presentado como defraudador de la renta de consumo de tabaco. Empero de parte de las Rentas no se ha hecho siquiera la más leve sugestión en tal sentido.

Aclarada así la duda que presenta el señor Procurador acerca de la identidad del tabaco que toca con el juicio ejecutivo y el de que hablan las probanzas del presente juicio ordinario; entra la Sala a estudiar si en este proceso existe prueba bastante para dar por establecido y suficientemente comprobado que el tabaco que por razón de deshidratación por el transcurso del tiempo, o por los demás motivos de que hablan los testigos antes mencionados, apareció en poder de Cardona con peso inferior al que debía

resultar computada una merma de 8% fijada por estatuto departamental, fue un tabaco que sufrió, sin proceder fraudulento de Cardona, por las causas naturales referidas, una merma superior al 8%; y que, en tal virtud, la diferencia entre el peso primitivo del tabaco y el peso que se le halló posteriormente no tienen por fundamento el haber sido sustraída cantidad alguna de ese tabaco para evadir el impuesto que hoy se cobra ejecutivamente por el respectivo Administrador de Rentas Departamentales de Antioquia.

A este propósito interesa observar que la Sala ha llegado a una convicción jurídica suficiente de que la merma del tabaco ocurrida al de Cardona es una merma natural por los fenómenos que señala el demandante y que confirman los testigos por él presentados en este juicio.

Los indicios que al respecto surgen del contenido de las declaraciones de testigos antes mencionados, confirmados y reforzados por la prueba consistente en el acta de incineración (folio 9 del cuaderno de pruebas del actor) de gran parte de ese tabaco, incineración que se hizo indudablemente por razón del estado de deterioro en que se hallaba y que no lo hacía apto para el consumo normal, llevan a la convicción antes mencionada y también a la conclusión, por consiguiente, de que la merma de que se viene hablando no corresponde a tabaco sustraído y dado luégo al consumo por su propietario.

Falta ahora por examinar la razón de fondo y de puro derecho que da el Tribunal en su fallo al absolver al Departamento.

Para hacerlo habrá lugar a tener en cuenta los antecedentes jurídicos de la llamada Renta de Tabaco, perteneciente hoy a los Departamentos de Colombia.

El artículo 1º de la Ley 13 de 1909 estatuyó en efecto:

"Artículo 1º Desde la fecha en que éntre en vigencia la presente Ley será de propiedad de los Departamentos que quieran establecerla la renta sobre el consumo de tabaco, sin que en ningún caso puedan gravarse o estorbarse en forma alguna el cultivo o laboreo de las plantaciones y la preparación o aliño de la hoja hasta ponerla en estado de darla a la venta y ofrecerla al consumo público.

"Dichas entidades organizarán en la forma que estimen más conveniente la percepción del impuesto, pero en ningún caso podrán establecer el sistema de monopolio."

La renta referida sobre el consumo de tabaco ha estado organizada en Antioquia por la Ordenanza 40 de 1918, adicionada por la Ordenanza número 22 de 1932. (Véase folio 3 vuelto, cuaderno de pruebas del demandante).

Para lograr la finalidad de evitar la evasión del impuesto se pesa el tabaco por los fiscalizadores de la renta desde el momento de ser enmatulado, es decir, colocada la hoja en gavilla o matules.

Por razón de la deshidratación, el tabaco al secarse sufre luégo las llamadas mermas, es decir, pierde parte de su peso inicial y ante tal consideración la Ordenanza número 22 de 1932, citada antes, establece una especie de presunción de que la merma no será mayor de un 8% del peso inicial en el lapso comprendido entre la *enmatulada* y el momento de *empacar el tabaco.*

Es pertinente transcribir aquí, para la mejor inteligencia de la cuestión discutida, el artículo 34 de la citada Ordenanza número 40 de 1918 y el 2º de la Ordenanza número 22 de 1932:

"Artículo 34, Ordenanza 40 de 1918.—El que obtenga el amparo de una cantidad de tabaco con licencia de conservación estará obligado a responder por los derechos íntegros de ella, salvo las pérdidas por casos fortuitos o mermas naturales, si las hubiere.

Si el interesado alegare cualquiera de las circunstancias expresadas en la parte final del inciso anterior, producirá las pruebas tendientes a demostrar los hechos en que se funda, dentro de los quince días siguientes, a más tardar, y, en todo caso, con citación del respectivo Administrador de la Renta, quien puede producir pruebas en contrario, si lo estimare conveniente. Preparado el expediente el Administrador lo enviará sin demora a la Junta Departamental de Rentas, acompañado de un informe detallado sobre lo ocurrido y de una copia de la cuenta del reclamante. La Junta resolverá acerca de las pretensiones de dicho interesado, y dará aviso inmediato de lo resuelto al Administrador respectivo, para los efectos a que haya lugar. Si de acuerdo con el fallo de la indicada Junta no fuere el caso de hacer la rebaja solicitada, el Administrador cobrará los derechos correspondientes a la cantidad que hubiere faltado; y si el interesado se negare a hacer el pago, será considerado, para todos los efectos legales, como defraudador por expendio de tabaco no aliñado. En consecuencia, el Administrador dará aviso oportuno al respectivo funcionario de instrucción para que inicie el sumario, tomando por base el expediente creado en conformidad con el inciso segundo de este artículo."

"Artículo 2º, Ordenanza 22 de 1932.—Reconócese como mermas naturales en la preparación y aliño de la hoja, desde la enmatulada del tabaco, al momento en que se empaque, hasta un ocho por ciento (8%)."

Constituye también información especialmente digna de ser tenida en cuenta en este fallo, la

providencia del Juzgado Departamental de Rentas de Antioquia, de fecha 10 de agosto de 1938, que reza así:

"Juzgado Departamental de Rentas—Medellín, diez de agosto de mil novecientos treinta y ocho.

"Responde en esta causa Leandro Cardona como defraudador de la renta, por la falta líquida de 345 kilos 900 gramos de tabaco que le arrojó su cuenta, cargo por el cual fue condenado por el señor Teniente P. de La Pintada en sentencia que hoy se encuentra al estudio de este Despacho en virtud de consulta. El hecho se halla debidamente establecido en el sumario, es decir, la preexistencia y la subsiguiente falta del tabaco, así como el no pago de los impuestos respectivos, circunstancia ésta sobre la cual declara el señor Administrador de Rentas. No obstante tal comprobación, el Juzgado prescindirá de confirmar la sentencia que se le consulta, porque habiéndose sometido la disposición del tabaco con anterioridad al tres de julio del año en curso, no es el caso de imponer al procesado las penas correspondientes en virtud de la gracia concedida por la Ordenanza 72 de este año, que otorga indulto a los defraudadores de las rentas departamentales que hayan delinquido con anterioridad a la expresada fecha. En consecuencia, se impone finalizar el juicio declarando de acuerdo con el artículo 1504 del Código Judicial que ha cesado todo procedimiento criminal contra el reo. Subsiste sí la obligación civil del pago de los impuestos, ya que las pruebas aducidas por aquél no acreditan casos fortuitos por el cual hubiera desaparecido el tabaco. Así las cosas, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *declara* cesado el procedimiento seguido contra Leandro Cardona como defraudador de la renta de tabaco no habiendo lugar a imponerle las penas correspondientes a su infracción en virtud del indulto concedido por la Ordenanza 72 de este año. El señor Administrador de Rentas, por jurisdicción coactiva, hará efectivos al nombrado Cardona los impuestos correspondientes a 345 kilos 900 gramos de tabaco, a razón de $ 1.50 el kilo, por la suma líquida de quinientos diez y ocho pesos con ochenta y cinco centavos ($ 518.85).

"Cópiese, notifíquese y devuélvase.

"Sabas A. Correa—(Firmado), *Luis Prieto."*

Precisamente esta decisión sobre declaración de la existencia de una deuda netamente civil constituyó un instrumento de *reconocimiento*, que, al tenor del artículo 1059, ordinal 2º, del Código Judicial, presta mérito ejecutivo; y que fue en efecto, el que tuvo en cuenta el Administrador de Rentas de La Pintada para dictar el auto ejecutivo contra Cardona, iniciando así el juicio por jurisdicción coactiva en el cual propuso Cardona las excepciones falladas en la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, y para cuya revisión o infirmación fue instaurado el presente juicio ordinario.

Es obvio por lo demás que toda la tramitación administrativa de que habla el artículo 34 antes transcrito de la Ordenanza número 40 de 1918, inclusive el plazo de quince días a que hace especial referencia en su fallo el Tribunal Superior de Medellín al aducirlo para el efecto de desatar este litigio en favor del Departamento demandado, es una tramitación anterior al instrumento mismo de *reconocimiento* de la deuda por impuesto; y generadora, en lo procedimental, de dicho *reconocimiento*.

En armonía con el artículo 1098 del antiguo Código Judicial, en los casos de ejecución por jurisdicción coactiva no eran admisibles otras excepciones que las siguientes: 1ª Falsedad del documento ejecutivo en todo o en parte sustancial; 2ª Pago; 3ª Error de cuenta.

Por el contrario en la reglamentación procesal que de la ejecución por jurisdicción coactiva traen los artículos 1058 a 1061 del Código Judicial vigente no se halla establecida cortapisa alguna al derecho de excepcionar que, para su defensa, corresponde en general al ejecutado.

Y no se trata simplemente de una omisión involuntaria de parte del legislador, ya que como puede verse en transcripción que, al final del capítulo respectivo se hace en forma de nota en la edición del Código Judicial publicada por el doctor Archila, la Comisión autora del proyecto de Código, convertido luégo en la Ley 105 de 1931, expresamente fijó su pensamiento, así:

"Acerca del Capítulo anterior dijo la Comisión:

"Del Capítulo IV de este Título (artículos 1058 a 1061), que es el que trata de las ejecuciones por jurisdicción coactiva, debemos decir que no comprende sino lo estrictamente necesario como adición a los Capítulos anteriores. Se ha de observar, sin embargo, que en estos artículos no se halla la limitación de excepciones que han puesto leyes anteriores a las que puede oponer el ejecutado, porque la Comisión, después de un estudio detenido y de una seria discusión en que hubo uniformidad de votos, no encontró razón alguna para que a los deudores del Fisco no les cupiera el mismo derecho que a los ejecutados por individuos particulares para alegar toda excepción en virtud de la cual puedan considerar su deuda extinguida, o inexistente, o sin causa; no es justo, por ejemplo, que se lleve a

efecto por una deuda que puede ser compensada si el Fisco es deudor del ejecutado, o si ha sido condenado por un acto legislativo sancionado durante el curso del juicio, o tal vez prescrita con arreglo a derecho'."

Por donde se echa de ver que en el caso especial que se estudia en el presente fallo, tiene el juzgador la facultad, al decidir sobre excepciones propuestas en el juicio ejecutivo, de entrar a estudiar, y en armonía con tales excepciones, si la deuda de impuesto, que es cobrada ejecutivamente, carece o nó de causa jurídica o sea de base impositiva, facultad que lógicamente se extiende al caso de revisión de la sentencia misma de excepciones, que es justamente el que aquí se contempla.

No constituye óbice al ejercicio de tal facultad la circunstancia de que, dentro del procedimiento que antecedió al reconocimiento de la deuda de impuesto, reconocimiento que sirvió de instrumento ejecutivo, el actual ejecutado no hubiera hecho uso de un término para procurar evitar así que se llegara al *reconocimiento* de que se viene hablando, y según lo que observa el Tribunal de primera instancia, ya que de ser ello así no tendría explicación alguna el derecho consagrado en las disposiciones del Código Judicial antes mencionado acerca de la facultad de excepcionar ampliamente en este género de juicios.

También, y sirva ello de ejemplo, prestan mérito ejecutivo, según el artículo 1059 del Código Judicial, las copias de las resoluciones definitivas ejecutoriadas proferidas por funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal.

Y es manifiesto que si una persona es condenada al pago de una multa a la Nación, merced a resolución ministerial, por ejemplo, en virtud de violación de un contrato celebrado con el Estado por el contratista así sancionado, la simple circunstancia de que, dentro del proceso administrativo de imposición de la multa, no hubiera hecho uso aquél de los términos instituídos para su defensa; y se hubiera llegado, en tal virtud, a la condenación constante en la resolución ministerial ejecutoriada, no constituiría tal circunstancia razón por sí sola suficiente para concluir que en el juicio ejecutivo que ulteriormente se inicie le está vedado al ejecutado excepcionar para que se estudie por la autoridad competente si la multa que se le cobra tiene, verbigracia, causa jurídica, dentro del contrato en relación con el cual esa multa le fue impuesta.

Parece obvio entonces que si ha llegado a demostrarse en este juicio que el impuesto de consumo de tabaco que se cobra al señor Cardona fue un impuesto que no se causó en realidad, por no haber sido consumido el tabaco (345 kilos 900 gramos), por el cual se exige tal impuesto, carece dicho cobro de causa jurídica, es decir, de base impositiva; y hay lugar, por tanto, a reconocer la existencia de la excepción perentoria correspondiente.

En atención a lo expuesto antes, y estando demostrado como ocurre en el presente juicio que la merma del tabaco fue mayor del 8%; y, como el importe del impuesto de consumo de tabaco se hace efectivo en Antioquia en función del peso de la hoja ($ 1.50 por kilo) y se exige al cultivador mismo, con el propósito de que se reembolse luégo de él merced a la *traslación* o *repercusión* de su importe sobre el consumidor mismo del artículo, y precisamente por tratarse de un impuesto de consumo; la diferencia de peso en el tabaco ocurrida entre el momento en que fue enmatulado por el productor y el momento en que efectivamente se puede cobrar el impuesto, en el caso de tratarse de un tabaco que mermó de peso de manera natural, es decir, de un tabaco que, en proporción a la referida merma de peso, ningún consumidor ha consumido en realidad, ni podrá consumir en el futuro, es obvio que ese tabaco no consumido y que tampoco podría serlo, mal puede ser objeto de un impuesto sobre el consumo de tal artículo.

El cobrar en tales circunstancias un impuesto de consumo equivaldría a violar manifiestamente el artículo 1º antes transcrito de la Ley 10 de 1909, que cedió a los Departamentos el impuesto sobre el *consumo* del tabaco, pero sin que, como expresamente lo dice tal precepto legal, "en ningún caso pueda gravarse o estorbarse en forma alguna el cultivo o laboreo de las plantaciones y la preparación o aliño de la hoja hasta ponerla en estado de darla a la venta y ofrecerla al consumo público"; y sería también violar la Ordenanza de Antioquia número 18 de 1940, cuyo contenido es natural presumir que está acorde con la ley que autorizó a los Departamentos para la implantación del impuesto sobre el tabaco, pero exclusivamente sobre el *consumo* de él.

Si la causa o base del impuesto, esto es, el consumo mismo en manera alguna existe, la justicia ordinaria no podría hallar tal causa en la simple circunstancia de que el productor del tabaco no hizo uso del derecho de defenderse, en breve plazo, ante las autoridades de orden simplemente administrativo que se entienden en el Departamento de Antioquia con la administración y reconocimiento del impuesto en consideración y menos aún cuando ese plazo toca simplemente con uno de los trámites instituídos por el estatuto departamental para poder

llegar a la confección del simple *reconocimiento* de la deuda de impuesto, o sea al simple instrumento ejecutivo, sujeto éste a ser revaluado en el juicio ejecutivo mismo merced a las excepciones que le es permitido oponer, como ya se vio, al ejecutado en consideración.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este juicio, y en su lugar resuelve:

1º Los trescientos cuarenta y cinco kilos con novecientos gramos (345 kilos 900 gramos) de tabaco que faltaron en la cuenta de Leandro Cardona no tuvieron un consumo efectivo, y por consiguiente no causaron impuesto.

2º Como consecuencia de la declaración anterior se declara también que no tiene eficacia ni puede producir efecto, el juicio ejecutivo adelantado por la Administración de Rentas Departamentales de La Pintada contra Leandro Cardona, y se manda cesar la ejecución, previo desembargo de los bienes.

No están probadas las excepciones propuestas.

Sin costas.

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

Miguel Arteaga H., José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de las acciones de indemnización de perjuicios por actos o resoluciones de las autoridades administrativas

Es reiterada la doctrina de la Sala en el sentido de que a la justicia ordinaria "no le compete la revisión de los actos administrativos de las corporaciones o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones o con el pretexto de ejercerlas. Esa atribución le está asignada a la jurisdicción contencioso-administrativa, por manera que mientras ésta no declare la nulidad de un acto la justicia ordinaria tiene que presumir su legalidad". También ha dicho la Corte que "los Tribunales Administrativos tienen jurisdicción para conocer de las acciones de reparaciones originadas en actos, hechos u operaciones de carácter administrativo, provenientes de autoridades municipales, departamentales o nacionales."

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Gabriel Royo Pérez, en libelo de 29 de febrero de 1940, formuló ante el Tribunal Superior de Manizales los siguientes hechos, fundamentales de las peticiones que adelante se anotarán:

"1º La Gobernación del Departamento de Caldas por medio de la Dirección de Educación Pública, me nombró Maestro Seccional de la Escuela Urbana de Niños de Filandia, en propiedad, según Decreto número 361 de fecha 30 de junio de 1937, nombramiento que fue comunicado a la Alcaldía de dicho Municipio por medio del telegrama marcado con el número 844 procedente de la misma Dirección;

"2º El 1º de julio del mismo año tomé posesión del cargo mencionado el cual serví hasta el 4 de marzo de 1938 inclusive, fecha en que fue suprimida la sección a mi cargo de conformidad con el Decreto número 130 de la Gobernación, según comunicación telegráfica dirigida al Alcalde de Filandia en la fecha últimamente citada a efecto de que me fuera notificada dicha resolución;

"3º No reclamé contra la medida adoptada por la Gobernación porque aceptando las razones que ésta tuviera para la clausura de la sección a mi cargo, supuse que sería trasladado a otro lugar al menos, ya que hallándome clasificado y figurando en el Escalafón Nacional del Magisterio por haber llenado los requisitos exigidos por el Gobierno Nacional para el efecto, no podía ser cambiado ni removido y mucho menos *suspendido* del cargo de conformidad con los artículos 9º y 10 del Decreto ejecutivo número 1602 de 6 de julio de 1936, por no hallarme dentro de las causales que para el efecto prevé el artículo 8º ibídem.

"4º Cuando la Gobernación, violando claras y expresas disposiciones legales, determinó *suspenderme* del cargo, pues tales fueron los efectos de la supresión de la seccional que dirigía ya que no me designó para otro lugar como era lo indicado, no reparó en la flagrante violación de la ley y en el daño moral y material que dicha medida habría de causarme pasando por alto los derechos que tenía adquiridos como maestro escalafonado por el Ministerio de Educación, según Resolución número 358 de 19 de octubre de 1937, por la cual se fijó el Escalafón difinitivo de Maestros, publicada en el *Diario Oficial* número 23644 de 1º de diciembre de 1937.

"5º El acto en mención o sea el que me dejó *suspendido* del cargo tántas veces mencionado, contrario y violatorio de disposiciones legales expresas, vino a producirme perjuicios morales y materiales que aún estoy sintiendo, los cuales necesariamente deben ser reparados mediante indemnización;

"6º Ya la Corte Suprema y los Tribunales Judiciales del país han sentado doctrina clara y precisa en el sentido de que todo daño o perjuicio inferido a otro debe ser indemnizado, en presencia de lo dispuesto por nuestro Código Civil, del cual se desprende que cualquier perjuicio debe ser reparado en dinero, pues la palabra reparación significa siempre indemnización;

"7º Todos los tratadistas de la teoría de la responsabilidad están de acuerdo en que todo daño que por imprevisión, negligencia o malicia cause perjuicio a otros, debe ser reparado. Ya nuestra Corte de Justicia, en sentencia de 20 de octubre de 1898, había dicho lo siguiente, que es una doctrina que el tiempo y la jurisprudencia han ido aquilatando:

'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. . . .'

"8º Clausurada, pues, la sección escolar a mi cargo y no habiéndoseme al menos removido,

claro es que quedé *suspendido* viniendo a entrañar esta medida un perjuicio no sólo moral sino económico o material, perjuicio tanto mayor en cuanto se refiere al primer aspecto por haber quedado en vilo mi reputación no sólo dentro del magisterio que no ignora cuáles son las causas determinativas de suspensión el que la mía obedeciera a todas o a una de ellas, sino dentro de la misma sociedad donde venía ejerciendo el cargo.

"9º De los hechos relatados se desprende con precisión y claridad que la Gobernación de Caldas al violar expresas disposiciones legales, me causó graves perjuicios en todo orden los cuales indefectiblemente deben ser indemnizados."

Con base en los hechos que se dejan relacionados el señor Royo Pérez demandó por la vía ordinaria al Departamento de Caldas, representado por el respectivo Agente del Ministerio Público, para que por sentencia definitiva se hicieran estas declaraciones contra la entidad demandada:

"1º Que el Departamento de Caldas está en la obligación de pagarme, dentro del término que señale la sentencia, los sueldos mensuales que dejé de devengar como maestro escalafonado en tercera categoría, a contar del 5 de marzo de 1938 hasta el día en que el pago se efectúe;

"2º Que el Departamento de Caldas está en la obligación de pagarme, dentro del término que señale la sentencia, la suma de cinco mil pesos moneda corriente por concepto de indemnización por los perjuicios morales y materiales que la Gobernación del Departamento me causó con la suspensión del cargo de Maestro Seccional de la Escuela Urbana de Varones de Filandia.

"3º Que caso de no hacerse las declaraciones anteriores, se condene a los señores doctores José Miguel Arango y Jesús Arias Correa, Gobernador y Secretario de Educación, responsables del acto oficial que determinó mi suspensión del cargo de Maestro Seccional de la Escuela Urbana de Varones del Municipio de Filandia, a pagarme la suma de cinco mil pesos moneda corriente por indemnización de perjuicios; y

"4º En subsidio y teniendo en cuenta que cuando fui suspendido figuraba en el Escalafón Nacional del Magisterio adoptado definitivamente por el Ministerio de Educación Nacional como maestro de tercera categoría con un sueldo mensual de sesenta y cinco pesos moneda corriente, que se condene al Departamento de Caldas o en defecto de éste a los señores doctores José Miguel Arango y Jesús Arias Correa a pagarme una suma equivalente a tres años de servicio de acuerdo con el sueldo que devangaba, teniendo en cuenta que un maestro de tercera categoría debería permanecer en su puesto por un lapso de tres años, según lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto ejecutivo número 1289 de 8 de octubre de 1938, así como a indemnizarme por los perjuicios morales recibidos previo avalúo pericial de éstos."

El Fiscal del Tribunal *a quo*, al descorrer el traslado de la demanda, manifestó que "como de los hechos formulados no se desprende obligación alguna en contra del Departamento, me opongo a que se condene a éste en los términos solicitados por el actor en la parte petitoria de la demanda...."

Estando en curso la actuación de la primera instancia, el apoderado del demandante, en ejercicio del respectivo mandato, desistió de la demanda en cuanto se refiere a los señores José Miguel Arango y Jesús Arias Correa, desistimiento que por estar ajustado a la ley, fue aceptado por el Tribunal en auto de 10 de marzo de 1942 (folios 16 y 16 vuelto, cuaderno número 1). En esta misma providencia se dispuso seguir el juicio solamente contra el Departamento de Caldas.

Surtida la tramitación propia de aquella instancia, el Tribunal desató la litis en sentencia de fecha 10 de mayo de 1943, en la cual esta entidad se abstiene de resolver sobre las peticiones del demandante, por carencia de jurisdicción.

Apelada por el actor esta resolución, el negocio vino a la Corte, donde surtióse la segunda instancia. Y como se halla en estado de definirlo a ello se procede.

El aspecto de competencia.

Basta la simple relación de las peticiones del libelo y de los hechos en que éste se apoya, para concluir, como lo hace el Tribunal de primer grado, que la justicia ordinaria carece de competencia para conocer de la demanda instaurada por el señor Royo Pérez. En efecto:

Para deducir los perjuicios reclamados por el demandante, habría que partir de la base de que es ilegal el decreto de la Gobernación de Caldas por medio del cual el actor afirma que fue suspendido del cargo de Maestro Seccional de la Escuela Urbana de Niños de Filandia.

Ahora bien: el determinar si es legal o ilegal aquel acto administrativo, entraña una función que de acuerdo con la ley compete exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa. En el particular es reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que *a la justicia ordinaria "no le compete la revisión de los actos administrativos de las corporaciones o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones o con el pretexto de ejercerlas. Esa atribución le está asignada a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, por manera que mientras ésta no declare la nulidad de un acto la justicia ordinaria tie-*

ne que presumir su legalidad". (Sentencia de 29 de julio de 1942, proferida en el juicio ordinario promovido por Joselyn Rodríguez Daza contra el Departamento de Cundinamarca). Y en fallo anterior la misma Sala había dicho que "los Tribunales Administrativos tienen jurisdicción privativa para conocer de las acciones de reparación originadas en *actos, hechos* u *operaciones* de carácter administrativo, provenientes de autoridades municipales, departamentales o nacionales". *(Gaceta Judicial,* tomo 54, números 1989-1990, página 264).

* * *

Con miras a demostrar que a la justicia administrativa no le compete el conocimiento de la demanda promovida por el señor Royo Pérez, su apoderado en esta instancia alega que "es necesario establecer de una manera nítida que se trata de una indemnización de perjuicios materiales generados en una culpa de carácter extracontractual y que implica un hecho que no supone acto positivo alguno de la Administración, del que hubiera podido generarse un perjuicio para el señor Royo Pérez; sino de un hecho negativo de una omisión culpable de parte del funcionario, y bajo la cual hubo de situarse a mi poderdante, para perjudicarlo en el ejercicio de los legítimos derechos que había adquirido, desde el momento que, como maestro escalafonado ingresó en la carrera del magisterio."

Las precedentes consideraciones son como la síntesis de los varios argumentos que el citado apoderado aduce para demostrar que es a la justicia ordinaria y no a la administrativa, a la que compete conocer de la demanda del señor Royo Pérez. El señor Procurador Delegado en lo Civil refuta acertadamente aquellas objeciones en contra de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver el caso *sub judice,* y aduce sobre el particular estos razonamientos, que la Sala prohija en su integridad, por estar firmemente apoyados en la ley y en las doctrinas de que se ha hecho mérito:

"Lo primero que ocurre contestar a la argumentación del señor apoderado, es que por haberlo pedido oportunamente su poderdante en la primera instancia, se allegó a los autos un ejemplar del periódico oficial de Caldas, debidamente autenticado, en el cual aparece la Resolución del 23 de octubre de 1940 que negó, al menos para dicho año, la incorporación del señor Royo Pérez al cargo de Maestro Seccional y negó también el reconocimiento de pago de sueldos por el tiempo que dejó de devengarlos, hasta el día en que fuera reintegrado al magisterio.

"De modo que, frente a esta Resolución, no puede alegarse que falta el hecho positivo acusable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que, por el contrario, es evidente que esa Resolución constituía un acto administrativo de los que daban lugar a la acción de plena jurisdicción establecida por el artículo 4º de la Ley 80 de 1935. Quiere esto decir que el Tribunal estuvo en lo cierto cuando estimó que la justicia ordinaria carece de competencia para fallar en este negocio.

"Y aunque no se hubiera traído a los autos la mencionada Resolución habría que llegar a las mismas conclusiones, porque todos los actos oficiales relacionados con los empleados públicos que afecten su situación jurídica —general o individual— tienen necesariamente el carácter de actos administrativos y si éstos producen perjuicio, quedan forzosamente sometidos a la jurisdicción que les es propia: la contencioso-administrativa.

"Tanto es así, que si se aceptara la tesis del apoderado del demandante y la justicia ordinaria entrara a estudiar a fondo el negocio, lo primero que tendría que analizarse sería la legalidad de los actos que produjeron el desempleo del señor Royo y en seguida, si se considerara que debiera condenarse al pago de perjuicios, tendría que decretarse la nulidad de dichos actos. Es decir, que la justicia ordinaria entraría a ejercer justicia administrativa, a usurpar jurisdicción, señalada por las leyes colombianas a los Tribunales Administrativos.

"Y si se dijera que los Tribunales ordinarios pueden entrar a decidir sobre el perjuicio producido por actos de la Administración, sin pronunciarse sobre la legalidad de dichos actos, se respondería que los actos administrativos tienen que presumirse válidos mientras no se presente la comprobación de que han sido anulados por la autoridad competente; y que no puede aceptarse que el acto administrativo válido, legal, sea capaz de producir perjuicios demandables.

"De modo que, cualquiera que sea el aspecto jurídico por donde quiera contemplarse la acción intentada por el señor Royo Pérez, se llega siempre a la misma conclusión, o sea, a la adoptada por el Honorable Tribunal de Manizales."

* * *

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Manizales el día 10 de mayo de 1943.

Sin costas.

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

Miguel Arteaga H., José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Responsabilidad del Estado por la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana.—Responsabilidad directa e indirecta

A lo ya dicho en numerosas sentencias sobre la responsabilidad del Estado en la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana, agrega la Corte lo siguiente: Se ha dicho que la responsabilidad de las entidades públicas es directa aun cuando actúen intermediarios, porque si éstos tienen el carácter de delegados o representantes de la entidad y en nombre de ella proceden, no se trata de personas que estén bajo la dependencia de otras; que dentro de un criterio moderno de la persona moral, los agentes inmediatos de su acción no son terceros o mandatarios que actúen a nombre suyo, sino sus propios órganos de ejecución, de la misma manera que lo es —respecto de la persona física— el brazo por medio del cual compromete ésta su responsabilidad; que por ello la Administración Pública, en caso de culpa de uno de sus agentes, responde directamente de esa culpa llamada "culpa del servicio" y no en virtud de un vínculo de proposición, comisión o mandato. Obsérvese que responsabilidad directa e indirecta son términos que dicen relación a la distancia del acto porque se responde con el responsable de él, y no a la responsabilidad misma. En la responsabilidad directa la relación es inmediata; en la responsabilidad indirecta la relación es mediata: 1º Pedro hiere a Juan; el acto es suyo; debe indemnizarlo del daño por responsabilidad directa, inmediata, personal. 2º Diego, agente de Pedro, hiere a Juan y lo lesiona corporalmente; el acto no es de Pedro; pero Pedro responde por el acto de su agente; su responsabilidad no es personal, es mediata o indirecta. La responsabilidad indirecta de las personas físicas se produce por la intervención del agente: desde que éste interviene hay, o puede haber, responsabilidad indirecta. Se pregunta: ¿La intervención del agente de la persona moral produce, o nó, idéntica consecuencia, de originar una responsabilidad indirecta? Y en esa hipótesis ¿qué agentes la obligan directamente y cuáles indirectamente? Para ilustrar la materia de que se trata conviene mirar la cuestión de la responsabilidad directa e indirecta, en primer lugar, desde el punto de vista de las relaciones entre una persona natural y su agente, entre el empleador y el empleado, el dueño de un vehículo automotor y el chofer, para pasar luégo al examen del género de relaciones análogas cuando actúan las personas morales y agentes suyos. La responsabilidad civil por el hecho del subordinado de otra persona física hay que verla generalmente a través de las reglas que consagran en el Código Civil la responsabilidad indirecta y no por las que norman la responsabilidad personal y directa. Como el Código establece que en tales casos el mandante responde por la indebida elección del agente y por su falta de vigilancia, con este criterio habrá de mirarse la responsabilidad de que se trata, teniéndose en cuenta las circunstancias en que obra el dependiente, pues sería contrario a la ética ignorar la intervención del agente y su modo de obrar, pretendiéndose que de todos sus actos ha de responder el mandante como si él mismo obrase, como si él hubiese conducido el vehículo o disparado el arma que ocasiona el daño. Cuando actúan las personas morales por medio de sus agentes, los principios jurídicos aplicables son idénticos. Las personas morales responden civilmente de la culpa por el hecho de otros, del mismo modo que las personas naturales, según principios establecidos en el Código Civil. Claro es que habrá necesidad de tener en cuenta la índole propia de las personas morales para poder deducir consecuencias respecto al modo como comprometen su responsabilidad civil. La persona física se obliga con responsabilidad directa en los casos en que ella obra personalmente, o cuando interviene expresamente con su voluntad en el acto que ejecuta su subordinado; la persona moral habrá de comprometer su responsabilidad directa cuando actúan su gerente o directiva u otros gestores suyos que tengan la representación especial de aquéllos para obligarla, pues solamente entonces puede decirse que es la persona moral misma la que obra. En los demás casos ya no es ella misma la que actúa, sino son sus agentes, del propio modo que obran los

agentes o subordinados de una persona física.

Las relaciones de la entidad pública con terceros, en virtud de las cuales surge el derecho a la indemnización de los perjuicios, son idénticas a las de la empresa privada con terceros para igual propósito. La empresa privada incurre en responsabilidad directa cuando los actos que realiza o sus omisiones se deben a las personas de sus directores o gerentes, o a otras que ejecutan expresamente su voluntad; en los demás casos su responsabilidad es indirecta. La entidad pública compromete su responsabilidad directa, análogamente, cuando son sus órganos los que obran o dejan de obrar; si los actos o las omisiones provienen de otros agentes suyos, la responsabilidad es indirecta.

Para distinguir los órganos de los demás agentes en las personas morales privadas y públicas, la Corte adopta el siguiente criterio: habrá órgano de la persona moral cuando en la persona física que lo ejerce se halla "el asiento de la voluntad que dirige" y en los demás casos, de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas sus agentes o representantes ordinarios, mas no sus órganos. Resumiendo el pensamiento de Planiol y Ripert, que es el de la Corte, puede afirmarse que los órganos de la persona moral son los funcionarios con autonomía e iniciativa y con capacidad para encarnar la voluntad del Estado. Hay empleados públicos que no son funcionarios, y dentro de los funcionarios puede haber algunos que en el ejercicio de su función no alcanzan a encarnar la voluntad de la entidad pública y por tanto a comprometer su responsabilidad. Solamente serán sus órganos los funcionarios que reúnen aquellas calidades. Y hay que observar que esa calidad de órgano es muchas veces permanente y en otras especial y transitoria, siendo de la última clase cuando el órgano auténtico delega, por autorización expresa y especial, su voluntad representativa en una persona determinada y para un fin concreto.

La culpa por la mala elección en que incurre el órgano de una persona moral es inmediata y directa por lo que mira a la elección misma, pero es mediata e indirecta en relación con los hechos que ejecuta el agente del elegido. Si el órgano obra o deja de obrar, eligiendo o vigilando mal al agente, su culpa, la del órgano, es indirecta, mediata, respecto del acto cumplido por el agente. En cambio, hay responsabilidad directa de la persona moral por la acción u omisión de sus órganos, cuando el hecho dañoso lo ejecutan o en la omisión incurren las personas que forman dichos órganos, o porque llevan ellas su voluntad sobre el agente obligándolo a obrar o a no obrar en determinado sentido, en un caso especial.

Siendo directa la responsabilidad de la Nación en el caso de autos, es decir, no hallándose comprendido este caso, para los efectos de la prescripción de las acciones, en la hipótesis prevista por el inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil, cuando ella se deduce exclusivamente del hecho ajeno, puesto que la de la Nación resulta del hecho propio de sus órganos y del hecho de su agente, la responsabilidad del Estado se halla dentro de la regla general de prescripción, de largo tiempo, establecida para las personas que se obligan directamente según la norma general del artículo 2341 y las demás que con ella se relacionan. No ha prescrito, pues, la acción incoada.

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

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Por medio de su apoderado doctor Gonzalo Vargas Rubiano, los esposos Nazario Orozco Ospina y Judith Rendón de Orozco, propusieron ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá demanda ordinaria contra la Nación, representada por el Agente del Ministerio Público, por perjuicios materiales y morales causados a los actores en el siniestro aéreo de Santa Ana, el 24 de julio de 1938, con la muerte de su hija legítima Elvia Orozco Rendón, y con las heridas que recibió Darío, hijo legítimo de los mismos demandantes y menor de edad cuando ocurrió el siniestro.

Pide el señor apoderado que la Nación le pague a los actores "dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del correspondiente fallo, la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda legal, o la cantidad inferior o superior que se establezca en los autos por concepto de los perjuicios materiales y morales ocasionados a los esposos Nazario Orozco Ospina y Judith Rendón de Orozco, por la muerte de su hija Elvia y las lesiones de su hijo Darío, acaecidas en el siniestro de aviación de Santa Ana".

Se funda la acción en las disposiciones del Título 34 del Código Civil, especialmente en los artículos 2341, 2346 y 2347. También se fundamenta en las normas que consagran las garantías sociales y en particular en el artículo 15 de la Constitución Nacional.

Admitida la demanda y surtida la tramitación de rigor puso fin el Tribunal a la primera instancia en fallo de veintiocho de septiembre del año próximo pasado, en que absuelve a la Nación de la petición de pago contenida en la demanda. En lo que hace referencia a la señorita Elvia Orozco la sentencia fue adversa por no encontrarse acreditada la personería sustantiva de los actores, y en cuanto a Darío Orozco porque no se halló probado uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil ex-contrato, o sea el daño.

Apelada que lo fue esta sentencia por el señor apoderado llegó el negocio a la Corte, donde durante la tramitación legal el abogado de los esposos Orozco-Rendón aprovechó el término de prueba para llenar algunos de los vacios que anotó el Tribunal. Por encontrarse finalizado el recorrido procedimental del recurso se procede a dictar fallo.

Personería de los demandantes.

Los señores Nazario Orozco Ospina y Judith Rendón de Orozco, en calidad de padres legítimos de Elvia y Darío Orozco Rendón, ocurren ante la justicia para que por la Nación se les indemnice de los daños que en calidad de tales recibieron por la muerte de la primera y por las lesiones del segundo, en el siniestro aéreo del Campo de Marte.

De la demanda se desprende que los esposos reclaman no en calidad de representantes legales de sus hijos y para ellos, sino como padres legítimos de los mismos y para sí, el daño reflejo e indirecto que dicen haber recibido por los sucesos en que fueron víctimas Elvia y Darío Orozco.

Como se ve, no puede existir ilegitimidad de personería sustantiva en los demandantes, toda vez que se presentan a ejercitar un derecho personal, y no la hay adjetiva porque de los autos aparece que los respectivos poderes de Nazario Orozco y Judith de Orozco a su representante en el juicio fueron debidamente otorgados.

Excepción de prescripción.

El señor Fiscal del Tribunal, al proponer esta excepción, que procede la Sala a examinar, dijo:

"Sería el caso de entrar a estudiar el negocio con el detenimiento requerido, si no fuera porque esta Fiscalía ha encontrado que el fenómeno jurídico de la prescripción se ha operado. En efecto: el inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil 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.'

"La tragedia aérea del Campo de Marte o Santa Ana sucedió el 24 de julio de 1938, y la notificación de la respectiva demanda al Agente del Ministerio Público como representante legal de la Nación en la instancia, le fue hecha el día 18 de agosto de 1941, es decir, tres años y veintitrés días después de haberse perpetrado el acto; es así que en el presente caso ha transcurrido un lapso de tres años, luego el fenómeno jurídico de la prescripción se ha cumplido en este caso, tal como lo preceptúa el artículo 2358, inciso 2º, antes citado."

Lo que alega el apoderado.

Dice el apoderado de los actores: 1º Que por haber coexistencia de dos culpas en el siniestro de aviación del Campo de Marte, la culpa personal del Capitán Abadía y la culpa funcional del Estado colombiano, éste es directamente responsable del daño, y por tanto la acción no prescribe en tres años sino en veinte; y 2º Que la prescripción de tres años, si hubiera de aplicarse, no está cumplida, porque para contarla se toma en cuenta el día de la presentación de la demanda y no el de la notificación de la misma.

La responsabilidad directa del Estado.

En las sentencias que hasta ahora ha dictado esta Corporación sobre el siniestro de Santa Ana se ha considerado al Capitán Abadía como responsable personal y directo del accidente y al Estado colombiano como obligado también a indemnizar el daño, en virtud de la dependencia que existía entre el piloto y el Gobierno Nacional. A esta conclusión se ha llegado interpretando las disposiciones pertinentes del Título XXXIV, Libro 4º, del Código Civil, que tratan de la culpa extracontractual de las personas que por circunstancias especiales dependen de otras. Y se ha deducido la responsabilidad de la Nación considerando que ella se deriva principalmente de la mala elección hecha en el piloto señor Abadía por sus superiores jerárquicos para dirigir y comandar la escuadrilla de aviones de que formó parte el que produjo el siniestro. Tal responsabilidad del Estado no la hubo de contemplar la Corte por el aspecto particular en que ahora la mira, para juzgar si ella es directa o indirecta respecto de la Nación y deducir de allí consecuencias en orden al fenómeno de la prescripción. El planteamiento en el presente pleito de ese nuevo y especial aspecto del asunto hace necesario el que la Sala se detenga en el particular.

Sobre este tópico expresó la Sala lo que sigue en la sentencia que puso término al juicio de José Rubén Pinilla contra el Departamento de Cundinamarca:

"Importa ver, primeramente, qué principios regulan la responsabilidad de las entidades de

derecho público, como la Nación, los Departamentos y los Municipios, por actos u omisiones de sus agentes. En sentencias anteriores de reciente data, sienta la Corte una doctrina sobre el particular: 'El dominio de la responsabilidad —dice la Sala de Casación— por el hecho de otro, como el de la responsabilidad por el hecho de las cosas, es de carácter excepcional. El derecho común de la responsabilidad está contenido en las reglas que gobiernan el primer 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 dañóso 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 ésta no es la causa próxima del daño. La causa próxima del daño reside en el hecho del hijo, el pupilo, el demente, el empleado, el animal o la cosa, mas como la actividad de dichas personas o el hecho del animal o de las cosas debe estar sometido al control o vigilancia de otra persona, la ley presume la culpa de ésta, sin la cual el daño no se hubiera causado.' *(Gaceta Judicial,* número 1937, página 27). Esta presunción de culpa de que habla la sentencia anteriormente transcrita, se desprende del criterio consagrado en el Título 34 del Código Civil, que habla de la *Responsabilidad civil por los delitos y las culpas.* Y en sentencia posterior (junio 30 de 1941), de la Sala de Negocios Generales, en el juicio de la señora Paulina Martínez v. de Jiménez, contra la Nación, se afirma lo que sigue: '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 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 *(preposés,* 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.' *(Gaceta Judicial,* tomo III, página 115).

"Algunos expositores tildan de ineficaz e inapropiada la presunción de culpa a cargo de la Administración, por falta de vigilancia o mala elección de los empleados, porque la demostración de la existencia de esos hechos hace difícil deducirle al Estado responsabilidad. Y por ello buscan derivar ésta hacia reglas objetivas. A ese fin, dentro del campo del derecho administrativo y a la luz de sus principios, se afirma que la entidad pública es responsable de los perjuicios causados por actos administrativos, sin atender a la existencia misma del hecho delictuoso o cuasi-delictuoso; ante un perjuicio determinado, producido por un agente, la entidad pública viene a ser responsable, pues ella se obliga por medio de sus órganos, y órgano suyo es el empleado que produce el perjuicio.

"Tal tesis, vinculada al hecho de la 'falta de servicio', no ha sido acogida ampliamente por la jurisprudencia, porque no hay una urgente necesidad de salirse de los claros y antiguos moldes del derecho privado, en estas cuestiones que todavía pueden ser resueltas por la aplicación de las normas y principios civilistas, y porque la tesis conduce fácilmente a extremos de inequidad.

"No habría un sentido de igualdad y justicia al aplicar al Estado y a las entidades públicas en general un sistema objetivo de responsabilidad, que equivale al riesgo creado, y que solamente rige por disposición especial de la ley en ciertos casos, como en los de accidentes de trabajo. El particular y la empresa privada responden de culpa indirecta o mediata por actos u omisiones culposos de sus agentes; no se ve la razón que haya para que la entidad pública se obligue en condiciones más gravosas. El acto o la omisión en un empleado o agente de una empresa privada pueden ser iguales a los que ejecuta o en que incurre el empleado o agente de una entidad pública, y hasta las personas de esos empleados o agentes, ser las mismas que obran o dejan de obrar sucesivamente en la entidad pública y en la empresa particular. Los terceros interesados

en la prueba de la responsabilidad a cargo de la persona pública o privada no tienen por qué hallarse situados en planos diferentes para la demostración de ella, directa o por medio de la presunción, pues siendo igual el hecho en ambos casos, la comprobación debe también ser igual. Se dice que por la dificultad en la prueba; mas si ésta existe, es general respecto a unos obligados y a otros, frente a las entidades públicas y frente a las personas o empresas particulares que responden inmediatamente por la culpa de sus mandatarios."

Agrega hoy la Sala otras consideraciones.

Se ha dicho que la responsabilidad de las entidades públicas es directa aun cuando actúen intermediarios, porque si éstos tienen el carácter de delegados o representantes de la entidad y en nombre de ella proceden, no se trata de personas que estén bajo la dependencia de otras; que dentro de un criterio moderno de la persona moral, los agentes inmediatos de su acción no son terceros o mandatarios que actúen a nombre suyo, sino sus propios órganos de ejecución, de la misma manera que lo es —respecto de la persona física— el brazo por medio del cual compromete ésta su responsabilidad; que por ello la Administración Pública, en caso de culpa de uno de sus agentes, responde directamente de esa culpa llamada "culpa del servicio" y no en virtud de un vínculo de preposición, comisión o mandato.

Obsérvese que *responsabilidad directa e indirecta* son términos que dicen relación a la *distancia* del acto porque se responde con el responsable de él, y no a la responsabilidad misma. En la responsabilidad directa la relación es *inmediata;* en la responsabilidad indirecta la relación es *mediata:* 1º Pedro hiere a Juan; el acto es suyo; debe indemnizarlo del daño por responsabilidad directa, inmediata, personal. 2º Diego, agente de Pedro, hiere a Juan y lo lesiona corporalmente; el acto no es de Pedro; pero Pedro responde por el acto de su agente; su responsabilidad no es personal, es mediata e indirecta.

La responsabilidad indirecta de las personas físicas se produce por la intervención del agente; desde que éste interviene hay, o puede haber, responsabilidad indirecta. Se pregunta: ¿la intervención del agente de la persona moral produce, o nó, idéntica consecuencia, de originar una responsabilidad indirecta? Y en esa hipótesis ¿qué agentes la obligan directamente y cuáles indirectamente?

Para ilustrar la materia de que se trata conviene mirar la cuestión de la responsabilidad directa e indirecta, en primer lugar, desde el punto de vista de las relaciones entre una persona natural y su agente, entre el empleador y el empleado, el dueño de un vehículo automotor y el chofer, para pasar luégo al examen del género de relaciones análogas cuando actúan las personas morales y agentes suyos.

La responsabilidad civil por el hecho del subordinado de otra persona física hay que verla generalmente a través de las reglas que consagran en el Código Civil la responsabilidad indirecta y no por las que norman la responsabilidad personal y directa. Como el Código establece que en tales casos el mandante responde por la indebida elección del agente y por su falta de vigilancia, con éste criterio habrá de mirarse la responsabilidad de que se trata, teniéndose en cuenta las circunstancias en que obra el dependiente, pues sería contrario a la ética ignorar la intervención del agente y su modo de obrar, pretendiéndose que de todos sus actos ha de responder el mandante como si él mismo obrase, como si él hubiese conducido el vehículo o disparado el arma que ocasiona el daño.

Cuando actúan las personas morales por medio de sus agentes, los principios jurídicos aplicables son idénticos. No hay razón para que no lo sean. El Código Civil no limita la responsabilidad por los delitos y las culpas a las personas físicas que tienen otras a su cargo o a su servicio, sino que la extiende a todas las personas, morales y físicas, sin establecer distinción entre unas y otras, con reglas diferentes con relación a cada categoría de personas. Las normas son, pues, iguales: las personas morales responden civilmente de la culpa por el hecho de otras, del mismo modo que las personas naturales.

Claro es que habrá necesidad de tener en cuenta la índole propia de las personas morales para poder deducir consecuencias respecto al modo como comprometen su responsabilidad civil. La persona física se obliga con responsabilidad directa en los casos en que ella obra personalmente, o cuando interviene expresamente con su voluntad en el acto que ejecuta su subordinado; la persona moral habrá de comprometer su responsabilidad directa cuando actúan su gerente o directiva u otros gestores suyos que tengan la representación especial de aquéllos para obligarla, pues solamente entonces puede decirse que es la persona moral misma la que obra. En los demás casos ya no es ella misma la que actúa, sino son sus agentes, del propio modo que obran los agentes o subordinados de una persona física.

Comparando en un plano más próximo al que interesa a las finalidades del presente juicio la culpa de una entidad pública con la culpa de una empresa privada, una sociedad anónima, por ejemplo, surgen de la comparación observaciones que contribuyen a aclarar más el tema en estudio. Las relaciones de la entidad pública con terceros, en virtud de las cuales surge el derecho

a la indemnización de los perjuicios, son idénticas a las relaciones de la empresa privada con terceros para igual propósito. La empresa privada incurre en responsabilidad directa cuando los actos que realiza o sus omisiones se deben a las personas de sus directores o gerentes, o a otras que ejecuten expresamente su voluntad; en los demás casos su responsabilidad es indirecta. La entidad pública compromete su responsabilidad directa, análogamente, cuando son sus órganos los que obran o dejan de obrar; si los actos o las omisiones provienen de otros agentes suyos, la responsabilidad es indirecta.

Planiol y Ripert tratan con notable propiedad el punto que aquí interesa, del modo como las personas morales se obligan directa e indirectamente. Dicen:

"La persona moral, base de derechos, no puede ni adquirirlos ni ejercitarlos sin el socorro de una actividad humana.... La voluntad de una asociación, de una sociedad, de una fundación, no tiene existencia fuera de la de su asamblea general y de sus administradores; *la voluntad del Estado no tiene existencia fuera de su parlamento, de sus gobernantes y de sus funcionarios.* Los hombres que ejercen los derechos de la persona moral hacen algo más que representarla: encarnan su voluntad; aquélla no tiene voluntad fuera de ellos. Es preciso concluír de esto que los órganos de la persona moral, al expresar su voluntad pueden comprometerla en todo lo que una persona puede ser comprometida por su propia voluntad, más poderosa, a este respecto que la de un mandatario.... Más aún, la persona moral, por medio de sus órganos puede modificar su propio carácter, su objeto, su composición.... No es preciso llegar a la conclusión de la identidad de los órganos de una persona moral y los órganos de una persona física; por naturaleza existe entre unos y otros una oposición infranqueable: el órgano de la persona moral es el asiento de la voluntad que la dirige mientras que los órganos de la persona física son los instrumentos inconscientes de una voluntad que está fuera de ellos. Las personas morales presentan órganos de una gran variedad; las asambleas generales, los consejos de administración, los administradores y los gerentes son los órganos de las sociedades y de las asociaciones; todos los funcionarios a los cuales la ley confiere iniciativas, son los del Estado y los establecimientos públicos; los alcaldes, prefectos, administradores diversos, los de los municipios, departamentos y establecimientos públicos. *Es a veces difícil distinguirlos de los simples encargados o mandatarios, que no encarnan la voluntad de la persona moral y que son solamente empleados por ella.*" *(Tratado Práctico de Derecho Civil,* tomo I, número 93).

Para la Corte los conceptos contenidos en el pasaje transcrito conducen a la fijación de un criterio para distinguir los órganos de los demás agentes en las personas morales privadas y públicas. Habrá *órgano* de la persona moral cuando en la persona física que lo ejerce se halla "el asiento de la voluntad que la dirige" y en los demás casos, de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas *sus agentes* o representantes ordinarios, mas no sus órganos.

Refiriéndose Planiol y Ripert al Estado dicen que su voluntad no tiene existencia fuera de su parlamento, de sus gobernantes y de sus funcionarios, y agregan que los empleados en general no encarnan la voluntad de la persona moral y son simples mandatarios; que los órganos son los funcionarios a los cuales la ley confiere iniciativas. Resumiendo el pensamiento de los autores citados, que es el de la Corte, puede afirmarse que los órganos de la persona moral son los funcionarios con autonomía e iniciativa y con capacidad para encarnar la voluntad del Estado. Hay *empleados* públicos que no son *funcionarios,* y dentro de los *funcionarios* puede haber algunos que en el ejercicio de su función no alcanzan a encarnar la voluntad de la entidad pública y por tanto a comprometer su responsabilidad. Solamente serán sus órganos los funcionarios que reúnen aquellas calidades.

Y hay que observar que esa calidad de *órgano* es muchas veces permanente y en otras especial y transitoria, siendo de la última clase cuando el órgano auténtico delega, por autorización expresa y especial, su voluntad representativa en una persona determinada y para un fin concreto.

Aplicando estas nociones al caso de la responsabilidad que se pretende deducir en el presente juicio a cargo de la Nación, se observa que la revista aérea militar realizada en el Campo de Santa Ana el 24 de julio de 1938 fue ordenada expresamente por el Gobierno y sus órganos superiores en el ramo respectivo de la aviación militar. En efecto: al folio 7 del cuaderno número 3 del expediente, aparece la nota número 230 de la Inspección General de las Fuerzas Militares dirigida el 8 de febrero del mismo año al Director General de Aviación y Marina, por el señor General Efraím Rojas, sobre "concurrencia de las tropas a la parada militar del 24 de julio próximo", en que se lee:

"De conformidad con las instrucciones que he recibido del señor Ministro de Guerra, el Supremo Gobierno desea que las fuerzas militares contribuyan, en la mejor forma posible, a la celebración del cuarto centenario de la fundación de Bogotá. En consecuencia, se ha elaborado un plan que, en síntesis, determina la concentración de tropas en esta ciudad, para la parada militar que

se efectuará el 24 de julio próximo, según el gráfico que acompaño. De acuerdo con dicho gráfico, ruego al señor General informe acerca de la forma como la Aviación y la Marina pueden cumplir los propósitos del Gobierno."

El Director de Aviación, Mayor Jorge Méndez Calvo, dio el 12 de julio la "orden de operaciones número 3 general para los desfiles aéreos que tendrán lugar con motivo de las fiestas centenarias", en la cual se nombró Comandante del Escuadrón que debía tomar parte en las actividades motivo de la orden al Capitán Jesús M. García, y se dispuso sobre el número y calidad de las máquinas que habrían de hacer las maniobras y los pilotos que en ellas habrían de intervenir, facultándose al Comandante del Escuadrón para que dictara las órdenes y disposiciones para la preparación y ejecución de los desfiles aéreos. De esta orden de operaciones se enviaron sendas copias al Presidente de la República y al Ministro de Guerra. A su turno el Comandante del Escuadrón expidió una orden acerca del desfile y las maniobras y en ella se autorizó su ejecución sobre las tribunas del campo de espectadores, debiendo hacerse las maniobras de combate a una altura de 500 metros.

A este documento le atribuye la Corte notoria importancia para juzgar la clase de responsabilidad que compete al Estado en el siniestro de Santa Ana, en cuanto en la orden que contiene se dispone que las maniobras aéreas se ejecuten sobre las tribunas. El accidente se produjo precisamente cuando la escuadrilla de Caza hacía la acrobacia prevista y ordenada en el numeral 6º de aquella Resolución, que es de este tenor:

"6º A continuación, la tercera patrulla y el ala número 2 de la segunda patrulla se unirán a las cinco máquinas de acrobacia y en formación de escalón de máquinas, los nueve Hawks *vendrán sobre las tribunas y ejecutarán una carrera de ratón a una altura no menor de 500 metros.* Tiempo, 15 minutos. Terminadas estas maniobras las máquinas procederán a aterrizar."

Los numerales 3º y 4º de la orden dispusieron también otras maniobras *sobre las tribunas*, las cuales se realizaron sin novedad. Así lo explica en su informe respecto al accidente el Mayor Méndez Calvo cuando dice:

"El desfile se efectuó sin novedad así como las formaciones en círculo, a excepción de la escuadrilla de observación, la que rompió la formación para entrar en el círculo demasiado encima del campo, por lo cual dicha maniobra la efectuó sobre el campo mismo y no sobre la zona al norte del campo como estaba ordenado. La escuadrilla de Caza, a su vez, practicó algunas maniobras de conformidad con las órdenes, al norte del campo y a altura conveniente, como la flor de lis, *looping* en formación y otras, terminando estos primeros ejercicios con una formación en escalón de Occidente a Oriente, todo al norte del campo. En este momento, el Comandante de la Escuadrilla, Teniente César Abadía (q. e. p. d.) y quien ocupaba en la formación de escalón el puesto extremo de la derecha, zambulló desde una altura que aprecio en 500 metros y con un cambio de frente de 90 grados, enfocando el campo de la revista de Norte a Sur, y en dirección perpendicular a la tribuna número 9 o sea la de más al Oriente. Los demás aviones siguieron al avión del Comandante en su maniobra. Al entrar en el campo el Teniente Abadía se hallaba a una altura de 30 metros y allí inició un rollo lento, con el avión algo picado aún, voló algún momento invertido y después terminó el rollo en forma precisa, todo lo cual reveló un dominio perfecto del piloto sobre su avión, y a su vez una docilidad completa de éste a la acción del piloto sobre los comandos y una completa eficiencia del avión en cada uno de sus órganos. Al terminar la maniobra antes descrita, el avión viró hacia la derecha, encontrándose al final de esta nueva maniobra sobre el término del tejado de la tribuna diplomática e inmediatamente al frente del piso superior de la tribuna presidencial. En este momento, sea por reacción del techo de la tribuna a causa del impacto sobre el mismo de la rueda derecha del avión del Teniente Abadía (q. e. p. d.), sea por reacción de éste sobre los comandos, o muy posiblemente por ambos a la vez, el avión inició un fuerte viraje hacia la izquierda habiéndose precipitado, después hacia tierra, debido al frenamiento que sufrió la rueda derecha al hundirse en el techo de la tribuna y tropezar con la estructura de madera. Después el avión se incendió y dio varios saltos hasta quedar en reposo ya destruido, trayendo como consecuencia de su caída la muerte y la vulneración de muchos de los concurrentes a la revista. La escuadrilla de Caza ejecutaba en estos momentos el ejercicio llamado 'carrera de ratón' consistente en una formación de columna por unos o fila india, y en el que cada avión debía realizar en forma sucesiva y a su turno la misma maniobra que el avión del jefe, el de cabeza. Dentro de este orden de ideas, el segundo avión, piloteado por el Subteniente Escipión Alvarez, al pasar por el campo de la revista repitió la maniobra del avión guía, a la terminación de la cual, se encontró muy cerca del suelo, pero en sitio donde no había concurrencia, debido a lo cual no sucedió una grave desgracia. Los demás aviones, dándose cuenta del accidente y de la bajísima altura a que se encontraban, ya no ejecutaron la maniobra de los anteriores, sino que procedieron a formar un círculo sobre el lugar del siniestro. En esta circunstancia, tanto el Excelentísimo señor Presidente de la Re-

pública como el señor Ministro de Guerra solicitaron del suscrito ordenara a los aviones suspendieran el vuelo sobre el campo, pero esto no era posible debido a que dichos aviones no tenian estación de radio, y una vez en el aire, quedan única y exclusivamente bajo la responsabilidal del respectivo Comandante."

También afirma el mismo señor Director General de Aviación que la orden de ejecutar maniobras sobre las tribunas fue revocada verbalmente por acuerdo entre él y el señor General Inspector General de las Fuerzas Militares. En el particular se expresa lo que sigue en el informe mencionado:

"El día jueves 21 de los corrientes, el suscrito acompañó al señor General Inspector al aeródromo de Techo a fin de presenciar un ensayo de la revista aérea, el que en general satisfizo, a excepción de algunos detalles sin importancia. El día viernes se verificó en el Campo de Santa Ana, el ensayo general de la revista militar en el que tomó parte el escuadrón aéreo. En este ensayo no satisficieron las maniobras de la escuadrilla de caza, por cuanto los aviones pasaron volando bajo y sobre el campo. Esto motivó que en la reunión de Comandantes superiores que tuvo lugar en la Inspección General en la tarde del mismo día viernes, se hiciera la crítica sobre el particular y el señor General Inspector ordenara precisamente, en un todo de acuerdo con el suscrito, que los aviones no deberían volar sobre el campo por ningún motivo, y que las maniobras deberian verificarse al norte del campo y cuando más tangentes a éste. En desarrollo de tales órdenes el suscrito procedió el sábado por la mañana a ensayar en el Campo de Santa Ana, con las escuadrillas de observación (Falcon) y de instrucción (P. T.) las formaciones en círculo a fin de que éstas se llevaran a cabo exactamente al norte del campo y tangentes a éste. Asimismo citó a los Comandantes del Escuadrón y de las Escuadrillas a una reunión que tendria lugar a las 15 horas del mismo día en la oficina del Director General de Aviación. A esta reunión asistieron los siguientes Oficiales: El suscrito Director General, Capitán Jesús M. García B., Jefe de la Sección de Operaciones y Comandante del Escuadrón; Capitán Alvaro Almeida, Comandante de la Escuadrilla de Instrucción (P. T.); Teniente Fabricio Cabrera, Jefe de Patrulla de la misma Escuadrilla; Teniente Hernando Santos, Ayudante del Comandante del Escuadrón. Además los señores: Capitán José Ignacio Forero, Jefe de la Sección Técnica; Teniente Jorge E. Flórez, Ayudante de la Dirección General. Dejaron de asistir los señores: Capitán Gabriel Piñeros, Comandante de la Escuadrilla de Observación (Falcon) y Teniente César Abadía, Comandante de la Escuadrilla de Caza (Hawks). La reunión tenía por objeto recomendar, como lo hice a los Comandantes de Escuadrón y de Escuadrilla presentes en la reunión, que se cumplieran exactamente la órdenes dadas tanto por el señor General Inspector como por el suscrito, relativas al lugar en que deberían verificarse las maniobras, altura mínima, etc. Comisioné asimismo al Capitán García, Comandante del Escuadrón, para que exigiera a los Comandantes de Escuadrilla, especialmente a los no presentes en la reunión, el cumplimiento de las órdenes antedichas. A la salida de la reunión, en el atrio de la iglesia de Santo Domingo, de esta ciudad, encontré al Capitán César Abadía (q. e. p. d.), Comandante de la Escuadrilla de Caza, a quien exigí de manera especial y en presencia de los señores Capitán José Ignacio Forero y Teniente Jorge E. Flórez el cumplimiento estricto de las órdenes relativas al lugar donde debían verificarse las maniobras aéreas, altura mínima del suelo, etc. Al día siguiente 24 de julio al llegar al Campo de Santa Ana, desde donde debería el suscrito dar las órdenes de salida para los aviones, a fin de coordinar el desfile terrestre con el aéreo, y en donde previamente se había instalado una estación radiotelegráfica en comunicación con otra situada en Techo, próxima a los aviones y al Comandante del Escuadrón, inmediatamente transmití por radio al Comandante del Escuadrón en Techo, el siguiente mensaje: 'Radiograma. Número. Palabras. Estación. Fecha. Hora de recibo. Operador. S. B. 2. 33. Santa Ana. Julio 24/38. 10-20. Cgm. Rush. *Capitán García—Techo—Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén. Altura no menor 150 metros —ciento cincuenta metros—Stop. Informársele permanentemente estado revista. Mor. Méndez, Dirgenav*'."

Hecha por la Sala una consideración cuidadosa de las comprobaciones transcritas referentes a las órdenes acerca del sitio donde debían ejecutarse las maniobras aéreas, encuentra que no obstante la autoridad que tiene el informe del señor Director de Aviación, por la alta jerarquía y la responsabilidad moral de quien lo suscribe, lo en él aseverado no alcanza a desvirtuar el valor probatorio que tiene la "orden de desfile y maniobras", expedida por el Comandante Jesús M. García B., que consta en documento escrito y auténtico, anterior a la revista y no controvertido por las partes en el juicio. Este documento es una prueba que por sí sola, si no existiese el informe del señor Director de Aviación, constituiría la más completa y plena comprobación de los hechos concernientes a la mencionada orden y a su natural efectividad, porque sus términos son de una claridad y de una precisión tales que no cabe otro entendimiento sino el de

que allí se dispuso ejecutar las maniobras sobre las tribunas de espectadores y que en obedecimiento a ella se realizó la maniobra que causó la tragedia. Mas el informe del señor Director de Aviación no le resta casi importancia o valor al documento escrito, porque los hechos en él relacionados tocantes a las órdenes verbales para que no se volara sobre el campo de Santa Ana sino al norte de éste, no tienen otra comprobación directa, distinta a ese informe —aunque se observa también que lo en él aseverado no ha sido contradicho por la parte demandante—, y porque aunque tales comprobaciones directas se hubiesen producido, la justicia ha de estar precavida en la aceptación de las afirmaciones que en casos como el que se contempla se hacen *a posteriori*, después de un acontecimiento que puede implicar daños que deben repararse, por personas en quienes es natural ha de existir un interés muy humano de justificar su conducta. El señor Director de Aviación, admitiendo implícitamente que había sido un error ordenar la práctica de las acrobacias aéreas sobre el campo de la revista, dice que posteriormente a tal orden se dispuso que aquéllas se ejecutasen al norte del campo. Es tan importante esta circunstancia, de la revocación de la orden, que si ella se produce en la forma en que se dio la primitiva disposición, o sea por documento escrito del cual hubiese quedado una constancia previa a la consumación de la tragedia, la responsabilidad principal de lo ocurrido se radicaría en el piloto Abadía, quien habría obrado claramente en forma contraria a una orden expresa. Fallecido él, cuya vida habría sido preciosa para esclarecer este delicado asunto de la manera como cumplió una orden superior, las afirmaciones posteriores respecto a una revocación verbal de la orden escrita adolecen del inconveniente de no tener hoy un legítimo contradictor.

Analizando en conjunto las pruebas allegadas sobre el hecho que aquí se ha venido considerando, de la firmeza o revocación de una orden acerca del modo como debían ejecutarse las maniobras, es evidente que la mayor fuerza de la orden escrita, suficientemente acreditada, inclina el ánimo del juzgador hacia la validez de tal ordenamiento. Así lo admite la Corte porque le parece ser esta conclusión la más acorde con las comprobaciones allegadas y con la calificación que de ellas se ha hecho en este fallo.

Sin que pueda argüirse que el radiograma dirigido por el señor Director de Aviación al Capitán García sea la revocación por medio de documento escrito de la "orden de desfile y maniobras" porque ese despacho se transmitió apenas unas horas antes de la realización de la revista y porque no hay constancia de que el destinatario hubiese puesto en conocimiento de los Oficiales Jefes de las Escuadrillas aéreas tal comunicado. Es de pensarse que esa disposición consignada en el despacho radiotelegráfico no fue conocida por los pilotos que tenían a su cargo el comando de las distintas agrupaciones de máquinas que intervinieron en la revista, porque como así aparece del propio informe rendido por el señor Director de Aviación y de otros documentos, los aviones que participaron en la revista volaron en maniobras sobre el campo donde se hallaban situados los espectadores. Si tánta importancia se le atribuyó, con razón, a la revocatoria de la "orden de desfile y maniobras", en lo referente al lugar donde debían ejecutarse las acrobacias, la revocación debió también hacerse, y pudo efectuarse después de las observaciones hechas en los ensayos de la revista, en la misma forma escrita, expresa y clara que se usó por el Comandante Capitán García al disponer la forma como debían desarrollarse las maniobras y el sitio donde debían ejecutarse. Muy acertadamente observa en su informe el Mayor Méndez Calvo que si las maniobras se realizan fuera del campo de la revista, al norte de éste, el accidente, si se produce, se habría limitado a la muerte del piloto señor Abadía, tan justamente lamentada, y no se habría extendido a otras personas. Con esa previsión, muy natural en los organizadores de la revista, debió asegurarse la inejecución de las acrobacias que se había ordenado hacer sobre las tribunas de espectadores, haciendo también en forma categórica, ostensible y bien conocida la revocación de la orden imprudente que se había consignado en el documento a que se ha hecho mención.

De lo visto resulta que los órganos superiores especialmente encargados de dirigir la Aviación Militar prepararon la revista aérea, que había sido ordenada por el Ministro de Guerra. La participación de esas entidades superiores en la organización de la revista aparece de manifiesto; y como esos funcionarios, *órganos del Estado* en el ramo de la Aviación Militar, tomaron parte directa en las disposiciones que dieron como resultado la presentación de la revista en la forma en que se desarrolló, es claro que la Nación colombiana asumió la responsabilidad correspondiente a los hechos que en cumplimiento de esas órdenes se ejecutaron. Por consiguiente, la responsabilidad directa del Estado en el accidente de Santa Ana se halla demostrada.

El piloto César Abadía actuó como subordinado de las entidades superiores de la Aviación Nacional y fue escogido regularmente para el comando de la escuadrilla de caza. Al hacer tal escogencia los superiores del Teniente Abadía

conocian o debían conocer su hoja de servicios que lo calificaba, según se ha visto en otros fallos de esta Sala, como poco apto para el mando, "juguetón", y de carácter temerario. Además era conocido su espíritu indisciplinado, el que le había valido que se le aplicara una sanción por ese motivo, precisamente en los días próximos a la realización de la revista aérea con ocasión de los ensayos que de ella se hicieron. (*Gaceta Judicial*, tomo LII, página 112). En presencia de estos antecedentes y circunstancias hubo una evidente falta de los "órganos" de la Aviación Militar al escoger a Abadía para el comando que se le entregó. La culpa por la mala elección en que incurre el órgano de la persona moral es *inmediata* y *directa* por lo que mira a la elección misma, pero es *mediata e indirecta* en relación con los hechos que ejecuta el agente mal elegido. Si el órgano obra o deja de obrar, eligiendo o vigilando mal al agente, su culpa, la del órgano, es indirecta, mediata, respecto del acto cumplido por el agente. En cambio hay responsabilidad directa de la persona moral por la acción u omisión de sus órganos, cuando el hecho dañoso lo ejecutan o en la omisión incurren, las personas que forman dichos órganos, o porque llevan ellas su voluntad sobre el agente obligándolo a obrar o a no obrar en determinado sentido, en un caso especial. En el que ahora se contempla los órganos superiores de la Aviación Nacional incurrieron en culpa indirecta por la mala elección del piloto y en culpa directa, además, por haber ordenado que se volara en ejercicios acrobáticos sobre las tribunas de espectadores, sin haberse revocado válidamente tal disposición.

No se deduce aquí la responsabilidad de la Nación, como se ha pretendido, en virtud de una *"falta del servicio"* público de aviación; sino por la culpa cierta y probada de funcionarios que podían con sus actos u omisiones comprometer civilmente al Estado.

Siendo directa la responsabilidad de la Nación por el siniestro aéreo de Santa Ana, es decir, no hallándose comprendido este caso, para los efectos de la prescripción de las acciones, en la hipótesis prevista por el inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil, cuando ella se deduce exclusivamente del hecho mismo, puesto que la de la Nación le resulta del hecho propio de sus órganos y del hecho de su agente, la responsabilidad del Estado se halla dentro de la regla general de prescripción, de largo tiempo, establecida para las personas que se obligan directamente según la norma general del artículo 2341 y las demás que con ella se relacionan. Por tanto, la acción seguida en el presente pleito no se hallaba prescrita cuando él se inició, y por lo mismo la excepción de prescripción propuesta no prospera.

* * *

Pasando al examen de los otros puntos contemplados en la demanda y en la sentencia de primera instancia, debe observarse que el Tribunal falló en forma adversa a las pretensiones de los actores porque a su juicio éstos carecían de personería sustantiva para demandar, respecto de Elvia Orozco Rendón, por no haberse acreditado la identidad de la persona fallecida en el accidente aéreo, y que llevaba este nombre, con la hija de los esposos Orozco Rendón, bautizada con otro nombre, el de María Elvira, de acuerdo con las comprobaciones allegadas; y respecto del joven Darío Orozco Rendón no encontró el Tribunal demostrada la acción porque a su parecer era deficiente la prueba que se allegó de que éste había sido una de las víctimas del siniestro de aviación.

En la segunda instancia el señor abogado de los actores solicitó la práctica de una prueba consistente en cinco declaraciones testimoniales, las que producidas acreditan uniformemente que Elvia Orozco Rendón era conocida con ese nombre y que así se le trataba en sociedad, no obstante aparecer con el nombre de María Elvira en la partida de bautismo. Este hecho lo afirman de modo conteste la señora Inés Angel de Arellano, Juan Martín Arellano, Gustavo Arango, Daniel de la Pava, Ricardo de la Pava y Uriel Botero. Esta comprobación supletoria del estado civil es legal y bastante para subsanar la deficiencia que encontró el Tribunal. Así lo reconoce en su alegato ante la Corte el señor Procurador Delegado en lo Civil. Y en cuanto a ser Darío Orozco una de las víctimas del siniestro de Santa Ana, la Sala admite la alegación presentada por el apoderado respecto a haber encontrado ya la Corte como demostrado tal hecho, precisamente en el juicio fallado por ella, de Darío Orozco contra la Nación.

* * *

En relación con el daño material y con el moral las únicas pruebas que existen en el expediente son las propias declaraciones ya citadas, las cuales tan sólo acreditan el daño moral subjetivo, pero no el moral objetivado ni el material. Desde el escrito petitorio de la prueba, la limitación, o al menos la vaguedad de la determinación de la clase de daño es manifiesta. El numeral 4º del cuestionario, que es el pertinente, dice:

"4º) Si les consta (a los declarantes) *el profundo quebranto sufrido* por los esposos Orozco, (subraya la Sala), a consecuencia, no solamente de la trágica muerte de su hija Elvia sino también de las graves heridas sufridas por otro de sus hijos, don Darío Orozco Rendón."

Al contestar los testigos Inés Angel de Arellano, Juan Martín Arellano, Arango, Daniel de la Pava y Botero, dijeron todos ellos uniformemente que les consta que los esposos Orozco-Rendón sufrieron *un profundo quebranto* a consecuencia de la muerte trágica de su hija Elvia y de las graves heridas sufridas por su hijo Darío Orozco Rendón. Uno solo de los declarantes, el señor Ricardo de la Pava O., afirma que los esposos Orozco-Rendón "han sufrido quebrantos morales y materiales, a consecuencia no solamente de la trágica muerte de su hija Elvia, sino también por las graves lesiones que sufrió su hijo Darío Orozco Rendón".

Este último testimonio no forma plena prueba. Pero aunque hubiese otro u otros en idéntico sentido, que hablasen como él lo hace del daño material sufrido por los demandantes, tampoco servirían para demostrar la consumación de un daño concreto y determinado, como así se requiere para aceptar sobre una tal prueba la afirmación demostrada del daño. La sola referencia a "quebrantos morales y materiales", sin explicación siquiera respecto de los últimos, de en qué consisten ellos, no puede servir de demostración respecto al hecho del daño.

Por estas razones la Sala se abstiene de hacer pronunciamiento de condena acerca de perjuicios materiales y, también, por igual causa, respecto de perjuicios morales objetivados.

En cuanto a los perjuicios morales subjetivos la Corte considera que ellos proceden y deben reconocerse y decretarse, teniendo en cuenta la pena psiquica sufrida por Nazario Orozco Ospina y Judith Rendón de Orozco por la muerte trágica de su hija Elvia Orozco Rendón, que es natural presumir por los vínculos de sangre entre la víctima del siniestro y sus progenitores y por las relaciones de recíproco afecto que se prodigaban. Respecto al daño moral subjetivo producido a los actores por las heridas que sufrió su hijo Darío, también se admite que existe ese daño de orden subjetivo, pero en un plano distinto, de menor intensidad. Con estos motivos, la Corte señalará en el primer concepto, el máximum legal de dos mil pesos ($ 2.000) para cada uno de los esposos, y en el segundo, la cantidad de quinientos pesos ($ 500) a cada uno.

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, reforma así la sentencia objeto de la apelación:

Primero. La Nación pagará, una vez ejecutoriado este fallo, a Nazario Orozco Ospina y a Judith Rendón de Orozco la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) a cada uno en razón de perjuicios morales subjetivos por la muerte de su hija María Elvira o Elvia Orozco Rendón; y la suma de quinientos pesos ($ 500) también a cada uno de los demandantes Orozco Ospina y Rendón de Orozco, como perjuicios morales subjetivos por las lesiones que sufrió su hijo Darío Orozco Rendón.

Segundo. Absuélvese a la Nación del pago a los demandantes de perjuicios materiales y morales objetivados por causa de la muerte de su hija María Elvira o Elvia Orozco Rendón y por concepto de las lesiones sufridas por su hijo Darío Orozco Rendón.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Miguel Arteaga H.—Con salvamento de voto: *José M. Blanco Núñez.—Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido*, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor José M. Blanco Núñez.

Sería imposible que en las pocas horas de que puedo disponer ahora, dentro de los dos días en que la ley me impone el deber de presentar este salvamento de voto, pueda yo consignar aquí todo lo que en el presente negocio ha sido materia de amplia y prolija discusión durante sus casi diarias sesiones de abril y de parte de los meses de marzo y del actual en el seno de la Sala.

Me consta cuán intensa ha sido esa labor y el cuidadoso empeño con que los señores Magistrados que la componen en su mayoría han querido contribuir a la solución del serio problema planteado en esta controversia, por primera vez ante ella, por lo que hace a la alegación de la prescripción de corto tiempo propuesta por el Fiscal del Tribunal de Bogotá en la primera instancia, excepción —dicho sea de paso— que no ha sido impugnada ni apoyada por el señor Procurador Delegado ante esta Sala; y por ello puedo afirmar que la solución, con la cual he estado de acuerdo desde el principio y a la cual llegó, después de sustanciales modificaciones en el primitivo proyecto, la Sala en el caso de autos al reconocer que tal excepción de tres años no puede prosperar porque en este caso la Nación es responsable directamente o por hecho propio, es a todas luces acertada. De manera, pues, que esa dilatada y concienzuda labor de la Sala se justifica con creces con esa parte resolutiva del fallo que ha tenido y tiene el unánime consenso de todos sus Magistrados. En lo demás de ella, como por ejemplo, en lo relativo a la aplicación del artículo 95 del Código Penal a estos casos de responsabilidad puramente civil, concepto sobre perjuicios morales y materiales, etc., me remito a lo que ya he expuesto sobre estas materias en anteriores salvamentos de voto. *(Gaceta Judicial,* página 557, número 1990).

Por las razones que a modo de preámbulo he considerado necesario exponer, apenas intentaré hacer aquí un resumen de lo que sometí a la consideración de la Sala en mis varias intervenciones, a fin de que puedan conocerse algunas de las razones de mi disentimiento con ciertos conceptos de la parte motiva de la sentencia, que me he permitido considerar que no sólo no son necesarias para resolver el caso de autos en la forma que lo ha sido, sino que pueden adelantar apreciaciones demasiado genéricas que quizá puedan interferir otros futuros y no exactamente iguales que estén ya, o puedan estar por venir al conocimiento de esta Sala; fuera de que tales apreciaciones parece que están en colisión con las que la Sala ha hecho en múltiples sentencias anteriores en el caso concreto de la responsabilidad de la Nación con motivo del accidente aéreo del 24 de julio de 1938, caso que constituye la materia del presente juicio.

Los puntos principales que me permití someter a la consideración de la Sala durante las discusiones del proyecto, son, haciendo un esfuerzo de síntesis, los siguientes:

1º Que la calificación, hecha por la Sala desde sus primeras sentencias de fechas 10 de junio y 10 de julio de 1941 *(Gaceta Judicial* número 1977, páginas 109, 125) y en las posteriores que se han apoyado en éstas, acerca de que la culpa y la responsabilidad de la Nación con motivo del siniestro aéreo del Campo de Santa Ana, constituyen una culpa y una responsabilidad *indirectas,* es jurídicamente errónea, y debía ser rectificada al planteársele ahora en el presente juicio, aunque no por los demandantes, pero sí por razón de la excepción de prescripción de corto tiempo propuesta en primera instancia por el Fiscal del Tribunal *a quo* con cita de la parte segunda del artículo 2358 del Código Civil, que dice 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".

2º Que la culpa y la responsabilidad de la Nación con motivo de tal siniestro, lejos de ser *indirecta* y lejos de constituir a ella en un *tercero* para los fines de la prescripción de corto tiempo arriba mencionada, la constituyen en una responsabilidad directa, no precisamente por razón del acto dañoso ejecutado materialmente por el Teniente Abadía —la catástrofe aérea del 24 de julio de 1938— sino porque las obligaciones de: a) de elegir bien; b) o de vigilar bien al señor Abadía; c) o la de prestar la debida garantía al accionar un servicio notoriamente peligroso; o,

d) la simple de no accionar correctamente por conducto de uno de sus órganos un servicio público, del que era ella única dueña, son obligaciones o actos *propios, directos* o *personales* de la Nación, que, para el caso, son los únicos que se le reprochan a ella en el presente y en los demás juicios que hasta ahora se han promovido para la consiguiente indemnización pecuniaria por ser la empleadora de Abadía; por ser quien eligió a éste para destinarlo a este servicio; por ser el servicio de que se trata notoriamente peligroso; por ser ella quien lo accionaba a través o por conducto del Teniente Abadía; porque ella organizó y ejecutó ese servicio como uno de los números del programa de festejos del centenario de Bogotá, a través o por conducto material de sus naturales y únicos modos u órganos de expresión que, como persona moral que es, lo son sus agentes superiores y subalternos; porque la debida vigilancia sobre esos superiores y subalternos para la adecuada prestación de ese servicio sólo a ella correspondía; y porque sólo a ella, al accionar tal servicio, incumbía cumplir también la debida *obligación de garantía* en favor del público, que lo constituían —y aquí sí vale este término— *terceros*, o sea, *extraños* al beneficio y goce, a la administración y a la dirección de ese servicio, notoria y esencialmente peligroso, para que éste se prestara sin ocasionar daño a esos terceros; actos y omisiones todos que son propios, directos o personales de la Nación y sólo de la Nación, porque sólo ella podía ejecutarlos o dejar de ejecutarlos atendida su naturaleza de persona jurídica o ente moral. De lo que se sigue que siendo, como lo son, de carácter directo su culpa y su responsabilidad por cualquiera de los aspectos arriba enumerados, ella no puede ser considerada como un "tercero" ni amparada, frente a esa culpa y a esa responsabilidad directas y propias, por el medio liberatorio, especial y más generoso, de la prescripción de tres años de que trata la citada disposición de la parte segunda del artículo 2358 del Código Civil, sino por el común de veinte años, por hallarse ella, desde este punto de vista, que es el único que se contempla o que debe contemplarse en este juicio, bajo el peso de los artículos 2341 y 2356 del mismo Código que, respectivamente, rezan así en lo pertinente:

"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido...." "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta."

Lo que no significa, según sea el caso, que también puedan dejar de ser responsables ante una persona moral, si contrarió sus órdenes, los herederos de su órgano o agente; *e insolidum* con ella ante los terceros perjudicados, si hubo desvío de parte de aquél en la función que se le encomendó o si procedió culposamente al ejecutarla (artículos 2352, 2343 y 2344 ibídem).

3º Que no era pertinente, por lo menos, para la solución del caso actualmente *sub judice*, el examen acerca de si existe en estos casos de responsabilidad civil identidad entre las personas naturales o físicas y las personas jurídicas o morales.

No he creído que exista en general esa paridad, ni menos aún, si es para de ello deducir que sólo cuando el ilícito civil es ejecutado mediante la previa actuación de los altos funcionarios o dignatarios que tienen la representación legal del ente moral se produce la responsabilidad directa de éste en el hecho ejecutado por sus órganos subalternos, y deja entonces de ser "tercero" para los fines de la prescripción de corto tiempo de que habla el artículo 2358 del Código Civil, pues la verdad es que entonces la persona moral no es un tercero con relación a su agente, sea cual fuere la categoría de éste. Si por hablar de *"terceros"* este artículo ha de entenderse que en este caso lo debe ser la persona moral, entonces no se encontraría, con la misma lógica, quiénes son estos terceros, pues esa disposición habla de los terceros a quienes se refiere *"este Capítulo"* del Código Civil, y basta leer el *Título* 34 de ese Código, para ver que en él no existe ningún *"Capítulo"* y si se trata de un error de redacción en este caso, ¿por qué no decir que se trata de otro error en el otro caso?

He creído que bastaría una sola consideración: la de que las personas morales nunca pueden obrar por sí mismas, sino por medio de las personas físicas que las constituyen, mientras que estas últimas sí lo pueden con entera independencia, para concluir en que esa paridad no es posible establecerla para todo, singularmente, cuando se trata de actos del servicio relacionados con la actividad, correcta o desviada, de la misma persona moral, porque entonces la noción jurídica de ésta quedaría desvirtuada, y su responsabilidad se atomizaría hasta llegar a un verdadero grado de dilución y quizá hasta volatilizarse por completo.

Si la ficción de la identidad entre lo que pasa en la persona moral y sus órganos o agentes y lo que pasa con las personas naturales y sus agentes hay que mantenerla, no debe ser para otra cosa, en tratándose de actos del servicio y de la responsabilidad civil, que para evitar la dislocación o la ruptura de esa unidad de responsabilidad —responsabilidad directa o propia— que es la única garantía ante los terceros perjudicados, pues es demasiado conocido, por ejemplo, que no son los altos funcionarios del Estado, ni los ge-

rentes, ni los administradores de alta jerarquía de una compañía comercial quienes accionan sus trenes, barcos, aviones, automóviles, tranvías, etc., sino que son, precisamente, los empleados subalternos de esos entes morales sus maquinistas, freneros y guardavías; sus pilotos, sus aviadores; sus choferes y sus motoristas, todos personas físicas, los encargados de accionar esa clase de actividades peculiarmente peligrosas a nombre de la entidad propietaria.

Se dirá que no se excluyen en estos casos la culpa y la responsabilidad de ella y la obligación de indemnizar; que lo que no se acepta es que esa culpa y esa responsabilidad se califiquen de *directas*, sino de *indirectas*.

Si esta cuestión se plantea como una tesis meramente léxica y especulativa, ella no pasaría de tener una importancia puramente académica y quizá ni ésta. Pero si lo que se quiere deducir de todo ello es que cuando se trata de un acto ilícito no ejecutado mediante la previa intervención de quienes tienen la representación legal de la persona moral sino por sus órganos o agentes subalternos, éstos no representan ni su pensamiento ni su voluntad y, por ende, en ese caso el ente moral queda como un tercero, como un extraño, a quien ampara un medio liberatorio más benigno: la prescripción de corto tiempo, entonces la cuestión envuelve otra que sí no es de escasa gravedad ni de corto alcance. Porque, ¿qué razón existe cuando se trata de daños causados por cosas notoriamente peligrosas, como en el caso de autos, para *minimizar* ó suavizar la condición jurídica de la persona moral que las posee y que las usufructúa, y para hacer más onerosa con la prescripción de largo tiempo, precisamente, a quienes a nombre de ellas como sus órganos o agentes operen tales cosas sin derivar de ellas otro beneficio que el sueldo o el salario que por su labor devengan?

Porque en tales casos, se respondería, en el agente productor del daño no estuvo en actividad la voluntad de quien dependía, sino la suya propia, ya que por los representantes legales de la persona moral no se le ordenó la ejecución del acto ilícito.

Porque, en tales casos, se confundirían la culpa del agente con la del comitente o se caería en la aceptación de la teoría del simple riesgo creado, que la Corte no acepta, porque se la supone fundada en una mera relación de causalidad objetiva.

Tales respuestas no satisfarían por las siguientes razones, unas, ya expuestas, y por otras que existen a mi humilde entender:

Porque la presunción de responsabilidad de la persona moral en la mala elección o en la falta de vigilancia de su agente, ha precedido al acto de éste y tal responsabilidad es acto propio y personal de ella. Porque, en tratándose de cosas peculiarmente peligrosas de que ella es dueña, la obligación de garantía en favor de terceros está en el exclusivo haber de ella y es anterior también al hecho que produjo el daño. Porque la atenuación de esa obligación de garantía, que implicaría la disminución del término de la prescipción para responder de esa obligación, sería acaso tan grave o más grave para la generalidad de los favorecidos con ella, que son todos los asociados, que el mismo acto del ejecutor material; y porque yo creo también que hasta en el fondo de la teoría del simple riesgo creado y dentro del preciso marco de nuestro Código Civil pueden encontrar los más severos y ortodoxos partidarios de la filosofía espiritualista (entre los cuales me cuento yo) el elemento o factor subjetivo: la culpa.

¿Culpa de quién? La de quien creó el riesgo. Culpa si no propiamente con relación al hecho ilícito mismo, por no haberse tenido la *intención* de causar el mal, no por eso menor culpa ni menos directa, propia o personal, por no haberse ignorado, o por no haberse debido ignorar, la peligrosidad de la cosa productora del daño.

La Sala ha dicho en sus numerosos fallos relacionados con la tragedia de Santa Ana (aunque en ellos no se había tratado el punto relativo a la especial peligrosidad del servicio que ocasionó el accidente), punto sobre el cual yo me había permitido hacer algunas consideraciones en mi salvamento de voto en el juicio de Leonardo Rodríguez Lloreda contra la Nación con motivo de la misma tragedia de Santa Ana, que, en ese caso, se trata de dos responsabilidades: la "personal" de Abadía "por su temeridad e indisciplina" y la de la Nación por la defectuosa organización y la imprevisión con que los Directores de la Aviación colombiana actuaron en esa revista. "Son dos responsabilidades —dijo la Sala— de gran relieve y *paralelas tan notoria y grave la primera como la segunda* y que combinadas generan *la responsabilidad de la Nación.*"

Me he permitido subrayar esas frases que se hallan en las páginas 113 y 131 del número 1977 de la *Gaceta Judicial* para destacar que si la culpa "personal" de Abadía en ese caso fue *"paralela"* a la de la Nación, y ambas iguales en su notoriedad y gravedad, no habría fundamento ninguno para colocar a la Nación en una situación más benigna suavizando o aligerando el término de la prescripción de esa responsabilidad que se califica de paralela e igualmente grave con la de Abadía, aun en el caso de que todo lo hubieran preparado u organizado correctamente los "Directores de la Aviación colombiana", porque la Nación era la propietaria del servicio de aviación militar; la que lo hizo accionar en ese acto por manos de Abadía; por la peculiar peligrosi-

dad de ese servicio, y porque Abadía, elegido por ella, al actuar no era más que uno de los eslabones de la cadena o uno de los órganos de la persona moral responsable llamada Nación, concepto dentro del cual no cabe el de mayor o menor categoría de orden burocrático para los fines de ubicar y liquidar la consiguiente responsabilidad civil por el daño causado a terceros con la prestación de ese servicio.

La circunstancia de no haber sido publicado hasta hoy en la *Gaceta Judicial* ese salvamento de voto mío en el precitado juicio de Leonardo Rodríguez Lloreda, aunque es de fecha 9 de noviembre de 1942, y la de que ese salvamento contiene mis personales puntos de vista sobre el caso concreto de que ahora vuelvo a tratar, me hacen reproducir aquí los siguientes párrafos de tal salvamento:

"....Considero que es fiel reflejo de la letra y del espíritu de la ley en lo relativo a la responsabilidad del Estado, la tesis sostenida en el presente y en anteriores fallos de la Corte, acerca 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* (subrayo) con el primero está obligado a reparar el perjuicio'; y me parece igualmente claro que 'además de la falta personal del empleado, regulada por el artículo 2341 (de nuestro Código Civil) 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....'; pero creo que no en todos los casos esa presunción de *responsabilidad* (subrayo) a cargo del empleador 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 usó de los recursos que un hombre avisado e inteligente emplearía en esa situación semejante tanto para asegurar la buena elección el 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'.

"Me parece, en primer lugar, que debe quedar claramente establecido que hay casos como el presente en que la prueba indirecta de la simple ausencia de culpa no descargá al empleador de la presunción de responsabilidad que tiene a su cargo, sino que él deberá dar, además, la prueba del caso fortuito o fuerza mayor o del error de conducta de la víctima con respecto al hecho generador del daño que ocasionó el accidente, para quedar libre de esa presunción de responsabilidad.

"Aplicadas estas ideas al presente caso, se tiene que, aunque se hubiera probado que el Estado hizo una buena *elección* del Teniente Abadía y que sus superiores ejercieron sobre él una adecuada *vigilancia* en cuanto a las maniobras que se le ordenó ejecutar, siempre resultaría responsable la Nación de ese accidente, a menos que hubiera ella comprobado que el hecho generador de tal accidente se debió a un caso fortuito, de fuerza mayor, o al acto ilícito de un *tercero;* y ello sería así, porque jurídicamente el comitente o empleador se identifica con el agente o empleado por él escogido (Código Civil, artículos 2347 y 2349), porque se trata de una actividad peligrosa cuya fuerza era dispensada tanto por la misma Nación como dueña y empleadora, como por quien a nombre de ella obraba, aunque no se hubiera ceñido estrictamente a sus instrucciones o hubiera actuado en abierta desobediencia a éstas, cuando se hallaba prestando el servicio inherente a su cargo (artículos 2341 y 2356 ibídem).

"La sentencia de esta Corte de 14 de marzo de 1938 *(Gaceta Judicial* número 1934) en la cual fue ponente el distinguido miembro de esta corporación doctor Hinestrosa Daza, contiene una clara y sólida doctrina sobre esta materia.

"Desde que se exige la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor o de la intervención de un elemento extraño, dicho está que la doctrina de que se trata no ha tendido a consagrar en Colombia la teoría absoluta del *riesgo creado,* teoría fundada en la exclusión de toda noción de culpa, y que se inspira solamente en el antiguo principio *"ubi emolumentum, ibi onus",* pero sí aparece claro que ella ha tendido a reconocer, razonablemente y con apoyo en el artículo 2356 de nuestro Código Civil, que la *peligrosidad* de ciertas cosas comporta una *presunción de responsabilidad* a cargo de quienes las operan, ya directamente o por conducto de personas por cuyos actos deben responder los propietarios de tales cosas, presunción que no se destruye sino con la plena prueba del caso fortuito o fuerza extraña.

"Es así como creo sería inútil que probara el empleador —aquí la Nación— en este caso, la simple *'ausencia de culpa'* con base en haber hecho una buena elección de la persona autora del daño ocasionado por una de esas cosas peligrosas, o en la conducta diligente empleada por ella para vigilar el cumplimiento normal de las funciones encomendadas al Teniente Abadía, porque la presunción de responsabilidad, dado el carácter del daño o del acto ilícito, no permite otro descargo que el de la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor o de la culpa de la víctima, de acuerdo con las disposiciones legales precitadas.

"Me parece que no es innecesario que estas aclaraciones hubieran quedado expresamente formuladas en el fallo, para que no se entienda que si el Teniente Abadía no hubiera violado instrucciones en la revista militar y que si no resultara de autos 'que le faltaba seriedad para comandar y 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', entonces no sería responsable la Nación, pues ésta habría comprobado su conducta diligente o la simple ausencia de culpa en el siniestro, siendo así que el que ejerce una actividad peligrosa, por sí o por medio de un dependiente, contrae una obligación de *seguridad* o de *garantía*, que no se descarta sino con la prueba del caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la víctima.

"La conducta impropia del agente o empleado apenas será un factor más que *reagravará* la responsabilidad del empleador, del mismo modo que el comportamiento diligente de ambos no será más que un elemento que, unido a la demostración del caso fortuito, contribuirá a descartar, con mayor facilidad y eficacia, la presunción de *responsabilidad* que pesa sobre ellos de modo *solidario*.

"Además, corroboran estas ideas las siguientes frases que acertadamente contiene el fallo: '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'."

* * *

Coinciden las ideas de este salvamento, con excepción del empleo del término responsabilidad "indirecta", que también aquí se emplea y al cual ya me he referido en lo que llevo expuesto, con las que la Sala de Casación Civil acaba de reiterar en la sentencia del 20 de abril último (Magistrado ponente, doctor Escallón), dictada en el juicio de Ester Vargas Villamil contra la "Empresa de Taxis Rojos de Bogotá".

Transcribo de tal sentencia los siguientes párrafos:

".... Fundado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial el recurrente hace varios cargos a la sentencia, que pasan a estudiarse.

"El primero se enfoca sobre el artículo 2347 del Código Civil, el cual considera el recurrente indebidamente aplicado, por cuanto estima, entre otras razones que aduce, que la responsabilidad en el caso presente no puede recaer sobre la Empresa demandada, toda vez que no se puede imputar culpa *in vigilando o in eligendo*.

"La Corte considera: Sobre este extremo existe una doctrina clara, definida y reiterada por ella en numerosos fallos, en el último de los cuales, el de 2 de diciembre del año próximo pasado se citaron varias e importantes sentencias sobre el particular.

"Fuera de la responsabilidad directa, por los delitos y las culpas, ha dicho la Corte, existe otra de carácter indirecto a que se refieren los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 del Código Civil, que no por tener ese carácter vincula menos que la responsabilidad directa. En tratándose de la indirecta, que es de carácter excepcional, existe la *presunción de responsabilidad* que la ley establece contra el que tiene a su cuidado hijos, dependientes, empleados, etc., presunción que se desvirtúa en la forma establecida por esos mismos artículos. En que *tratándose de actividades peligrosas, como la conducción de un ferrocarril, de un tranvía, de un automóvil, la presunción milita en contra de la empresa o de los patrones respectivos* (he subrayado), y se desvirtúa sólo de la manera expresada por la ley o cuando se acredita que el conductor de un automóvil no estaba en el momento de producirse el accidente bajo la dependencia del respectivo patrón. No basta, ha dicho la Corte, que el dueño de una empresa de esa naturaleza acredite que con toda diligencia y cuidado tomó todos los informes del caso para establecer la buena conducta y experiencia del que maneja la máquina o que ha dictado estrictos reglamentos para regular la conducta de sus empleados, porque entonces la responsabilidad indirecta desapareceria automáticamente y por completo y las víctimas de los accidentes de tránsito se encontrarían desamparadas, ante la insolvencia, casi general, de quienes manejan esa clase de máquinas. Por eso los conceptos de la culpa *in vigilando* o *in eligendo* no pueden tomarse en un sentido tan estricto y limitado, que en todo caso exoneren de la responsabilidad al patrón. Esto se funda además de lo que acaba de expresarse, en que tales empresas llevan anexas a sus actividades, ciertas contingencias, como las de los accidentes de tránsito, así como las ganancias entran siempre a su patrimonio. Sería por lo demás aberrante que empresas de esa naturaleza, indiscutiblemente tuvieran, como tienen, pleno derecho a los beneficios del negocio y generalmente quedaran exoneradas de toda responsabilidad por accidentes causados en desarrollo de sus actividades, con la disculpa de que habían puesto el debido cuidado en la elección de sus subalternos y en la regulación de su conducta. La responsabilidad indirecta desapareceria por completo.

"Y lo anterior no quiere decir que en todo caso y siempre haya de ser condenada la empre-

sa cuyo empleado o dependiente causó un accidente, porque la responsabilidad de aquélla, como lo ha dicho y repetido la Corte, puede quedar desvirtuada por la demostración de ciertos factores, como el de fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño que puede ser la misma culpa de la víctima. Y estas limitaciones y el modo como la Corte ha configurado esa responsabilidad evitan que pueda caerse en la aplicación de la teoría del riesgo, de la guarda jurídica con el carácter de ilimitada o irrestricta, teoría que la Corte no acepta, como lo ha dicho en varios fallos.

"Basta lo anterior para concluir que el cargo que se estudia no puede prosperar."

* * *

Me parece que esos conceptos de la Sala de Casación en cuanto a la presunción *de responsabilidad* en los casos de los artículos que cita del Código Civil; en cuanto a la presunción *de responsabilidad* por razón de la peculiar *peligrosidad* de ciertas actividades; en cuanto al fundamento de esa presunción en garantía de los asociados y por el provecho que de tales actividades deriva la empresa propietaria; y en cuanto al modo, a la clase y severidad de la prueba para la exoneración de esa responsabilidad en tales casos, aunque el acto lo haya ejecutado un subalterno, son tan netos y sólidos en su expresión, que no necesitan comentario alguno.

Podría quizá entenderse así, sin incurrir en contradicción, que si el *medio* de obrar una persona moral tiene que ser siempre "indirecto" en cuanto ella nunca es capaz de actuar por sí misma, sino a través o por conducto de las personas naturales de alta o baja jerarquía de que están compuestas, no hay que confundir ese *medio o modo* de obrar de tales personas morales, *con su responsabilidad*, que es siempre *directa* dentro del orden de ideas que he tratado de exponer en el presente salvamento de voto y que muy bien puede deducirse de las mismas sentencias de la Corte que he citado.

Y es que en la vida de relación de la persona moral de derecho público o privado ella no se presenta ni se conoce ante terceros, sino por la actividad de las personas naturales que son su único, su exclusivo medio de expresarse, cuando aquéllas obran con ocasión del ejercicio, normal o anormal, regular o nó, de la función a ellas encomendada o que les es peculiar como dependientes que son de ese sér moral, que, aunque jurídicamente ficticio, no es anónimo, sino que constituye, sin embargo y aunque pudiera parecer paradójico, una clara y neta realidad en el hecho precisamente, porque nunca puede obrar sino de ese modo: por conducto de sus personas físicas, de alta o subalterna categoría, que forman la entidad, a diferencia de las personas naturales, que sí pueden actuar por sí mismas, jurídica y materialmente.

Lo único fundamental es que se trate de un acto relacionado con el servicio o en el desempeño de la función, imperfecta o regularmente realizada. Porque el órgano cuya función es defectuosa no deja por ello de ser órgano del cuerpo a que pertenece y porque sólo los actos con abuso o desvío de la función del agente pueden ser causa de acción de responsabilidad civil contra la persona moral por quien éste obra o a quien representa y comprometer esa clase de responsabilidad de ella, que, *en tal caso*, no puede ser sino directa, propia, de esa persona moral, porque propio es el servicio que falló en cabeza de su agente, y porque hecho propio de ella y no de éste es el que se relaciona con la presunta mala escogencia de tal agente o con la presunta vigilancia inadecuada de dicho agente, o con el quebrantamiento de la obligación de garantía en favor de terceros si accionaba cosas peligrosas.

Lo que se demanda y lo que se reprocha a la persona moral es, precisamente, esto: su omisión en elegir bien o en vigilar adecuadamente a su órgano o agente, o la imperfecta prestación del servicio, o el incumplimiento de la obligación de garantía, no, la infracción, punible o simplemente culposa de aquél por ser él el autor material del hecho que ocasionó el daño al *tercero*, que en este caso sí lo hay: la víctima, la que sufrió el daño, pues la persona moral, en ese caso, no es *tercero* con relación a su propio órgano de expresión, ni hay otra persona titular (valga la frase) de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, o de la obligación de garantía o del servicio mal prestado, distinta de ella, a quien tal servicio pertenece o a quien son exclusiva y personalmente imputables la obligación de elegir bien o de vigilar adecuadamente o la de que la cosa peligrosa que usufructúa no dañe a terceros.

Paréceme, por ello, que con relación a una persona moral no puede hablarse nunca de culpa ni de responsabilidad *indirecta* para colocarla como *tercero* frente a la víctima y con relación al hecho dañoso de su propio agente, porque éste es su órgano, su único modo de obrar. El órgano no puede separarse del cuerpo a que pertenece ni éste, de aquél. Esto es exacto no sólo en lo físico, sino ante el derecho administrativo y ante el derecho civil; ante la ley moral y ante la ley positiva.

Por lo mismo, tampoco puede decirse que para establecer de qué clase de responsabilidad se trata —si de la directa o de la indirecta— debe en primer término establecerse que sólo habrá responsabilidad directa de la persona moral, cuando el acto culposo de que se trata fue ejecutado con intervención del plano superior de la jerarquía de la institución por quien tenía la facultad de representarla, lo que no se entendería

de los órganos subalternos de ella, porque —añado— éstos también son sus órganos de expresión, son también eslabones de la cadena de la organización de la persona moral, cualesquiera que fuere su jerarquía, *cuando han obrado en uso o con abuso en actos del servicio y por razón de sus relaciones de dependencia.* La cuestión de la responsabilidad de la persona moral, desde el punto de vista que se examina, me parece que no puede reducirse a un mero problema de jerarquía burocrática, o, si bien cupiera decir, a un simple problema de dimensión jurídica por razón de la categoría del órgano de la persona moral, porque dentro de este orden de ideas, todos sus órganos son iguales cuando actúan en uso o con abuso de su función por razón de sus cargos.

La sentencia que origina el presente salvamento de voto, hace referencia a la pronunciada por esta Sala en el juicio de José Rubén Pinilla contra el Departamento de Cundinamarca a fines de agosto de 1943.

Como esta sentencia también contiene un salvamento de voto mío, que tampoco ha sido publicado todavía, me remito para el presente caso a lo en él expuesto, especialmente, en cuanto a que las personas morales de derecho público y de derecho privado sí pueden, por conducto de sus respectivos órganos o agentes, cumplir la obligación de elegir bien y libremente todos sus órganos o dependientes, y la de vigilarlos adecuadamente.

La Sala de Casación Civil había declarado probada la excepción de tres años de que trata la segunda parte del artículo 2358 del Código Civil, a favor del Municipio de Bogotá en el juicio promovido contra éste por Ignacio Guillén R. por un accidente ocasionado por el conductor de un tranvía de esta ciudad *(Gaceta Judicial* número 1978). Me remito también sobre el particular a lo expuesto en el presente salvamento de voto, y a lo expuesto en el fallo de 20 de abril precitado en que fue ponente el eminente Magistrado doctor Escallón, y como en aquel fallo del caso Guillén se cita el pronunciado por esa misma Sala de Casación Civil en la demanda promovida contra la Empresa denominada The Colombian National Railway Company, Ltd., porque uno de los maquinistas de los trenes de esta Compañía incendió unos potreros en la vía de Girardot, y ella opuso la prescripción de tres años del artículo 2358 del Código Civil *(Gaceta Judicial* número 1340. Sentencia de 14 de mayo de 1917), cito a continuación lo que se lee en la página 62, 3ª, de dicho fallo:

"....Si, pues, en este último caso la prescripción de la acción sobre la indemnización del daño causado se rige de acuerdo con la doctrina antes expuesta, por el inciso 2º del ya citado artículo 2358 del Código Civil, o sea que en tal situación la acción se prescribe en el corto tiempo de tres años, en el primer caso, esto es, cuando la acción se dirige contra el empresario mismo por su propia negligencia o descuido, lejos de ser aplicable el inciso 2º del artículo 2358 que acaba de citarse, son pertinentes, según lo antes dicho, las reglas generales sobre prescripción de las acciones civiles, como lo conceptúa el recurrente, quien mal a propósito combinó estas reglas con el inciso primero del propio artículo 2358, en el caso de la litis, en un concepto inadmisible.

"Siendo aceptable, como se ha dicho la responsabilidad de los empresarios de vías férreas en razón de negligencia o descuido imputables a los mismos, o por violación que lleven a cabo de los reglamentos de Policía, no es jurídica la sentencia del Tribunal en cuanto, en principio, y como doctrina general, establece que las personas morales sólo pueden responder como terceros de la acción civil de daño causado a las personas o a las propiedades por razón del servicio de las mismas vías; porque si esto es rigurosamente exacto en cuanto se refiere a la responsabilidad civil de esas personas morales por delito o culpa penal, de que son incapaces en derecho, no lo es en cuanto a la negligencia o descuido que le son imputables, y de que surge la acción civil propia contra las mismas al tenor del artículo 5º de la Ley 62 de 1887. Como según se ha demostrado, esta acción de reparación por razón de culpa civil propia está incluida en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, y como la demanda se dedujo en general sin limitarla a la responsabilidad civil que surge de delito o culpa penal, no procedió bien el Tribunal al declarar la prescripción con apoyo en el inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil, tomando por base de su razonamiento únicamente el concepto evidente de que las personas morales no son capaces de cometer delito o culpa definidos en el Código Penal.

"Y como el concepto de la sentencia, erróneo sin duda, desde el punto de vista general en que fue expuesto, influyó en la decisión, como que ella se funda esencialmente en que las personas morales sólo responden como terceros, razón por la cual la excepción de prescripción se declaró probada con apoyo en el inciso 2º del predicho artículo 2358 del Código Civil, se ve que este

inciso y el artículo 2347 del mismo Código, que le es concordante, se infringieron en el fallo acusado por indebida aplicación, así como se violaron también por falta de aplicación, las reglas de derecho común sobre prescripción que en parte se citan en el recurso, si bien no se invocan todas las pertinentes, lo cual, a juicio de la Corte, no hace ineficaz el recurso a pesar de los visibles defectos que contiene, porque él es preciso en esto de acusar la infracción del inciso 2º del artículo 2358 y la del artículo 2347 del Código Civil, realmente infringidos en el fallo y eso basta para casar la sentencia.

"En consecuencia es preciso casar el fallo acusado."

Se ve muy claro allí, que no sólo no prosperó la excepción de corto tiempo por encontrar la Corte que se trataba de un acto propio y que la Compañía demandada no era *un tercero*, ni según el artículo 5º de la Ley 62 de 1887, ni según el artículo 2347 del Código Civil, que se refiere a la culpa y a la responsabilidad civil de los empresarios por el hecho de sus dependientes.

También se trata ahí y se acoge, como lo hace el muy erudito comentador de nuestro Código Civil doctor Fernando Vélez, que la responsabilidad de que trata la segunda parte del artículo 2358 del Código Civil, se refiere a delitos o a culpas penalmente reprimibles, conforme al Código Penal entonces vigente.

Con las consideraciones hechas en el presente salvamento de voto, dejo este otro tema a la muy ilustrada consideración de la mayoría de la Sala para futuros casos.

Mas para los fines que en el presente escrito se han examinado y que constituyen el objeto del presente juicio, y de los anteriores por responsabilidad del Estado en la tragedia de Santa Ana, acaso el alcance de este concepto carecería de interés práctico, ya que tal responsabilidad nunca podría ser de carácter penal con relación a una persona moral, como lo es el Estado.

Lo que no parece aceptable en el caso de autos ni en general, es la observación que hace el fallo acerca de que *"responsabilidad directa e indirecta* son términos que dicen relación a la *distancia* del acto porque se responde con el responsable de él, y no a la responsabilidad misma".

Se trata, como lo había dicho la Sala anteriormente, *"de 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"; pero obsérvese que se trata de *dos actos distintos*, me permito agregar; y que el concepto de *"distancia"* desaparece si cada uno de esos actos se ubica en su propio autor. El uno, responde porque de él fue ejecutor material; el otro, porque a él, solamente, le son imputables aquellas acciones u omisiones, propias, directas o personales, sin las cuales el acto dañoso no se habría producido. Y a quien se persigue por medio de la acción *civil* para la efectividad de la responsabilidad derivada de estas acciones y omisiones es a este último y por tales actos y omisiones; no, al primero ni por las que a éste le son imputables.

En sus anteriores fallos la Sala dijo, en síntesis: que la revista de la Aviación Militar del 24 de julio de 1938, fue un acto de gobierno, o *un acto de gestión* del Estado de que estuvieron encargados Abadía, y sus superiores; que la ejecución imperfecta por éste de las órdenes recibidas, su desobediencia a tales órdenes dadas por los Directores de la Aviación Colombiana no exonerán a la Nación de responsabilidad *porque ella eligió* a Abadía (y a los otros); que se trata de dos culpas y responsabilidades *"paralelas"* e *"in solidum"*, tan grave la una como la otra; que esta responsabilidad, en el caso de autos, no se modifica ni ante el concepto clásico del derecho civil ni ante las nuevas teorías del derecho administrativo, según las cuales el servicio mal prestado por el empleado que lo acciona no exime de responsabilidad al empleador; que al lado de la responsabilidad personal de Abadía por su desobediencia, o inadecuada prestación del servicio a él encomendado, corre paralelamente la del Estado por *la mala elección* que de él hizo.

Entonces, la consecuencia es esta: la culpa de la Nación, por este aspecto, es propia, directa, "personal"; no cabe considerarla como *tercero*, y, por tanto, no la coloca el presente caso que se ventila, en el de la prescripción de tres años de que trata el inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil. La excepción propuesta por el Fiscal del Tribunal no puede prosperar. Este fue mi punto de vista desde el principio, aun sin considerar el aspecto, que también me permití contemplar, de la peculiar peligrosidad del servicio de aviación militar, que el Estado accionaba y del cual era dueño y beneficiario, cuestión que lo coloca también como responsable por culpa propia, directa y personal.

Que esa culpa y esa responsabilidad encuentren su fundamento ante las nuevas concepciones del derecho administrativo, de que han sido voceros Hauriou, Duez, Bonnard, Jeze, Duguit, Waline, Blum, etc., o dentro de la vieja horma

del Código Civil, según las clásicas y modernas interpretaciones de Pothier, Planiol, Ripert, los Mazeaud, Josserand, Saleilles, Savatier, Ricci, Giorgi, etc. (quizá cada uno las ha construído sobre los cimientos de sus propias convicciones filosóficas y políticas), o que en unas y en otras, conjuntamente, pueda hallarse tal fundamento, como yo lo creo y como la Sala con su peculiar acierto lo admitió, lo evidente es que todas esas teorías confluyen o convergen hacia un punto de común coincidencia, en el reconocimiento del principio *neminen laedere*, que no es otro, por ventura, sino la exacta versión de aquella sentencia, tan eterna como sabia, de *"no hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti mismo"*, fundamento inconmovible de toda ley moral y positiva.

Y así ha sido aquí: el triunfo de la justicia. Es en lo que ha culminado por fin este interesante proceso, para bien de ella y honor de la primera Corporación Judicial de la República.

Para terminar, sólo me resta reconocer que en esta ardua y meritoria obra, toda la labor les corresponde a mis ilustres colegas de la mayoría de la Sala, y que los puntos con los cuales he tenido la pena de no coincidir con ellos en la parte motiva del fallo, son de valor tan accesorio o relativo, que su influencia en la decisión adoptada en él es completamente nula.

Bogotá, mayo 15 de 1944.

José M. Blanco Núñez.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos.—Singularización e identificación de inmuebles en negocios diferentes a petróleos

1. En todo negocio referente a propiedad del subsuelo petrolífero "lo primero es saber —ha dicho la Sala— cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que tal cosa sea identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto".

2. De acuerdo con los artículos 7º y 10 de la Ley 160 de 1936, para comprobar la propiedad particular del petróleo hay que presentar el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo diez y seis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En memorial de fecha 8 de noviembre de 1941, el señor Gabriel Angel, por medio de apoderado debidamente constituído, propuso al Gobierno Nacional la celebración de un contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad de la Nación en un globo de terreno de 24.753.3 hectáreas de extensión, ubicado en jurisdicción del Municipio de Simití, Departamento de Bolívar, circunscrito por los linderos que se expresan en dicho memorial.

Por haber sido formulada la anterior propuesta con observancia de los requisitos legales y reglamentarios del caso, el Ministerio de Minas y Petróleos, en Resolución de fecha 29 de diciembre siguiente, la aceptó y dispuso en consecuencia que se adelantara la respectiva tramitación.

Dentro del término legal se opusieron a la propuesta, por medio de apoderado, los señores Rafael Alvarez, Augusto Septimio Alvarez, Ursula Bibiana Alvarez Olivo, Cruz Asís, León Facio Lince y Zoila Pérez de Tinoco, con fundamento en el hecho de que dentro del globo de tierra descrito por el proponente, están comprendidos los terrenos conocidos con el nombre de *San Luis* y *El Llano* y *Fogonal*, ubicados en jurisdicción del Municipio de Simití, Departamento de Bolívar, y sobre los cuales los opositores alegan el derecho de dominio, tanto del suelo como del subsuelo, "como así lo acredita —dice el apoderado de la parte opositora— una serie de títulos y otros documentos, de que haré mención más adelante y un cúmulo de actos ejecutados por particulares de modo continuo e ininterrumpido desde tiempo inmemorial y con anterioridad al 28 de octubre de 1873". El Ministerio, en Resolución dictada el 4 de agosto de 1942, admitió la oposición, y en consecuencia, dispuso pasar el expediente a esta Sala de la Corte, para que aquí se decida si son o nó fundadas las pretensiones de los opositores, según lo dispone la ley del petróleo.

Surtida la tramitación de rigor, está el negocio para proferir la correspondiente decisión, a cuyo pronunciamiento se procede.

Los títulos de la parte opositora.

El apoderado de los opositores hace la siguiente enumeración de los documentos que se aducen como base de la demanda de oposición, manifestando que a su juicio "son más que suficientes para demostrar lo esencial en el presente caso":

"a) Copia debidamente autenticada de la escritura número 1 de fecha 24 de enero de 1921 sobre protocolización del expediente contentivo de los títulos de los terrenos denominados *San Luis*, ubicados en el Distrito de Simití, expedida por el Notario Público de la misma población, y copia, también debidamente autenticada, de la escritura número 77 de fecha 29 de julio de 1917 sobre protocolización de actos y documentos públicos relativos a la propiedad de los terrenos denominados *El Llano* y *Fogonal*, en el mismo Distrito de Simití, expedida por el Notario Público de Mompós.

"b) Copia debidamente autenticada de la escritura número 1 de fecha 4 de enero de 1923, por medio de la cual fue protocolizado el juicio de sucesión de los señores Eduardo Antonio López y Francisca Rivera de López, expedida por el Notario Público de Mompós, y copia debidamente autenticada de la escritura número 117 de fecha 20 de octubre de 1920, por medio de la cual fue protocolizado el juicio de sucesión de Cecilio Antonio Pérez, expedida por el

Notario Público de la misma ciudad de Mompós.

"c) Copia debidamente autenticada de la escritura número 2 de fecha 25 de julio de 1939, referente a varios derechos en las tierras de *San Luis*, extraída del protocolo de 1874 de la Notaría de Mompós.

"d) Copia debidamente autenticada por la Gobernación del Departamento de Bolívar, del registro de títulos de la propiedad territorial del Distrito de Simití, en el cual aparecen registrados en diciembre de 1867 los referentes a las tierras de *San Luis* y de *El Llano*.

"e) Copia, debidamente autenticada, de la escritura pública número 20 de fecha 21 de marzo del año en curso, referente al poder con que actúo, que me ha sido otorgado en legal forma.

"Todas esas escrituras aparecen debidamente registradas y por ello tienen todo el valor que en tales casos les asigna la ley.

"La titulación a que me he referido y que demuestra que la Nación no tiene el dominio ni del terreno ni del petróleo, es completa. Figuran las escrituras respectivas y aparecen los registros de las mismas."

Y en cuanto al valor jurídico de la anterior titulación, se expresa así el mismo apoderado:

"El título originario de los mencionados terrenos de *San Luis* y de *El Llano* y *Fogonal*, arrancan del tiempo de la Colonia, pero su antigüedad y más que todo por abandono o deficiencia de los archivos oficiales y de las Notarías y demás oficinas depositarias de la fe pública, ha desaparecido o ha sido destruido. Pero aún se conservan documentos públicos que hacen referencia a ellos y que son pruebas fehacientes de la propiedad particular del suelo y del subsuelo petrolífero. Entre los tales documentos se destaca la diligencia de posesión de las tierras de *San Luis*, verificada en el año de mil setecientos cincuenta y cuatro (1754) como acto obligado posterior a la merced o concesión de las mencionadas tierras al presbítero don Miguel de la Rainzar, hecha por Su Majestad el Rey de España. En esa diligencia se hace referencia al título originario y siguen después una serie de actos traslaticios del dominio a favor de diferentes personas hasta llegar al ya finado señor don Cecilio Antonio Pérez en el año de 1797. De ahí siguieron otra serie de actos hasta llegar a los actuales propietarios. Y en lo que toca a los terrenos comunales de *El Llano*, llamado también *Fogonal*, se advierte que el señor Eduardo Antonio López, adquirió el derecho sobre ellos por compra que hizo a la señora Francisca Morales, representada por medio de apoderado, según escritura de 28 de agosto de 1833, otorgada ante el Alcalde Segundo Municipal Cartulario de la ciudad de Simití; que sobre tales terrenos el citado Eduardo Antonio López constituyó gravamen hipotecario ante el Gobierno de la época para garantizar el manejo del señor Juan Lorenzo de la Bastida, como Juez Colector de Diezmos del Cantón de Simití, de la Provincia de Mompós, según escritura que se otorgó en la ciudad de Mompós el catorce de agosto de mil ochocientos cuarenta (1840), por ante el Escribano Público, señor Emigdio Surmay. Todo esto deja evidenciado que las autoridades oficiales reconocieron la propiedad que sobre *El Llano* tenía el citado López. Tales documentos o escrituras fueron protocolizadas en la Notaría de Mompós el 29 de julio de 1917, según la escritura número 77 de esa fecha, debidamente registrada.

"Por sobre todo lo que acabo de decir, hay un suceso o acontecimiento trascendentalísimo y definitivo que vino a robustecer, dejándola delineada y precisada, la propiedad particular en los terrenos de *San Luis* y *El Llano*, mediante el cual fueron éstos determinados como cuerpos ciertos. Tal suceso o acontecimiento lo constituye la expedición por la Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Bolívar de la Ley 10 del mes de octubre del año de 1867. Dispuso esta Ley, para los efectos a que ella se contrae, que constituían títulos de propiedad los siguientes:

'1º El documento en que esté contenida la gracia, concesión o venta hecha por el Gobierno español conforme a las leyes y Reales Cédulas que se declararon vigentes hasta mil ochocientos ocho.

'2º Las escrituras de venta que se hicieron por las autoridades españolas antes de mil ochocientos diez, y por las autoridades de los Gobiernos republicanos de las Provincias Unidas de la Nueva Granada hasta mil ochocientos diez y nueve, inclusive, y por las autoridades de Colombia, Nueva Granada, Confederación Granadina, Estados Unidos de Nueva Granada, Estados Unidos de Colombia, hasta la fecha.

'3º En defecto de los documentos expresados en los dos incisos anteriores, se tendrá por título legal de propiedad la posesión real y efectiva, de buena fe, por veinticinco años continuos.'

"Y en cumplimiento a lo prescrito por la citada Ley y su decreto reglamentario fueron inscritas en el registro de títulos de la propiedad territorial del Municipio de Simití, al tenor del artículo 10 de ese texto legal, según partidas número 1 y número 3 del mencionado registro las tierras de *El Llano* y *San Luis*. Las de *El Llano*, que constan de dos caballerías, fueron determinadas en la siguiente forma:

'Los puntos denominados *Encornados, La Cienegueta, Boca del Atajo* y la *Boca del Caño de Simiti.*'

"Y las de *San Luis,* que constan de tres caballerías, fueron particularizadas así:

'Primero, de la boca del monte Santa Cruz al Occidente, y de este punto derecho a la boca del monte Barrabás hacia el Sur, y de ahí línea recta al otro del Rincón del Potrero y de aquí al otro de la Trampa, al Norte, y de éste al primer dicho a la boca del monte de Santa Cruz'."

Examen de la titulación presentada.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al descorrer el traslado que en la Corte se le dio del negocio, rinde concepto desfavorable a la pretensión de la parte opositora. Para opinar así el señor Procurador hace mérito de estas consideraciones fundamentales:

"Sea lo primero advertir que el opositor, doctor Francisco de P. Vargas, no mejoró ante la Honorable Corte Suprema las pruebas allegadas al expediente formado en el Ministerio de Minas y Petróleos, limitándose a presentar a los autos un mapa de la región sobre la cual versa el litigio, pero sin llevar a cabo la diligencia de inspección ocular que habría sido la única eficaz manera probatoria de llevar al convencimiento de que la oposición sí era fundada.

"Esta falta de prueba suficiente hace que esa Honorable Sala tenga que hacer el estudio de los documentos presentados sobre las mismas bases que dieron origen al estudio llevado a cabo por los técnicos y especialistas del Ministerio de Minas y Petróleos y, en tales circunstancias, es lógico que, por las mismas razones expuestas en el Ministerio, se halle infundada la oposición del doctor Vargas. Sobra observar que en esta clase de litigios, en que el opositor pretende que sea desechada la propuesta formulada inicialmente ante el respectivo Ministerio, la carga de la prueba sobre identidad o superposición de los terrenos materia de la propuesta y objeto de la oposición, corresponde por entero al mismo opositor. Este tiene, según las reglas generales de pruebas y de acuerdos con la jurisprudencia sentada por esa Honorable Sala sobre el particular, que acreditar la existencia de los lotes de terreno de que se trata, el carácter de particulares de los mismos, por haber salido de manos del Estado y haber pasado a ser propiedad individual y, además, acreditar que tales lotes se hallan, en todo o en parte dentro de los límites señalados en la propuesta de exploración y explotación del petróleo de propiedad nacional. Sin tales pruebas, como se anota en el presente caso, la oposición no puede jamás prosperar.

"Ya este Despacho, al dar contestación al primer traslado del negocio, manifestó que 'mientras subsista la ausencia de prueba de que los terrenos materia de la propuesta comprenden en todo o en parte los que son materia de la oposición, no podrá prosperar ésta....'

"Y esta es precisamente la situación jurídica del negocio en la actualidad, toda vez que el opositor no mejoró la prueba presentada de modo que el juzgador pueda llegar a la conclusión de que hay identidad, total o parcialmente, entre los terrenos de la propuesta y los de la oposición.

"Por otra parte, hay que observar que el opositor, doctor Vargas Vélez, no acompañó a su documentación, ninguna que provenga directamente del Estado para demostrar que los bienes en que funda su oposición salieron real y efectivamente del patrimonio del Estado en virtud de una merced o acto real, pues se limitó a presentar, en copia, que según constante jurisprudencia de esa Honorable Sala no es suficiente para tal efecto, la protocolización de algunos documentos tan oscuros que es imposible fijar los linderos que en ellos se establecen. Del estudio de tal documentación, especialmente de la marcada con la letra a) en el memorial del opositor, se desprende que la Corona Real otorgó al señor Miguel de la Rainzar tres caballerías en las sabanas de *San Luis,* pero es inútil tratar de precisar actualmente los linderos por los cuales se fijó la extensión de esas tres caballerías, ya que, por una parte, los nombres allí indicados no aparecen en parte alguna en la actualidad y, por otra, ya que la oscuridad de la redacción y la falta de muchos trozos de la documentación hacen más que imprecisos, indescifrables los mismos linderos. En tal situación, es innecesario hacer el estudio de las demás piezas allegadas a los autos, pues no podría determinarse si las fincas de que tratan las escrituras posteriores son o nó las mismas comprendidas dentro de los límites de las citadas tres caballerías. Por lo demás hay incongruencia y contradicciones realmente inexplicables como muy bien lo observa el señor Ingeniero Director en su informe de que antes se habló (ver folios 51 y siguientes de la oposición).

"Por otro lado, el plano presentado ante la Honorable Corte por el opositor (folio 3, cuaderno 3) no aclara las dudas indicadas, toda vez que los linderos determinados en el mapa no pueden ser confrontados en manera alguna con los límites de la primera adjudicación o tierras salidas de propiedad del Estado; además, es imposible llegar a la conclusión de que los lotes sombreados en el mapa son los mismos de que tratan las escrituras públicas acompañadas al memorial de oposición.

"Con base en las anteriores consideraciones y en los argumentos y conclusiones enunciadas por el Ministerio de Minas y Petróleos, que doy aquí por reproducidos, solicito que se *declare infundada* la oposición hecha por el doctor Vargas Vélez a la propuesta número 114 formulada ante aquel Ministerio por el doctor Caballero Escovar en nombre y representación del señor Gabriel Angel E."

* * *

La Corte debe empezar por examinar en primer término si es fundado el reparo que formula el señor Procurador en lo atinente a la *identificación* de las tierras de que se dicen dueños los opositores, ya que si aparece debidamente sustentado tal reparo, sería inútil avanzar más en el examen de los títulos.

"Porque lo primero es saber —ha dicho esta Sala— cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que tal cosa sea *identificable*, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto." *(Gaceta Judicial*, tomo 53, página 476).

Examinados los documentos presentados con la demanda de oposición, que son los únicos que obran en el proceso como fundamento de la pretensión de los opositores, ya que éstos no adujeron ante la Corte nuevos elementos de convicción, la Sala encuentra debidamente fundado el referido reparo del señor Procurador, es decir, que es patente la falta de *singularización* e *identificación* de los inmuebles de que se dicen dueños los opositores. En efecto:

Según la demanda de oposición, las tierras materia de ésta se componen de dos lotes distintos, circunscritos por linderos diferentes, conocido el uno con el nombre de *San Luis*, y el otro con el de *El Llano* y *Fogonal*. Examinando por separado las respectivas titulaciones, se tiene lo siguiente:

A) Titulación del terreno denominado "San Luis".

A los folios 1 a 19 del cuaderno número 2, obra copia de la escritura número 1, de fecha 24 de enero de 1921, otorgada en la Notaría de Simití, por medio de la cual fueron allí protocolizados, a solicitud del señor Eladio de J. López, algunos documentos "relacionados con el *título de propiedad de tres caballerías de tierra en los terrenos conocidos con el nombre de "San Luis", ubicados en jurisdicción de este Distrito....*"

Los documentos protocolizados son a su vez *"copia de las diligencias originales que muy estropeadas por el comején"* le fueron presentadas al señor Emilio Surmay, Escribano Público de Mompós, en el año de 1849, por el señor Ramón Martínez Troncozo, "por sí y a nombre de los señores Pérez de Simití", y que le fueron devueltas al interesado después de expedida dicha copia por el referido Escribano el 12 de agosto del citado año de 1849.

Los documentos en mención están encabezados así: "Testimonio de las diligencias practicadas en 1754 pa. dar posesión Presbo. Miguel Rainzar de unas tierras concedidas por su Magestad, como se ve en (comido, ilegible) Dado pr. el Escno. Surmay en 12 de agosto de 1840...."

Sigue luégo una solicitud que en lo pertinente dice:

"....M. Cabildo y (comido, ilegible) Miguel de la Rainzar Clerigo domiciliario de este obispo, como más haya lugar en derecho, sin perjuicio de mi fuero. Acción y recurso paresco ante Usías haciendo demostración de un título (comido, ilegible) tierras de pastos y abrevaderos de ganado vacuno y caballar que su Magestad (Dios le guarde) me ha concedido y para el goce de ellas necesito que Usías me deben la posesión correspondiente conforme a derecho...."

A juzgar por algunas frases aisladas que pueden leerse después de la anterior solicitud, parece que el Ayuntamiento de Simití comisionó al Alcalde Ordinario de dicha ciudad para que pusiera al presbítero Rainzar en posesión de las tierras materia de su pedimento, a cuyo efecto fueron determinadas previamente por estos linderos:

"....*desde la (comido) oca del Monte hasta el Juncal corriendo derecho un paraje que llaman el Potrero y por lo más ancho hasta el camino de Pacho que confina con María Rosa y por la otra banda con El Piñal....*"

La diligencia para poner en posesión al presbítero Rainzar, de las tierras de que se trata, llevóse a efecto por el Alcalde comisionado el día 27 de noviembre de 1754, en el sitio denominado *Sabanas de San Luis*, jurisdicción de la ciudad de Santonio de Toro de Simití, "de la Gobernación de Cartagena de Indias". Dice así la diligencia en lo pertinente:

"....Yo don Diego Joaquín López Núñez Alcalde ordinario por su majestad de dicha ciudad metí, y dí a dicho señor don Miguel de la Rainzar *en la posesión de las tres dichas caballerías de tierra contenidas en el expresado título*, y en señal de la citada posesión le tomé por la mano y le pasié por todo el sitio y lugar aprendiendo todos los parajes circuitos señales que comprenden dichas tres caballerías...."

El resto de las diligencias en mención, sobre estar muy mutiladas, según se advierte continuamente en la copia de las mismas, no con-

tienen más datos que contribuyan a determinar la ubicación y linderos de las tierras de que allí se trata.

En síntesis, sólo se saca en conclusión de tales diligencias, lo siguiente:

Que en el año de 1754 el Alcalde Ordinario de Simití puso en posesión al presbítero don Miguel de la Rainzar, de *tres caballerías de tierra ubicadas en el sitio denominado "Sabanas de San Luis"*, en jurisdicción de la ciudad de Simití, dependiente de la Gobernación de Cartagena de Indias, circunscritas dichas tres caballerías por los linderos anteriormente transcritos, que son los únicos que se encuentran expresados en la parte legible de las respectivas diligencias de posesión.

Empero, hasta el presente se ignora por completo cuál es en la actualidad la ubicación precisa de aquellas tres caballerías, de acuerdo con la alinderación que se les asigna en la diligencia de posesión practicada en el año de 1754.

Ya desde la etapa administrativa de este proceso el Ministerio de Minas y Petróleos hizo la afirmación categórica de que aun cuando se conserva hoy el nombre de *Sabanas de San Luis*, no puede decirse con exactitud en qué parte de estas sabanas están ubicadas las tres caballerías. "Y los linderos no aclaran el asunto —dice textualmente el Ministerio— ya que éstos son más imprecisos por referirse a sitios o parajes como *Boca del Monte, Juncal, El Potrero, Camino de Pacho, María Rosa* y *El Piñal, nombres éstos que no se sabe si hoy existen y que, en todo caso, no aparecen en el plano de la propuesta ni en el mapa respectivo, de la Oficina de Longitudes.*" (Subraya la Sala).

En presencia de tan acentuada vaguedad e imprecisión de los títulos referentes al terreno de *San Luis*, era deber de los opositores traer al proceso los elementos de convicción necesarios para corregir las notorias deficiencias de dichos títulos, a efecto de que se pudiera localizar en el terreno todos aquellos sitios que se citan como puntos de referencia en la alinderación respectiva, y que no aparecen en el plano de la propuesta ni en el mapa de la Oficina de Longitudes. Sólo así podría contarse con una base firme para determinar si las tres caballerías poseídas por el presbítero Rainzar en el año de 1754 coinciden o nó con las actuales tierras de *San Luis*.

Mas la parte opositora dejó de cumplir con tan importante obligación. Se limitó apenas a presentar ante la Corte un croquis de los terrenos materia de la oposición (folio 2, cuaderno número 3), en el cual aparecen algunos de los sitios de que trata la alinderación primitiva, como los denominados *María Rosa* y *Boca del Monte*, pero sin preocuparse por demostrar que ese croquis traduce la realidad.

Pero hay más todavía: en el término de pruebas del juicio, el apoderado de los opositores pidió la práctica de una inspección ocular sobre el terreno materia de la controversia, con intervención de peritos, a efecto de establecer estos hechos fundamentales: *a) la extensión y linderos de dicho terreno; y b) la superposición del lote de la propuesta sobre la totalidad de los terrenos de "San Luis" y "El Llano"* y *"Fogonal"*.

La Corte ordenó la práctica de aquella prueba y comisionó al Juez del Circuito de Mompós para que la llevara a efecto. Las partes designaron los peritos respectivos. Empero, los opositores dejaron vencer el término de prueba, sin hacer las gestiones del caso para que esa diligencia pudiera realizarse.

* * *

En relación con otros documentos de fecha posterior a la del título primitivo de 1754, la Sala observa:

A folios 5 a 7 del cuaderno número 2 obra copia de las diligencias de inventario y avalúo "de los bienes, tierras y enseres que contenía la Capellanía situada en las *Sabanas de San Luis*", "en jurisdicción de la ciudad de Simití", "de que es Capellán propietario el presbítero Eusebio del Castillo ya difunto...." Las referidas diligencias aparecen practicadas en los años de 1784 y 1792 como formalidad previa para efectuar el remate de la citada Capellanía.

De los documentos que dan cuenta de tales diligencias, nada se colige en lo atinente a la identificación de las tierras que eran parte integrante de la Capellanía en mención, ya que no se expresaron linderos, sino que se habló simplemente de "tres caballerías de tierras" situadas en las *Sabanas de San Luis*, en jurisdicción de Simití.

La Capellanía fue rematada en el mes de febrero de 1793 por el señor Cecilio Antonio Pérez, a quien se le hizo entrega oportuna de los bienes correspondientes (folio 11 vuelto, id.).

Pero las diligencias relacionadas con el mencionado remate tampoco contienen dato alguno que pueda servir de base para determinar y singularizar debidamente las tierras rematadas por Cecilio Antonio Pérez en el año de 1793. Se omitieron también los linderos correspondientes. Se habló una vez más de "tres caballerías de tierras" en las *Sabanas de San Luis*, jurisdicción de Simití, sin añadir los datos necesarios para establecer su ubicación precisa.

El 12 de diciembre de 1867, con ocasión del registro de títulos de la propiedad territorial

establecido por la Ley 10 de octubre del mismo año, expedida por el Estado Soberano de Bolívar, los señores Lucas J. Pérez, José M. Pérez Bastidas y José M. Pérez Murillo presentaron ante el Concejo de Simití *"un registro o título de tres caballerías de tierras* el cual consiste en una información de testigos practicada el 6 de agosto de 1833, ante el señor Juez Juan Antonio Alonso Alcalde segundo municipal del Cantón de Simití, cuyas *tierras están situadas en las sabanas de 'San Luis'* teniendo por linderos los puntos siguientes: Primero: de la boca del monte Santa Cruz al occidente y de este punto derecho a la boca del monte Barrabás hacia el sur y de ahí linea recta al otro del Rincón del Potrero y de aquí al otro de la Trampa, al norte y de este al primero dicho a la Boca del monte de Santa Cruz. Dichas tierras son de la propiedad de los señores Lucas J. Pérez, José María Pérez Bastidas y José María Pérez Murillo...." (Copia expedida por el Archivero del Departamento de Bolívar el 10 de marzo de 1942, folio 40 vuelto, cuaderno número 2).

Como se ve, las tierras de *San Luis* aparecen en el año de 1867 circunscritas por linderos que comprenden puntos de referencia no descritos en el título primitivo de 1754. Estos nuevos puntos de referencia se repiten en el año de 1923, con ocasión de la partición y adjudicación de bienes en el juicio de sucesión de los señores Eduardo Antonio López, Francisca Rivera de López y Cecilio Antonio Pérez (folios 29 vuelto y 37, cuaderno número 2).

Empero, los nuevos puntos de referencia en los linderos del terreno *San Luis* tampoco aparecen identificados. En el particular sólo obra en el proceso el referido croquis de las tierras materia de la oposición, acerca de cuya ineficacia probatoria no hay para qué insistir.

De ahí que resulte plenamente fundada la afirmación del Ministerio de Minas y Petróleos, que el señor Procurador prohija, en el sentido de que por no figurar en el mapa de la propuesta ni en el de la Oficina de Longitudes los nombres de los sitios y parajes que figuran en la alinderación del terreno *San Luis*, es imposible saber si el total, o parte, de este terreno está o nó comprendido en el lote descrito en el memorial contentivo de la propuesta del señor Gabriel Angel.

B) Titulación del lote denominado "El Llano" y "Fogonal".

Mediante la escritura número 77 de 29 de julio de 1917, otorgada en la Notaría de Mompós, fue protocolizada, a solicitud del señor Luis Rapalino Sierra, "una tercera copia de la escritura pública, de fianza con hipoteca de fecha catorce de agosto de mil ochocientos cuarenta, otorgada por el señor Manuel Germán Ribón como apoderado del señor Eduardo Antonio López a favor del señor Juan Lorenzo de la Bastida...." Esta fianza hipotecaria fue constituída por el señor López con el objeto de garantizar el manejo de La Bastida como Júez Colector de Diezmos del Cantón de Simití. En la escritura contentiva de esta fianza, que fue otorgada ante el Escribano Público de Mompós, el apoderado del señor López declara que "hipoteca especial y señaladamente las tierras nombradas *El Llano* de propiedad del poderdante, situadas en la jurisdicción de Simití, cuyas dimensiones son: Desde el Rincón de Descornado, confinando con la ciénaga de dicha (sic) mirando hacia el frente y al occidente; y de éste en línea recta al otro lindero nombrado la Cienaguita, a orillas del río de Boque hacia el oriente; y de aquí aguas abajo de dicho río, hasta el otro lindero nombrado Boca del Atajo, a orillas del referido río Boque hacia el Oeste y el Norte; aguas abajo por vuelta del mismo río, a la boca del caño que entra en la ciénaga de la citada ciudad de Simití hacia el Occidente, al otro lindero". Luégo declara el otorgante "que las citadas tierras las hubo su parte, por compra que de ésta hizo al señor Juan Lorenzo de la Bastida, apoderado de la señora Francisca Morales de esta ciudad, como lo comprueba la escritura que a su favor otorgó ante el Alcalde Segundo Municipal Cartulario de aquella ciudad señor José Manuel Galván, en veinte y ocho de agosto de mil ochocientos treinta y tres....", "cuya escritura —dice el Escribano— en tres hojas útiles tengo a la vista,.... y de ello doy fe".

Las dos escrituras anteriormente mencionadas son las más antiguas entre las que los opositores presentan como titulación de las tierras de *El Llano*. Y por lo que hace a la extensión de las mismas, a folios 22 del cuaderno número 2 obra el certificado expedido por el Secretario del Concejo Municipal de Simití con fecha 4 de agosto de 1840, en el que se dice que el señor Eduardo Antonio López es propietario de *dos caballerías* de tierra llamadas *El Llano* y *Fogonal*.

La alinderación consignada en las dos escrituras citadas se repite en los títulos posteriores referentes a las mismas tierras de *El Llano*, inclusive en los que aducen los opositores para sostener que *actualmente* son los propietarios de ese inmueble.

En el estudio que hizo la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos se encuentra la siguiente afirmación relativa a los linderos del terreno de *El Llano:*

"Estos linderos son de lo más confusos, y a ello se agrega que de los detalles topográficos que comprenden, lo único que figura en el mapa

disponible en la oficina, el del Departamento de Bolívar del año de 1930 elaborado por la Oficina de Longitudes y en el plano de la propuesta, son el río Boque y la ciénaga de Simití. De modo que no se obtiene aclaración con estos linderos" (folio 51 id.).

Como se ve, además de la indeterminación de los títulos respecto de las tierras a que ellos se refieren, esos títulos provienen de particulares. Sabido es que de acuerdo con los artículos 7º y 10 de la Ley 160 de 1936 para comprobar la propiedad particular del petróleo hay que presentar el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Sentencia.

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, en uso de la atribución que le confiere el artículo 5º de la Ley 160 de 1936,

Resuelve:

No es fundada la oposición que los señores Rafael Alvarez, Augusto Septimio Alvarez, Ursula Bibiana Alvarez Olivo, Cruz Asís, León Facio Lince y Zoila Pérez de Tinoco, han formulado contra la propuesta de contrato hecha al Gobierno Nacional por el señor Gabriel Angel para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en un globo de terreno de 24.753.3 hectáreas de extensión, ubicado en jurisdicción del Municipio de Simití, Departamento de Bolívar, y circunscrito por los linderos expresados en el memorial contentivo de dicha propuesta.

Publíquese, cópiese, notifíquese y remítase el expediente al correspondiente Despacho Administrativo para que allí siga el negocio su curso legal.

Miguel Arteaga H., José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Pensión de jubilación a un antiguo miembro del Poder Judicial

La pensión de jubilación hay lugar a reconocerla no sólo en los funcionarios y empleados que, cuando entró en vigencia la Ley 22 de 1942 se hallaban ejerciendo sus funciones en los respectivos cargos, sino aun a aquellos que hubieran dejado de ejercerlos en ese momento, siempre que, por otra parte, hayan cumplido las exigencias legales ordinarias para convertirse en acreedores a la pensión.

Tales pensiones deben pagarse por el Tesoro Nacional.

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

(Magistrado ponente, doctor Víctor Cock).

El señor Juan de J. Gómez G. vecino del Municipio de Manizales, fundado en los preceptos de la Ley 22 de 1942, presentó demanda ante el Tribunal Superior de Manizales, para que, con citación y audiencia del respectivo Agente del Ministerio Público, fueran hechas las siguientes declaraciones:

"Primero. Que por haber desempeñado o ejercido el suscrito Juan de J. Gómez G. con honorabilidad, honradez y consagración empleos públicos civiles en el Poder Judicial o como subalterno en el Tribunal Superior de esta ciudad más de veinte años sin interrupción, tiene derecho al reconocimiento de una pensión vitalicia de jubilación o a la cantidad de ochenta pesos cincuenta centavos ($ 80.50) mensuales a cargo del Tesoro Nacional o de la Caja de Previsión, que se creó con personería jurídica; desde el diez y siete (17) de agosto de mil novecientos treinta y cinco (1935) o el quince (15) de octubre de mil novecientos cuarenta y dos (1942) y subsidiariamente desde el día que se presente o autentique esta demanda en la Secretaría del Tribunal, Sala Civil.

"Segundo. Que se condene a la Nación o a dicha Caja a pagarle a Gómez G. la mencionada cantidad de ochenta pesos cincuenta centavos ($ 80.50) mensuales desde una de las mencionadas fechas (1935, agosto 17, o 1942, octubre 15); y subsidiariamente desde el día de la presentación o autenticación de esta demanda en dicha Secretaría.

"Tercero. Que se radique el pago de la mencionada pensión en la Administración de Hacienda Nacional del Departamento de Caldas (Manizales)."

Tramitado el juicio como lo establece el artículo 10 de la Ley 22 de 1942 antes citada, el Tribunal Superior de Manizales le puso término a la primera instancia merced a la sentencia de cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y tres.

La parte resolutiva del fallo mencionado es del siguiente tenor:

"1º El señor Juan de J. Gómez G., mayor y vecino de este Distrito Judicial, no tiene derecho a que se le reconozca pensión de jubilación de conformidad con la Ley 22 de 1942 y por consiguiente, la Caja de Previsión que creó esta Ley no está obligada a pagarle suma alguna por este concepto;

"2º Por no ser de competencia de este Tribunal, no se resuelve sobre pago por el Tesoro Nacional de pensión de jubilación al mismo demandante;

"3º Como no se reconoce la petición principal de la demanda, los puntos segundo y tercero de la misma, no se declaran."

Interpuso el demandante recurso de apelación contra este fallo y por obra de dicho recurso conoce la Corte del negocio. Y por cuanto ya está agotada la tramitación de la segunda instancia, en la cual intervino con sus alegaciones la parte demandante y emitió concepto el señor Procurador Delegado en lo Civil, se procede a dictar sentencia definitiva.

El Tribunal sentenciador hubo de fundarse al proferir su fallo, en cuanto negó la acción del demandante dirigida contra la Caja de Previsión Social creada por la Ley 22 de 1942, en la consideración de no ser ella, a juicio del mismo Tribunal, la llamada a pagar las pensiones de jubilación cuando se trata de empleados que, como en el caso actual, aunque hubieran llenado los demás requisitos legales, carecían ya de investidura oficial, es decir, que habían dejado de ser empleados judiciales en el momento de entrar a regir la Ley mencionada; y hubo también de declararse incompetente el Tribunal para reconocer entonces la pensión, no a cargo de la Caja mencionada, sino del Tesoro Nacio-

nal, por cuanto, en armonía con el artículo 4º de la Ley 153 de 1938 según expresó el mismo Tribunal, es el Consejo de Estado el competente para conocer de este género de demandas contra el Tesoro Nacional.

Por su parte el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su escrito de nueve (9) de diciembre de 1943, solicita la confirmación de la sentencia recurrida por estar él en un todo de acuerdo con las apreciaciones del Tribunal.

Estudiados los autos, ha halladó la Corte que no existe dificultad alguna en cuanto a la cuestión de hecho, ya que aparece demostrado en el proceso que el señor Gómez, demandante, sirvió por un período mayor de veinte años, desde 1913 hasta 1935, como empleado subalterno en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales y que tiene una edad mayor de sesenta años, así como aparecen comprobadas también las demás circunstancias legales de rigor para el reconocimiento de una pensión de jubilación.

La dificultad que se ha presentado en general en esta clase de asuntos y que el Tribunal estudió detenidamente, radica, como ya se indicó, en saber si quienes habían cesado en sus funciones como empleados cuando entró a regir la Ley 22 de 1942 gozan del beneficio de ella; y, en caso afirmativo, la llamada a responder por el servicio de la pensión es la Caja de Previsión o lo es efectivamente el Tesoro Nacional. También saber cuál sea el Tribunal competente para conocer de este género de asuntos, si los Tribunales Superiores en primera instancia y la Corte en segunda instancia, o si lo es el Consejo de Estado.

* * *

Y para el efecto de definir estos puntos de derecho habrá de tener en cuenta la Corte las siguientes consideraciones:

En armonía con la Ley 22 de 1942, "la Caja de Previsión Social de los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo" tiene como fin primordial el pago a los funcionarios referidos de las siguientes prestaciones:

a) *Pensión de jubilación;*
b) *Auxilio de enfermedad;*
c) *Auxilio de cesantía.*

En efecto, el artículo 13 de la Ley citada crea la Caja mencionada y al propio tiempo declara que estará a cargo de ella atender a las prestaciones aludidas, de las cuales expresamente trata dicha Ley que creó la Caja.

Por otra parte interesa observar que se refieren los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley mencionada a las *pensiones de jubilación,* al paso que el artículo 5º toca con los *auxilios de enfermedad* y el 6º con los *auxilios de cesantía.* Cree la Corte que la prestación consistente en pensiones de jubilación hay lugar a reconocerla no sólo en los funcionarios y empleados que, cuando entró en vigencia la expresada Ley 22 de 1942, se hallaban ejerciendo sus funciones en los respectivos cargos, sino aun a aquéllos que hubieran dejado ya de ejercerlos en ese momento, siempre que, por otra parte, cumplan ellos con las exigencias legales ordinarias para convertirse en acreedores a la pensión.

A esta conclusión a que ha llegado la Corte puede llegarse entre otras razones, por la que aporta el artículo 12 de la Ley 22 en consideración, toda vez que este precepto declara, de manera expresa, el que las prestaciones consistentes en *auxilios de enfermedad* (artículo 5º, Ley 22) y en *auxilio de cesantía* (artículo 6º, Ley 22) se reconocerán únicamente a los funcionarios y empleados que al entrar la Ley en vigencia se hallen en ejercicio de sus funciones o en uso de licencia legal, lo cual significa dentro de la más estricta lógica jurídica, que sí, por el contrario, se trata de la prestación restante, es decir, de la consistente en las *pensiones de jubilación,* que se abstiene de mencionar esa disposición legal, no depende, ni en manera alguna puede depender el reconocimiento de tales pensiones de jubilación, de que el funcionario o empleado que esa prestación solicita se hubiera hallado en ejercicio de sus funciones en el respectivo cargo al entrar a regir la referida Ley. *Inclusio unius est alterius exclusio* constituye una máxima de lógica jurídica que en su favor expresamente invoca el demandante y que la Corte halla en verdad aplicable al caso controvertido.

Y este orden de ideas armoniza con los principios fundamentales que en Colombia han gobernado el campo de las pensiones civiles, cual lo es el contenido en el artículo 4º de la Ley básica en estas materias, o sea la Ley 29 de 1905, precepto legal que no aparece derogado o sustituido en la Ley 22 de 1942, y de conformidad con el cual "los servicios que puedan justificar una pensión o jubilación podrán contarse desde cualquier época anterior", es decir, época anterior aun a esa misma Ley 29 de 1905.

Y el artículo 5º de la Ley 29 de 1905 viene a confirmar la doctrina sentada en el artículo 4º, del cual se acaba de hablar, en cuanto estatuye que para completar el tiempo de servicios prestados de que allí se trata podrán desde luégo

computarse servicios prestados en diversas épocas.

Por donde se echa de ver que las medidas protectoras consistentes en las pensiones de jubilación, medidas que necesariamente deben ser generales en su aplicación, no están inspiradas en la idea de dar amparo y protección únicamente a los empleados que estén prestando el servicio en el momento de la expedición de cada ley, en forma tál que, a ser lógico, el tiempo propio para su jubilación sólo desde entonces empezará a correr, o sea desde la vigencia misma de la ley y sin computar tiempo de servicio anterior, sino en la idea de proteger y prestar ayuda también a quienes en otra época sirvieron y han llegado a completar el lapso de aplicación general, o sea hoy de veinte años, y que, merced a su estado de pobreza y especialmente a su edad avanzada, merecen el apoyo del Estado, con miras de orden social.

Para poder aceptar que la Ley 22 de 1942 en punto de pensiones de jubilación es una Ley *ad hoc*, dictada para los empleados del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, pero exclusivamente cuando se trata de empleados que lo fueran en el momento de empezar a regir dicha Ley y dictada sólo en interés de ellos, o a lo sumo también en el de quienes lleguen a serlo en lo futuro, no basta, a juicio de la Sala, alegar que en el artículo 1º de dicha Ley 22 de 1942 se indican en calidad de personas llamadas a gozar de la pensión a los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo y sus respectivos subalternos, quienes tendrán derecho *al retirarse de sus puestos* a la correspondiente pensión mensual por jubilación, toda vez que esa interpretación literal del precepto pugna, de un lado, con los principios legales antes enunciados sobre cómputo de servicios prestados en épocas anteriores y en diversas épocas; y, de otro lado, pugna también con el espíritu de este género de prestaciones, en cuanto, según se observó antes, tienden a proteger a servidores públicos que, habiendo prestado sus servicios por tiempo considerable, no pueden valerse ya por sí mismos para su congrua subsistencia y necesitan así de una ayuda de carácter social.

Además, si a la expresión *al retirarse de sus puestos* que, como ya se vio, se halla en el artículo 1º de la Ley 22 de 1942 no se le puede dar un significado que implicaría el que, por todo concepto, aun para cómputo de tiempo de servicio, esa Ley sólo tiene campo de aplicación en el futuro y a partir de su vigencia, dejando así al margen a los empleados judiciales, etc., que lo fueron en época pretérita, anterior a la vigencia de la misma Ley, el que no se le pueda dar ese significado tampoco lleva a la conclusión de que la aludida expresión *al retirarse de sus puestos* sea una expresión inútil o redundante, toda vez que ella puede tomarse como una reafirmación de que la pensión de jubilación es una prestación de que no gozan los respectivos empleados sino *al retirarse de sus puestos*, y no, en manera alguna, mientras continúen en ellos.

Concuerda la conclusión a la cual se acaba de llegar con el contenido del artículo 9º de la Ley 89 de 1931, disposición también normativa en el ramo de pensiones civiles, y que dice textualmente así:

"Artículo 9º Cumplidas todas las condiciones que exigen las leyes vigentes para adquirir el derecho a una pensión civil, podrá obtenerse su reconocimiento aunque el interesado esté desempeñando un empleo o cargo público, *pero no podrá gozar de ella sino al separarse de dicho empleo* (ha subrayado la Corte).

Sentada la base de que las pensiones de jubilación como las reconoce y reglamenta la Ley 22 de 1942 benefician también a los empleados que ya habían dejado de serlo cuando ella entró en vigor; y, presentándose, de otro lado, el hecho ya conocido de que fue tal Ley la que creó la Caja de Previsión para pagar, en primer término, las *pensiones de jubilación* de los empleados judiciales, precisa entrar a estudiar si corresponde a la Caja de Previsión, o por el contrario corresponde al Tesoro Nacional atender al pago de las pensiones que se reconozcan a favor de los empleados a los cuales se acaba de hacer referencia, es decir, de aquellos que ya habían cesado en sus funciones cuando entró a regir la Ley 22 de 1942.

Para sustentar la tesis de que no corresponde a la Caja de Previsión sino al Tesoro Nacional el pago de las pensiones de los empleados que no lo eran cuando se inició el imperio de la Ley 22, y que aspiran después de entrar ella en vigor al reconocimiento de su pensión, se ha aducido la razón de que a la formación del capital de dicha Caja contribuyen los empleados actuales con el aporte de parte de su sueldo.

Ante la duda de si corresponde hacer el pago de la pensión a la Caja de Previsión o al Tesoro Nacional, y consultados antecedentes de la Ley 22 de 1942 (véase número 23 de *Anales de la Cámara de Representantes*, correspondiente al 24 de agosto de 1942), ha llegado la Corte a la conclusión de que, por cuanto anteriormente

el pago de ese género de pensiones ha correspondido siempre al Tesoro Nacional, y no apareciendo de una manera suficientemente clara que, en casos especiales como el presente le fuera atribuída la obligación de hacer tal pago a la Caja de Previsión, es jurídico no innovar acerca del sujeto pasivo de la pensión al carecerse de una base suficientemente cierta para tal innovación.

De otro lado es doctrina de la Corte la siguiente sentada en fallo reciente en el cual se lee:

"Artículo 15 de aquella Ley (22 de 1942), declara que son miembros de la Caja 'todos los funcionarios y empleados pagados por el Tesoro Nacional, que pertenezcan al Organo Judicial, al Consejo de Estado, a los Tribunales Contencioso Administrativos y al Ministerio Público', y que ellos, en parte, contribuirán a formar los fondos de la Caja (artículo 16 ibídem).

"Equitativo resulta por tanto que la Caja pague las pensiones que se decretan en favor de sus socios, los cuales, en parte, contribuyeron a formar sus fondos, y que no pague aquellas pensiones que se decretan en favor de quienes no fueron, nunca socios. Ello sería una consecuencia del *jus fraternitatis*, que implícitamente va envuelto en el concepto de *socio*.

"Además, el artículo 18 de la Ley 22 dice al respecto:

"No será de cargo de la Caja el pago de las prestaciones fijadas en el artículo 1º a los funcionarios y empleados que a tiempo de entrar esta Ley en vigencia, tengan ya cumplidos los requisitos que los hacen acreedores a la gracia de jubilación, conforme a disposiciones anteriores, las cuales continuarán pagándose por el Tesoro Nacional en la cuantía en que fueron decretadas, y no serán susceptibles de aumento.'

"La parte final de la disposición transcrita dice que tales prestaciones 'continuarán pagándose por el Tesoro Nacional en la cuantía en qué fueron decretadas', pues se supone que dichas pensiones ya debieron de haber sido decretadas. Pero si aún no lo habían sido, nada se opone a que también las pague el Tesoro Nacional, pues aquellas pensiones se acomodan al concepto contenido en la primera parte de la disposición, y según el cual 'no serán de cargo de la Caja el pago de las prestaciones fijadas en el artículo 1º, a los funcionarios y empleados que a tiempo de entrar esta Ley en vigencia, tengan ya cumplidos los requisitos que los hacen acreedores a la gracia de jubilación....'

"En casos análogos al presente la Corte ha dispuesto que se haga el pago por el Tesoro Nacional, y no por la Caja de Previsión (sentencia proferida en la demanda de pensión del señor Pedro Afanador Gómez)."

De todo lo expuesto se puede también concluír que, considerada en su conjunto armónico la Ley 22 de 1942, manifiestamente se revela en ella un espíritu de unificación por lo que respecta al régimen de las pensiones de jubilación que a raíz de su expedición hubieran de decretarse a favor de los empleados del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo.

Es decir, un régimen uniforme desde luégo en lo que toca a los requisitos aun de fondo para obtener la pensión de jubilación de los empleados judiciales, etc., sin distingos entre las varias clases de empleos, requisitos entre los cuales ha de figurar en primer término un lapso de veinte años en el servicio prestado; uniformidad en cuanto a la cuantía de la pensión, o sea en general para todos los empleados una cantidad mensual equivalente a la mitad del mayor sueldo que hubieran devengado en el desempeño de un puesto en propiedad durante un año por lo menos (artículo 1º de la Ley 22); y uniformidad en cuanto a los Tribunales competentes para cónocer cualquiera que sea la categoría de los funcionarios que piden la pensión de jubilación en las demandas respectivas, o sean los Tribunales Superiores en primera instancia y en segunda la Corte Suprema, lo cual fija por lo demás la competencia de la Corte en asuntos de la naturaleza del presente.

En mérito de lo expuesto y por cuanto el solicitante señor Gómez, según las constancias del proceso, cumplió con las exigencias que trae especialmente el artículo 2º de la citada Ley 22 de 1942, en lo tocante a haber prestado servicios en cargos judiciales por un término que excede de veinte años, haber observado buena conducta, tener cumplida ya la edad de sesenta años y carecer de medios para la congrua subsistencia; y por constar también que el sueldo más alto que hubo de devengar fue el de ciento sesenta y un pesos ($ 161.00) mensuales como Oficial Mayor en propiedad de la Sala Penal del Tribunal de Manizales en un período que es mayor de un año, y comprendido entre el mes de junio de mil novecientos veintiocho y el mes de diciembre de mil novecientos veintinueve; y por cuanto además las pruebas presentadas para tales comprobaciones son las legalmente adecuadas al caso (copias y certificados oficiales, etc.), habrá lugar a decretar a su favor una pensión mensual de ochenta pesos con cincuenta centa-

vos ($ 80.50) correspondiente a la mitad del mayor sueldo antes expresado.

En armonía con jurisprudencia constante de la Corte, el reconocimiento de la pensión debe empezar a contarse desde la fecha de la presentación de la demanda, es decir, en este caso, desde el dos de febrero de mil novecientos cuarenta y tres.

Por razón 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, falla:

1º Revócase la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el día nueve de julio de mil novecientos cuarenta y tres;

2º Reconócese a favor del demandante señor Juan de J. Gómez G., vecino del Municipio de Manizales, y a cargo del Tesoro Nacional, pensión de jubilación de conformidad con la Ley 22 de 1942 y por la cantidad de ochenta pesos con cincuenta centavos ($ 80.50) mensuales;

3º Esta pensión se reconoce a partir del dos de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, fecha de la presentación de la demanda ante el Tribunal de Manizales;

4º Se niegan las demás peticiones de la demanda;

5º Comuníquese el contenido de este fallo al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Ministro de Gobierno y al señor Contralor General de la República.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase el expediente e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Miguel Arteaga H., José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Pensiones decretadas a quienes han sido empleados del Poder Judicial

La expresión del artículo 1º de la Ley 22 de 1942: "tendrán derecho, al retirarse del puesto", tan sólo significa que no tendrán tal derecho mientras estuvieren ejerciendo el puesto, sino al retirarse de él, sin determinar la época del retiro. Tal interpretación queda aclarada con lo dispuesto en el artículo 12 de la misma Ley. Los artículos 5º y 6º se refieren a la "pensión por enfermedad" y al "auxilio de cesantía". Estas dos prestaciones sólo podrán reconocerse a los funcionarios y empleados que al entrar en vigencia la ley se hallaban "en ejercicio de sus funciones". Luego para la prestación del artículo 1º, es decir, para la pensión de jubilación, no exigió la Ley que el interesado se hallara en ejercicio de sus funciones cuando entró en vigencia, de acuerdo con el conocido aforismo: "Inclusio unius alterius est exclusio". Por otra parte, dicha interpretación es la más conforme con la ley y la equidad, teniendo en cuenta que las leyes que decretan pensiones de eminente carácter social y, por tanto, son de utilidad pública, y que las leyes de está especie tienen "efecto general inmediato", aun en el caso de que restrinjan derechos amparados por ley anterior (artículo 18, Ley 153 de 1887).

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

(Magistrado ponente, doctor Miguel Arteaga H.).

El doctor Enrique A. Becerra, en ejercicio de las disposiciones de los artículos 1º, 2º, parágrafo del 4º y 10 de la Ley 22 de 1942, y del Decreto que la reglamenta, pidió ante el Tribunal Superior de Bogotá, se decretara a su favor y a cargo del Tesoro Nacional, la pensión mensual vitalicia de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) a que tenía derecho por llenar las condiciones exigidas en la mencionada Ley 22 de 1942.

Afirma el doctor Becerra que sirvió en los puestos a que se refiere la Ley, por un espacio de veinticinco (25) años, seis (6) meses y nueve (9) días, y que aparecen cumplidas las otras exigencias requeridas, de acuerdo con varios comprobantes traídos.

Sustanciado el juicio, el Tribunal lo falló en sentencia del 27 de octubre de 1943, que dice en su parte resolutiva:

"Por lo expuesto el Tribunal de Bogotá, en Sala Civil Plena, oído que fue el señor Fiscal de esta Corporación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *decreta* a favor del doctor Enrique A. Becerra y a cargo del Tesoro Nacional una pensión mensual vitalicia de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) moneda legal. Publíquese, cópiese y notifíquese."

A petición del doctor Becerra el fallo fue aclarado en auto de 31 de enero de 1943, en la siguiente forma:

"En tal virtud, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve: Decretar a favor del doctor Enrique A. Becerra y a cargo del Tesoro Nacional una pensión mensual vitalicia de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) moneda legal, a partir del día veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y tres. Queda en estos términos aclarada la sentencia anterior a que se ha hecho referencia. Publíquese. cópiese, notifíquese y si no fuere apelada esta providencia, consúltese con la Honorable Corte Suprema de Justicia."

El señor Fiscal del Tribunal interpuso apelación, tanto contra la sentencia como contra el auto mencionado.

Concedido el recurso y sustanciado como está en legal forma, habiendo presentado alegatos tanto el Procurador Delegado en lo Civil, como el doctor Becerra, procede la Corte a fallar, previas las siguientes consideraciones:

El Tribunal sentenciador estimó que del artículo 1º de la Ley 22 de 1942 se deduce que "aquellos empleados que a tiempo de entrar a regir la Ley 22 de 1942, no estaban desempeñando puesto alguno dentro del Organo Judicial,

del Ministerio Público o de lo Contencioso Administrativo no están comprendidos, sino excluídos, por el artículo 1º de dicha Ley, esto es, que su situación jurídica no puede ser regulada por las disposiciones de la Ley 22 de 1942. La situación de tales empleados o subalternos, debe en consecuencia apreciarse y regularse de conformidad con las disposiciones generales anteriores a la prenombrada Ley".

El Procurador Delegado en lo Civil en su alegato ante la Corte, dice al respecto:

"La Procuraduria acoge la tesis sostenida en su fallo por el Honorable Tribunal, por una parte en cuanto considera que no es aplicable al demandante el conjunto de disposiciones de la Ley 22 de 1942 por no haber estado desempeñando ningún cargo al entrar esta Ley en vigencia, y, por otra parte, en cuanto estima que le son aplicables las disposiciones anteriores a la citada Ley y que el actor reúne los requisitos exigidos por la Ley 116 de 1928."

La Sala estima: El artículo 1º de la Ley 22 de 1942, dice en lo pertinente:

"Los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo y sus respectivos subalternos, tendrán derecho, al retirarse de su puesto, a una pensión mensual equivalente a la mitad del mayor sueldo que hubieren devengado en el desempeño de un puesto en propiedad, durante un año por lo menos. En ningún caso la pensión podrá exceder de la suma de doscientos cincuenta pesos ($ 250) por cada mes."

Las razones por las cuales el Tribunal consideró que la Ley 22 de 1942 no era aplicable a los empleados que hubieran dejado sus puestos cuando ella entró en vigencia, se encuentran contenidas en el siguiente pasaje del fallo:

"Esta interpretación, se fundamenta en que el artículo 1º de la Ley 22 de 1942, expresamente se refiere a los empleados o subalternos que se retiren del puesto, y estatuye respecto de ellos, que tendrán derecho a una pensión decretada *legalmente* por determinada cuantia: con lo cual, expresamente contempla únicamente la hipótesis de que el empleado o subalterno se encuentra a tiempo de entrar en vigencia la Ley, en ejercicio del puesto, o la de que ulteriormente éntre a ejercer un puesto en los ramos de administración de justicia prevístos en la disposición; y la expresión "tendrán derecho" indica que los efectos de la Ley no tienen carácter retrospectivo, sino que sólo debe haber aplicación de la Ley para casos futuros, dentro del tiempo."

La Corte no ha admitido tal interpretación por las siguientes razones:

La expresión del artículo 1º de la Ley 22: "tendrán derecho, al retirarse del puesto", tan sólo significa que no tendrán tal derecho mientras estuvieren ejerciendo el puesto, sino al retirarse de él, sin determinar la época del retiro.

Queda aclarada tal interpretación con lo dispuesto en el artículo 12 de la misma Ley 22, según el cual:

"Las prestaciones de que tratan los artículos 5º y 6º de la presente Ley, se reconocerán únicamente a los funcionarios y empleados que al entrar ella en vigencia, se hallen en ejercicio de sus funciones en los respectivos cargos o en uso de licencia legal."

Los artículos 5º y 6º se refieren a la "pensión por enfermedad", y al "auxilio de cesantia".

Estas dos prestaciones sólo podrán reconocerse a los funcionarios y empleados que al entrar en vigencia la Ley se hallaban "en ejercicio de sus funciones". Luego para la prestación del artículo 1º, es decir, para la pensión de jubilación, que es de lo que ahora se trata, no exigió la Ley que el interesado se hallara en ejercicio de sus funciones cuando entró en vigencia, de acuerdo con el conocido aforismo: "Inclusio unius est exclusio alterius".

Por otra parte, dicha interpretación es la más conforme con la Ley y la equidad, teniendo en cuenta que las leyes que decretan pensiones son de eminente carácter social y por tanto son de utilidad pública, y que las leyes de esta especie tienen "efecto general inmediato", aun en el caso de que restrinjan derechos amparados por ley anterior (artículo 18, Ley 153 de 1887).

Anduvo por tanto acertado el doctor Becerra cuando fundó su pedimento en las disposiciones de la Ley 22 de 1942.

Pasa la Corte a estudiar si el doctor Becerra demostró legalmente que ha cumplido los varios requisitos establecidos en el artículo 2º de la citada Ley 22, pues el señor Fiscal no halló que hubiera presentado los comprobantes requeridos, y el señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato ante la Sala dijo:

"Es discutible, respecto de estos requisitos, que el demandante doctor Becerra carezca de medios para atender a la congrua subsistencia, de conformidad con las pruebas allegadas al expediente; pero como esta apreciación corresponde, en definitiva a esa Honorable Corte, la Procuraduría deja al ilustrado y justo criterio de esa Honorable Sala la decisión sobre el particular."

Respecto al requisito de carecer el peticionario de medios para la congrua subsistencia, el doctor Becerra presentó las declaraciones de los

doctores Enrique Casas, Francisco Sáenz Arbeláez y Jenaro Cruz V.

Todos en sustancia declaran lo mismo, por lo cual se transcribe, en lo pertinente; la declaración del doctor Cruz V.:

"*Al tercero.*—Me consta por el mismo conocimiento que el doctor Becerra carece de medios necesarios para su congrua subsistencia; pues fuera de la casa que habita con su familia, sólo posee otra que le produce un arrendamiento que no pasa de cincuenta a sesenta pesos mensuales. Y en el ejercicio de su profesión no obtiene una utilidad liquida mayor de unos cien pesos aproximadamente cada mes. Y como tiene a su cargo su mujer legítima y cuatro hijos los cuales aún no están establecidos, por lo menos necesita para vivir unos cuatrocientos pesos mensuales para poder conservar el decoro que su posición de ex-Magistrado de la Corte le exige.... Asimismo agregó que el cargo de Magistrado de la Corte lo sirvió el peticionario durante un lapso no menor de diez años y en la actualidad no desempeña cargo público alguno."

Con fecha 12 de mayo de 1943, el doctor Becerra declaró bajo juramento ante el Magistrado sustanciador del Tribunal, lo siguiente (artículo 7º del Decreto número 2840 de 1942):

"El señor Magistrado le recibió juramento en legal forma, y bajo esa gravedad manifestó: que carece de los medios necesarios para la congrua subsistencia propia, de su mujer y de sus cuatro hijos, pues no tiene más entrada fija que la que le produce el arrendamiento de una casita situada en la carrera 10ª número 2-29 de esta ciudad que en la actualidad asciende a la suma de setenta pesos mensuales, que en el ejercicio de su profesión, en promedio no recibe mensualmente más de cien pesos, y que la otra casa que tiene de su propiedad la ocupa con su familia, no produciéndole, por consiguiente, ninguna renta."

Con fecha 12 de agosto de 1943 el Administrador de Hacienda Nacional certificó con relación a la declaración de renta y patrimonio del doctor Becerra, correspondiente a 1942, que "hechas las deducciones y exenciones legales, no tuvo renta gravable ni gravamen sobre la misma". (Artículo 6º del Decreto número 2840 citado).

La Ley no define lo que se entiende por "congrua subsistencia", de un pensionado, pero por analogía con el artículo 413 del Código Civil que establece que los alimentos congruos "son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a la posición social", bien puede concluírse que la congrua subsistencia de un pensionado con familia a su cargo, exige los medios para subsistir modestamente con su familia, de acuerdo con la posición social que ocupe.

El doctor Becerra, además de su propia subsistencia, tiene que atender a la de su esposa, y cuatro hijos, y también a la del servicio correspondiente. Por la alta posición que ocupó en el Organo Judicial; por las exigencias sociales que ello implica, por el precio de la vida actual, estima la Sala, que no es excesivo el considerar, como dijeron los testigos, que la congrua subsistencia del peticionario exige una cantidad aproximada de cuatrocientos pesos ($ 400.00) mensuales, suma ésta muy superior a la de ciento setenta pesos ($ 170.00) con que cuenta el solicitante.

En esta forma concluye la Sala que se encuentra probado el requisito de carecer el peticionario de medios para la congrua subsistencia.

Debe notarse, además, que según certificado de la Sección de Presupuesto y Contabilidad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no consta que el doctor Becerra hubiera recibido pensión ni recompensa del Tesoro Nacional. Además la Contraloría General de la República certifica que no consta que el peticionario sea deudor moroso del Tesoro Nacional.

La segunda condición señalada en el artículo 2º de la Ley 22 es la de haber observado buena conducta el solicitante.

Acerca de ello aparecen las tres declaraciones antes mencionadas, además de las certificaciones juradas de los doctores José Miguel Arango y Absalón Fernández de Soto, Magistrados de la Corte Suprema.

Por otra parte la buena conducta del solicitante, se deduce fundadamente del hecho de haber permanecido en el Organo Judicial por largo espacio de tiempo, habiendo logrado en él la más elevada posición.

También está probado que el doctor Becerra tiene más de sesenta años, pues de acuerdo con la partida presentada, fue bautizado el primero de marzo de 1883. La demanda fue repartida el 4 de marzo de 1943.

Es verdad que cuando cumplió los sesenta años, ya había dejado de hacer parte del Organo Judicial, pero ello no es obstáculo para que prospere la demanda, de acuerdo con el ordinal c) del artículo 2º de la Ley 22.

En cuanto al tiempo de servicio, el ordinal a) del artículo 2º de la Ley 22, lo fija en un término no menor de veinte años, y agrega que "en este término se contará y acumulará el que se hubiere prestado en uno o varios destinos".

El doctor Becerra ha comprobado que sirvió en el Organo Judicial y en el Ministerio Público, durante un espacio mayor de veinte (20) años, durante los cuales fue Escribiente del Tribunal

Superior de Popayán y desempeñó los Juzgados de Circuito de Caloto, Guapi, Tuluá y Riosucio; fue Magistrado del Tribunal Superior de Manizales; después Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y durante algunos meses Procurador General de la Nación. Todos estos cargos los desempeñó en propiedad, con excepción del Juzgado del Circuito de Riosucio, por un lapso de tres (3) meses y quince (15) días.

En forma que aparece establecido que el peticionario desempeñó empleos a que se refiere el artículo 1º de la Ley 22, por un término mayor de veinte (20) años, y sobre ello no ha habido discusión.

La pensión a que tendría derecho el doctor Becerra sería "equivalente a la mitad del mayor sueldo que hubiera devengado en el desempeño de un puesto en propiedad durante un año por lo menos".

Pero como entonces resultaría una pensión superior a la máxima de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) que fija la Ley, ha de concluirse que es la pensión de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) la que debe reconocerse, en conformidad con lo solicitado en la demanda, pues el doctor Becerra desempeñó el cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia en propiedad y durante más de un año completo, con sueldos superiores a quinientos pesos ($ 500.00) mensuales.

El señor Procurador Delegado en lo Civil dice al efecto en el alegato ante la Corte:

"El Honorable Tribunal no tuvo en cuenta en su fallo las disposiciones de las Leyes 102 de 1937 y 115 de 1937, según las cuales la pensión para el demandante sólo puede ascender a la suma de doscientos pesos ($ 200.00) mensuales, y esto por haber sido Magistrado de la Honorable Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, debe aplicarse al caso de autos lo establecido por la Ley últimamente citada; no hay, pues, norma legal aplicable, posterior a 1937, que fije el monto de la pensión en doscientos cincuenta pesos moneda corriente, como lo hizo el Honorable Tribunal. Por lo expuesto, solicito que, en caso de que deba ordenarse el pago de la pensión solicitada en la demanda, se declare que tal pensión sólo asciende a la suma de doscientos pesos moneda corriente."

De acuerdo con lo expuesto por la Sala anteriormente, en casos como el que actualmente se contempla, la Ley aplicable es la 22 de 1942, y no las anteriores. Por tanto, debe también aplicarse en cuanto al monto de la pensión.

En lo referente a la entidad que debe pagarla, el doctor Becerra señaló en la demanda al Tesoro Nacional, y no a la Caja de Previsión, creada por el artículo 13 de la Ley 22 de 1942, y en ello está de acuerdo la Sala con el demandante, en atención a lo que sigue:

El artículo 15 de aquella Ley declara que son miembros de la Caja "todos los funcionarios y empleados pagados por el Tesoro Nacional, que pertenezcan al Organo Judicial, al Consejo de Estado, a los Tribunales Contencioso Administrativos y al Ministerio Público", y que ellos, en parte, contribuirán a formar los fondos de la Caja (artículo 16 ibídem).

Equitativo resulta por tanto que la Caja pague las pensiones que se decretan en favor de sus socios, los cuales, en parte, contribuyeron a formar sus fondos, y que no pague aquellas pensiones que se decreten en favor de quienes no fueron nunca socios. Ello sería una consecuencia del *jus fraternitatis*, que implícitamente va envuelto en el concepto de *socio*.

Además el artículo 18 de la Ley 22 dice al respecto:

"No será de cargo de la Caja el pago de las prestaciones fijadas en el artículo 1º a los funcionarios y empleados que a tiempo de entrar esta Ley en vigencia, tengan ya cumplidos los requisitos que los hacen acreedores a la gracia de jubilación, conforme a disposiciones anteriores, las cuales continuarán pagándose por el Tesoro Nacional en la cuantía en que fueron decretadas, y no serán susceptibles de aumento."

La parte final de la disposición transcrita dice que tales prestaciones "continuarán pagándose por el Tesoro Nacional en la cuantía en que fueron decretadas", pues se supone que dichas pensiones ya debieron de haber sido decretadas. Pero si aún no lo habían sido, nada se opone a que también las pague el Tesoro Nacional, pues aquellas pensiones se acomodan al concepto contenido en la primera parte de la disposición, y según el cual "no serán de cargo de la Caja el pago de las prestaciones fijadas en el artículo 1º, a los funcionarios y empleados que a tiempo de entrar esta Ley en vigencia, tengan ya cumplidos los requisitos que los hacen acreedores a la gracia de jubilación...."

En casos análogos al presente la Corte ha dispuesto que se haga el pago por el Tesoro Nacional, y no por la Caja de Previsión (sentencia proferida en la demanda de pensión del señor Pedro Afanador Gómez).

En el auto de fecha 31 de enero de 1944, aclaratorio de la sentencia, dispuso el Tribunal que la pensión reconocida se pagara a partir del 27 de febrero de 1943, día de la presentación de la demanda.

En ello está de acuerdo la Sala, pues a falta de disposición expresa puede aplicarse en estos casos por analogía el artículo 421 del Código Ci-

vil que dice que los alimentos se deben desde la primera demanda. Así lo reconoció esta Sala en sentencia del 27 de marzo de 1942.

De lo expuesto se deduce que la Corte ha de llegar en el presente fallo a las mismas conclusiones del Tribunal sentenciador, si bien fundada en parte, en consideraciones distintas.

Por lo dicho, 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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, y el auto aclaratorio de la misma sentencia, fechado el treinta y uno de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

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

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Pedro León Rincón, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

La Corte se inhibe de conocer de la apelación interpuesta por las partes contra la Resolución del Tribunal de Ibagué, que negó la cancelación de la matrícula de un abogado

Si de acuerdo con los artículos 6º y 7º de la Ley 62 de 1928 y 10 de la 21 de 1931 los Tribunales de Distrito están facultados expresamente para negar la inscripción de un abogado por las causales del artículo 10 de la Ley 21, también lo están para conocer del juicio sumario sobre cancelación de la matrícula, pues la materia de decisión en ambos casos es la misma: examinar si el abogado está dentro de las causales de inhabilidad previstas en la ley para ejercer la profesión o continuar ejerciéndola. En cambio, no está determinado por la ley que los fallos dictados por los Tribunales, encaminados a decidir la demanda de un tercero propuesta con el objeto de que se cancele la matrícula de determinado abogado, deban tener segunda instancia, y que de ésta corresponda conocer a la Corte Suprema en Sala de Negocios Generales. Cuando los Tribunales fallan negocios a ellos atribuídos por leyes especiales, distintos de los civiles, comprendidos en los respectivos numerales del artículo 76 del Código Judicial, es indispensable que la misma ley haya previsto el recurso de apelación ante la Corte. De lo contrario carece del poder de revisión sobre esos fallos de los Tribunales.

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En resolución de fecha 12 de noviembre de 1940, dictada por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio sumario que ante esta entidad adelantó Reyes Fuentes para que se le cancele la matrícula de abogado que el mismo Tribunal le concedió anteriormente al doctor Nicolás González Torres, fue negada dicha pretensión; y además, hallando el Tribunal que la demanda de Fuentes no era temeraria, lo absolvió de pagar la multa que para tales casos prevé la ley.

En esta controversia fue parte el señor Fiscal del Tribunal.

Tanto el señor Fuentes, demandante, como el doctor González Torres, apelaron del fallo en lo desfavorable. El negocio vino así a la Corte.

* * *

Manifiesta el señor Procurador, al descorrer el traslado que en la Corte se le dio del negocio, que lo primero que hay que determinar es la competencia que tengan los Tribunales de Distrito Judicial para conocer de las demandas sobre cancelación de las matrículas de los abogados —y por ende de la Corte para desatar el recurso de apelación contra los respectivos fallos—, por no ser bien claras al respecto las disposiciones legales.

Para la Sala no es difícil la solución de que el conocimiento de tales negocios corresponde a los Tribunales Superiores. En efecto:

El artículo 10 de la Ley 21 de 1931, señala las causales "para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción y admisión."

Los artículos 6º y 7º de la Ley 62 de 1928, determinan el trámite que debe seguirse ante los Tribunales de Distrito Judicial, para obtener la matrícula de abogado. Y los Tribunales están facultados expresamente para negar la matrícula por las causales del artículo 13 de la misma Ley, reproducidas luégo por la Ley 21 mencionada, artículo 10, que autoriza también dos causales más, entre las cuales está el ordinal 6º, según el cual es causal para no ser admitido como abogado o *para que se cancele la inscripción* el hecho de haber ejecutado actos notoriamente atentatorios de la moral profesional, *"a juicio del Tribunal respectivo"*.

En seguida la Ley 21 en el artículo 11 establece que la resolución sobre cancelación de la matrícula de un abogado se dicta previa sustanciación de un juicio sumario con audiencia del Ministerio Público.

De las disposiciones anteriores se infiere, que si los Tribunales de Distrito están facultados expresamente para negar la inscripción de un abogado por las causales del artículo 10 de la Ley 21, también lo están para conocer del juicio sumario sobre cancelación de la matrícula, pues la

materia de decisión en ambos casos es la misma: examinar si el abogado está dentro de las causales de inhabilidad previstas en la ley para ejercer la profesión o continuar ejerciéndola.

Nótese que el citado artículo 10 de la Ley 21, le confiere *únicamente* al *Tribunal respectivo*, la potestad de calificar la causal de inhabilidad, referente a la ejecución de actos atentatorios de la moral profesional, tanto en caso de la solicitud para obtener la inscripción de abogado, como cuando se trata de la demanda de un ciudadano para que se cancele la inscripción. Luego es porque el artículo 10 párte de la base de que las dichas demandas corresponde decidirlas a los **Tribunales.**

* * *

En cambio, no está determinado por la ley que los fallos dictados por los Tribunales, encaminados a decidir la demanda de un tercero propuesta con el objeto de que se cancele la matrícula de determinado abogado, deban tener segunda instancia, y que de ésta corresponda conocer a la Corte Suprema en su Sala de Negocios Generales.

En el trámite que se sigue por el pedimento de un aspirante a ser recibido como abogado, el artículo 17 de la Ley 62 de 1928 prevé que alguien se oponga a tal pretensión, después de hechas las publicaciones de rigor; en ese evento el negocio se abre a pruebas por nueve días, vencidos los cuales el Tribunal resolverá dentro de los tres días siguientes si se hace o nó la inscripción.

Esta es una controversia entre el opositor y el que ha solicitado la inscripción, que se falla en procedimiento breve y sumario por el Tribunal. La ley no ha dispuesto que la respectiva resolución tenga el recurso de apelación.

En todos aquellos casos en que un Tribunal Superior —preceptúa el artículo 3º de la Ley 21 de 1931— deba decidir sobre la honorabilidad de un aspirante a ser recibido como abogado, y que alguien se oponga, recibirá pruebas del interesado y del opositor dentro de un término de cinco días, y decidirá la oposición dentro de los cinco días siguientes, "verdad sabida y buena fe guardada"; lo que significa que el Tribunal obra como juez de conciencia, que no tiene necesidad de exponer las razones de su fallo.

La ley da igualmente acción a terceros con miras a obtener la cancelación de la matrícula de un abogado ya inscrito, por las mismas causales que fundamentan la negativa de la demanda de un abogado dirigida a que se le inscriba entre los abogados facultados para ejercer la profesión (artículos 13 y 21, Ley 62 de 1928, y 10 y 11 de la Ley 21 de 1931). En este caso la controversia entre el abogado inscrito y su opositor se decide por el Tribunal en el procedimiento de juicio sumario.

Tampoco la ley ha dispuesto que esta resolución, tenga el recurso de apelación.

En los tres casos contemplados dictase resolución por el Tribunal, que pone fin a la controversia entre el abogado y su opositor.

Pero ¿será suficiente que exista controversia entre partes, para que virtualmente conlleven las respectivas resoluciones el recurso de apelación, sin necesidad de disposición expresa que lo autorice?

El artículo 198 del Código Judicial dice que *por regla general* en los juicios hay dos instancias o grados.

Por lo tanto la regla general es la de las dos instancias. Y la excepción que el juicio no tenga más que una sola instancia.

La excepción tiene que resultar, de disposición de la misma ley, que disponga que determinado negocio judicial se resuelva en una sola instancia por el Juez que la misma ley designe, o de la naturaleza del asunto controvertido ante los Jueces.

No hay disposición que excluya de la segunda instancia las resoluciones que dictan los Tribunales, previa controversia entre el abogado y su opositor, en los casos arriba contemplados. Luego podria afirmarse que entonces se aplica la regla general, y que esa clase de negocios tienen segunda instancia, naturalmente ante la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, que sería en tal evento el superior jerárquico del Tribunal cuando alguna de las partes apela de la resolución que éste pronuncie.

Empero, a esta conclusión se opone la naturaleza del asunto decidido, que no permite la aplicación de la regla general de la segunda instancia, ya que como va a verse, la Sala carece del poder de decisión correspondiente.

En los asuntos expresados la controversia gira alrededor del derecho que tiene el abogado a obtener frente a la respectiva reglamentación legal, la facultad de ejercer la profesión, o a que no se le cancele esa facultad concedida con anterioridad.

La Constitución Nacional protege el trabajo libre de las personas, pero dispone que la ley reglamente el ejercicio de las profesiones. En ejercicio de tal facultad constitucional, vienen regla-

mentos legales a precisar las condiciones y requisitos a cuyos términos quedan sometidos los profesionales que aspiran a obtener la respectiva autorización de ejercer la abogacía, la medicina, la dentistería, ingeniería, etc. Cada profesión tiene así su especial reglamento, y señaladas en éste las entidades o corporaciones encargadas de hacerlo cumplir.

La circunstancia de que una autoridad judicial, como son los Tribunales Superiores, decida en los casos previstos sobre cuestiones atinentes a la honorabilidad o idoneidad de los profesionales del derecho, no reduce lo sentenciado a materia de derecho privado. Lo sentenciado continúa perteneciendo al orden del derecho público, porque constituye la aplicación de preceptos dados en interés social. El interés privado del profesional es completamente secundario, pues las limitaciones al ejercicio libre de las profesiones se establecen con miras a proteger a la sociedad de la explotación indebida y a garantizar en la medida de lo posible que el profesional, cuando actúa, se ciña a la ética y a la moral.

Es verdad que así también se tiende a proteger el interés privado de cada técnico, por razón de que le aleja la competencia desleal. Empero, ese interés se diferencia fundamentalmente de un derecho de categoría estrictamente civil, en el sentido de que haga parte de la legislación civil, tal como lo entiende el artículo 35 del Código Político y Municipal:

"El ramo Civil —dice ese precepto— comprende las leyes relativas al estado civil de las personas y derechos y obligaciones concernientes a él; adquisición, uso y goce de los bienes de propiedad pública o particular; sucesiones y donaciones; contratos y cuasi-contratos; disposiciones especiales sobre comercio y minería."

Y que no es negocio civil el que deciden los Tribunales cuando inscriben un abogado o le cancelan la inscripción, lo pregona con voces claras la circunstancia de que en la decisión interviene también la Sala Penal del Tribunal, en los Tribunales en que actúan las dos Salas. Luego es porque la materia corresponde a un derecho de naturaleza especial, de índole distinta de la del derecho propiamente civil o común.

Las leyes reglamentarias de los oficios profesionales son así de carácter público y por ende administrativas. Y por lo mismo que no tratan de materias de derecho privado propias del conocimiento de los Jueces ordinarios, se requieren disposiciones especiales, como la de los artículos 6º y 7º de la Ley 62 de 1928 y 3º y 10 de la Ley 21 de 1931, que faculten a los Tribunales judiciales en pleno para conocer de las controversias que surjan con motivo de la oposición a que un abogado ejerza o continúe ejerciendo la profesión; e igualmente leyes especiales que permitan el recurso de apelación ante la Corte.

Por disposición del ordinal 1º del artículo 37 del Código Judicial la Corte, en su Sala de Negocios Generales, conoce en segunda instancia "de los *negocios civiles* de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial".

De consiguiente, no de todo negocio atribuído por la ley a los Tribunales conoce en segunda instancia la Sala de Negocios Generales de la Corte. Exclusivamente de aquellos que tienen el carácter de civiles, es decir, cuando está de por medio una cuestión de derecho privado patrimonial, de un particular en relación con la Nación o los Departamentos, según la enumeración que suministra el artículo 76 del Código Judicial, en lo pertinente.

Pero cuando el negocio fallado por un Tribunal no es de derecho privado, de los comprendidos en la enumeración del mencionado artículo, se requiere disposición expresa que le dé a la Corte el conocimiento de la segunda instancia. La segunda instancia no puede crearla la Corte por consideraciones de equidad, o por aplicación mecánica de los artículos 198 y 493 de la ley de procedimiento. Estas disposiciones estatuyen con carácter general; pero por ello mismo dejan a salvo los casos en que la naturaleza del negocio exige que la segunda instancia deba ser indicada expresamente por el legislador.

A la competencia de un Juez en determinado asunto debe llegarse por el camino de las disposiciones expresas que se la hayan otorgado. Esta materia de la competencia repudia y hace inadmisible el sistema de las aplicaciones de la ley por analogía o por extensión. La competencia siempre debe ser expresa, pues cuando el Juez actúa sin disposición que claramente lo autorice, comete una usurpación de jurisdicción, que consiste, según el artículo 148 del Código Judicial, en ejercerla sin haberla adquirido legalmente, es decir, por virtud de una ley.

Fuera de los negocios civiles de particulares con la Nación o los Departamentos, de que conocen los Tribunales en primera instancia, según el artículo 76 del mismo Código, y la Corte en segunda instancia, según el artículo 37

ibidem, esta entidad conoce también en segunda instancia "de los demás asuntos atribuídos a la Corte *por leyes especiales* en este grado de jurisdicción" (ordinal 3º del artículo 37).

Por manera que cuando los Tribunales fallan negocios a ellos atribuídos por leyes especiales, distintos de los civiles, comprendidos en los respectivos numerales del artículo 76, es indispensable que la misma ley haya previsto el recurso de apelación ante la Corte. De lo contrario esta Sala carece del poder de revisión sobre esos fallos de los Tribunales.

La exposición anterior conduce a sostener que la Corte —Sala de Negocios Generales— debe inhibirse de conocer de la apelación interpuesta por las partes contra la Resolución del Tribunal de Ibagué en pleno, de fecha 12 de noviembre de 1940, en virtud de la cual fue negada la cancelación de la matrícula de abogado del doctor Nicolás González Torres, según la petición formulada al respecto por el señor Reyes Fuentes. En consecuencia, así lo declara expresamente la Corte.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese este fallo en el próximo número de la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Pedro León Rincón, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Acción de dominio

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

(Magistrado ponente, doctor Miguel Arteaga H.).

El Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla, en uso de la autorización que le fue concedida por el señor Presidente de la República en Resolución número 117 del veinticinco de julio de mil novecientos treinta y seis *(Diario Oficial* número 23274 del 4 de septiembre de 1936), promovió un juicio reinvindicatorio con fecha veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta, ante el mencionado Tribunal, contra la Sociedad comercial denominada Emiliani Hermanos, representada por su liquidador señor Ramón Emiliani, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º Se declare que los inmuebles traspasados por el señor Raúl Jimeno, según escritura número 408 de 18 de marzo de 1921 de la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, son actualmente de la propiedad de la Nación.

"2º Se condene a los señores Emiliani Hermanos, Sociedad comercial establecida en Barranquilla, representada por su Gerente Fernando Emiliani a restituir a la Nación la porción de terreno ocupada y a que se refiere la escritura número 1238 de 18 de diciembre de 1931, con sus accesiones y frutos percibidos, o que se hubieren podido percibir si tal bien hubiera estado en poder de su legítimo dueño; y

"3º Se condene a los demandados a pagar las costas y la labor en derecho de este juicio."

Los hechos en que se funda la demanda son los siguientes:

"Primero. Por escritura número 408, de 18 de marzo de 1921, de la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá, el doctor Francisco Montaña, como apoderado sustituto del señor Raúl Jimeno, otorgó a favor del Gobierno Nacional, el traspaso de unos bienes raíces de la antigua Compañía de Faros de Sabanilla, situados en jurisdicción del Municipio de Puerto Colombia, formando un solo globo, y comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Por el Norte, con terrenos que fueron del señor Francisco Pineda López; por el Sur, con el arroyo *Nisperal;* por el Oriente, con terrenos del señor Juan J. Ujueta, y por el Occidente, línea férrea en medio, con el mar.'

"Segundo. Consta, según la escritura atrás relacionada, que la antigua Compañía de Faros de Sabanilla, en virtud del arreglo o transacción de que da cuenta tal escritura, traspasó al Gobierno Nacional desde agosto de 1912, fecha en que entró en posesión material, la propiedad y dominio de los bienes especificados y todos sus accesorios y anexidades. (Parece que se efectuó después la concesión de un privilegio a la misma Compañía).

"Tercero. Entre los bienes que la Compañía de Faros de Sabanilla traspasó a la Nación desde agosto de 1912, figura el dominio y propiedad de una casa de techo pajizo, con paredes de madera que aún sirve de habitación al celador del faro de *Nisperal,* y que demuestra la posesión y dominio de la Nación en el inmueble alinderado.

"Cuarto. Dentro del terreno descrito, en lugar cercano al mar y hacia la playa, una señora Rosa Pastor, ocupó clandestinamente y sin permiso ni autorización alguna del Gobierno Nacional, una porción del terreno, sobre el cual construyó una pequeña casucha, hoy en ruinas, ejecutando un acto ilegal, reprobado por la ley, pues lesiona los intereses de la Nación, la que debe recuperarlos cuanto antes, por los medios señalados por las leyes que garantizan las propiedades tanto de la Nación como de los particulares.

"Quinto. En febrero de 1929 la señora Rosa Pastor levantó ante el Juez Municipal de Tubará una información de tres testigos que luégo aparece protocolizada el 10 de diciembre de 1931 ante la Notaría Primera de este Circuito, creyendo tal vez que esa protocolización tendría —pero no lo tiene— valor legal de una escritura pública; y, considerándose dueña y poposeedora, procedió en la misma fecha de la protocolización mencionada a la venta de un bien de propiedad exclusiva de la Nación.

"Sexto. Afirman los testigos presentados por Rosa Pastor que ésta fue ocupante del terreno, que se apropió clandestinamente, desde diez y ocho años antes de 1929, o sea desde el año de 1911, asegurando los testigos, conforme lo pide la interesada, que la porción ocupada hace par-

te de los terrenos comunales del Distrito de Tubará. Afirmación inverídica porque ese terreno es de propiedad de la Nación y se encuentra en jurisdicción de Puerto Colombia, y mal podría aparecer ocupándolo desde 1911, cuando según la escritura de 18 de marzo de 1921, la Compañía de Faros de Sabanilla traspasó a la Nación el inmueble relacionado en el hecho primero sin que entonces se encontrara ocupada parcela alguna por persona extraña a la Compañía, lo que demuestra la falsedad de la afirmación de los testigos.

"Séptimo. Si se tiene en cuenta que toda la porción del mencionado terreno que ocupaba la antigua Compañía de Faros de Sabanilla estaba en posesión de ésta, a nombre de la Nación, mal podía estar en posesión de la señora Rosa Pastor en la misma época. Por esto es de presumirse que la Pastor no pudo realizar la ocupación clandestina en una fecha posterior al año de 1912, porque para esta época ya todos estos terrenos estaban en posesión de la Nación, según la escritura relacionada en el hecho primero.

"Octavo. De acuerdo con la información de los testigos, el terreno usurpado por Rosa Pastor tiene estas medidas y linderos: por el Norte, 49 metros y linda con solar de la Sanidad; por el Sur, 49 metros, con predio de Julio Hernández; por el Oriente, 130 metros, con las playas del mar. Esta alinderación revela el procedimiento malicioso de Rosa Pastor, pues delimita su terreno por el Sur, con uno de Julio Hernández —persona desconocida en Puerto Colombia según se me ha informado— cuando el lindero de tal terreno por el Sur es el arroyo *Nisperal*. Tampoco declara la Pastor si el solar de la Sanidad con quien ella limita su terreno por el Norte, es municipal, departamental o nacional, pues según la escritura 408 el límite del terreno mencionado por el lado norte, son los terrenos que pertenecen o pertenecieron a Francisco Pineda López.

"Noveno. Por escritura pública número 1191 de 10 de diciembre de 1931, de la Notaría Primera de este Circuito, la mentada señora Rosa Pastor aparece vendiendo el inmueble alinderado en el hecho octavo a los señores Manuel Castellanos y Ramón Acha Jiménez, por iguales partes, y por la suma de ochocientos pesos oro legal, modificando y adulterando en parte los linderos que señala la escritura 408 de 1921, en los términos que muestra la protocolización testimonial.

"Décimo. Por escritura 1203 de diciembre de 1931 de la Notaría Primera de este Circuito, los señores Manuel Castellanos y Ramón Acha Jiménez vendieron el terreno comprado a Rosa Pastor, a los señores Luis Carlos Baena y Jorge Castellanos.

"Undécimo. Seguramente con el objeto de afianzar el título de los señores Castellanos y Acha Jiménez, Luis Carlos Baena y Jorge Castellanos, aparecen comprando y vendiendo inmediatamente por escritura número 17 de 7 de enero de 1932, a los mismos Manuel Castellanos y Ramón Acha Jiménez, pero agregando al doctor Héctor Silva Herrera, subdividiendo el terreno usurpado en dos lotes como consta en dicha escritura (quiero que se tome nota del corto lapso dentro del cual se realizó, por una parte la venta de la Pastor; por otra, la de la protocolización; por otra, la de la venta a los señores Luis Carlos Baena y Jorge Castellanos y por último, la efectuada a los señores Manuel Castellanos, Ramón Acha Jiménez y Héctor Silva Herrera, como se pide en la demanda que hemos promovido anteriormente contra estos señores relacionada con el terreno de que se trata en la presente; en cuya demanda constan los documentos en que fundo mi pedimento.

"Duodécimo. Pero como los demandados consideraron flaca su posesión resolvieron afianzarla, aclararla y, por escritura número 493 de 21 de agosto de 1933 de la Notaría Primera de este Circuito, hacen constar que según la escritura número 17 de 7 de enero ya mencionada, compraron los señores Jorge Castellanos y Luis Carlos Baena los dos lotes relacionados en tal escritura y los delimitaron en los términos que constan en dicha escritura; documento que también fue presentado con la demanda que tengo promovida ante ese honorable Tribunal; documento que acompañé a esa demanda. También declaran que los señores Castellanos y Acha Jiménez, han vendido varios lotes del terreno en cuestión y de ahí el hecho de que aparezca vendido por Luis Carlos Baena y Jorge Castellanos, por escritura número 1238 de 18 de diciembre de 1931, otorgada en la Notaría Pública Primera del Circuito de Barranquilla, a favor de Emiliani Hermanos, Sociedad comercial establecida en esta plaza y representada por su Gerente Fernando Emiliani, un lote que hace parte del cuestionado terreno con estas medidas y linderos: Por sus lados norte y sur, 49 metros; y por sus lados este y oeste, 13 metros, y linda, al Norte, con predios de los vendedores Luis Carlos Baena y Jorge Castellanos; al Sur, con predio prometido en venta a Alvaro Demares; al Este, con la línea del ferrocarril; y al Oeste, con las playas del mar; lote de terreno que como viene dicho hace parte del terreno que compraron los vendedores en mayor extensión por escritura número 1203 de 11 de diciembre de 1931.

"Décimotercero. Como se ve con estas particiones y alinderaciones se ha alterado la del lote usurpado por Rosa Pastor, seguramente con el objeto de legalizar la posesión clandestina de la que aparece como primera ocupante."

El representante de la Sociedad demandada contestó en el sentido de declarar que no le constaba ninguno de los hechos, y que por consiguiente no los admitía.

Rechazó igualmente los fundamentos de derecho en que la demanda se apoya.

Sustanciado el litigio, el Tribunal de Barranquilla lo falló en sentencia del diez y nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, cuya parte resolutiva dice:

"En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara:

"1º Que los inmuebles traspasados por el señor Raúl Jimeno a nombre de la Compañía de Faros de Sabanilla, según escritura número 408 de 18 de marzo de mil novecientos veintiuno (1921), de la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, son actualmente de propiedad de la Nación;

"2º Que como consecuencia de la declaración anterior, se condena a los señores Emiliani Hermanos, Sociedad comercial con residencia en Barranquilla, a restituír a la Nación, ejecutoriada que sea esta sentencia, la porción de terreno por ellos ocupada, y a que se refiere la escritura número 1236 de 18 de diciembre de mil novecientos treinta y uno, que viene individualizada así: 'un lote de terreno situado en el Municipio de Puerto Colombia el cual mide por sus lados norte y sur cuarenta y nueve metros, y por sus lados este y oeste, trece metros, y linda: al Norte, con predio de los vendedores; al Sur, con predio prometido en venta a Alvaro de Mares; al Este, con la línea del ferrocarril; y al oeste, con las playas del mar';

"3º No se hace declaración sobre 'acciones y frutos percibidos o que se hubieran podido percibir si tal bien hubiera estado en poder de la Nación', porque ningún elemento de prueba se ha traído sobre esto a los autos;

"4º Se condena a los demandados a pagar las costas de este juicio."

El apoderado de la parte demandada, doctor Rafael Angel Donado, interpuso apelación contra ella, recurso que le fue concedido.

Ante la Corte, no se trajo nueva prueba, pero tanto el señor Procurador Delegado en lo Civil, como el apoderado sustituto del demandado, doctor Jaime Rodríguez Fonnegra, presentaron sendos alegatos que se tendrán en cuenta.

Habiendo llegado la oportunidad de fallar, y sin que se observe en el expediente nulidad alguna, a ello procede la Corte previas las siguientes consideraciones:

En el segundo punto petitorio de la demanda solicita el señor Fiscal se condene a Emiliani Hermanos a restituir a la Nación la porción de terreno ocupada por dicha Compañía, a que se refiere la escritura número 1238 del diez y ocho de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

Es decir, que la Nación ejecuta contra la Sociedad demandada la acción reivindicatoria respecto al mencionado solar.

Así lo solicita el señor Fiscal, fundado en el hecho de que el globo de tierra a que se refiere la sentencia de la Corte Suprema del 30 de septiembre de 1919, y la escritura de transferencia número 408 otorgada el diez y ocho de marzo de mil novecientos veintiuno ante el Notario Segundo de Bogotá, es de la Nación, y que dentro de ese globo se encuentra el solar ocupado por Emiliani Hermanos.

Por la escritura número 408 citada la Compañía de Faros de Sabanilla transfirió a la Nación la propiedad y dominio del Faro de Nisperal o Sabanilla, y de una casa con los siguientes linderos: "Por el Norte, con terrenos del señor Francisco Pineda López; por el Sur, con el arroyo *Nisperal*, al Sur, son arcifinios y fácilmente de Juan Ujueta; y por el Oeste, con el mar, línea férrea de por medio."

De estos linderos, el mar al Oeste y el arroyo *Nisperal*, al sur, son arcifinios y fácilmente determinables, no así el lindero del Este, con Juan Ujueta, y el del Norte, con terrenos de Francisco Pineda López.

En especial la fijación precisa del lindero norte era de grande importancia en el caso actual, porque de su determinación dependía el precisar si el solar reivindicado se encontraba o nó dentro del globo a que se refieren los linderos señalados en la escritura de transferencia número 408.

En efecto: el solar de Emiliani Hermanos tiene las siguientes medidas y linderos, según la escritura número 1238 del diez y ocho de diciembre de mil novecientos treinta y uno otorgada ante el Notario Primero de Barranquilla: "Por sus lados norte y sur, 48 metros; y por sus lados este y oeste, 13 metros, y linda: al Norte con predio de los vendedores (señores Luis Carlos Baena y Jorge Castellanos); al Sur con predio prometido en venta a Alvaro de Mares; al Este con la línea del ferrocarril; y al Oeste con las playas del mar."

El solar de Emiliani Hermanos se encuentra por tanto entre la línea del ferrocarril y el mar, y ya se vio que estos dos puntos de referencia están también señalados en el globo transferido a la Nación.

Pero como el espacio comprendido entre la línea férrea y la playa del mar en Puerto Co-

lombia, no todo él fue traspasado a la Nación, pues ello no resulta en parte alguna de los autos, puede ocurrir que el solar de Emiliani Hermanos comprendido entre la línea férrea y el mar, se encuentre, no dentro del globo transferido a la Nación, sino fuera del mismo globo.

Para establecer dicho punto se requería haber ubicado con exactitud el globo de la Nación y el solar de Emiliani Hermanos, para saber si éste se encontraba dentro de aquél, tanto más cuanto que el demandado no convino en la demanda ni en sus hechos, y que es al demandante a quien en tal caso corresponde la prueba, debiendo absolverse al demandado, no probando aquél lo negado.

Para establecer la superposición, sería oportuno, además de las escrituras de dominio, otros elementos probatorios que vinieran a fijar la ubicación precisa del globo de la Nación; del terreno que se dice usurpado por la señora Rosa Pastor, y del solar del demandado que, según el demandante, es parte del que se afirma usurpado.

Entre estos elementos probatorios, uno de grande interés resulta ser la inspección ocular, asesorada con testigos, y mejor con peritos topógrafos.

En el caso actual se efectuó la inspección ocular en compañía de testigos actuarios, no de peritos, y sin que se hubieran aducido otros elementos probatorios distintos de las tres escrituras presentadas con la demanda, y de otra que llevó el Fiscal a la inspección.

En la primera diligencia de inspección practicada el ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta se dice que "se dispuso examinar allí algunas personas que tienen sus habitaciones y fueron éstas Ernesto Vargas y Julio Hernández". Pero es el caso que ni en la diligencia, ni en parte alguna del expediente se dejó constancia de lo que hubieran depuesto dichas personas.

En la misma inspección se dijo que el Magistrado había ordenado agregar a la actuación el croquis presentado por el perito Carlos Cambell. El llamado croquis está constituido por unas líneas faltas de precisión y técnica, y que ni aun siquiera señala los linderos y dimensiones del globo de tierra que en concepto del testigo individualizaban la extensión a que se refiere la escritura número 408 del diez y ocho de marzo de mil novecientos veintiuno, ya citada.

En la segunda diligencia de inspección practicada el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta, se dejó la siguiente constancia respecto a la individualización del lote de terreno a que se refiere la demanda: "individualización ésta que determina la aclaración de que el lote de terreno que se dice pertenecer a los señores Emiliani Hermanos, queda comprendido en el de mayores dimensiones, que en el hecho primero de la demanda se afirma fue cedido al Gobierno Nacional por el apoderado sustituto del señor Raúl Jimeno".

Tal declaración, no obstante su carácter categórico, no satisface a la Sala para concluír que el hecho de la superposición de los terrenos se encuentra establecido por las siguientes razones:

La superposición de los terrenos no era un hecho observable por el Juez, sino una deducción de antecedentes o comprobantes que se hubieran aportado a la diligencia, y que tuvieran mayor o menor fuerza según el valor de los elementos traídos.

Leída la diligencia de inspección, la Sala no descubre cuáles fueron los motivos que indujeron al Magistrado sustanciador a dar por establecida la superposición de los terrenos.

Tan cierto es que tal superposición no podía tenerse como comprobada y que carecía de suficientes fundamentos, que la Sala falladora del Tribunal dictó un auto para mejor proveer con el fin de aclarar "el punto algo oscuro, relacionado con la fijación, sitio y linderos del predio o globo en donde está situado el Faro de Nisperal o Sabanilla".

La diligencia indicada no se realizó, por cuanto el señor Fiscal no suministró lo indispensable para la traslación del personal del Tribunal a Puerto Colombia, según el informe del Secretario.

De modo que la oscuridad que observó el Tribunal en el auto para mejor proveer, subsistió, y sin que aparezca que hubiera sido desvanecida en la sentencia objeto del recurso.

Es verdad que en la sentencia se dice:

"Colocado el Magistrado y el personal de compañía, en el solar mismo que pretenden los señores Emiliani Hermanos, sobre las costas del mar, a pocos metros del arroyo de *Nisperal*, y teniendo dicho solar por el Este la línea férrea ahí visible, cuyo trecho en parte fue recorrido y a pocos pasos más allá el Faro de Nisperal o Sabanilla, pues la faja de terreno es angosta, desde donde puede establecerse con claridad los linderos del predio cedido a la Nación según la descripción del título respectivo, se advierte que carece de todo fundamento la observación hecha por el testigo." (Folio 68 vuelto del cuaderno 1º), y que más adelante agrega el mismo fallo que se vio en la inspección ocular que el terreno de los señores Emiliani está "a pocos metros al Norte del arroyo *Nisperal*". Pero es lo cierto que en ninguna de las dos diligencias de inspección se dejó constancia de lo transcrito, y el fallo debe ceñirse a lo que consta en las piezas del proceso.

Tan oscura era realmente la cuestión de la superposición de los terrenos, que uno de los testigos actuarios en la diligencia de inspección, el señor Miguel Vives Pérez, la firmó con algunas objeciones que expuso en memorial separado que dice:

"En esta misma fecha he firmado en el Despacho de la Secretaría del Tribunal la diligencia de inspección ocular practicada en Puerto Colombia el diez de diciembre del año próximo pasado; y allí hice constar que presentaría escrito con algunas observaciones mías, como testigo que intervino en dicho acto a esta diligencia. Estas objeciones son las siguientes: a) Que en ningún momento fue individualizado el inmueble a que se refieren el hecho primero de la demanda y la escritura pública número 408, de 18 de marzo de 1921, otorgada por el señor Francisco Montaña, como apoderado del señor Raúl Jimeno, a la Nación; y b) Que, no habiéndose individualizado por sus medidas y linderos dicho inmueble, no es posible que se determinara ni que él tuviera mayores dimensiones que el inmueble que se dice pertenecer a Emiliani Hermanos, ni mucho menos que éste quedara comprendido en aquél." (Folio 17 del cuaderno de la inspección).

En forma que uno de los testigos que integró el personal de la inspección, y que acompañaba al Juez para observar hechos o circunstancias no estuvo de acuerdo con lo que se dijo en el acta de la diligencia, lo cual también le viene a restar valor y eficacia.

Ha de concluírse, por tanto, que la cuestión esencial de la superposición de los fundos, negada por el demandado, no fue comprobada por el demandante, y que en consecuencia la reivindicación no puede prosperar, y el demandado debe ser absuelto.

Siendo así, resulta inconducente la declaración del punto primero petitorio de la demanda, que dice:

"Se declare que los inmuebles traspasados por el señor Raúl Jimeno, según escritura número 408 de 18 de marzo de 1921 de la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, son actualmente de la propiedad de la Nación."

No sólo inconducente resultaría tal declaración, sino que para hacerla en la forma solicitada, debería haberse oído a todas las personas que según el mismo demandante ocupan como dueños diversas fracciones del globo general.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia apelada proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha diez y nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, y en su lugar resuelve:

Primero. Por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo, abstiénese la Corte de hacer la declaración solicitada en el primer punto petitorio de la demanda.

Segundo. No se accede a hacer la declaración de restitución a que se refiere el segundo punto petitorio, y en consecuencia se declara libre a la Sociedad demandada, Emiliani Hermanos, de Barranquilla, de todos los cargos de la demanda.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Miguel Arteaga H., Isaías Chaves, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Conocimiento privativo en los juicios de quiebra

En el juicio de quiebra corresponde conocer privativamente al Juez de Circuito del único o principal domicilio del quebrado, conforme al ordinal 9º del artículo 152 del Código Judicial que está vigente.

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

(Magistrado ponente, doctor Miguel Arteaga H.).

Como antecedentes del incidente de competencia positiva que procede a estudiar la Corte, pueden señalarse resumidamente los siguientes:

I. El señor Otto Feckler fue demandado el cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta ante el Juez del Circuito de Segovia (Antioquia) por vía ejecutiva, previos el embargo y secuestro preventivos de algunos bienes, por el señor Martín Pérez A., como endosatario de tres letras firmadas por aquél a favor de Juan N. Mira. Feckler figuraba en dicho juicio como vecino del Municipio de Zaragoza del Circuito de Segovia y propietario en aquel lugar de la mina denominada *La Carmelita*, uno de los bienes embargados preventivamente por Martín Pérez. El mandamiento ejecutivo fue notificado a Feckler por el Juez Municipal de Zaragoza.

II. Otto Feckler, aceptó en Barranquilla varias letras a favor de la Agencia Bolinder, Casa importadora sueca, por un valor total de diez y seis mil setenta y cuatro pesos con setenta centavos ($ 16.074.70). Con base en dichas letras que no fueron cubiertas oportunamente, el doctor Julio Tovar Quintana, como endosatario, inició el 15 de abril de mil novecientos cuarenta y uno juicio ejecutivo, previos el embargo y secuestro preventivos de algunos bienes de Feckler, especialmente la citada mina de *La Carmelita* en el Municipio de Zaragoza, ya embargada en el juicio anterior. El Juez del Circuito de Barranquilla libró para los efectos del secuestro, despacho al Juez Municipal de Zaragoza.

En esta demanda se decía que Feckler era vecino de Barranquilla, y ante el Juez del Circuito de esta ciudad se presentó a recibir intimación del mandamiento.

III. El diez de julio de mil novecientos cuarenta y uno, el señor Raúl H. Sánchez, como endosatario de dos letras aceptadas por Otto Feckler a favor de César Villegas Botero en el Municipio de Zaragoza, por un valor total de mil ciento tres pesos con sesenta centavos ($ 1.103.60) inició igualmente contra éste un juicio ejecutivo ante el Juez del Circuito de Segovia. En la demanda se dice que Feckler es vecino de Medellín. El mandamiento fue dictado y al ejecutado se le intimó por el Juez de Zaragoza, comisionado al efecto.

IV. También el mismo Raúl H. Sánchez como apoderado de Saulo Morales, había intentado juicio ejecutivo el tres de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, ante el Juez del Circuito de Segovia por la suma de trescientos siete pesos ($ 307.00) contra Otto Feckler, de quien dijo que era vecino de Zaragoza. El mandamiento no se dictó en este juicio, por haber sido pedido el expediente por el Juez de Barranquilla.

V. El señor Jorge Moreno Ortiz, como apoderado de Teófilo Eslait, intentó el siete de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, otro juicio ejecutivo ante el Juez del Circuito de Segovia contra Feckler, por la suma de nueve mil novecientos setenta y cinco pesos con sesenta centavos ($ 9.975.60). Solicitó asimismo el embargo y secuestro preventivos de los bienes muebles y semovientes no embargados por el señor Martín Pérez, lo mismo que los de la mina de *La Carmelita* que no lo hubieran sido. En dicha demanda se dice que Feckler es vecino de Zaragoza, siendo de observar que ante el Juez Municipal de dicho lugar absolvió Feckler el veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y uno las posiciones presentadas como recaudo ejecutivo. El mandamiento no alcanzó a dictarse por haber pedido el expediente el Juez de Barranquilla.

VI. El diez y ocho de junio de mil novecientos cuarenta y uno, el señor Benjamín Moreno, como endosatario de una letra firmada a favor de Galster y Crump y a cargo de Otto Feckler, introdujo una tercería en el juicio ejecutivo seguido por el doctor Julio Tovar Quintana ante el Juez del Circuito de Barranquilla, por la suma de mil treinta y nueve pesos con diez y siete centavos ($ 1.039.17) moneda corriente.

Posteriormente, el siete de julio de mil novecientos cuarenta y uno, los señores Julio Tovar Quintana y Benjamín J. Moreno, el primero como ejecutante y el segundo como tercerista, so-

licitaron del Juez 3º del Circuito Civil de Barranquilla la declaratoria de quiebra de Otto Feckler, y denunciaron como bienes del quebrado la referida mina de *La Carmelita,* con todas sus maquinarias, enseres y demás muebles. El Juez, en auto de fecha diez del mismo mes y año declaró a Feckler en estado de quiebra, llamándolo vecino de Barranquilla, nombró síndico de la quiebra, dispuso dar el aviso correspondiente a la Cámara de Comercio de Barranquilla, etc. En el mismo auto ordenó que se solicitase del Juez del Circuito de Segovia el envío inmediato al Juzgado de Barranquilla de los juicios ejecutivos promovidos ante aquél por Martín Pérez y Teófilo Eslait.

El Juez de Segovia, en providencia del veintiséis de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, dispuso que se remitieran al de Barranquilla los juicios ejecutivos que cursaban contra Feckler, para que obraran en la declaración de quiebra pronunciada contra el deudor.

Después de remitidos los ejecutivos de Segovia a Barranquilla, el señor Teófilo Eslait, uno de los presuntos acreedores de Feckler, y que había promovido en Segovia juicio ejecutivo contra su deudor, y cuya demanda, a solicitud del Juez de Barranquilla había sido enviada a este Circuito, solicitó ante el Juez de Segovia que promoviera al de Barranquilla competencia positiva respecto al juicio de quiebra iniciado contra Feckler.

Teniendo en cuenta las pruebas presentadas por Eslait, el Juez de Segovia provocó al de Barranquilla la competencia positiva en cuestión en auto del veinticinco de agosto de mil novecientos cuarenta y dos (artículo 416 del Código Judicial).

El de Barranquilla, en auto del diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, declaró que no se inhibía de seguir conociendo del negocio, y dispuso que así se comunicara al de Segovia (artículo 420 del Código Judicial).

El Juez de Segovia insistió en la competencia en proveído del veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, y dispuso que así se hiciera conocer al Juez de Barranquilla y que se remitieran las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia.

Llegado a la Corte lo actuado en Segovia en relación con la competencia positiva, se pidió en auto del nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro al Juez 3º en lo Civil del Circuito de Barranquilla el envío del juicio de quiebra contra Feckler.

Remitido dicho juicio en tres cuadernos, la Corte sustanció el incidente en legal forma, y como ha llegado la oportunidad de decidirlo, a ello se procede, previas las siguientes consideraciones:

El ordinal 9º del artículo 152 del Código Judicial establece:

"En el juicio de cesión de bienes y en el de concurso de acreedores es competente el Juez del domicilio que tenía el deudor en los últimos sesenta días anteriores a la suspensión de pagos, aunque sean interesados el Estado o los Departamentos."

El artículo 135 del Código de Comercio que figuraba en el Título de "Quiebras", hoy sustituído por el Decreto número 750 de 1940, decía:

"Son aplicables a las quiebras de los comerciantes las disposiciones comunes del Código Judicial sobre concurso de acreedores, salvo los principios contenidos en el presente Título."

El artículo 137 ibidem, establecía:

"Es obligación de todo comerciante que se encuentre en estado de quiebra, ponerlo en conocimiento del Juez de Comercio de su domicilio, o del que haga sus veces, dentro de los seis días siguientes al en que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones, por incapacidad de cubrirlas, entregando al efecto en la Secretaría del Juzgado una exposición, en que se manifieste en quiebra, y designe su habitación y todos los escritorios, almacenes y otros cualesquiera establecimientos de su comercio."

El Código de Comercio no tenía disposición alguna, en cuanto a competencia, que diferenciara el juicio de concurso, del juicio de quiebra.

El Decreto número 750 de 1940, antes mencionado, no dispone nada que se oponga a los preceptos del derecho común, y del derecho comercial, con relación a la competencia del Juez del Circuito del quebrado para conocer privativamente del juicio de quiebra.

Bien al contrario, dicho Decreto contiene las disposiciones que siguen:

"Artículo 6º La declaración del estado de quiebra se hace judicialmente a solicitud del mismo deudor, a instancia de acreedor, cuyo derecho proceda de obligación mercantil, por demanda de la Cámara de Comercio a cuya jurisdicción pertenezca el único o principal domicilio del quebrado cuando la misma Cámara considere que conviene hacerlo en servicio de los intereses generales de la sociedad o del comercio, o a petición de acreedor de obligación puramente civil que, a igual que los anteriores, compruebe la cesación en el cumplimiento de obligaciones mercantiles. La solicitud debe resolverse dentro del día siguiente a su presentación y no necesita someterse a repartimiento."

"Artículo 7º Es obligación de todo comerciante que se encuentre en estado de quiebra ponerla en conocimiento del Juez de su domicilio

dentro de los seis días siguientes a aquel en que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones, entregando al efecto en la Secretaría del Juzgado una exposición en que manifieste su quiebra y designe su habitación, almacenes y demás establecimientos de su comercio."

"El Secretario del Juzgado que reciba la exposición de quiebra pondrá a su pie anotación del día y de la hora en que fue presentada."

De lo expuesto la Sala concluye que en el juicio de quiebra corresponde conocer privativamente al Juez del Circuito del único o principal domicilio del quebrado.

Comprobado se encuentra con las declaraciones de Alfonso Herrera, Alberto Herrera, Alberto Valle, Antonio Gómez, Eladio Arango, Saulo Morales, Euclides Aguilar y Jorge I. Hernández, llevadas al Juez de Segovia, que el señor Feckler tiene su residencia habitual en Zaragoza, Municipio del Circuito de Segovia; que allí reside con su familia, y que allí tiene el asiento principal de sus negocios, principalmente relacionados con la mina *La Carmelita*. Que Feckler, sólo transitoriamente ha residido en Barranquilla.

Además el Recaudador de Hacienda Nacional de Zaragoza certifica que Feckler ha presentado allí sus declaraciones de renta "por tener su residencia habitual en esta cabecera".

También el Alcalde de Zaragoza certifica:

"2º Que del 23 de abril último en adelante, fecha desde la cual se hizo cargo de esta Alcaldía, lo conoció también en este Municipio ya con su esposa e hijos residenciado, y 3º Que no hay constancia en los libros de esta oficina que el citado señor Feckler, ni su familia (esposa e hijos) hayan variado su residencia."

De las pruebas aducidas, y de los preceptos de los artículos 76, 78, 79 y 81 del Código Civil que determinan el domicilio de una persona, concluye la Sala que el domicilio del señor Feckler es el Municipio de Zaragoza del Circuito de Segovia.

Esta afirmación ni aun se ha pretendido rechazar con otras probanzas. La razón principal por la cual el ejecutante señor Tovar Quintana considera que la competencia provocada por el Juez de Segovia no puede prosperar, proviene del hecho de que fue promovida dicha competencia a solicitud del señor Teófilo Eslait, quien se afirma no ser *parte legítima*, requisito éste exigido por el artículo 415 del Código Judicial, y tal fue la razón única que alegó el Juez de Barranquilla para no inhibirse de seguir conociendo del juicio de quiebra.

Con respecto a esta razón se observa:

En el memorial en que los señores Tovar Quintana y Moreno pidieron ante el Juez de Barranquilla que se declarara a Feckler en estado de quiebra, dijeron:

"Solicitamos que en la misma providencia que declare el estado de quiebra, haga las ordenaciones que el artículo 22 del Decreto ejecutivo sobre la materia preceptúa, y solicite al señor Juez del Circuito de Segovia, Antioquia, el inmediato envío de las ejecuciones que Martín Pérez y Teófilo Eslait por $ 1.720 y $ 9.975.61, respectivamente, adelantan contra Otto Feckler y cualquiera otra ejecución que se prosiga contra el mismo."

El Juez de Barranquilla en el auto en que decretó el estado de quiebra pedido, dijo:

"1). Solicítase por medio de oficio al señor Juez Civil del Circuito de Segovia (Antioquia), la remisión inmediata a este Juzgado de los juicios ejecutivos promovidos allí por los señores Martín Pérez y Teófilo Eslait, contra el quebrado Otto Feckler."

El expediente en que Eslait solicitaba del Juez de Segovia la orden de pago contra Feckler, se encuentra agregado al juicio de quiebra que se sigue en Barranquilla, según lo atestigua el señor Secretario del Juzgado respectivo (folio 25 vuelto, cuaderno respectivo).

Teófilo Eslait es un presunto acreedor de Feckler, y si su solicitud para que así se declare, junto con los documentos que presenta como comprobantes de su acreencia, se encuentra ante el conocimiento del Juez de la quiebra, por haberlos pedido dicho funcionario, debe concluirse que dicho presunto acreedor tiene interés, y debe considerarse como *parte legítima* en el juicio de quiebra, siendo así que en este juicio tienen derecho a figurar todos los acreedores o presuntos acreedores del quebrado (artículo 22, ordinal 6º, del Decreto número 750 de 1940).

En dicha forma estimó el asunto el señor Procurador Delegado en lo Civil, pues en su vista dice al respecto:

"Se dijo al principio que por petición de quienes demandaron la declaración del estado de quiebra y por disposición del Juzgado de Barranquilla, se enviaron a éste, para su conocimiento dentro del juicio de quiebra, los juicios ejecutivos seguidos por Martín Pérez y por Teófilo Eslait contra Feckler, ante el Juez de Segovia. La Procuraduría estima que dictada y cumplida tal providencia, no puede hoy decirse que Eslait no sea parte legítima en el juicio de quiebra para solicitar la acumulación o la competencia positiva. Es verdad que el Juez del concurso, al declararlo abierto, debe advertir a los acreedores que pueden hacerse parte dentro de cierto tiempo, y con la prueba respectiva; pero en este negocio, acaba de decirse, se les

hizo parte a solicitud de los demandantes del estado de quiebra, pues no otra cosa puede significar el llamamiento de los juicios ejecutivos al juicio de quiebra."

El señor Tovar Quintana en el escrito en que solicitó del Juez de Barranquilla que no se inhibiera de conocer en el negocio, aduce esta otra razón referente al juicio ejecutivo iniciado por el peticionario contra Feckler en Barranquilla:

"Es interesante anotar, que a folio 19 del juicio, aparece la notificación personal que se hizo al señor Feckler, sin que éste en ningún momento hiciera reclamo alguno, ni interpusiera excepción oportunamente. Y el artículo 153 del Código de Procedimiento Civil preceptúa *que la competencia que se fija por razón del lugar es prorrogable por parte del demandado, por no oponer excepción oportunamente.* El demandado Feckler fue notificado y en ningún momento ha propuesto la excepción a que tenía derecho. prorrogando en esa forma la competencia."

Se observa que actualmente no se trata de prorrogar la jurisdicción en el ejecutivo iniciado por Tovar Quintana contra Feckler, sino de la competencia en el juicio de quiebra del señor Feckler, y el artículo 153 del Código Judicial dice:

"Salvo en los casos de que tratan los ordinales 8º, 9º, 10 y 11 del artículo anterior, la competencia que se fija por razón del lugar es prorrogable, y se entiende prorrogada, por parte del demandante, por el hecho de ejercitar la acción; y del demandado, por el de no oponer la excepción oportunamente."

No hay, pues, prórroga tácita de jurisdicción en el caso del ordinal 9º del artículo 152 del Código Judicial, el cual precisamente se refiere al juicio de concurso de acreedores, y también al de *quiebra,* conforme se expuso anteriormente.

No son otras las razones alegadas en favor de la tesis de la competencia del Juez de Barranquilla para conocer del presente juicio, y como de ellas se deduce que el competente es el de Segovia, la Sala ha de estarse a dicha conclusión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara que la autoridad judicial competente para conocer del juicio de quiebra del señor Otto Feckler es el Juez del Circuito de Sagovia, con exclusión del Juez del Circuito de Barranquilla.

Hágase saber así a los mencionados Jueces, y remítase el expediente al Juez del Circuito Civil de Segovia, para que continúe conociendo del juicio de quiebra en cuestión.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Miguel Arteaga H., Isaías Chaves, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Pensión de jubilación a un antiguo miembro del Poder Judicial, que no lo era ya cuando entró a regir la Ley 22 de 1942

Hay lugar a reconocer pensión de jubilación no sólo a los funcionarios y empleados que cuando entró a regir la Ley 22 de 1942 se hallaban ejerciendo sus funciones en los respectivos cargos, sino aun a aquellos que hubieran dejado de ejercerlos en ese momento, siempre que, por otra parte, hayan cumplido las exigencias legales ordinarias para convertirse en acreedores a la pensión. Tales pensiones deben pagarse por el Tesoro Nacional.

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

(Magistrado ponente, doctor Víctor Cock).

El señor Máximo A. Morales, vecino de Bogotá, fundado en los preceptos de la Ley 22 de 1942 "sobre prestaciones a los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo", presentó demanda ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, demanda que lleva fecha 9 de abril de 1943, y en la cual el demandante, como empleado que fue del Poder Judicial, por un período mayor de veinte años, solicita el que se le reconozca una pensión vitalicia por la cantidad de sesenta y siete pesos con cincuenta y siete centavos ($ 67.57).

El Tribunal del conocimiento falló el asunto en sentencia de fecha 25 de octubre de 1943, absolutoria de la parte demandada, o sea de la Nación.

Fue apelada esta resolución por el demandante y merced a la alzada se halla el asunto al conocimiento de la Corte, ante la cual se han cumplido las ritualidades propias de la segunda instancia en este género de asuntos y con intervención del señor Procurador Delegado en lo Civil como representante del Estado.

Se observa en primer término, que el Tribunal no vaciló en reconocer su competencia para conocer del asunto, ya que al respecto adujo el contenido de la Ley 22 de 1942 y que, por otro lado, hubo de admitirse que efectivamente aparecía como probado en el proceso que el demandante Morales había prestado servicios por un período que excedía de veinte años y aun un poco más de veintidós años en el Poder Judicial del país, y que igualmente había llenado los requisitos legales ordinarios para poder aspirar al reconocimiento de la pensión reclamada.

Sin embargo, el Tribunal se abstuvo de reconocer la pensión y en consecuencia dictó sentencia absolutoria de la Nación, con el fundamento de que, a juicio del mismo Tribunal, no era aplicable al caso del señor Morales el derecho a una pensión de jubilación a base del contenido del artículo 1º de la Ley 22 de 1942, por cuanto no estaba ejerciendo empleo alguno del Organo Judicial al entrar a regir la Ley que acaba de ser mencionada y también, por cuanto a ser tenida en cuenta la legislación anterior a dicha Ley y tocante a pensiones civiles, tampoco lo favorecía esa legislación anterior, ya que, según ella, el tiempo de servicio del empleado no podía ser menor de treinta años, y el señor Morales sólo había prestado sus servicios por un espacio de tiempo poco mayor de veintidós años, como ya hubo de expresarse en esta providencia.

En cuanto al punto de la no aplicabilidad del artículo 1º de la Ley 22 de 1942, el Tribunal hubo de expresarse así:

"Ya se vio, que el artículo 1º de la Ley 22 de 1942, consagra la posibilidad legal de obtener una pensión mensual equivalente a la mitad del mayor sueldo que se hubiere devengado en el desempeño de un puesto en propiedad, en el Organo Judicial, en el Ministerio Público o en lo Contencioso Administrativo, durante un año por lo menos, al retirarse el respectivo empleado o subalterno del puesto que desempeña.

"La Sala considera que el alcance en cuanto a las personas y al tiempo, de tal disposición, es el de que ella comprenda a dos clases de empleados o subalternos: los que a tiempo de expedirse la Ley, o mejor, de entrar en vigencia, estaban desempeñando el cargo, y aquellos que, no encontrándose en tal momento en ejercicio de cargo alguno, dentro del Poder Judicial, del Ministerio Público o de lo Contencioso Administrativo, con posterioridad han entrado a ejercer dicho cargo.

"Esta interpretación y aplicación, se fundamenta en que el artículo 1º de la Ley 22 de 1942, expresamente se refiere a los empleados o subalternos que se retiren del puesto, y estatuye respecto de ellos, que tendrán derecho a una pensión decretada *legalmente*, por determinada cuantía, con lo cual, expresamente contempla únicamente la hipótesis en que el empleado o subalterno se encuentra a tiempo de entrar en vigencia la Ley en ejercicio del puesto, o la de que ulteriormente éntre a ejercer un puesto en los ramos de administración de justicia previstos en la disposición; y la expresión, 'tendrán derecho' indica que los efectos de la Ley no tienen carácter retrospectivo, sino que sólo debe haber aplicación de la Ley para casos futuros, dentro del tiempo.

"Con ello se tiene como consecuencia obvia, que aquellos empleados que a tiempo de entrar a regir la Ley 22 de 1942, no estaban desempeñando puesto alguno dentro del Organo Judicial, del Ministerio Público o de lo Contencioso Administrativo, no están comprendidos, sino excluídos, por el artículo 1º de dicha Ley, esto es, que su situación jurídica no puede ser regulada por las disposiciones de la Ley 22 de 1942. La situación de tales empleados o subalternos, debe en consecuencia apreciarse y regularse de conformidad con las disposiciones generales anteriores a la prenombrada Ley."

El señor Procurador Delegado en lo Civil comparte la tesis del Tribunal y pide, por consiguiente, la confirmación de la sentencia recurrida por el señor Morales solicitante del reconocimiento de la pensión.

Por su parte Morales en memorial presentado en esta segunda instancia el día 1º de abril del año en curso, alega a su favor el antecedente de la sentencia dictada por esta misma Sala de la Corte, el día nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, por la cual se le reconoció al señor Pedro Afanador Gómez una pensión de jubilación como empleado subalterno que fue en el Organo Judicial, pensión reconocida directamente a cargo del Tesoro Nacional, en atención al contenido del artículo 1º de la Ley 22 de 1942, de la cual se ha venido hablando en el presente fallo, y en atención también a un período de servicio simplemente mayor de veinte años y no de treinta años, como lo exigía, para el caso de los referidos empleados subalternos, aunque lo fueran del Poder Judicial, la legislación anterior a la Ley 22 de 1942, y no obstante que el mencionado señor Afanador Gómez había dejado de ser empleado cuando entró a regir la Ley citada 22 de 1942.

Y esta jurisprudencia ha sido ratificada por la Sala, en fallos recientes, como en el dictado el cinco de junio en curso en relación con la pensión de jubilación del doctor Enrique A. Becerra y en el proferido en relación con la pensión de jubilación del señor Juan de J. Gómez G., antiguo empleado subalterno del Tribunal Superior de Manizales. En el fallo últimamente citado hubo de expresar la Corte acerca del punto tratado por el Tribunal en la sentencia apelada, lo siguiente:

"Cree la Corte que la prestación consistente en pensiones de jubilación hay lugar a reconocerla no sólo en los funcionarios y empleados que, cuando entró en vigencia la expresada Ley 22 de 1942, se hallaban ejerciendo sus funciones en los respectivos cargos, sino aun a aquellos que hubieran dejado ya de ejercerlos en ese momento, siempre que, por otra parte, cumplan ellos con las exigencias legales ordinarias para convertirse en acreedores a la pensión.

"A esta conclusión a que ha llegado la Corte puede llegarse entre otras razones, por la que aporta el artículo 12 de la Ley 22 en consideración, toda vez que este precepto declara, de manera expresa, el que las prestaciones consistentes en *auxilio de enfermedad* (artículo 5º, Ley 22) y en *auxilio de cesantía* (artículo 6º, Ley 22) se reconocerán únicamente a los funcionarios y empleados que al entrar la Ley en vigencia se hallen en ejercicio de sus funciones o en uso de licencia legal, lo cual significa dentro de la más estricta lógica jurídica, que si, por el contrario, se trata de la prestación restante, es decir, de la consistente en las *pensiones de jubilación*, que se abstiene de mencionar esa disposición legal, no depende, ni en manera alguna puede depender el reconocimiento de tales pensiones de jubilación, de que el funcionario o empleado que esa prestación solicita se hubiera hallado en ejercicio de sus funciones en el respectivo cargo al entrar a regir la referida Ley. *Inclusio unius est alterius exclusio* constituye una máxima de lógica jurídica que en su favor expresamente invoca el demandante y que la Corte halla en verdad aplicable al caso controvertido...."

"Además, si a la expresión *al retirarse de sus puestos* que, como ya se vio, se halla en el artículo 1º de la Ley 22 de 1942, no se le puede dar un significado que implicaría el que, por todo concepto, aun para cómputo de tiempo de servicio, esa Ley sólo tiene campo de aplicación en el futuro y a partir de su vigencia, dejando así al margen a los empleados judiciales, etc., que lo fueron en época pretérita, anterior a la vigencia de la misma Ley, el que no se le pueda dar ese significado tampoco lleva a la conclusión de que la aludida expresión *al retirarse de sus puestos* sea una expresión inútil o redundante, toda vez que ella puede tomarse como una

reafirmación de que la pensión de jubilación es una prestación de que no gozan los respectivos empleados sino *al retirarse de sus puestos*, y no, en manera alguna, mientras continúen en ellos."

Y por lo que respecta al punto de que este género especial de pensiones debe ser reconocido a cargo, no de la Caja de Previsión sino del Tesoro Nacional, conclusión a la cual había llegado la Corte en la sentencia antes mencionada de nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres (pensión de Pedro Afanador Gómez), merced a la interpretación que allí se dio al artículo 18 de la Ley 22 de 1942, es jurisprudencia ésta que la Corte hubo de confirmar, en los siguientes términos y en la memorada sentencia de fecha cinco de junio en curso, citada arriba:

"El artículo 15 de aquella Ley (22 de 1942) declara que son miembros de la Caja 'todos los funcionarios y empleados pagados por el Tesoro Nacional, que pertenezcan al Organo Judicial, al Consejo de Estado, a los Tribunales Contencioso Administrativo y al Ministerio Público', y que ellos, en parte, contribuirán a formar los fondos de la Caja (artículo 16 ibídem).

"Equitativo resulta por tanto que la Caja pague las pensiones que se decreten en favor de sus socios, los cuales, en parte, contribuyeron a formar sus fondos, y que no pague aquellas pensiones que se decreten en favor de quienes no fueron nunca socios. Ello sería una consecuencia del *jus fraternitatis*, que implícitamente va envuelto en el concepto de *socio*.

"Además el artículo 18 de la Ley 22 dice al respecto:

'No será de cargo de la Caja el pago de las prestaciones fijadas en el artículo 1º a los funcionarios y empleados que a tiempo de entrar esta Ley en vigencia, tengan ya cumplidos los requisitos que los hacen acreedores a la gracia de jubilación, conforme a disposiciones anteriores, las cuales continuarán pagándose por el Tesoro Nacional en la cuantía en que fueron decretadas, y no serán susceptibles de aumento.'

"La parte final de la disposición transcrita dice que tales prestaciones 'continuarán pagándose por el Tesoro Nacional en la cuantía en que fueron decretadas', pues se supone que dichas pensiones ya debieron de haber sido decretadas. Pero si aún no lo habían sido, nada se opone a que también las pague el Tesoro Nacional, pues aquellas pensiones se acomodan al concepto contenido en la primera parte de la disposición, y según el cual "no será de cargo de la Caja el pago de las prestaciones fijadas en el artículo 1º, a los funcionarios y empleados que a tiempo de entrar esta Ley en vigencia, tengan ya cumplidos los requisitos que los hacen acreedores a la gracia de jubilación....'

"En casos análogos al presente la Corte ha dispuesto que se haga el pago por el Tesoro Nacional, y no por la Caja de Previsión." (Sentencia proferida en la demanda de pensión del señor Pedro Afanador Gómez).

De suerte que, en síntesis, la Corte ha estimado que los empleados subalternos del Organo Judicial, por lo que hace al período de tiempo necesario para poder gozar de pensión quedaron asimilados a los Jueces y Magistrados mismos para quienes la legislación anterior sólo exigía un tiempo de servicio de veinte años, asimilación operada merced al contenido de los artículos 1º y 2º de la Ley 22 de 1942, sólo que, si no estaban ya en ejercicio de sus funciones cuando entró a regir la Ley 22 mencionada, corresponde al Tesoro Nacional, como antes ocurría con la de los Jueces y Magistrados según la legislación anterior a dicha Ley, atender al pago de estas pensiones y que, ante todo, en armonía con el artículo 10 de esa misma Ley 22 de 1942, corresponde hoy a los Tribunales Superiores conocer en primera instancia de este género de asuntos, y que le está asignado a la Corte el conocimiento de ellos en segundo grado.

Se procede, por consiguiente, a resolver acerca del mérito de las pruebas aducidas en el presente proceso por el solicitante de pensión de jubilación en orden a demostrar su derecho a ella.

Como lo observa el Tribunal de la primera instancia, el señor Morales logró comprobar que había prestado servicios como empleado propiamente nacional del Organo Judicial por un período que asciende a un total mayor de veinte años y según resumen que el mismo Tribunal hace en los siguientes términos:

"Del 22 de octubre de 1901 al 7 de noviembre del mismo año, quince días			15
"Del 6 de mayo de 1942 al 24 de marzo de 1903, 10 meses y 18 días		10	18
"Del 18 de mayo de 1903 al 20 de junio de 1905, 2 años, 1 mes y 2 días	2	1	2
"Del 20 de junio de 1905 al 28 de enero de 1913, 7 años, 7 meses y 7 días	7	7	7
"Del 28 de enero de 1913 al 30 de abril de 1916, 3 años, 3 meses y 2 días	3	3	2
"Del 21 de junio de 1927 al 31 de julio de 1927, 1 mes y 9 días		1	9
"Del 6 de junio de 1916 al 30 de junio de 1919, 3 años y 24 días	3		24

"Del 2 de julio de 1923 al 30 de junio de 1925, 1 año, 11 meses y 28 días	1	11	28
"Del 22 de abril de 1930 al 18 de julio de 1931, 1 año, 2 meses y 26 días	1	2	26
	20	3	11"

Observa igualmente el Tribunal que el señor Morales desempeñó también el cargo de Secretario del Juzgado Municipal de Santa Rosa de Viterbo, desde el 19 de agosto de 1926 hasta el 2 de julio de 1928, es decir, por un período de un año, diez meses y trece días y que asimismo desempeñó el cargo de Juez Municipal de Santa Rosa desde el 15 de diciembre de 1929 hasta el 7 de abril de 1930, esto es, por tres meses con veintidós días. En resumen que sirvió en el Poder Judicial en calidad de empleado municipal por un espacio total de tiempo, que asciende a 2 años, 2 meses y 5 días.

En general el solicitante comprobó el desempeño de los puestos respectivos con copia de los pertinentes acuerdos o decretos de nombramiento; con las consiguientes actas de posesión; y, con las certificaciones del caso sobre ejercicio del cargo.

A estos respectos se presentaba alguna deficiencia en la comprobación del nombramiento y ejercicio del cargo de Secretario del Juzgado 2º del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, cargo que, según la relación precedente debió ejercer el señor Morales desde el 2 de julio de 1923 hasta el 30 de junio de 1925, es decir, en un período de 1 año, 11 meses y 28 días, pero la deficiencia anotada quedó subsanada mediante prueba supletoria, basada principalmente en documentos auténticos, cuya práctica fue ordenada por el Tribunal en providencia de 31 de julio de 1923 y llevada a término en debida forma, de la cual prueba resulta que, efectivamente, desde el 1º de julio de 1923 hasta el 30 de junio de 1925, Morales ejerció el cargo de Secretario del Juzgado 2º del Circuito de Santa Rosa de Viterbo.

Se comprende así que el cálculo hecho por el Tribunal de que el señor Morales sirvió como empleado nacional del Organo Judicial, servicio que prestó en varios cargos y especialmente en calidad de empleado subalterno del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por un período en total de veinte años, tres meses y algunos días, se conforma a la verdad y a las constancias del proceso.

De manera que, aun sin contar el tiempo considerable, mayor de dos años, que sirvió como empleado municipal del mismo Organo Judicial, es manifiesto que el peticionario tiene derecho a que se le reconozca por lo que toca con el tiempo de servicio requerido, la pensión de jubilación que contemplan los artículos 1º y 2º de la Ley 22 de 1942.

Por lo que respecta a la carencia de medios para su congrua subsistencia, prestó el interesado el juramento establecido en el artículo 72 del Decreto 2840 de 1942, reglamentario de la Ley 22 de 1942, aparte de que, con declaraciones de testigos y otros elementos probatorios dejó establecido el que carece de los medios adecuados para dicha congrua subsistencia.

Y como parecen comprobados en debida forma los demás elementos que, a la luz de la Ley 22 de 1942 y de su Decreto reglamentario que acaba de ser citado, deben quedar establecidos en casos como el presente para el reconocimiento del derecho a disfrutar de la pensión, y entre ellos el de tener el interesado una edad mayor de sesenta años, en el caso de precisar la cuantía de la pensión referida.

Para este último efecto habrá lugar a tener en cuenta que, en armonía con el artículo 1º de la Ley 22 de 1942, la pensión ha de reconocerse por una cantidad mensual equivalente a la mitad del mayor sueldo que hubiera devengado el solicitante, en el desempeño de un puesto en propiedad, durante un año por lo menos.

A este propósito dice el señor Morales en su demanda lo que sigue:

"La pensión de jubilación que solicito es la suma de sesenta y siete pesos, cincuenta y siete centavos que corresponde a la mitad del mayor sueldo mensual que devengué como Secretario, en propiedad, en un año continuo del Juzgado Unico del Circuito de Socha (Departamento de Boyacá) o sea del 28 de abril de 1930 al 22 de abril de 1931, en la siguiente forma, según el valor de los sueldos que figuran en el certificado del Ministerio de Gobierno, que acompaño:

"Del 22 de abril de 1930 día en que entré a ejercer el cargo hasta el 31 de octubre del mismo año, son 6 meses y 9 días, a $ 141.70 mensuales .... $	892.68
"Del 1º de noviembre de 1930 hasta el último de febrero de 1931, a $ 130 mensuales, son 4 meses	520.00
"Del 1º de marzo de 1931 hasta el 22 de abril del mismo año, a $ 123 mensuales, son 1 mes y 21 días para completar el año de servicio continuo	209.10
Suma el año .... $	1.621.78

"Esta suma dividida por los 12 meses del año, da un resultado de $ 135.14 mensuales, cuya mitad es la de $ 67.57, que es la cantidad que me corresponde como pensión de jubilación."

A propósito de esta liquidación se observa que aparecen en autos las constancias precisas del nombramiento recaído en el señor Morales

para servir, en propiedad, el cargo de Secretario del Juzgado del Circuito de Socha (Departamento de Boyacá), y de la posesión que se le dio de dicho cargo, todo según copias auténticas agregadas al proceso, así como también una certificación sobre ejercicio de ese cargo por un período mayor de un año, es decir, desde el 22 de abril de 1930 hasta el 18 de julio de 1931.

Como según el propio peticionario, el sueldo correspondiente a este empleo de Secretario del Juzgado del Circuito de Socha es aquel que hay lugar a tener en cuenta para poder llegar a determinar el monto de la pensión mensual respectiva, habrá de servir como fundamento principal, para tal liquidación, el siguiente certificado del Ministerio de Gobierno:

"Ministerio de Gobierno—Sección 3ª—Presupuesto, Contabilidad y Pagaduría—Bogotá, abril 7 de 1943.

"En cumplimiento a lo ordenado en el auto anterior, el suscrito Jefe de la Sección 3ª, Presupuesto, Contabilidad y Pagaduría del Ministerio de Gobierno, *certifica:* Que según los datos que aparecen en el archivo de esta Sección, el Secretario del Juzgado del Circuito Unico de Socha, devengó las siguientes asignaciones: Desde el 1º de enero de 1930 hasta el 31 de octubre del mismo año devengó un sueldo mensual de $ 141-70, y del 1º de noviembre del mismo año hasta el último del mes de febrero de 1931, devengó $ 130.00, según Decreto de asignaciones número 1796 de 1930. Del 1º de marzo de 1931 al 31 de diciembre del mismo año, devengó un sueldo mensual de $ 123.00 por disposición del Decreto número 426 de 1931.

"(Firmado), *Fruto S. Martínez,* Jefe de Presupuesto."

En vista del certificado transcrito resulta correcta la liquidación hecha por el interesado acerca del monto de la pensión mensual que le corresponde, que es, en consecuencia, la cantidad de sesenta y siete pesos con cincuenta y siete centavos ($ 67.57).

Según la jurisprudencia al respecto sentada por la Corte, el reconocimiento de la pensión debe empezar a contarse desde la fecha de la presentación de la demanda, o sea, en este caso, desde el día nueve de abril de mil novecientos cuarenta y tres.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

1º Revócase la sentencia proferida en este asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y tres;

2º Reconócese a favor del demandante señor Máximo A. Morales, vecino del Municipio de Bogotá, y a cargo del Tesoro Nacional, pensión vitalicia de jubilación de conformidad con la Ley 22 de 1942 y por la cantidad de sesenta y siete pesos con cincuenta y siete centavos ($ 67.57) mensuales;

3º Esta pensión se reconoce a partir del día nueve de abril de mil novecientos cuarenta y tres fecha de la presentación de la demanda ante el Tribunal de Bogotá;

4º Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público y al señor Contralor General de la República.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase el expediente e insértese la sentencia en la *Gaceta Judicial.*

Miguel Arteaga H., Isaías Chaves, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Liquidación de perjuicios.—Prestaciones sucesivas en forma de pensión periódica

La Corte ha admitido y aplicado un procedimiento que se acerca bastante a la justicia en el caso de prestaciones sucesivas en forma de pensión periódica, y que consiste en pagar anticipadamente las futuras prestaciones, pero descontando el interés que la suma entregada de una vez habría de producir en el tiempo a que se extenderían las entregas sucesivas, con el cual sistema se disminuye a la mitad, para el promedio de los casos, la cuantía de las indemnizaciones en relación con las que se hacían antes, cuando se entregaba por anticipado la suma de las futuras mensualidades o anualidades sin deducción alguna.

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

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El Tribunal Superior de Bogotá puso término al incidente sobre liquidación de perjuicios seguido como consecuencia del fallo en la demanda ordinaria de Encarnación Martínez v. de Fandiño contra la Nación, en providencia que concluye declarando:

"Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal regula los perjuicios de que trata el fallo de la Corte con que se terminó este juicio, y cuyo monto debe por consiguiente pagar la Nación a la demandante señora Encarnación Martínez v. de Fandiño, así: Primero. Por concepto de *perjuicios materiales*, la suma de cuarenta pesos ($ 40.00) moneda corriente mensuales, exigibles al vencimiento de la correspondiente mensualidad, que se pagarán a partir de la fecha del fallecimiento de Emelina Fandiño, hasta el fallecimiento de la señora Encarnación Martínez v. de Fandiño. Segundo. Por concepto de *perjuicios morales subjetivos*, la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) en que el fallo de la Corte reguló esta parte de la reparación. Tercero. No hay lugar a regular *perjuicios morales objetivados*."

En virtud de la apelación interpuesta por las dos partes litigantes, el asunto pasó al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia donde ha recibido el trámite legal y se halla para decidir el recurso.

La sentencia de cuya liquidación se trata dispuso:

"1º La Nación es civilmente responsable por los daños y perjuicios, tanto materiales como morales, sufridos por la señora Encarnación Martínez v. de Fandiño, con motivo de la muerte de su hija legítima Emelina Fandiño Martínez o Emelina Fandiño de Forero o Emelina Fandiño de González en el siniestro de aviación ocurrido el 24 de julio de 1938, en el Campo de Marte (Santa Ana), durante la revista militar que en tal fecha y lugar se desarrolló;

"2º 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, debiéndose tener en cuenta al hacer la estimación, las bases que para fijarlo se señalan en la parte motiva de esta sentencia; y

"3º Condénase a la Nación a pagar a Encarnación Martínez viuda de Fandiño la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00) moneda legal, como valor de los perjuicios morales no objetivados que recibió por la causa indicada en el punto primero."

En el incidente de regulación el apoderado de la demandante estimó así los perjuicios:

"*Perjuicios materiales.* Estos perjuicios consisten en las sumas de dinero que la demandante ha dejado de percibir por el tiempo que de acuerdo con las estadísticas existentes puede sobrevivir a su hija Emelina, en tal forma que teniendo cincuenta años en la época del accidente, podía vivir veinte años más recibiendo cincuenta y cinco pesos mensuales que era la suma que su hija le enviaba. Así, pues, despreciando el posible aumento que la creciente actividad de Emelina pudiera haber producido, los perjuicios materiales los aprecio en la cantidad de trece mil doscientos pesos ($ 13.200.00) moneda corriente....

"*Perjuicios morales objetivados.* Esta calidad de perjuicios, que comprende las comodidades, los regalos, las invitaciones, y toda esa serie de actos que una persona ejecuta con sus padres

o con las personas que de ellos dependen, teniendo en cuenta que en el caso actual, Emelina era una magnífica hija que se preocupaba constantemente por los suyos y que como tál y para poner un ejemplo, frecuentemente estaba trayendo del campo a su madre y a sus hermanos a pasar temporadas con ella en esta capital, y enviándole regalos como puedo comprobar llegado el caso, los aprecio en la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) moneda corriente.

Perjuicios morales no objetivados. Estos perjuicios que fueron fijados ya por la sentencia aludida ascienden a la suma de mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente. En esta forma aprecio la totalidad de los perjuicios en la suma de diez y ocho mil doscientos pesos ($ 18.200,00) moneda corriente."

Perjuicios materiales.

El Tribunal, al tratar de los perjuicios materiales y refiriéndose a la prueba pericial producida en el incidente y a otros elementos de juicio, declaró en su providencia que la indemnización por este concepto debía concretarse a una pensión, diciendo al respecto:

"En tales circunstancias, y por cuanto en el caso de que se trata, la responsabilidad se halla a cargo de una entidad de derecho público, que como tál ofrece las mayores seguridades para el pago de la suma con que periódicamente auxiliaba la desaparecida a la demandante, resulta más conforme con la equidad hacer la regulación con base en la renta mensual y vitalicia de cuarenta pesos moneda corriente, que los señores peritos han determinado ser el término medio con que la hija auxiliaba a su madre (lucro cesante), según las pruebas aducidas al informativo, y habida consideración de la profesión u oficio de la víctima, y del estado económico de la demandante, que son precisamente los otros factores de regulación determinados en la sentencia; y por cuanto no se acreditó ni pudo hacerse objeto de regulación, la existencia de daño emergente de ninguna clase."

En la segunda instancia solamente presentó alegato el señor Procurador Delegado en lo Civil. Por tanto no se conocen los motivos de inconformidad del actor en relación con el fallo objeto del recurso.

En su vista el señor Procurador se manifiesta de acuerdo con el Tribunal sobre la manera de pago de la prestación reconocida en el fallo de primera instancia. Considera la Procuraduría equitativo el pago periódico, aunque solicita que se rebaje la cuantía señalada de cuarenta pesos, porque estima no estar acreditado claramente que la suma reconocida fuera la que la hija de la demandante pasaba a su madre mensualmente.

Ha hecho la Corte un análisis detenido de las razones que aduce la Procuraduría, y ha encontrado otras más, favorables al sistema de pago por medio de prestaciones sucesivas en forma de pensión periódica, cuando el daño que se indemniza es futuro y sucesivo. El pago anticipado de esas prestaciones por venir no se justifica, pues aquéllas se deben para ser satisfechas cada una en su oportunidad, si al momento de hacerse la entrega se reúnen las calidades y condiciones requeridas. Pero observa la Sala que el deber que tiene el juzgador de tomar las medidas que la prudencia indica para que sus decisiones se hagan efectivas en casos como estos, de obligaciones sucesivas, exige aplicar una norma severa, que dé a la parte beneficiada la seguridad completa de que su derecho no se haga irrisorio en el decurso del tiempo, por la habilidad maliciosa del obligado, o simplemente por su falencia económica extraña a una causa dolosa. Para alcanzar tal propósito de seguridad la Corte ha admitido y aplicado un procedimiento que se acerca bastante a la justicia estricta, y que consiste en pagar anticipadamente las futuras prestaciones pero descontando el interés que la suma entregada de una vez habría de producir en el tiempo a que se extenderían las entregas sucesivas, con el cual sistema se disminuye a la mitad, para el promedio de los casos, la cuantía de las indemnizaciones en relación con las que se hacían antes, cuando se entregaba por anticipado la suma de las futuras mensualidades o anualidades sin deducción alguna. Es de desearse que un nuevo avance de la jurisprudencia, basado en la expedición de algunas disposiciones por el legislador, que parecen necesarias para facilitar y asegurar el camino a la efectiva aplicación de las órdenes judiciales que impongan el pago de pensiones en casos como los que se contemplan, realice el natural deseo que sienten los Jueces de ajustar sus fallos en estas materias a los requerimientos de la justicia y la equidad, que indican como mejor el sistema del pago de pensiones periódicas para satisfacer obligaciones futuras y sucesivas. Entretanto, el deseo asimismo de evitar dificultades en la práctica, impone el mantenimiento de la doctrina jurisprudencial recientemente sentada por la Corte, de solucionar definitivamente estas obligaciones mediante la entrega por el obligado de una cantidad de dinero, que si se le supone depositada, produciendo intereses al 6% anual, sirva para que de ella se desprendan en su oportunidad las prestaciones futuras. Por estos motivos la Sala se abstiene de aceptar la forma de

pago de una pensión ordenada en el fallo del Tribunal a que se refiere el presente recurso, y habrá de cambiarla aplicando el otro sistema ya enunciado del pago anticipado, deduciéndose los intereses.

Y ha de decir la Sala que no encuentra bastantes a basar otro criterio respecto a las entidades públicas, las razones propuestas por el señor Procurador Delegado en lo Civil. El procedimiento que dé la necesaria seguridad ha de ser siempre el mismo, cualesquiera que sean las personas obligadas al pago de la prestación, sin distinguir entre las físicas y las morales, y en estas últimas, las de derecho privado de las de derecho público. Tratándose de obligaciones civiles, nacidas del contrato o de la ley, pero frente a las cuales la posición de los obligados es idéntica, porque iguales son las relaciones jurídicas que se contemplan y se producen, por los actos delictivos o culposos causantes de daño, no cabe hacer el distingo que se pretende con fundamento en la naturaleza de las personas a cuyo cargo corre la reparación. Todas ellas se hallan colocadas en un mismo plano ante el derecho y a todas ha de dárseles, por lo mismo, idéntica consideración.

Viniendo al asunto en sí mismo de la liquidación de perjuicios a que se refiere el incidente, sea lo primero expresar el parecer de la Corte acerca del reparo de la Procuraduría a la estimación en cuarenta pesos ($ 40.00) que hicieron los peritos de la cantidad con que la señorita Emelina atendía al sostenimiento de su madre. La estimación sobre el monto del perjuicio la basaron los peritos en las declaraciones que sirvieron a la Corte para deducir en la sentencia recaída en el juicio ordinario que estaba acreditada de un modo general la existencia del quebranto económico sufrido por el demandante, pues aquellos testigos dijeron constarles que Emelina ayudaba permanentemente a su madre suministrándole "el dinero necesario para su subsistencia" (folios 17 vuelto, 20 y 21, cuaderno de pruebas del actor, en la primera instancia). Esta prueba imperfecta del daño, en cuanto a su monto, fue completada en el presente incidente de liquidación, con los testimonios dados por Horacio Arango e Ignacio Sarmiento, quienes afirman, el primero, que la hija enviaba a su madre semanalmente entre diez y quince pesos, y el segundo, que la suma remitida oscilaba entre cinco y quince pesos semanales. En vista de esta afirmación uniforme, la Sala estima que sí se halla establecida en autos la base que para sus cómputos tomaron los peritos, al considerar y avaluar en cuarenta pesos ($ 40.00) la cantidad de dinero que mensualmente remitía la que fue víctima del siniestro a su madre. Por consiguiente, esta suma sirve de fundamento a las apreciaciones numéricas que en seguida hace la Sala para determinar el monto de la indemnización.

Los peritos designados ante el Tribunal, doctores Marco Naranjo López y Edilberto Arévalo Correal, hicieron primero una estimación del perjuicio en la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000.00), con esta observación principal:

"Se tiene así, entonces, justificado plenamente el monto que fijamos a esta indemnización, pues, en efecto, sólo un capital de ocho mil pesos ($ 8.000.00) colocado al interés corriente (el 6% anual según lo establecido y aceptado generalmente), puede producir a la demandante la renta de cuarenta pesos mensuales de que ha sido privada con la muerte de su hija. La suma que fijamos como monto de la indemnización de los perjuicios materiales causados a la demandante se debe desde la fecha de la muerte de la citada Emelina Fandiño Martínez, según lo dispone el artículo 1615 del Código Civil aplicable por analogía a estos casos de responsabilidad civil extracontractual."

Posteriormente los mismos peritos, al ampliar su dictamen, dijeron:

"Ha pedido usted que los peritos en el incidente de liquidación del juicio ordinario de Encarnación Martínez de Fandiño contra la Nación, aclaremos el dictamen rendido absolviendo las siguientes preguntas:

'a) Cuál es, a su juicio, el monto del capital que durante el tiempo de vida probable de Emelina Fandiño puede ser amortizado en cuotas mensuales de cuarenta pesos ($ 40.00) por una rata de interés anual del seis por ciento (6%);

'b) Cuál es ese capital para ser amortizado en las mismas condiciones de interés y de cuota durante el tiempo de vida probable de Encarnación Martínez de Fandiño.'

"Para dictaminar sobre los puntos anteriores los suscritos hacemos las consideraciones siguientes: 1ª Está probado en el juicio con la partida de bautismo correspondiente que Emelina Fandiño tenía el día del siniestro que le causó la muerte, la edad de veinticinco años, y de las declaraciones de testigos relativas a la edad de Encarnación Martínez de Fandiño hemos deducido que en la misma fecha dicha señora tenía aproximadamente cincuenta y siete años de

edad; 2ª Según las tablas de vida probable adoptadas por las Compañías de Seguros, una persona sana de veinticinco años de edad tiene una vida probable de treinta y cinco (35) años; y una persona de cincuenta y siete (57) años tiene una vida probable de catorce (14) años en números redondos; y, por consiguiente, estando acreditado que dichas personas disfrutaban de buena salud, tenemos que Emelina Fandiño, en la fecha mencionada, tenía una vida probable de treinta y cinco (35) años y que Encarnación Martínez de Fandiño, en la misma fecha, tenía una vida probable de catorce (14) años. Sobre estas bases, y asesorados por técnicos imparciales, hemos hecho la liquidación pedida por usted, tomando como fundamento las Tablas de Violeine. *(Calculs d'interêts composés annuels et d'amortissement)*, aplicando la siguiente fórmula:

$$V = \frac{a(r^n - 1)}{r^n - x} = \frac{a(1 - r^n)}{x}$$

"El procedimiento es así: se divide la anualidad y el pago anual por el número de la tabla tercera que corresponde al interés y al tiempo. Hecha la operación, el resultado es el siguiente: a) El monto del capital que, durante el tiempo de vida probable de Emelina Fandiño, puede ser amortizado en cuotas mensuales de cuarenta pesos ($ 40.00), con una rata de interés anual del seis por ciento, es la suma de siete mil pesos ($ 7.000,00); b) El monto del capital para ser amortizado en las mismas condiciones de interés y de cuota durante el tiempo de vida probable de Encarnación Martínez de Fandiño, es la suma de cuatro mil quinientos treinta y ocho pesos con setenta y cuatro centavos ($ 4.538.74). Dejamos así aclarado nuestro dictamen."

Según esta última estimación la cantidad que debe pagarse a la demandante es de $ 4.538.74. La Corte no tiene reparo alguno que hacer a esta liquidación, pues ella se ajusta al criterio establecido por la Sala en varias sentencias recientemente dictadas, la primera de ellas inserta en el tomo LV de la *Gaceta Judicial*, a las páginas 413/20. Sin embargo, observa que como ya van corridas varias anualidades desde el día del siniestro aéreo, en 1938, en el que pereció Emelina Fandiño, hasta hoy, no habría razón para no entregar a la actora esas anualidades ya causadas, sin hacer respecto a ellas deducción de intereses, simplemente sumando las mensualidades transcurridas; y que ha de aplicarse al resto de la vida probable de doña Encarnación el sistema de cómputo admitido para los pagos de prestaciones sucesivas no causadas aún. Por esta sola consideración, la Corte, respetando la estimación pericial que fija en cuarenta pesos cada mensualidad de las que tiene derecho a recibir la demandante, aplica directamente la tabla de cómputos que para estos casos ha venido empleando, publicada en el tomo LV de la *Gaceta Judicial*, página 119, en relación con las futuras prestaciones, y suma las ya causadas, sin deducción alguna. Como las tablas están hechas para cómputos de anualidades, a fin de simplificar los cálculos considera la Corte que los saldos de meses o de días que no alcancen a un año, deben liquidarse sumando tan sólo las mensualidades o lo que corresponda a los días, sin hacer la deducción de intereses. Así, se tiene lo siguiente, en el presente caso:

Seis (6) años menos dos (2) meses, en números redondos, corridos desde el 24 de julio de 1938 hasta hoy, dan setenta (70) meses, o sea setenta mensualidades, que a cuarenta pesos ($ 40.00) cada una dan a su vez la cifra de dos mil ochocientos pesos ..... $ 2.800.00

Queda para cómputo futuro un tiempo de catorce (14) años, vida probable de doña Encarnación según los peritos, menos cinco (5) años y diez (10) meses, o sea ocho (8) años y dos (2) meses, en números redondos. Aplicando la tabla resulta que para pagar en ocho años $ 1.00 anual ha de entregarse $ 6-202, y para $ 40.00 será la resultante de multiplicar estas dos últimas cifras, es decir, dos mil cuatrocientos ochenta pesos, ochenta centavos ($ 2.480,80), a lo cual se agregan ochenta pesos ($ 80.00) más, valor de dos mensualidades, lo que da la cantidad de dos mil quinientos sesenta pesos ochenta centavos ($ 2.560,80), monto de la suma de dinero que debe entregarse por concepto de mensualidades futuras 2.560.80

Sumando las dos partidas se obtiene un total de cinco mil trescientos sesenta pesos, ochenta centavos ($ 5.360,80), monto total de la indemnización .... $ 5.360.80

Perjuicios morales.

No hay lugar a regulación de perjuicios morales objetivados, por no haberse demostrado en el juicio su existencia. Los que se señalan como tales en la estimación hecha por el apoderado de la actora no tienen tal carácter.

En cuanto a los perjuicios morales subjetivos, la declaración que al respecto contiene el segundo punto de la parte resolutiva de la providencia apelada no ha de confirmarse, porque se observa que tal pronunciamiento era superfluo, por haberse hecho ya, en el fallo que puso fin al juicio ordinario, la condena correspondiente.

* * *

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto del Tribunal Superior de Bogotá objeto del presente recurso, y en su lugar dispone que la Nación pague a Encarnación Martínez v. de Fandiño, como perjuicios materiales, la cantidad de cinco mil trescientos sesenta pesos, ochenta centavos ($ 5.360.80) moneda legal. No hay lugar a liquidar perjuicios morales objetivados. Tampoco los subjetivos, que fueron fijados desde la sentencia.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

PENSION

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

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Ramón P. Paba solicitó ante el Tribunal del Distrito Judicial de Pamplona que de conformidad con las disposiciones de la Ley 22 de 1942, sobre prestaciones a los funcionarios del Organo Judicial, se le decrete y reconozca una pensión mensual de ciento diez pesos ($ 110.00), suma equivalente al sueldo que devenga como Secretario del Juzgado Segundo del Circuito Penal de Ocaña.

El Tribunal, en providencia de 28 de enero del presente año, resolvió decretar a favor del demandante la pensión solicitada desde el día 14 de septiembre de 1943. Esta providencia fue apelada por el Fiscal, por lo cual el asunto llegó a la Corte en donde se ha tramitado legalmente y se procede a decidir el recurso.

* * *

Los fundamentos de la demanda de Paba son los siguientes: desempeñó el cargo de Secretario del Juzgado del Circuito de Ocaña, desde el 5 de noviembre de 1935 hasta el 30 de julio de 1937; fue Secretario del Juzgado Segundo Penal del mismo Circuito desde el 1º de julio de 1937 hasta el 16 de agosto de 1942, fecha en que se separó, en uso de licencia concedida por enfermedad, por el término de tres meses, y fue prorrogada por razones de la misma índole por igual tiempo; cuando fue nombrado Secretario de las dependencias citadas gozaba de completa salud y plena capacidad física para el cumplimiento de sus labores, y no era presumible la aparición de una enfermedad próxima que le produjera incapacidad; durante el ejercicio de sus funciones sufrió una enfermedad o lesión que lo incapacitó en forma absoluta para el desempeño de su cargo.

Los hechos anteriores fueron acreditados en la siguiente forma:

El desempeño del cargo de Secretario del Juzgado Segundo del Circuito de Ocaña y la licencia de que gozaba cuando entró a regir la Ley 22 de 1942, con las copias del decreto de nombramiento, de la diligencia de posesión, el certificado sobre ejercicio del cargo y copias de los decretos que le conceden licencia para separarse de él por motivo de enfermedad, documentos visibles a los folios 3 vuelto a 5 vuelto, y 9 vuelto a 10 (cuaderno número 1).

La carencia de rentas y medios para su congrua subsistencia, con un certificado expedido por el Recaudador de Hacienda de Ocaña, y con las declaraciones de los señores José del Carmen J. Núñez, Francisco A. Duque H. y Justiniano J. Páez, quienes afirman que el demandante "es padre legítimo de numerosa familia, compuesta de su esposa y de ocho hijos menores de edad; que es pobre y que por consiguiente, no tiene medios ni renta alguna para congrua subsistencia de su familia y de su esposa". Estas declaraciones pueden verse a los folios 6, 8, 9 y 10 del cuaderno número 1.

La capacidad física con que el demandante entró a ejercer los cargos anteriores está acreditada con los testimonios de sus compañeros de oficina Antonio L. García, Argenida Sánchez F. y Luis E. Páez Curvel, quienes declaran que Paba gozaba de completa capacidad física, mental e intelectual cuando principió a trabajar en el Organo Judicial.

La lesión sufrida que lo incapacita para trabajar aparece demostrada en autos con los certificados de los médicos doctores Juan Gregorio Gómez Quintero y Emiro Vega expedidos el 28 de enero de 1943; con el decreto del Juez que le concede licencia por motivo de enfermedad, y con el dictamen rendido por el médico de la Comisión dependiente de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, dictamen que fue motivado a virtud de providencia dictada por el Tribunal de Pamplona. Los doctores Gómez y Vega conceptuaron que el señor Paba está incapacitado en absoluto para el trabajo intelectual, sin esperanza de restablecimiento.

Que Ramón P. Paba ha observado buena conducta se acredita con las declaraciones de los señores José del Carmen Jácome N. y Francisco

A. Duque H. y Justiniano J. Páez, quienes afirman conocer desde hace más de cincuenta años al peticionario como hombre que ha tenido conducta intachable. La honorabilidad de los deponentes exigida por el artículo 4º del Decreto 2480 de 1942, está certificada por el funcionario que recibió las declaraciones.

Un certificado del señor Recaudador de Hacienda Nacional de Ocaña demuestra que el último sueldo devengado por el actor fue de ciento diez pesos ($ 110.00).

En concepto de la Sala se hallan suficientemente acreditados los hechos exigidos por la Ley 22 de 1942 para tener derecho a la pensión vitalicia de que trata el artículo 5º de la misma Ley, por lo cual debe confirmarse la sentencia apelada.

El señor Procurador Delegado en lo Civil se halla en completo acuerdo con la Corte.

* * *

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 apelada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Acción de responsabilidad civil para pago de perjuicios materiales y morales por un siniestro de aviación

1. Según el artículo 2341 del Código Civil la culpa es elemento esencial de la reparación por daño a terceros.

2. Está ya suficientemente definido por la doctrina que el Estado, al igual de las personas naturales, y de las demás personas morales con personería jurídica, responde tanto de sus propias culpas, como de las cometidas por sus agentes o empleados con ocasión de la prestación de los servicios públicos.

3. En un accidente causado por vehículos automotores, manejados por agentes o empleados del respectivo dueño, el accidente puede originarse en culpa personal de éste, o en culpa del agente, según que la causa provenga de hechos u omisiones del dueño, o hechos u omisiones del agente. En este segundo evento la doctrina apoyada en la ley también hace recaer la responsabilidad sobre el dueño —sin que por ello desaparezca la del empleado—, a virtud de una presunción de culpa deducida contra él por falta de vigilancia y mala elección. Tanto la Sala de Negocios Generales, como la de Casación, en fallos aún recientes, han llegado a conclusiones precisas sobre el particular.

4. El actor, en las acciones por culpa delictual y cuasi-delictual, está generalmente obligado a dar la prueba de la culpa. Pero tal regla tiene a veces sus excepciones cuando las circunstancias en que se ha realizado el hecho de donde se deduce la responsabilidad, revelan la existencia de una culpa. Son los hechos culposos de que habla Josserand, en donde él, y con él la doctrina francesa, ven la existencia de culpas virtuales, cuya prueba directa y específica no se le exige al demandante. Las ideas de los hermanos Mazeaud y de Josserand, a las cuales se ha referido la Corte, son de pleno recibo en el derecho colombiano. Entre nosotros como en Francia, la culpa es el fundamento de toda responsabilidad; la responsabilidad objetiva es de excepción y sólo tiene realidad cuando la ley la autoriza. Sin abandonar el concepto de culpa, sobre el que nuestro Código también edifica toda la teoría de las obligaciones extracontrato, y antes bien, apoyándose firmemente en él, no es difícil sostener la doctrina de los hechos por sí mismos culposos. Con ella apenas se cambia el juego de la prueba de la existencia de la culpa, en favor del demandante, y para libertarlo de una obligación generalmente casi imposible de cumplir, de mantener en aquellos casos rígidamente el principio actori incumbit probatio. Todo depende de la manera como se haya realizado el daño. Como cuando la víctima ha sido completamente ajena a la ejecución del hecho, consumado a virtud de actividades de manifiesta índole peligrosa en relación con terceros. El manejo de un avión, de un automóvil, etc., requiere extremado cuidado y diligencia, o de lo contrario seguramente se ocasiona una catástrofe. ¿Cómo exigirle al transeúnte o al pasajero desprevenido, víctima del accidente, que acredite cuál fue el detalle culposo preciso que ocasionó la caída del avión o produjo el choque automoviliario? En tales casos el origen de la culpa lo conocerá mejor el autor del hecho. Luego es él quien debe arrostrar la carga de la prueba de su inculpabilidad, respecto de un hecho que aparentemente ha violado las reglas de la solidaridad social y la obligación de darles seguridad a terceros en la ejecución de actos que conllevan manifiesto peligro.

En sentencia renombrada de la Sala de Casación Civil de fecha 14 de marzo de 1938 se sostuvo que el artículo 2356 del Código Civil establece un principio diferente del contenido en el artículo 2341, en cuya virtud el manejo de cosas peligrosas, como los automóviles, acarrea una presunción de responsabilidad a cargo de quien causa el daño. Aunque tanto la sentencia de casación citada como el expositor Alessandri emplean la expresión "presunción de responsabilidad", tomada de la doctrina francesa, Ripert, Esmein, Libman y otros tratadistas franceses critican, como antitécnica e injurídica, esa expresión, empleada por las Cámaras o Salas de la Corte de Justicia de Francia, reunidas en la famosa sentencia de 13 de febrero de 1930, en que aceptaron la teoría acerca de la responsabilidad del guar-

dián de una cosa inanimada, deducida de la última frase del artículo 1384 del Código Civil francés. Dicen ellos que la ley nunca presume la responsabilidad; la establece; y que lo que se puede presumir es la culpa, es decir, la situación determinada que surge de un hecho conocido. En cambio, Josserand, paladín de la doctrina del riesgo creado, defiende con ardor, siguiéndolo en ello otros autores, la fórmula de presunción de responsabilidad, por ver en ella la consagración de la teoría de la responsabilidad objetiva. Entre nosotros el profesor Antonio Rocha tampoco encuentra aceptable la expresión presunción de responsabilidad.

5. El artículo 2356 de nuestro Código Civil establece una presunción de culpabilidad a cargo del autor del daño originado en el manejo de elementos peligrosos. Nótese la diferencia fundamental que existe entre el artículo 2356 de nuestro Código Civil, y el artículo 1384 del Código Civil francés, en que la doctrina francesa apoya la creación jurisprudencial de la responsabilidad del guardián por el hecho de las cosas inanimadas: "Se es responsable no solamente del daño causado por el hecho propio, sino también del proveniente del hecho.... o de las cosas que uno tiene a su cuidado." De consiguiente, si en Francia es dudoso que se pueda hablar con propiedad, de presunción de responsabilidad, no obstante la redacción de la disposición correspondiente, que empieza diciendo: "Se es responsable...., etc.", en Colombia la cuestión se presenta con más claridad, porque el artículo 2356 expresamente subordina la responsabilidad a la existencia de una culpa. Pero en cambio el artículo 2356 suministra base firme, como ya lo observó la Sala de Casación de la Corte en la sentencia citada de 1938, para ver en esa disposición consagrada de modo expreso una presunción que opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad. La falta de diligencia o cuidado en el obrar, que es la culpa, en tratándose de cosas peligrosas adquiere mayor extensión y contenido. Es diferente la acción que ejerce el hombre sobre cosas inofensivas, y la que desarrolla sobre elementos virtualmente peligrosos. El cuidado en los segundos es mucho más exigente, presupone la plenitud de la atención. ¿Por qué? Porque el descuido o la falta de vigilancia insignificantes, o el detalle menos notorio, podrán producir la catástrofe. Ello coloca al autor del daño en circunstancias de que tenga que acreditar, para destruír la presunción de culpa, un motivo o causa satisfactoria y suficiente de exoneración, que no deja duda de la previsión con que se procedió. Y las únicas causas que en casos tales dejan satisfecha la conciencia del juzgador son acontecimientos constitutivos de hechos positivos de relievada gravedad, que por sí mismos están indicando la ausencia de toda culpa, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención de agente extraño o de la propia víctima.

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Elementos del proceso que no fueron materia de controversia entre las partes, dan cuenta que el día 28 de julio de 1935, en las horas de la mañana, arrancó de la base aérea de Palanquero, en el río Magdalena, el avión militar Junkers W-34 número 406, de propiedad del Gobierno Nacional, piloteado por el Teniente de Aviación Germán Olano, y conduciendo además al doctor Juan Bautista González, empleado oficial en su carácter de Administrador e Interventor de la mencionada base aérea, y a tres mecánicos de aviación. Todo ese personal viajaba en misión oficial ordenada por el señor Ministro de Guerra, con el fin de adelantar los estudios para el establecimiento de una base aérea en las regiones del Sur, en el sitio de Tres Esquinas. La nave tomó el rumbo que le correspondía, volando poco tiempo después por sobre la población de El Retiro, en el Departamento del Huila, distante unos 40 kilómetros de la ciudad de Neiva. Según los testimonios recogidos por la comisión investigadora del siniestro, designada por el Gobierno, cuyo informe aparece a los folios 7 a 11 del cuaderno número 1. "el avión pasó a una gran altura sobre la población de El Retiro en dirección al Sur, minutos después regresó con dirección opuesta, y nuevamente unos diez minutos después volvió sobre El Reitro, donde efectuó dos virajes amplios; en este momento el avión descendió rápidamente girando sobre sí mismo hasta perderse detrás de los cerros. Viendo que el avión no volvía a ascender, toda la gente que había presenciado estos movimientos (que fue mucha por razón de que ese día se celebra-

ba el mercado público en el pueblo), se dirigió a toda prisa al lugar en donde se suponía que había caído, llegando los primeros unos 25 minutos más tarde al sitio donde cayó el avión". La máquina quedó totalmente destrozada, dividida en dos partes. Y todos los tripulantes se encontraban muertos. Según el acta del levantamiento de los cadáveres, diligencia efectuada por el Alcalde de El Retiro, éstos quedaron en los siguientes sitios: el cuerpo del Teniente Olano estaba atravesado en el lugar donde fue el piso de la cabina; el cuerpo del doctor González quedó un metro adelante; y los cuerpos de los tres mecánicos Jiménez, Prieto y Palma, fueron hallados contra la cabina del avión.

Los médicos que practicaron en Neiva la autopsia del cadáver del Teniente Germán Olano dicen que murió a consecuencia de fracturas múltiples del cráneo y de los miembros superiores e inferiores; y que le encontraron una dilatación regular aórtica, fenómenos de apendicitis crónica y adherencias que indicaban haber sufrido ataques anteriores.

Y en la diligencia de autopsia del cadáver del doctor Juan B. González se lee que éste "murió a consecuencia de múltiples fracturas del cráneo y fracturas conminutivas de los miembros inferiores; además encontraron la región torácica izquierda con numerosas fracturas de costillas las que perforaron el ventrículo izquierdo del corazón".

Los técnicos de aviación nombrados por el Gobierno para investigar las causas del accidente sacan la conclusión de que el accidente se produjo sin ningún control del piloto. Dicen:

"A fin de explicar un poco mejor el concepto que damos como conclusión de este informe, anotamos a continuación otras consideraciones: El doctor Juan B. González tenía una ligera idea del manejo de un avión, por haber tenido ocasión de volar en máquinas livianas en muchas oportunidades con los pilotos de Palanquero y unas dos veces en máquinas pesadas, consideramos que, llevando un piloto junto, el doctor González a pesar de ser en extremo nervioso para el vuelo hubiera podido conservar una máquina por algún tiempo volando normalmente en sentido horizontal. Ninguno de los mecánicos que iban en el avión tenía la más pequeña idea de su manejo en vuelo, fuera de lo concerniente a su oficio de mecánico. La competencia como piloto del señor Olano, lo hacía absolutamente capaz para volar correctamente este tipo de máquina; la ruta para él era conocida, lo cual se confirma ampliamente al considerar que El Retiro es uno de los puntos exactos por donde pasa la ruta directa de Palanquero a Altamira. La altura a que se encontraba el avión en el momento de iniciarse el accidente era más que suficiente para haber acuatizado con toda seguridad en el río Magdalena y si consideramos que su altura era relativamente baja, hubiera alcanzado sin duda a efectuar un descenso en el valle del Magdalena tomando en él tierra, lo cual hubiera ocasionado un accidente de proporciones muy inferiores al que acaeció. En todo caso consideramos muy difícil que un piloto, aun estando rotos todos los comandos, en este tipo de máquinas deje producir un choque en la forma como se sucedió el que tratamos. 10. Acompañamos una serie de fotografías que tomamos en el lugar del accidente, el mismo día unas y al día siguiente otras. 11. En atención a todas las consideraciones expuestas en los nueve primeros puntos anteriores nuestra opinión es: *Que el accidente se efectuó sin ningún control del piloto.* Si tenemos en cuenta el relato unánime de las personas que vieron el vuelo del avión y la posición en que se encontraron los cadáveres, podemos opinar que desde el primer regreso del avión, éste ya no iba piloteado por el Teniente Olano, en cuyo caso era el doctor González, quien lo manejaba desde este momento hasta su choque con la tierra. Es posible que el doctor González, desorientado y en extremo nervioso no procurara sino sostener el avión hirizontalmente efectuando los movimientos que el relato anterior nos demuestra; por alguna circunstancia que no podemos calcular el avión inició sobre El Retiro un viraje suave, el cual fue por falta de control o mal empleo de los comandos, cerrándose cada vez más, hasta que el avión en una posición vertical respecto a su eje horizontal y por falta de velocidad entró en barrena. En varias ocasiones el doctor González había oído decir a los pilotos que cuando un avión no salía de barrena normalmente, podía ayudársele a recuperar su posición horizontal con golpes de motor y de ahí que en el descenso se sintiera acelerar varias veces éste. Por la posición del avión, por los daños causados en éste y por el punto donde cayó respecto a la conformación del terreno es casi seguro que el avión descendió en una barrena a la derecha o al menos en una espiral vertical descendente. Como dijimos anteriormente es nuestro concepto que un avión en cualesquiera de las circunstancias en que se hubiese encontrado éste y con un piloto de la preparación y experiencia del Teniente Olano, en circunstancias similares, bajo su control, hubiera ocasionado un accidente de proporciones muy inferiores y de muy distinta índole al que estudiamos en este informe."

La muerte del doctor Juan B. González, que era un ingeniero de alta reputación, que le había prestado servicios al país en empleos de gran responsabilidad, y quien al morir contaba con 37 años de edad, y permanecía soltero, originó

que su madre la señora Ana Dolores Rojas v. de González, demandara por medio de apoderado a la Nación para que en juicio ordinario se la condene como responsable del siniestro de aviación en que murió su hijo, y en consecuencia a pagarle a la demandante los perjuicios materiales y morales que esa muerte le ha causado.

La demanda fue presentada ante el Tribunal Superior de Bogotá, entidad que la sustanció en primera instancia con el lleno de las ritualidades de rigor y con audiencia del representante de la Nación, el respectivo Agente Fiscal. Después del trámite de las pruebas y de los traslados para alegar, previa citación para sentencia, el Tribunal pronunció ésta condenando a la Nación. Dicen así los cuatro numerales de la parte resolutiva:

"1º La Nación es responsable civilmente de los daños materiales y morales causados a la señora Ana Dolores Rojas v. de González por la muerte violenta de su hijo el doctor Juan B. González, producida en el accidente de aviación del avión militar Junkers W. número 406 piloteado por el Teniente Germán Olano M. ocurrida el 28 de julio de 1935, en las horas de la mañana, en el sitio de Puerta Chiquita, en jurisdicción de El Retiro, hoy Teruel, Departamento del Huila.

"2º Condénase a la Nación a pagar a la señora Ana Dolores Rojas v. de González, en razón de perjuicios morales no objetivados, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal.

"3º Absuélvese a la Nación del pago de perjuicios morales objetivados por cuanto no se acreditó que se hayan causado; y

"4º Condénase a la Nación a pagar, después de la ejecutoria de esta sentencia, a la señora Ana Dolores Rojas v. de González los perjuicios materiales de lucro cesante, sufridos por ella o de que haya sido privada a causa de la muerte de su hijo el doctor Juan B. González. El monto de ellos se fijará por el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial y sobre las bases señaladas en la exposición motiva que antecede."

Por recurso de apelación de la parte demandada, corresponde a la Corte decidir el negocio en segunda instancia, a lo cual procede por haberse agotado.

CAPITULO I

Personería de la parte actora.

Contrariamente a lo que el señor Procurador advierte al respecto, en el expediente se acreditó desde la presentación de la demanda, el derecho de la demandante a estar en causa. En efecto:

Con la demanda acompañóse copia de las siguientes partidas de estado civil, de origen eclesiástico: matrimonio de Juan Bautista González con Ana Dolores Rojas el 13 de febrero de 1896; bautizo de Juan Bautista Antonio González, hijo legítimo del matrimonio anterior, nacido el 12 de mayo de 1898; defunción de Juan Bautista González, marido de Ana Dolores Rojas, ocurrida en la ciudad del Socorro el 9 de octubre del año de 1915; y por último, el acta de defunción del ingeniero doctor González, muerto en el accidente de aviación, expedida por el párroco que en Bogotá celebró sus exequias.

Está, pues, plenamente acreditado que la demandante es la madre del doctor Juan Bautista González, muerto en el accidente de aviación en que también pereció el Teniente Germán Olano; y que la misma es viuda del padre del citado doctor.

CAPITULO II

La responsabilidad del Estado.

Establecida la muerte del doctor Juan Bautista González, en el siniestro de aviación relacionado, es decir, el daño causado, y establecida también la personería de la demandante para cobrar ese daño, queda por averiguar la responsabilidad del Estado en ese hecho dañoso, y hasta dónde gravita sobre él la obligación demandada de repararlo.

La ley colombiana dispone que todo aquel que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización.

Según esa misma Ley, que es el artículo 2341 del Código Civil, la culpa es elemento esencial de la reparación por daño a terceros.

En el presente caso, como se ha dicho, existe un daño palpable, el causado por la muerte del ingeniero González en un avión de propiedad del Estado, conducido por un miembro de las fuerzas aéreas nacionales. De consiguiente, si al Estado se le puede hacer la imputación de culpa en el acaecimiento del accidente, el reconocimiento de la obligación de reparar se impone como consecuencia necesaria de esa culpa.

Está ya suficientemente definido por la doctrina. que el Estado, al igual de las personas naturales, y de las demás personas morales con personería jurídica, responde tanto de sus propias culpas, como de las cometidas por sus agentes o empleados con ocasión de la prestación de los servicios públicos.

En un accidente causado por vehículos automotores, manejados por agentes o empleados del respectivo dueño, el accidente puede originarse en culpa personal de éste, o en culpa del agente, según que la causa provenga de hechos u omisiones del dueño, o hechos u omisiones del agente. En este segundo evento la doctrina apoyada en la ley también hace recaer la respon-

sabilidad sobre el dueño —sin que por ello desaparezca la del empleado—, a virtud de una presunción de culpa deducida contra él por falta de vigilancia y mala elección. Tanto esta Sala de Negocios Generales, como la de Casación, en fallos aún recientes, han llegado a conclusiones precisas sobre el particular.

En el caso de la muerte del ingeniero González la causa del accidente permanece desconocida. Es un misterio, el hecho cierto que originara la tragedia. ¿Por qué razón o causa próxima o remota, el avión comandado por Germán Olano, y que arrancó de la base de Palanquero, continuando el vuelo normalmente, al llegar horas después sobre la población de El Reitro, en el Departamento del Huila, luégo de evolucionar sobre el pueblo, a la vista de numeroso público, se cae, estrellándose no lejos de dicho pueblo? El interrogante no puede contestarse con afirmaciones indudables.

Pudo ser, como lo insinúa la comisión investigadora del accidente, compuesta por los aviadores Haley y Zerda, que la caída del avión se produjera en momentos en que el Teniente Olano no tenía su control, por ser inexplicable, según ellos, que un aviador de su experiencia, en caso de daño de la máquina, no hubiera buscado un acuatizaje en el río Magdalena, que lo tenía cerca.

Y pudo ser también, como lo insinúa el demandante, basado en el concepto de varios facultativos, que la ausencia de Olano en el timón de la máquina, se debiera a que por un vértigo o por una angina de pecho, causados por la dilatación aórtica de que él adolecía desde años atrás, cuya existencia anotaron los médicos que hicieron la autopsia del cadáver, Olano quedara físicamente imposibilitado para seguir dirigiendo la nave, por lo cual, y como no llevara copiloto, que lo reemplazara, atenido a los pocos conocimientos aeronáuticos que poseía el doctor González, el avión quedara sin gobierno, viniéndose así a tierra.

La Sala no puede partir de estas suposiciones, para basar en ellas sus deducciones. Son hipótesis probables; los mismos que las plantean las dan apenas como posibles; pero no van hasta afirmarlas con caracteres de seguridad y certidumbre.

Quiere decir entonces, contra lo que sostiene el Tribunal en la sentencia apelada, que son desconocidas las causas próximas y remotas, del accidente de aviación de El Retiro.

* * *

Pero ¿será esta razón para absolver al demandado? No lo estima así la Sala.

Es cierto que en materia de responsabilidad civil. extracontractual, como en los demás campos de controversia judicial, domina el principio de que *actor incumbit probatio.* Lo que significa que el actor debe suministrar la prueba de la obligación que le atribuye al demandado. De consiguiente el actor en las acciones de responsabilidad por culpa delictual y cuasi-delictual está generalmente obligado a dar la prueba de la culpa.

Pero tal regla general tiene a veces sus excepciones, cuando las circunstancias en que se ha realizado el hecho de donde se deduce la responsabilidad, revelan la existencia de una culpa. Son los *hechos culposos* de que habla Josserand, en donde él, y con él la doctrina francesa, ven la existencia de culpas *virtuales,* cuya prueba directa y específica no se le exige al demandante.

"Existen presunciones de hombre que se dejan al criterio del Juez, dice Josserand. Existen en efecto hechos que llevan en sí mismos la prueba de su origen, que están por así decirlo signados. Por su naturaleza misma excluyen la culpa, la intervención, la negligencia de la víctima. Basta citar a título de ejemplo los descarrilamientos y choques de trenes. El viajero sorprendido en una catástrofe no ha desempeñado más que un papel pasivo. Sería insensato exigirle pruebas de la culpa de la compañía; el hecho dañoso lleva en sí mismo encarnada la culpa. El empresario se presume entonces en falta, salvo el derecho que le asiste de comprobar el caso de fuerza mayor. La carga de la prueba se vuelve de modo completo contra él."

Y el mismo autor en su obra de *Derecho Civil Positivo Francés,* tomo 2º, número 472—4º, expone:

"En cuanto a la prueba de la culpa, la doctrina se ha esforzado por venir en socorro de la víctima, por procedimientos variados y eficaces. Así en ausencia de presunciones legales el Juez debe inspirarse en presunciones simples, o de hombre, de las cuales es apreciador y dispensador soberano. Debe tener en cuenta que ciertos acontecimientos llevan en sí mismos la marca de su origen culposo, que existen así *hechos culposos,* como en materia de locomoción, el descarrilamiento de un tren, o una colisión de vehículos. Tales accidentes son necesariamente imputables al conductor, de manera que la víctima administra suficientemente la prueba de la culpa, estableciendo que ella fue herida en un accidente de ese género."

Los hermanos Mazeaud defienden la misma idea. En el tomo 2º de su conocida obra sobre responsabilidad civil, en los números 1686 y 1687, dicen:

"La situación adquirida del demandado es en efecto la ausencia de culpa. Empero, las cir-

cunstancias particulares de la causa pueden invertir los papeles de las partes. Sucede así cuando de esas circunstancias aparece el demandado en culpa. Corresponderá entonces a éste establecer la ausencia de culpa. Importa observar el gran poder que corresponde al Juez en este particular, quien estando facultado para decidir que las circunstancias de hecho hacen presumir la existencia de una culpa, fundan de esa manera la decisión sobre presunciones de hombre. Los Tribunales son invitados de esta suerte a crear en el dominio de la responsabilidad civil lo que M. Josserand llama 'las culpas virtuales cuya prueba directa y especial no es posible exigir del demandado'. Así en la época en que la responsabilidad del transportador se consideraba como de carácter delictual y ninguna presunción legal pesaba sobre el conductor, la jurisprudencia ya veía en el descarrilamiento de un tren una circunstancia que hacía presumir la culpa del transportador."

Estas sabias ideas, que marcan un acentuado avance en la materia de la responsabilidad civil delictual y cuasi-delictual, son de pleno recibo en el derecho colombiano. Entre nosotros como en Francia, la culpa es el fundamento de toda responsabilidad; la responsabilidad objetiva es de excepción y sólo tiene realidad cuando la ley la autoriza. Sin abandonar el concepto de culpa, sobre que nuestro Código también edifica toda la teoría de las obligaciones extracontrato, y antes bien, apoyándose firmemente en él, no es difícil sostener la doctrina de los hechos por sí mismos culposos. Con ella apenas se cambia el juego de la prueba de la existencia de la culpa, en favor del demandante, y para libertarlo de una obligación generalmente casi imposible de cumplir, de mantener en aquellos casos rígidamente el principio *actor incumbit probatio*. Todo depende de la manera como se haya realizado el daño. Como cuando la víctima ha sido completamente ajena a la ejecución del hecho, consumado a virtud de actividades de manifiesta índole peligrosa en relación con terceros. El manejo de un avión, de un automóvil, etc., requiere extremado cuidado y diligencia, o de lo contrario seguramente se ocasiona una catástrofe. ¿Cómo exigirle al transeúnte o al pasajero desprevenido, víctima del accidente, que acredite cuál fue el detalle culposo preciso que ocasionó la caída del avión o produjo el choque automoviliario? En tales casos el origen de la culpa lo conocerá mejor el autor del hecho. Luego es él quien debe arrostrar la carga de la prueba de su inculpabilidad, respecto de un hecho que aparentemente ha violado las reglas de la solidaridad social y la obligación de darle seguridad a terceros en la ejecución de actos que conllevan manifiesto peligro.

* * *

La Sala de Casación Civil de esta Corte en renombrada sentencia del 14 de marzo de 1938 —*Gaceta Judicial*, tomo 46, página 216—, refiriéndose al artículo 2356 del Código Civil sostiene que establece un principio diferente del contenido en el artículo 2341, en cuya virtud el manejo de cosas peligrosas, como los automóviles, acarrea una presunción de responsabilidad a cargo de quien causa el daño.

"Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado artículo 2356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba, *onus probandi*, no es del damnificado sino del que causó el daño, con sólo poder éste imputarse a su malicia o negligencia.

"No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca crearse la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, a tiempo que la manera general de producirse los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los necesarios elementos de prueba. La máquina, en el estado actual de la civilización, es algo que sencillamente supera al hombre, lo que vale como decir que él debe estar prevenido a este respecto, entre otros fines con el de no perder el control indispensable sobre ella. Por él comienza la peligrosidad, quien la usa y maneja es el primer candidato como víctima."

El expositor chileno don Arturo Alessandri Rodríguez coincide en la teoría de la Corte colombiana; dice al respecto, comentando el artículo 2329 en relación con el artículo 2314, ambos del Código Civil chileno, iguales a los artículos 2341 y 2356 del Código Civil colombiano:

"1273 d. El artículo 2329 no es una simple repetición o confirmación del artículo 2314. Según la interpretación tradicional, el primer inciso del artículo 2329, que acabamos de reproducir, sólo sería una repetición o confirmación del artículo 2314, que expresa: 'El que ha cometido un delito o cuasi-delito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización.' A juicio del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, el artículo 2329 no importa una repetición o confirmación del artículo 2314. El artículo 2329 establece, en concepto del señor Alessandri, una presunción de responsabilidad,

cuando el daño deriva de hechos que, por su naturaleza o las circunstancias en que ocurren, permiten atribuirlo a dolo o culpa de otra persona; en otros términos, el artículo 2329 se refiere a hechos que por sí mismos revelan el dolo o la culpa.'

"Ejemplo típico de esta clase de hechos es el choque de trenes que, según una disposición de la propia Ley de Ferrocarriles, no se justifica por motivo alguno.

"En casos como éste, el simple sentido común nos dice que la víctima no tiene por qué probar la culpa del autor del daño.

"El señor Alessandri da las siguientes razones para justificar el alcance que atribuye al artículo 2329:

"1) La colocación del precepto y la frase 'por regla general' con que comienza el artículo. El legislador, después de enumerar uno a uno los casos en que se presume la responsabilidad, escribe el artículo 2329, y dice: 'Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.' Las expresiones 'por regla general', cuando se usan después de enumerar casos equivalen a decir 'en igualdad de circunstancias', 'sucediendo esto mismo', 'en todos los demás casos análogos'.

"Ahora bien: juntando la idea de la colocación del artículo con la del significado que se da a las expresiones 'por regla general', es como si el Código hubiera dicho: Se presume la responsabilidad en estos casos, los enumerados en los artículos 2320 a 2328, y, en general, agregaría el artículo 2329, cuando hay un hecho que permita atribuir el daño a dolo o culpa de otra persona.

"2) La redacción del artículo. En los demás casos el Código Civil habla siempre del daño causado, 'ocasionado', 'del delito o cuasi-delito cometido'. En todas las disposiciones exterioriza la idea de que es menester dar por establecido el dolo o la culpa para ordenar la reparación. Aquí en el artículo 2329 no dice 'todo daño ocasionado por dolo o culpa', el legislador dice 'todo daño que *pueda*'. La expresión subjetiva *pueda* quiere decir 'que sea susceptible'. En idéntica forma habría quedado expresada la idea si hubiera dicho 'todo daño que sea posible o susceptible de imputarse a dolo o culpa de otra persona'.

"Cuando el legislador dice 'todo daño que pueda imputarse', no afirma que proviene de dolo o culpa, puesto que emplea la expresión dubitativa. En cierto modo, el legislador no supone que necesariamente hubo dolo o culpa, pártе de la base que pueda deberse a culpa o dolo o nó; y dice: existiendo la probabilidad, yo obligo a indemnizar en todos esos hechos que sean susceptibles de culpa o dolo; porque es lo que ocurre generalmente en hechos de esa naturaleza y mientras no se pruebe la irresponsabilidad de su autor, yo obligo a la indemnización. Por eso, el legislador dice 'por regla general todo daño que pueda imputarse a dolo o culpa', 'todo daño que sea susceptible, dentro de la razón natural, de dolo o culpa', 'todo daño que, a *prima facie*, pueda deberse a dolo o culpa', mientras tanto no se pruebe la irresponsabilidad, mientras la suposición del legislador no sea eficazmente desvirtuada, debe ser reparado por el presunto autor doloso o culpable." (*Curso de Derecho Civil*, tomo IV, páginas 886-887).

Obsérvese que tanto la sentencia de casación como el expositor Alessandri emplean la expresión "presunción de responsabilidad", tomada de la doctrina francesa.

Ripert, Esmein, Libmann y otros tratadistas franceses critican, como antitécnica e injurídica, esta expresión, empleada por las Cámaras o Salas de la Corte de Justicia de Francia, reunidas, en la famosa sentencia de 13 de febrero de 1930, en que aceptaron la teoría acerca de la responsabilidad del guardián de una cosa inanimada, deducida de la última frase del artículo 1384 del Código Civil francés. Dicen ellos que la ley nunca presume la responsabilidad; la establece; y que lo que se puede presumir es la culpa, es decir, la situación determinada que surge de un hecho conocido.

"La culpa —afirma Ripert— comentando la referida sentencia puede ser materia de presunción porque es la calificación legal de un hecho constatado; la responsabilidad, que consiste en la obligación de reparar un daño, la establece la ley y no la presume. La primera expresión vale más que la segunda; aun se puede decir que la segunda —presunción de responsabilidad— no es inteligible sino como sinónima de la primera."

En cambio, Josserand, paladín de la doctrina del riesgo creado, defiende con ardor, siguiéndolo en ello otros autores, la fórmula de presunción de responsabilidad, por ver en ella la consagración de la teoría de la responsabilidad objetiva.

"El artículo 1384 —había dicho Saleilles— se funda sobre la idea y equitativa de que la persona que tiene una empresa debe soportar sus riesgos. Este es el pensamiento que ha inspirado el artículo 1384. Es misión de la jurisprudencia dar a la ley toda la vitalidad progresiva de un principio que opera y actúa."

Y Josserand refiriéndose a estas palabras de Saleilles dice comentando la nueva fórmula:

"No es ya la idea de culpa en que se funda la responsabilidad proveniente del hecho de las

cosas, sino en la noción del riesgo creado, como creí poder sugerirlo desde 1897. Al utilizar las cosas que aumentan nuestro poder y nuestra actividad, desarrollamos, aumentamos virtualmente por el mismo hecho, nuestra responsabilidad. Al crear un riesgo en perjuicio de otro y en interés nuestro, asumimos automáticamente la responsabilidad inherente a la realización de ese riesgo. Si 'querer es poder', también es exacto decir que poder es hacerse eventualmente responsable; en nuestra época, no hay ya casi prerrogativas unilaterales; toda medalla tiene su reverso, y, más que nunca, urge proclamar que el que rompe los vidrios los paga." *(Evolutiones et Actualités,* página 66).

Libmann después de traer a cuento los antecedentes jurisprudenciales franceses de la sentencia de 13 de febrero de 1930, que emplearon siempre desde 1919 la fórmula "presunción de culpa" concluye diciendo que el cambio de lenguaje tiene importancia si el alto Tribunal francés se propuso acoger la teoría del riesgo, conforme al pensamiento de Josserand. Sin embargo ello no es así, dice ese autor, pues para la Corte francesa las dos expresiones son sinónimas; y lo comprueba recordando que antes de 1930 la doctrina de la jurisprudencia, al igual que en la sentencia de 13 de febrero limitaba las causales de exoneración de la culpa generada en el manejo de cosas peligrosas, a la prueba del caso fortuito, fuerza mayor e intervención de agente extraño; y con la cita de dos sentencias posteriores a la del 13 de febrero, dictadas por la Sala Civil, que intervino en la elaboración de este fallo, el 17 de marzo, en las que juzgando dos casos exactamente iguales de accidentes de automóvil, usa en una de ellas la expresión "presunción de responsabilidad", en tanto que en la otra vuelve a hablar de "presunción de culpa", con la particularidad de que fue redactor de ambos fallos el mismo Magistrado Hugot.

Por esta razón Jean Libmann afirma:

"De consiguiente es forzoso admitir que la Cámara Civil consideró aquellas dos expresiones como absolutamente equivalentes; en lo cual, no nos parece dudoso, la Cámara Civil debe ser considerada como el intérprete de las otras dos Cámaras que colaboraron en la expedición de la sentencia del 13 de febrero." *(La responsabilité des accidents causés par les choses inanimées notamment par les automoviles).*

Entre nosotros el profesor Antonio Rocha tampoco encuentra aceptable la expresión *presunción de responsabilidad.*

"Se presume un hecho —dice este autor— pero no una obligación. La responsabilidad es la consecuencia en derecho del hecho culposo, presumido o nó, o que la ley establece ante ciertos riesgos. Lo que se presume no es la responsabilidad; esta es una regla de derecho. Sería más técnico decir, y es expresión usada también por la Corte, *presunción de peligrosidad.*"

Y luégo agrega con gran acierto:

"También procede observar que no todas las actividades dan lugar a ella y que debemos cuidarnos de extender inconsultamente la doctrina o tesis que ahora vamos a tocar. Hay actividades que implican cierto riesgo, pero que no justifican la presunción. Por ejemplo, la Municipalidad tiene a su cuidado el Parque Nacional; debe cuidar del estado de los bosques para que una rama seca, supongamos, no caiga repentinamente y pueda dañar al público. Pero aun así no es un riesgo frecuente y constante, y además, es previsión exigible también al pasajero. No podríamos decir lo mismo de la empresa ferroviaria respecto del tráfico de trenes." *(De la prueba en derecho).*

* * *

El artículo 2356 del Código Civil colombiano establece una regla general condicionada por el carácter peligroso de los hechos que trae a modo de ejemplo en sus tres numerales. "Por regla general todo daño *que pueda imputarse a malicia o negligencia* de otra persona debe ser reparado por ésta"; es decir, todo daño que pueda *imputarse* o *achacarse a culpa* —pues no a otra cosa que a *culpa* equivale una imputación de malicia o negligencia en la ejecución de ciertos actos—, genera contra el responsable la obligación de indemnizar.

Establece así el artículo una presunción de culpabilidad a cargo del autor del daño originado en el manejo de elementos peligrosos.

Nótese la diferencia fundamental que existe entre el artículo 2356 de nuestro Código Civil, y el artículo 1384 del Código Civil francés, en que la doctrina francesa apoya la creación jurisprudencial de la responsabilidad del guardián por el hecho de las cosas inanimadas: *"Se es responsable* no solamente del daño causado por el hecho propio, sino también del proveniente del hecho.... o *de las cosas que uno tiene a su cuidado."*

De consiguiente, si en Francia es dudoso que se pueda hablar con propiedad, de presunción de responsabilidad, no obstante la redacción de la disposición correspondiente, que empieza diciendo "se es responsable....."; etc; en Colombia la cuestión se presenta con más claridad, porque el artículo 2356 expresamente subordina la responsabilidad a la existencia de una culpa.

Pero en cambio el artículo 2356 suministra base firme, como ya lo observó la Sala de Casación de esta Corte en la sentencia citada de

1938, para ver en esa disposición consagrada de modo expreso una presunción que opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cuál releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad.

La falta de diligencia o de cuidado en el obrar, que es la culpa, en tratándose de cosas peligrosas adquiere mayor extensión y contenido. Es diferente la acción que ejerce el hombre sobre cosas inofensivas, y la que desarrolla sobre elementos virtualmente peligrosos. El cuidado en los segundos es mucho más exigente; presupone la plenitud de la atención. ¿Por qué? Porque el descuido o la falta de vigilancia insignificantes, o el detalle menos notorio, podrán producir la catástrofe. Ello coloca al autor del daño en circunstancias de que tenga que acreditar, para destruir la presunción de culpa, un motivo o causa satisfactoria y suficiente de exoneración, que no deje duda de la previsión con que se procedió. Y las únicas causas que en casos tales dejan satisfecha la conciencia del juzgador son acontecimientos constitutivos de hechos ciertos y positivos de relevada gravedad, que por sí mismos están indicando la ausencia de toda culpa, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención de agente extraño o de la propia víctima.

Supóngase al dueño de un automóvil que manejando su carro atropella en la vía pública a un transeúnte y lo hiere. El automovilista acredita el perfecto estado de la máquina, su habilidad como chofer, la velocidad reglamentaria a que conducía. ¿Dejaría esa sola demostración satisfecha la noción de diligencia y cuidado? No. Porque a pesar de esa demostración el accidente se produjo. Luego existen otras causas que mientras permanezcan desconocidas deben ser imputadas al automovilista, entre las cuales está seguramente el hecho causante de la tragedia: un ligero impulso equivocado dado al automóvil; el defecto momentáneo de los frenos que no obedecieron oportunamente al timón; el desgaste imperceptible de una pieza de la máquina; la ofuscación que no le permitió al chofer frenar oportuna y correctamente, etc., etc.

Mas si se acredita que el transeúnte se arrojó despreocupada e imprudentemente a la vía en el preciso momento en que el automóvil estaba pasando, entonces ya se ve una causa positiva legítima de exoneración, que deja satisfecho el más exigente criterio respecto a las precauciones y cuidado que el automovilista estaba obligado a tomar: intervino una causa extraña a su previsión, la imprudencia de la víctima.

***

Con el criterio realista y humano, que se desprende de las doctrinas que se acaban de esbozar, se ve clara la responsabilidad del Estado en la muerte del ingeniero González.

Este trabajaba como ingeniero de la base aérea de Palanquero. Era un servidor del Gobierno. En calidad de tal, el Gobierno, por conducto del Ministro de Guerra, lo envió en compañía del Teniente Olano y de los tres mecánicos, a cumplir una función oficial. El Gobierno debía responder de la seguridad del viaje, y del transporte en uno de sus aviones del ingeniero González. Necesariamente éste tenía que ir confiado en esa garantía; es una suposición razonable y normal, pues de lo contrario se habría abstenido de viajar. Sin embargo, el avión se cae en pleno vuelo, y no se sabe con seguridad la causa. La Nación debe saberlo mejor que la víctima. Luego ha de tenérsela en culpa, porque no acreditó un justificado motivo de exoneración.

CAPITULO III

Los perjuicios.

Establecida la responsabilidad del Estado en la muerte del doctor González, corresponde ahora examinar cuáles son los daños que esa muerte ha ocasionado en el patrimonio de la demandante.

I

El daño moral de índole subjetiva es innegable. Está representado en la pena que sufrió la demandante a causa de la pérdida irreparable e inesperada del hijo de quien recibía según se verá adelante el más tierno cariño y pródigos cuidados materiales. Esa pena, por su naturaleza tendrá que prolongarse en el tiempo, acompañando a la madre hasta el final de sus días. Es imposible indemnizarla siquiera aproximadamente, cual se repara una pérdida material. Pero como daño moral debe repararse. De ahí que éste sea uno de los tántos casos en que se imponga la aplicación de la doctrina de esta Sala sobre indemnización del perjuicio moral de índole subjetiva, o sea la concesión a la víctima de una suma hasta de dos mil pesos. En el numeral 2º de la sentencia recurrida el Tribunal otorgó esta cantidad. Por eso, como porque el señor Procurador no ha controvertido este punto, la sentencia en la parte mencionada debe confirmarse.

II

En cuanto al daño material se tiene lo siguiente:

En el expediente existe plena prueba de que el doctor Juan B. González atendía a los gastos de subsistencia de su señora madre de manera adecuada a la posición distinguida que ambos ocupaban en la sociedad y al acendrado cariño que aquél le profesaba.

En efecto, el señor Pedro Gómez Ordóñez declaró en la segunda instancia (folios 5 vuelto, cuaderno número 5) que por los vínculos de estrecha amistad que lo ligaron con el doctor González y su madre puede declarar que aquél sentía por ésta "verdadera idolatría. Atendía a todas sus necesidades tales como el pago de la casa en que vivía, y dinero para sus necesidades de subsistencia, servicios profesionales, etc., etc. Me consta que la señora Ana Dolores es pobre y la ayuda pecuniaria de su hijo Juan B. era para ella su único recurso. No me consta la cuantía exacta que ella recibiera de su hijo, pero hechos los cálculos imagino que no era menos de 250 a 300 pesos mensuales."

El doctor José Santos Lezaca (folio 6 vuelto del mismo cuaderno), manifiesta, luégo de hacer el recuento de los méritos profesionales del ingeniero González, que era "espléndido miembro de familia especialmente con su señora madre a quien daba la mayor parte del fruto de su trabajo".

El señor Emiliano Pérez (folio 48 vuelto, cuaderno número 2) declara:

"Mi amistad con el doctor González no se limitó al campo de los negocios sino que fue, ante todo, de carácter familiar y personal, razones por las cuales puedo declarar que sus condiciones de hombre de hogar son más dignas de admiración que las que le honran como ciudadano; su señora madre doña Ana Dolores Rojas v. de González recibió siempre la más esmerada atención de parte de su hijo, y fui yo, precisamente el encargado de pasarle una asignación mensual durante la época en que estuvo ausente al servicio del país. Esa asignación era suficiente para atender a los gastos de vida de ella y de su hija, hermana del doctor González, en aquel entonces soltera, no se redujo a una cantidad determinada sino que tenía orden de entregarles lo que ellas me pidieran, así que hubo meses en que la asignación alcanzó a doscientos cincuenta pesos."

El doctor Mario Ruiz Camacho, entre lo que declaró, expuso que "las especiales circunstancias de amistad con la familia del doctor Juan B. González me permiten afirmar también que éste se caracterizó siempre como un hijo ejemplar y en todas las ocasiones de su vida expresó un profundo afecto por su señora madre. Por tales motivos me consta que fue él quien atendió en todo momento a las necesidades de su hogar y especialmente a todo lo que se relacionaba con la señora doña Ana Dolores Rojas v. de González para atender a los afanes materiales de dicha señora hasta el extremo de que la muerte del doctor González fue un rudo golpe para ella, desde este punto de vista aparte de su tortura moral".

El expediente no contiene, de consiguiente, prueba que permita conocer la cantidad cierta que el doctor González le entregaba a su madre cada mes para su sostenimiento. Pero de las pruebas transcritas se concluye sin dificultad que la demandante era sostenida de una manera adecuada y conveniente a su posición social y a los medios de vida de que disfrutaba el hijo. El hecho de que no se haya acreditado las sumas precisas que recibiera periódicamente la demandante no es motivo para negarle la indemnización. En ese caso el avalúo pericial es medio apropiado para fijar la cantidad necesaria a la sustentación de una persona en determinadas y conocidas condiciones. Los peritos que actuaron en la segunda instancia y que fueron designados para hacer la avaluación de todos los daños justiprecian lo que podía recibir la señora Ana Dolores del doctor González, teniendo en cuenta que éste era un ingeniero que cuando murió devengaba un sueldo fija de $ 320 y por razones de clima gozaba de un sobresueldo del 25%; o sea que mensualmente devengaba cuatrocientos pesos. Este procedimiento de los peritos es correcto y aceptable, con las bases que de manera uniforme ellos suministran. Con las mismas bases, sin embargo, los peritos discuerdan en cuanto al detalle referente al monto de la suma mensual que el doctor González entregaba a su madre.

Así el perito doctor Fernando Anzola dice que "debido a la alta categoría del ingeniero doctor González, al cariño que le profesaba a su madre, y consecuencialmente a la posición social que ella tenía que sostener no solamente por el valor personal de ella sino por la circunstancia de tener hijo tan distinguido, es claro que el doctor González debía pasarle una suma capaz para sostener a su madre cómodamente y de acuerdo con la posición social de ambos". Teniendo en cuenta estas circunstancias el perito estima en ciento cincuenta pesos ($ 150) aproximadamente la cantidad con que el doctor González sostenía a su madre.

El perito doctor Juan Medina, basado en las mismas circunstancias, estima en la cantidad de doscientos cincuenta pesos ($ 250) el valor promedio de la misma pensión.

Y por último el perito tercero doctor Carlos Alberto Rodríguez estima el valor promedio de la pensión en la suma de doscientos pesos ($ 200).

Teniendo en cuenta la Sala que los tres peritos están en desacuerdo, y que la diferencia entre el avalúo de los dos peritos principales —$ 100— excede en un cincuenta por ciento del menor avalúo —$ 150—, prescinde del medio aritmético, y efectúa ella misma la regulación que estima equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso (artículo 721 del Código Judicial).

Para la Sala la suma más de acuerdo con la realidad procesal, es la de $ 150 señalada por el perito Anzola. Dado que el doctor González ganaba $ 400, no es posible que él se desprendiera siempre de la mitad del sueldo; se desprendía de lo necesario para que la señora madre viviera holgadamente; y la suma de $ 150 se considera suficiente al sostenimiento de una sola persona de las condiciones de la actora.

* * *

Justipreciada la pensión mensual aproximada con que el doctor González atendía a la sustentación de su madre, resta por averiguar, con esa base, cuál es hoy la cantidad debida por la Nación y qué debe pagar en razón de perjuicios.

El perito tercero dilucida con acierto otro punto básico consistente en la probable supervivencia de la demandante, a partir del día de la muerte del hijo. La Sala prohija en el particular el raciocinio del perito, cuyo punto de vista es distinto del de cada uno de los peritos principales. Dice así el doctor Rodríguez bajo el capítulo intitulado *"Tiempo de los suministros"*:

"Tampoco están de acuerdo los peritos principales en el tiempo que debe estimarse como el probable de continuidad de los suministros del doctor González a su señora madre.

"Consideran innecesario los peritos, al estudiar este punto, fijar la probable supervivencia del doctor González, porque dado su estado de salud cuando ocurrió el accidente, su juventud, su constitución sana y fuerte, estiman que su vida hubiera sobrepasado a la de su madre; y, por tanto, podría atender a la subsistencia de ésta durante toda la vida de ella. Además, esta presunción está corroborada con lo que nos dice la tabla colombiana de mortalidad que da como vida probable de una persona de 37 años, que tenía el doctor González a la época de su fallecimiento, 27 años, tiempo éste superior a la vida probable de la señora demandante, calculada sobre cualquiera de las cifras que señalan los expertos como edad actual de ésta.

"El problema queda reducido a establecer la probable supervivencia de la señora de González, para saber hasta qué fecha debe extenderse el pago de los suministros mensuales.

"No existe en el expediente la prueba de la fecha en que nació la señora Rojas de González, omisión que dificulta grandemente la solución de este punto, porque conocido dicho factor hubiera sido fácil, valiéndose de la tabla colombiana de mortalidad, elaborada por la Sección de Seguros de la Superintendencia Bancaria, fijar la supervivencia probable de la demandante y determinar el segundo elemento para avaluar el monto del perjuicio. En vista de la falta de la partida de nacimiento de la demandante, es necesario calcular su edad valiéndose de los elementos que obran en el juicio, los cuales son el acta de su matrimonio y los certificados de los facultativos doctores P. E. Sánchez Santodomingo y Roberto Alarcón R. que examinaron a la señora en el mes de septiembre último.

"Para fijar la edad actual de la demandante el doctor Anzola se basa en la fecha de su matrimonio ocurrido en la ciudad de San Gil el 13 de febrero de 1896. Pero como tampoco se conoce la edad que tenía cuando se casó, el perito fija esa edad en 20 años, y concluye que la señora Rojas de González tenía en 1935, a la muerte de su hijo, 59 años y tiene al presente 66 años.

"El perito doctor Medina, fundado además de la partida de matrimonio en el concepto de los médicos a que antes hago referencia y en que la edad media para contraer matrimonio en Santander, por la época en que se verificó el de la señora de González, era de 16 años, deduce que la edad actual de la señora actora en este pleito es de 62 años.

"Conocida la fecha del matrimonio de la señora de González —13 de febrero de 1896— de entonces a hoy han transcurrido 46 años y unos meses. De consiguiente, para tener hoy los 66 años que fija el doctor Anzola debió casarse a los 20 años, a los 16 si se aceptan los 62 deducidos por el doctor Medina, y a los 14 aceptando la edad de 60 años que fijan los facultativos Sánchez y Alarcón como aproximada.

"La fijación de la edad de una persona por el solo examen clínico puede aceptarse cuando está corroborada por otros elementos de prueba. En el presente caso la edad aproximada fijada por los médicos nos daría 14 años como edad de la examinada al tiempo de su matrimonio, que es una edad a la cual excepcionalmente contraen matrimonio nuestras mujeres; por esto quizá el doctor Medina, que presentó los certificados a que me refiero, no los tuvo en cuenta y fijó una edad a la señora superior a la de los facultativos.

"La edad de 62 años dada como probable por el doctor Medina indica que la señora de González se casó a los 16 años, edad que tampoco es la ordinaria entre nosotros para que la mujer pase al estado de casada. Me parece, de acuerdo con el doctor Anzola, que el promedio de la

edad a que comúnmente se casan las mujeres en este país es la de 20 años.

"Fijada en 20 años la edad en que se casó la señora de González el 13 de febrero de 1896, su edad actual será de 66 años. Esta edad fijo para la demandante como segundo fundamento de mi dictamen.

"Pero fijada la probable edad actual de la señora de González aún existe otro desacuerdo fundamental entre los peritos principales. El doctor Anzola fija como supervivencia de ella 11 años a contar de julio de 1935, mes en que falleció el doctor González; y el doctor Medina 11 años contados desde el año actual. De suerte que según el primero debe tomarse como vida probable de la señora demandante 11 años a partir de 1935, y según el segundo 18 años a partir del mismo año de 1935.

"El doctor González falleció el 28 de julio de 1935. De entonces a hoy han transcurrido 7 años, 4 meses y unos días. Por tanto la señora de González ha sobrevivido a su hijo 7 años, 4 meses y unos días. Este es un hecho cierto, indiscutible. De consiguiente, es también cierto que la indemnización debe comprender un primer período de 7 años de supervivencia efectiva de la demandante.

"La cuestión queda reducida a establecer la posible supervivencia de la señora de González de ahora en adelante, cuestión que la resuelve la tabla colombiana de mortalidad tomando como edad actual de ella 66 años, como ya se explicó. La tabla mencionada da una supervivencia probable de 9 años a una persona de 66 años. En consecuencia la indemnización debe abarcar, además, un segundo período de 9 años, éste sí de vida probable de la demandante, pues el anterior es cierto y evidente como que ya está cumplido.

"Por lo expuesto, señalo como factores para fijar el monto de los perjuicios de cuyo avalúo se trata, los siguientes: 1º Suministro mensual del doctor Juan B. González a la señora demandante, doscientos pesos ($ 200) moneda legal; 2º Un primer período de siete (7) años en que se ha dejado de pasarle ese suministro; 3º Un segundo período de nueve años, que se considera como probable supervivencia de la señora de González, durante el cual debe hacérsele el mismo suministro."

* * *

Las conclusiones inmediatamente anteriores del doctor Rodríguez, puntualizadas bajo los numerales 2º y 3º deben sufrir hoy una modificación, por razón de la fecha en que el perito rindió el dictamen. En efecto:

Cuando el perito rindió el dictamen, en el mes de noviembre de 1942, se contaba con una supervivencia segura de la señora de González correspondiente al tiempo pasado, de 7 años. Actualmente esa supervivencia es mayor en 2 años, pues la demandante aún vive. Las pensiones ciertas corresponden hoy a 9 anualidades de $ 1.800 desde el 28 de julio de 1935, día en que pereció el hijo, hasta el entrante 27 de julio del corriente año, día que, por estar ya próximo, y con el objeto de facilitar los cómputos aritméticos, haciéndolos sobre bases más exactas y por ende, ciertas, se fija como punto de partida del segundo período correspondiente a la supervivencia probable futura indicada por el perito, la cual se reduce así en los dos años, en que aumenta el primer período.

En nueve años de supervivencia cierta la demandante tiene derecho a la cantidad de diez y seis mil doscientos pesos ($ 16.200), a título de perjuicios, sobre la base de que éstos se descomponen a razón de $ 150 mensuales, o $ 1.800 anuales.

Para los siete años de supervivencia cierta que el perito pudo fijar cuando rindió el dictamen, deduce un perjuicio de $ 21.327.20, a razón de $ 200 mensuales, más intereses del 6%, "pues me parece que las cuotas vencidas deben tener un recargo y las que se van a entregar por anticipado deben tener una disminución".

El recargo de las llamadas cuotas vencidas no lo acepta la Corte. Descansa en la base de que las cuotas periódicas del tiempo pasado están vencidas, lo que es equivocado, por cuanto sólo hasta hoy se conoce su valor; es la sentencia la que las fija, siguiendo un método, o un sistema, consistente en computar aquel tiempo pasado por períodos determinados, a efecto de obtener el dato global de la indemnización. De consiguiente las cuotas que se fijan no pueden tener recargos por mora, pues ésta supone el vencimiento del término o de la condición, en relación con la obligación prefijada de dar, hacer, o no hacer determinada prestación.

* * *

Las pensiones futuras, correspondientes a la probable supervivencia de la demandante a partir del 28 de julio del corriente año, abarcan como está visto un período de siete años.

La Sala, en sentencia de fecha 2 de abril de 1943 —*Gaceta Judicial*, tomo 55, páginas 413 y siguientes— dijo que "anticipándose las prestaciones sucesivas, haciéndose de ellas una sola, es lo natural que se deduzcan las utilidades, a las cuales no se extiende la condena, que ese capital anticipado va a producir, si se le supone depositado en un banco y listo para que de él se desprendan, en sus distintas oportunidades, las sumas correspondientes a cada una de las sucesivas obligaciones. La indemnización debe limitarse al pago de la renta periódica, y si para ello se anticipa un capital que se entrega al beneficiario, es claro que lo que exceda a esa

indemnización periódica sobrepasa los cálculos y los dictados de la justicia, la que si no acepta que un perjuicio quede sin satisfacción económica adecuada, tampoco quiere ir más allá, enriqueciendo indebidamente el patrimonio del lesionado."

Aplicando las tablas del *Formulario del Ingeniero,* por Garuffa, que junto con sus antecedentes explicativos copió en la referida sentencia, y a que la Sala ha venido ateniéndose en orden a la liquidación del daño periódico y futuro, con la mira de establecer el monto de la indemnización correspondiente, deduciendo el valor de los intereses que el respectivo capital producirá a la rata del 6% anual, se tiene:

Según las mencionadas tablas en siete años de vida probable por cada peso debe depositarse la cantidad de 5-582, que multiplicada por la cantidad de $ 1.800, renta anual que se deja de percibir en el futuro, da la cantidad de diez mil cuarenta y siete pesos ($ 10.047) monto de la indemnización.

CAPITULO IV

Sentencia.

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, *resuelve:*

1º *Confírmanse* los numerales *primero, segundo* y *tercero,* de la parte resolutiva de la sentencia apelada, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el presente juicio ordinario;

2º *Refórmase* el numeral *cuarto* así: Condénase a la Nación a pagar a la señora Ana Dolores Rojas viuda de González, por concepto de perjuicios materiales en razón de la muerte de su hijo doctor Juan B. González, ocurrida en el siniestro de aviación de que se hace mérito en el curso de la sentencia, la cantidad de veintiséis mil doscientos cuarenta y siete pesos ($ 26.247) moneda corriente, inmediatamente después de que se ejecutorie este fallo.

3º Dése al Gobierno la comunicación que ordena el artículo 554 del Código Judicial.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Miguel Arteaga H., Víctor Cock, Isaías Chaves, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Responsabilidad directa de la Nación en la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana

Sobre la excepción de prescripción alegada y en un negocio análogo, la Corte, al dictar sentencia, estudió ampliamente los varios aspectos jurídicos que él comporta, y llegó a la conclusión de que la responsabilidad del Estado por el siniestro de Santa Ana es directa, como consecuencia de actos ejecutados por los órganos superiores de la Aviación Militar que influyeron en el modo como se desarrolló la revista aérea y en particular acerca de las maniobras que realizaron los aviones del Ejército. Concluyó la Corte que tal intervención de los "órganos" superiores de la Aviación Militar obliga a considerar que el hecho consumado por el piloto César Abadía, en la acrobacia que causó su muerte y la de otras personas no es, frente al Estado, un hecho de tercero, sino un hecho propio del mismo Estado a causa de haber contribuído a su realización no solamente por medio del piloto que pereció en el accidente, agente suyo, sino también por los organizadores de la revista. Consecuencia de esta deducción hecha por la Sala es la de que la prescripción de corto término establecida en el artículo 2358 del Código Civil no es aplicable al siniestro de que se trata, para graduar la responsabilidad de la Nación, sino el término común u ordinario de prescripción de las acciones.

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

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Por medio de apoderado el señor Francisco Mahecha Z. demandó a la Nación, en el Tribunal Superior de Bogotá, para que se hagan por la Justicia estas declaraciones:

"Primera. Que la Nación es responsable civilmente de los daños materiales y morales causados a mi mandante, señor Francisco Mahecha Z., por la muerte de su hermana, la señorita Carlina Mahecha Z., ocurrida a consecuencia del siniestro aéreo del Campo de Santa Ana, ubicado en Usaquén, el veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y ocho.

"Segundo. Que como consecuencia de la declaración anterior la Nación debe pagar al señor Francisco Mahecha Z., la cantidad de veinte mil pesos ($ 20.000) moneda corriente, como valor de los perjuicios materiales ocasionados al mencionado señor Francisco Mahecha Z., por la muerte de su única hermana Carlina Mahecha Z.

"Tercero. Que la Nación debe pagar al mismo señor Francisco Mahecha Z. la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000) moneda legal, valor de los perjuicios causados por la muerte de su citada hermana, la señorita Carlina Mahecha Z.

"Cuarto. Que el pago de las cantidades a que se refieren los numerales 2º y 3º de la parte petitoria de esta demanda, debe ser hecho por la Nación al demandante o a sus sucesores dentro de los seis días posteriores a la ejecutoria de la sentencia definitiva que falle esta acción."

Adujo como fundamento de ella varios hechos entre los cuales se destacan el parentesco de consanguinidad legítima entre el demandante y la señorita Carlina; la presentación de una revista aérea militar por las fuerzas nacionales de aviación en el sitio de Santa Ana el veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y ocho; el siniestro ocurrido el mismo día durante la revista cuando un avión piloteado por el Teniente César Abadía se vino a tierra ocasionando la muerte del aviador y la de otras personas; el haber recibido la señorita Mahecha muy graves heridas y quemaduras a consecuencia de las cuales falleció el mismo día, pocas horas después del accidente.

La demanda fue presentada, como así consta al pie de ella, el día veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

Al contestar el traslado que se le dio al señor Fiscal del Tribunal, este funcionario propuso la excepción de prescripción en los siguientes términos:

"Propongo la excepción de *prescripción de la acción* por haber pasado más de tres años contados desde la perpetración del acto, sin que el demandante hubiera ejercitado judicialmente el derecho que hoy ejercita. Me fundo en lo dis-

puesto por el artículo 2358 del Código Civil y demás disposiciones sobre la materia."

El Tribunal dictó sentencia de primera instancia la que en su parte resolutiva dice:

"Primero. La Nación colombiana es civilmente responsable y se le condena a pagar al demandante Francisco Mahecha Z., el valor de todos los perjuicios materiales y morales objetivados que sufrió con motivo de la muerte de su hermana legítima Carlina Mahecha Z., ocurrida el veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y ocho en el Campo de Marte o Santa Ana del Municipio de Usaquén. El monto líquido de este perjuicio podrá determinarse según lo establecido en el artículo 553 del Código Judicial, atendiéndose a lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

"Segundo. Condénase a la Nación a pagar al mismo demandante, seis días después de ejecutoriado este fallo la cantidad de un mil doscientos pesos ($ 1.200) moneda corriente, como valor de los perjuicios morales no objetivados que sufrió el demandante por la causa indicada.

"Parágrafo. Del monto líquido total de las anteriores condenas dedúzcase la cantidad que el demandante ha recibido del Tesoro Nacional, por la misma causa, y a título de auxilio conforme al Decreto número 1664 de 1938."

En virtud de apelación propuesta por el Agente del Ministerio Público vino el negocio a la Corte Suprema, donde recibió la tramitación legal y se halla en estado de recibir sentencia.

La excepción de prescripción no prospera.

Sobre ese punto y en un negocio análogo, esta Sala de la Corte Suprema al dictar sentencia estudió ampliamente los varios aspectos jurídicos que él comporta, y llegó a la conclusión de que la responsabilidad del Estado por el siniestro de Santa Ana es directa, como consecuencia de actos ejecutados por los "órganos" superiores de la Aviación Militar que influyeron en el modo como se desarrolló la revista aérea y en particular acerca de las maniobras que realizaron los aviones del Ejército. Concluyó la Corte que tal intervención de los "órganos" superiores de la Aviación Militar obliga a considerar que el hecho consumado por el piloto César Abadía, en la acrobacia que causó su muerte y la de otras personas, no es, frente al Estado, un hecho de tercero, sino un hecho propio del mismo Estado a causa de haber contribuído a su realización no solamente por medio del piloto que pereció en el accidente, agente suyo, sino también por los organizadores de la revista, "órganos" superiores de aquél en el ramo de la Aviación Militar. Consecuencia de esta deducción hecha por la Sala, y que aquí se reitera, es la de que la prescripción de corto término establecida en el artículo 2358 no es aplicable al siniestro de que se trata, para graduar la responsabilidad de la Nación, sino el término común u ordinario de prescripción de las acciones; por lo cual la que se planteó en el presente pleito no se hallaba prescrita cuando él se inició; y por lo mismo, la excepción propuesta no prospera.

Es oportuno incorporar aquí algunos pasajes doctrinarios de ese fallo:

"De lo visto resulta que los órganos superiores especialmente encargados de dirigir la Aviación Militar prepararon la revista aérea, que había sido ordenada por el Ministerio de Guerra. La participación de esas entidades superiores en la organización de la revista aparece de manifiesto; y como esos funcionarios, *órganos del Estado* en el ramo de la Aviación Militar, tomaron parte directa en las disposiciones que dieron como resultado la presentación de la revista en la forma en que se desarrolló, es claro que la Nación colombiana asumió la responsabilidad correspondiente a los hechos que en cumplimiento de esas órdenes se ejecutaron. Por consiguiente, la responsabilidad directa del Estado en el accidente de Santa Ana se halla demostrada. El piloto César Abadía actuó como subordinado de las entidades superiores de la Aviación Nacional y fue escogido regularmente para el comando de la escuadrilla de Caza. Al hacer tal escogencia los superiores del Teniente Abadía conocían o debían conocer su hoja de servicios que lo calificaba, según se ha visto en otros fallos de esta Sala, como poco apto para el mando, "juguetón" y de carácter temerario. Además era conocido su espíritu indisciplinado, el que le había valido que se le aplicara una sanción por ese motivo, precisamente en los días próximos a la realización de la revista aérea, con ocasión de los ensayos que de ella se hicieron. (*Gaceta Judicial*, tomo LII, página 112). En presencia de estos antecedentes y circunstancias hubo una evidente falta de los "órganos" de la Aviación Militar al escoger a Abadía para el comando que se le entregó. La culpa por la mala elección en que incurre el órgano de la persona moral es *inmediata* y *directa* por lo que mira a la elección misma, pero es *mediata* e *indirecta* en relación con los hechos que ejecuta el agente mal elegido. Si el órgano obra o deja de obrar, eligiendo o vigilando mal al agente, su culpa, la del órgano, es indirecta, mediata, respecto del acto cumplido por el agente. En cambio hay responsabilidad directa de la persona moral por la acción u omisión de sus órganos, cuando el hecho dañoso lo ejecutan o en la omisión incurren, las personas que forman dichos órganos o porque llevan ellas su voluntad sobre el agente obligándolo a obrar o a no obrar en determinado sentido, en un caso especial. En el que ahora se

contempla los órganos superiores de la Aviación Nacional incurrieron en culpa indirecta por la mala elección del piloto y en culpa directa, además, por haber ordenado que se volara en ejercicios acrobáticos sobre las tribunas de espectadores, sin haberse revocado válidamente tal disposición. No se deduce aquí la responsabilidad de la Nación, como se ha pretendido, en virtud de una *"falta del servicio"* público de aviación; sino por la culpa cierta y probada de funcionarios que podían con sus actos u omisiones comprometer civilmente al Estado. Siendo directa la responsabilidad de la Nación por el siniestro aéreo de Santa Ana, es decir, no hallándose comprendido este acto, para los efectos de la prescripción de las acciones, en la hipótesis prevista por el inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil, cuando ella se deduce exclusivamente del hecho ajeno, puesto que la de la Nación le resulta del hecho propio de sus órganos y del hecho de su agente; la responsabilidad del Estado se halla dentro de la regla general de prescripción, de largo tiempo, establecida para las personas que se obligan directamente según la norma general del artículo 2341 y los demás que con ella se relacionan. Por tanto, la acción seguida en el presente pleito no se hallaba prescrita cuando él se inició, y por lo mismo la excepción de prescripción propuesta no prospera." (Juicio de Nazario Orozco Ospina y Judith Rendón de Orozco contra la Nación, fallo de mayo 15 de 1944).

Otras consideraciones de la Corte.

En el fallo que se revisa se hallan consignadas varias razones que se aducen como su motivación, y a las cuales va a referirse la Sala.

En primer lugar, se ocupa esa sentencia de la personería del demandante y la de su apoderado, concluyendo que se hallan debidamente establecidas en el proceso, en virtud de consideraciones que se estiman acertadas.

Refiriéndose al interés que tenga el actor en la litis, se expresa que él le resulta de la ayuda pecuniaria que Francisco Mahecha Z. recibía de su hermana la señorita Carlina, fallecida a consecuencia del siniestro de Santa Ana, "ayuda que desapareció con la muerte de ésta, puesto que provenía de la utilidad que derivaba de su trabajo personal". Acertadamente el Tribunal entiende que la prueba de ese hecho se halla limitada a lo que resulta de lo afirmado en los testimonios de Hermógenes Aguirre y Clevia Anzola de Aguirre, que son las únicas declaraciones que en el juicio se produjeron durante el término probatorio. Hay también en el expediente otras más que se acompañaron a la demanda, que habían sido desglosadas de una documentación anterior producida ante el Consejo de Estado, pero que no fueron ratificadas en el presente juicio ni se dispuso que ellas se tuviesen como pruebas.

Estas dos declaraciones, como bien lo anota el Tribunal, unidas a la certificación dada por el médico legista doctor Guillermo Uribe Cualla y al acta de defunción extendida ante el Notario Segundo del Circuito de Bogotá, sirven para acreditar plenamente el fallecimiento de la señorita Mahecha a causa del siniestro de aviación.

También esos testimonios contienen la aseveración de constarles a los declarantes que la señorita Carlina Mahecha Z. tuvo en esta ciudad una pensión o casa de familia, que le producía un promedio mensual de doscientos pesos ($ 200) moneda corriente, excluyendo su alimentación y vivienda, y que con ese producto de su trabajo la señorita Mahecha ayudaba a su hermano Francisco Mahecha Z. con la suma mensual de ciento cincuenta pesos, que servían a dicho señor para su sostenimiento y la educación de sus hijos. Sobre estos hechos aseverados por los declarantes Aguirre y Anzola, el Tribunal observa lo siguiente:

"En el concepto que el señor Fiscal del Consejo de Estado, doctor Gabriel Paredes, rindió a esa entidad dentro de las diligencias que adelantó Francisco Mahecha, se lee esta afirmación: 'Tuve ocasión de conocer personalmente la pensión en referencia y puedo afirmar que dadas sus pequeñísimas proporciones era notoriamente incapaz de producir una utilidad libre de doscientos pesos mensuales, fuera de alimentación y vivienda de la empresaria. De otra manera no es explicable que hubiera terminado tan excelente negocio antes de su muerte, pues tengo *conocimiento personal de que ya no lo tenía* cuando fue víctima del siniestro de Santa Ana.' El señor Procurador Delegado en lo Civil, doctor Carlos J. Medellín, expuso también ante el Consejo de Estado como perito oficial: 'Estoy en condiciones de asegurar que lo dicho por los testigos no tiene más que un cálculo bastante exagerado de las utilidades del negocio que tenía la señorita Mahecha. Tuve ocasión de conocer personalmente la pensión en referencia y puedo afirmar que dadas sus pequeñísimas proporciones era notoriamente incapaz de producir una utilidad libre de doscientos pesos mensuales, fuera de alimentación y vivienda de la empresaria. De otra manera no es explicable que hubiera terminado tan excelente negocio antes de su muerte, pues también tengo conocimiento personal de que ya no lo tenía cuando fue víctima del accidente de Santa Ana. Hay que entender que los testigos se refieren a una época anterior a la fecha del siniestro.' Por consiguiente, de entre las fuentes del perjuicio material que

reclama el demandante hay que descartar la pretendida participación de ciento cincuenta pesos mensuales en las utilidades de la pensión de su hermana, porque este negocio ya no lo tenía ésta a la fecha de su muerte. Entonces, lo único cierto es que, fallecida doña Carlina, desapareció totalmente su capacidad de trabajo y, por ende, toda posibilidad para que su hermano Francisco pudiera demandar de ella el suministro de alimentos *necesarios*, conforme a los artículos 411, numeral 9º, 413 y concordantes del Código Civil, tomando en consideración la capacidad productora y las circunstancias domésticas que tuviera aquélla en el momento de su muerte (artículo 419 ibidem), lo que podrá establecerse en el incidente de ejecución de este fallo."

Tal conclusión del Tribunal, que no encuentra probada la ayuda económica que se pretendió establecer como existente de parte de la señorita Carlina hacia su hermano, y que reduce la posibilidad del daño a lo que se liquide en el incidente ulterior a la sentencia, en concepto de alimentos necesarios, resulta admitida o aceptada por el demandante al someterse éste a la aplicación y consecuencias del fallo del Tribunal, pues que él, ni su apoderado apelaron de esa sentencia, de la que sólo se recurrió ante la Corte por virtud de apelación que interpuso el Fiscal del Tribunal. Por tanto, esta Sala de la Corte estima que es innecesario hacer un examen más detenido respecto a la prueba de la ayuda económica que se intentó acreditar en el juicio, consistente en una mensualidad de ciento cincuenta pesos, que se afirmó en la demanda le prestaba la señorita Carlina a su hermano Francisco Mahecha Z. Ese hecho del libelo no está, pues, demostrado, así como lo admite el propio demandante.

Tampoco está comprobado por los dos únicos testimonios que legalmente pueden considerarse como elementos de prueba, y que son los que vienen comentándose, las circunstancias que obliguen a considerar que la señorita Mahecha apoyaba económicamente a su hermano al tiempo en que murió, para inferir de ahí que éste puede hoy reclamar del demandado el pago de una prestación. Estos testimonios están en desacuerdo con la realidad, pues afirman un hecho, el de la entrega de una cantidad de ciento cincuenta pesos por la señorita Carlina a su hermano el demandante, cuando ha resultado establecido que ella no tenía al morir el negocio de la pensión y que cuando lo tuvo fue de muy pequeña categoria, y consiguientemente de muy reducida utilidad. La falta de verdad en tales testimonios les quita todo valor, aun para demostrar lo que el Tribunal infiere, que la señorita ayudaba económicamente a su hermano en alguna forma y cuantía, lo que le sirvió para condenar en abstracto. Por estas consideraciones, hay que desechar como prueba la única que se adujo para acreditar los hechos tocantes con el perjuicio reclamado. Y en presencia de esta deducción, la absolución del demandado se impone, debiendo revocarse en este punto el fallo del Tribunal.

Por lo que mira al daño moral *objetivado*, a que se refiere la parte resolutiva del fallo, se observa, como así lo anota el señor Procurador Delegado en lo Civil, una incongruencia entre esa parte resolutiva de la sentencia y su parte motiva, pues esta última no contempla en modo alguno la existencia de daño moral objetivado, sino que se refiere al subjetivo. Además en el proceso no hay datos que sirvan para acreditar la existencia de ese daño moral objetivado de parte del actor.

En cambio, la existencia del daño moral subjetivo es fundada y son razonables las consideraciones que en este punto hace el Tribunal, y adecuada, en el parecer de la Corte, la cuantía de mil doscientos pesos que en concepto de ese **daño se señala.**

Por tanto, ha de revocarse la sentencia del Tribunal, para modificarla en armonía con lo que se ha expuesto.

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 la sentencia apelada, la que quedará así:

Primero. Absuélvese a la Nación de las peticiones de condena contenidas en la demanda y referentes al pago de perjuicios materiales y morales objetivados al demandante.

Segundo. Se confirma la condena de primera instancia hecha por concepto de perjuicios morales subjetivos.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Miguel Arteaga H., Anibal Cardoso Gaitán, Victor Cock, Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Acción de nulidad de unas resoluciones ejecutivas

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá. junio veintiuno de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

Enrique Botero Londoño, en escrito dirigido a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte, hoy de Negocios Generales, solicitó que previos los trámites de un juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que son nulas y sin valor legal alguno, las Resoluciones números 4762 de 15 de diciembre de 1941 y 557 de 27 de enero de 1942, originarias del Ministerio de Correos y Telégrafos, en cuanto al suscrito se refieren, por ser estas dos Resoluciones lesivas de mis derechos civiles y violatorias del contrato que tengo celebrado con el dicho Ministerio sobre conducción de los correos nacionales de correspondencia y encomiendas (mixtos) en las líneas del Norte, 5º Grupo.

"b) Que, como consecuencia de la primera declaración, se me declare libre, como es justo, de la responsabilidad civil por la pérdida de las piezas postales a que el Ministerio alude en las precitadas Resoluciones.

"c) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare la obligación en que la Nación está de devolverme —una vez ejecutoriada la sentencia que se profiera en este juicio— las sumas que he venido consignando en la Caja del Ministerio por concepto de las condenaciones que esta dependencia administrativa me hizo en las Resoluciones cuya nulidad estoy pidiendo, devolución que debe hacerse con los intereses legales desde las fechas de las consignaciones hasta la en que la devolución se verifique."

Para fundamentar la demanda presentó los hechos que a continuación se enumeran:

"1º El dia catorce de noviembre de 1939 el suscrito firmó con el Ministerio de Correos y Telégrafos, un contrato para la conducción de correos en las líneas del Norte, 5º Grupo.

"2º El día ocho (8) de octubre de 1941, a las cinco (5) p. m., el conductor de correos Simeón Grimaldos acompañado de su padre Roberto Grimaldos y por el chofer Ruperto Cárcamo, recibieron en Capitanejo el correo que debía salir al día siguiente para El Cocuy, correo en el cual estaban incluídos algunos valores procedentes de Bogotá, que llegaron a Capitanejo el mismo día 8 a las cinco y media p. m., que según los itinerarios oficiales ha debido ser despachado por el Ministerio a las 7 a. m. y no a las 5 de la tarde como lo hizo.

"3º El conductor Simeón Grimaldos y su padre (quienes escoltaban debidamente armados) y Cárcamo, se dirigieron con el correo que habían recibido a la casa que les servía de posada y que ocupaban Jacobo Jordán, Ruperto Cárcamo y las mujeres de éstos.

"4º En la mañana del 9 de octubre al preguntarle el conductor Simeón Grimaldos a Ruperto Cárcamo (chofer) por la mochila, con los dineros y recomendados que la víspera había sido entregada por el primero al segundo para que la guardara y la tuviera en seguridad durante la noche, Cárcamo, que era el chofer del carro de Grimaldos, y quien había sido también conductor de correos, contestó que él no tenía la mochila, y al hacer las averiguaciones del caso, supieron que uno de los ocupantes de la casa que servía de posada a los correístas, había salido a las dos de la mañana para Duitama; este sujeto era Jacobo Jordán.

"5º El mismo 9 de octubre el empleado respectivo del Ministerio telegráficamente puso el hecho en conocimiento del Departamento de Correos de Bogotá y del Alcalde de Capitanejo....

"6º La investigación de los hechos cursa ante el Juez Primero Superior de Bucaramanga y figuran como sindicados Ruperto Cárcamo y Jacobo Jordán.

"7º Varios indicios dieron lugar a la detención de los sindicados Cárcamo y Jordán.

"8º El suscrito ha estado verificando consignaciones en la Caja del Ministerio, por concepto de las condenas de las Resoluciones y ha hecho todo lo que está a su alcance para el buen éxito de las investigaciones, y ha cumplido estrictamente con las obligaciones que le incumben como contratista.

"9º Los conductores de correos que el suscrito ha empleado han sido aceptados —entre ellos Grimaldos— por el señor Director del Departamento de Correos a quien siempre he dado los avisos del caso en oportunidad.

"10º El suscrito no podía prever un delito de esta naturaleza ni tampoco el conductor, ni es posible pretender que un hecho como el del robo de esos valores, pueda evitarse dadas las circunstancias que lo rodearon y en el cual si existe alguna negligencia o culpa, es en el Ministerio por no haber dado cumplimiento a los itinerarios como era su deber. . . ."

Con la demanda llegaron los siguientes documentos:

El *Diario Oficial* número 24232 que contiene el contrato entre el señor Botero Londoño y la Nación; el *Diario Oficial* número 23968, en el que aparece el Decreto número 20 de 1939; copias en papel común de las Resoluciones números 4762 y 557, de 1941 y 1942 respectivamente.

Durante el término de prueba se recibieron algunas declaraciones y se trajeron a los autos copias auténticas de las Resoluciones que han motivado el litigio.

Surtida como está en su totalidad la tramitación de rigor, se procede a decidir el fondo de la cuestión debatida, teniendo en cuenta las pruebas y los alegatos presentados por el demandante y por el señor Procurador.

* * *

Las Resoluciones cuya nulidad demanda el actor en su petición a) hacen recaer la responsabilidad civil por la pérdida de los valores que conducía el correo de Capitanejo a Cocuy, en el contratista señor Botero Londoño, por considerar que hubo notoria negligencia por parte del conductor Grimaldos al entregar las piezas valiosas del correo al chofer Ruperto Cárcamo, la noche que pasaron en Capitanejo, víspera de la salida hacia El Cocuy.

Por su parte el demandante considera que toda la responsabilidad debe recaer sobre los autores materiales del delito; inculpa de negligencia y descuido a los agentes del Ministerio por haber entregado los correos la víspera del día señalado para la salida hacia El Cocuy. y, por último, que la fuerza mayor o el caso fortuito lo libran de responsabilidal.

A continuación examina la Corte los tres aspectos propuestos.

El hecho, según los autos, ocurrió en la siguiente forma: en la noche del ocho (8) de octubre de mil novecientos cuarenta y uno (1941), en Capitanejo, fue robado el correo que debía salir al día siguiente para El Cocuy; el conductor Simeón Grimaldos, agente de Botero Londoño, pernoctaba en una posada, y había entregado el saco de los correos al chofer del carro que debía conducirlo; al día siguiente, nueve de octubre, se iniciaron las investigaciones del caso, las que dieron por resultado la detención de algunas personas.

* * *

Alega el contratista que los empleados del Ministerio no cumplieron los itinerarios fijados por el Gobierno en la línea de Capitanejo a Cocuy; que el correo ha debido entregarse el mismo día de la partida hacia su lugar de destino, y no la víspera, como sucedió, irregularidad que según el demandante fue cometida por el Jefe de la Oficina de Correos de Capitanejo, con descuido y negligencia que acarrea responsabilidad a cargo del Estado.

A fin de demostrar esta afirmación trajo el demandante a los autos una copia expedida por el Jefe de Pasaportes e Itinerarios del Ministerio de Correos y Telégrafos, de un certificado, en el que aparecen las horas de llegada y salida de los correos en las poblaciones de Capitanejo y Cocuy e intermedias. Tal certificado dice en su primera parte:

"Sale de Capitanejo (el correo) a las 6 a. m. (Entregando las vísperas por la tarde. . . .) Llega a El Espino a las 8 a. m. . . . . Llega a Cocuy a las 11 a. m."

La sola transcripción hecha aclara el punto. Los empleados del Gobierno que entregaron el correo la víspera, dieron cumplimiento a lo dispuesto de modo permanente y general por las correspondientes oficinas superiores del Ministerio de Correos, sobre entrega.

Debe advertirse que el señor Botero Londoño, al suscribir el contrato que ha originado este pleito, se obligó a someterse a los itinerarios que el Ministerio señalara, y que el cumplimiento de esa estipulación por una de las partes, no puede acarrear para ella responsabilidad.

* * *

Considera el demandante que la responsabilidad debe recaer sobre los autores materiales del robo.

En concepto de la Sala existen dos clases de responsabilidades bien distintas, que no hay lugar a confundir: la responsabilidad criminal, prevista en la ley correspondiente, que recaerá de seguro sobre las personas que robaron las encomiendas y valores, y la responsabilidad civil, que tiene como fuente el contrato suscrito por el señor Botero Londoño, y que lo obliga según el alcance de las cláusulas del mismo.

No quiere decir lo anterior que a cargo de los sujetos que asaltaron el correo exista tan sólo responsabilidad penal. Deben responder penal y civilmente; pero eso no libra al demandante de las obligaciones adquiridas contrac-

tualmente, ni priva a la Nación del derecho a exigir su cumplimiento.

* * *

También alega el demandante fuerza mayor o caso fortuito, advirtiendo que es absolutamente imprevisible un robo de la calidad del que se cometió en el correo que conducía el señor Grimaldos, como agente de Botero Londoño, en la línea de Capitanejo a Cocuy.

En el particular la Sala observa que en la primera cláusula del contrato el demandante se obligó "a conducir los correos nacionales.... siendo de su cargo el suministro de escoltas para la custodia de estos correos". Como es natural, para poder apreciar si el hecho está comprendido dentro de los que la ley califica de caso fortuito o de fuerza mayor, es necesario que se demuestre que ese hecho era imprevisible.

Sobradamente se aclara este punto con la primera cláusula del contrato. Al estipular las partes que una de ellas debía suministrar las escoltas necesarias para la custodia y seguridad de los correos, admitieron la posibilidad de que fueran necesarias en la ruta recorrida por el conductor, como garantía para su seguridad. El demandante no ha demostrado en ninguna forma la existencia de esa escolta. Se limita a afirmar el hecho de que el padre del conductor Grimaldos y el chofer del bus en que pensaban viajar al día siguiente custodiaban el correo. Pero ninguna de las pruebas acompañadas a la demanda, ni las practicadas durante el término respectivo, confirman la aseveración del contratista, o sea, que no sirven para demostrar que éste estuviese dando cumplimiento a su obligación de proveer de escolta a los conductores del correo. Mas si tal cosa se hubiese acreditado, todavía quedaría por examinar la existencia del caso fortuito. Lo que en cambio sí se demuestra en los autos es la falta de la previsión por el contratista a que estaba obligado en virtud del convenio.

* * *

Debe considerar también la Corte que el señor Botero Londoño se obligó con el Gobierno "a entregar en las oficinas destinatarias la correspondencia y las encomiendas en el mismo estado que las recibe, y los valores declarados y las encomiendas de dinero, en las mismas condiciones de empaque, sellos y peso como los haya recibido; a subsanar *con sólo la orden del Gobierno* y sin que haya de mediar intervención judicial alguna, *toda falta* en los valores de los correos de correspondencia y encomiendas, sea total o parcial, o consistente en el cambio de las especies.... a someterse a todas las disposiciones que estén en vigencia o que en adelante se dicten sobre el servicio de correos, *inclusive los itinerarios que el Gobierno señalare, los cuales se consideran incorporados en este contrato*".

Por otra parte, de la narración que la demanda hace de los hechos aparece que existió descuido o negligencia por parte del conductor Grimaldos al entregar el saco en que estaba un correo que, según los mismos hechos, valía más de cinco mil pesos ($ 5.000), al chofer del vehículo que habría de conducirlo, y quien no podía guardarlo con las debidas seguridades.

* * *

Lo anterior pone de manifiesto que existió por parte del agente del contratista negligencia o descuido graves al no tomar las medidas que la prudencia aconseja en casos análogos, circunstancia que hace recaer sobre él la responsabilidad civil que el Ministerio encontró al dictar las Resoluciones comentadas.

* * *

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, niega las peticiones de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese y archívese el expediente.

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta. Luis Francisco Martínez, Oficial Mayor.

Competencia de la Corte para conocer de las solicitudes sobre cancelación de las matrículas o inscripción de abogados

Esta clase de acciones, ya lo dijo la Corte, son del conocimiento privativo y único de los Tribunales Superiores de Distrito y las resoluciones que ellos dictan para decidirlas no son apelables ante la Corte Suprema.

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

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en ejercicio de las funciones consagradas en los artículos 10 y 11 de la Ley 21 de 1931 y por orden de la Procuraduría General de la Nación, formuló las siguientes peticiones a la entidad mencionada en demanda que tiene fecha de 26 de enero de 1940:

"1º Que previos los trámites de un juicio sumario y con audiencia de los demandados, dictéis una resolución ordenando la cancelación de la inscripción y admisión como abogados a los doctores Miguel Monsalve, Ernesto González Piedrahita, Hernando Navia Varón y Fernando Medina Ch., todos mayores y vecinos, por haberse hecho acreedores a dicha sanción, por lo que antes se ha relatado, y ya que ellos y sólo ellos, fueron quienes intervinieron en actos y contratos simulados (cesiones de derechos hereditarios) y como partidores de la masa partible menoscabaron la legítima de los hijos naturales; y

"2º Que ordenéis, asimismo, comunicar la resolución de cancelación al Ministerio de Gobierno, al señor Procurador General de la Nación, a todos los Tribunales del país y a los Gobernadores de los Departamentos."

Los hechos que dieron fundamento a las peticiones anteriores los resume así el señor Procurador Delegado en lo Civil en su vista fiscal:

"Pocos días después de fallecer el señor Rafael García, se inició el juicio de sucesión correspondiente. en el cual fueron declarados herederos sus hermanos naturales, quienes comprobaron el parentesco con las partidas eclesiásticas pertinentes. Más tarde empezaron a llegar solicitudes de reconocimiento del carácter de hijos naturales, quienes comprobaron su estado civil con testimonios sobre posesión notoria. Algunos de ellos obtuvieron esa declaración. Otros iniciaron juicio ordinario por haber sido negado el reconocimiento y algunos se presentaron con sentencia de primera instancia, favorable, obtenida en juicio de filiación obtenido en vida del causante y con su audiencia. En abril de 1939 (el juicio de sucesión se había iniciado en octubre de 1938) los demandados presentaron la escritura pública en que constaba la cesión que de todos sus derechos hereditarios les habían hecho los apoderados de los hijos naturales y con base en ella obtuvieron que se les reconociera el carácter de únicos interesados, y se aprobara la partición de los bienes del causante —por un valor que pasa de medio millón de pesos— en el cual se adjudicaba a cada uno de los abogados, lo proporcional al número de hijos naturales (en total 15) que, respectivamente, les habían cedido sus derechos. El mismo día en que se aprobaron los inventarios, se presentó el trabajo de partición, se aprobó y se entregó el expediente a los únicos cuatro interesados en el juicio."

El presente asunto se tramitó ante el Tribunal Superior de Cali, entidad que en sentencia de 30 de noviembre de 1943 negó las peticiones de la demanda. El fallo fue apelado en cuya virtud llegó a la Corte el negocio donde ha recibido la tramitación propia de los juicios especiales.

* * *

En reciente providencia (junio 5) esta Sala de la Corte, al estudiar un asunto análogo, sobre cancelación de la matrícula de abogado del doctor Nicolás González Torres, desatado por el Tribunal de Ibagué, llegó a la conclusión, después de un detenido examen, de que esta clase de acciones son del conocimiento privativo y único de los Tribunales Superiores de Distrito y que las resoluciones que ellos dictan para decidirlos no son apelables ante la Corte Suprema. Al presente negocio debe aplicarse la doctrina que surge de ese fallo, por lo que se pasa a transcribir, como fundamento de esta providencia, lo pertinente de aquélla. Dice así:

"Para la Sala no es difícil la solución de que el conocimiento de tales negocios corresponde a los Tribunales Superiores. En efecto: El artículo 10 de la Ley 21 de 1931, señala las causales 'para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción y admisión'. Los artículos 6º y 7º de la Ley 62 de 1928, determinan el trámite que debe seguirse ante los Tribunales de Distrito Judicial, para obtener la matrícula de abogado. Y los Tribunales están facultados expresamente para negar la matrícula por las causales del artículo 13 de la misma Ley, reproducidas luégo por la Ley 21, mencionada, artículo 10, que autoriza también dos causales más, entre las cuales está el ordinal 6º, según el cual es causal para no ser admitido como abogado o *para que se cancele la inscripción* el hecho de haber ejecutado actos notoriamente atentatorios de la moral profesional, *'a juicio del Tribunal respectivo.'* En seguida la Ley 21 en el artículo 11 establece que la resolución sobre cancelación de la matrícula de un abogado se dicta previa sustanciación de un juicio sumario con audiencia del Ministerio Público. De las disposiciones anteriores se infiere, que si los Tribunales de Distrito están facultados expresamente para negar la inscripción de un abogado por las causales del artículo 10 de la Ley 21, también lo están para conocer del juicio sumario sobre cancelación de la matrícula, pues la materia de decisión en ambos casos es la misma: examinar si el abogado está dentro de las causales de inhabilidad previstas en la ley para ejercer la profesión o continuar ejerciéndola. Nótese que el citado artículo 10 de la Ley 21, le confiere *únicamente* al *Tribunal respectivo*, la potestad de calificar la causal de inhabilidad, referente a la ejecución de actos atentatorios de la moral profesional, tanto en caso de la solicitud para obtener la inscripción de abogado, como cuando se trata de la demanda de un ciudadano para que se cancele la inscripción. Luego es porque el artículo 10 párte de la base de que las dichas demandas corresponde decidirlas a los Tribunales. En cambio no está determinado por la Ley que los fallos dictados por los Tribunales, encaminados a decidir la demanda de un tercero propuesta con el objeto de que se cancele la matrícula de determinado abogado, deban tener segunda instancia, y que de ésta corresponda conocer a la Corte Suprema en su Sala de Negocios Generales. En el trámite que se sigue por el pedimento de un aspirante a ser recibido como abogado, el artículo 17 de la Ley 62 de 1928 prevé que alguien se oponga a tal pretensión, después de hechas las publicaciones de rigor; en ese evento el negocio se abre a pruebas por nueve días, vencidos los cuales el Tribunal resolverá dentro de los tres días siguientes si se hace o nó la inscripción. Esta es una controversia entre el opositor y el que ha solicitado la inscripción, que se falla en procedimiento breve y sumario por el Tribunal. La ley no ha dispuesto que la respectiva resolución tenga el recurso de apelación. En todos aquellos casos en que un Tribunal Superior —preceptúa el artículo 3º de la Ley 21 de 1931— debe decidir sobre la honorabilidad de un aspirante a ser recibido como abogado, y que alguien se oponga, recibirá pruebas del interesado y del opositor dentro de un término de cinco días, y decidirá la oposición dentro de los cinco días siguientes, 'verdad sabida y buena fe guardada'; lo que significa que el Tribunal obra como Juez de conciencia, que no tiene necesidad de exponer las razones de su fallo. La ley da igualmente acción a terceros con miras a obtener la cancelación de la matrícula de un abogado ya inscrito, por las mismas razones que fundamentan la negativa de la demanda de un abogado dirigida a que se le inscriba entre los abogados facultados para ejercer la profesión (artículos 13 y 21, Ley 62 de 1928 y 10 y 11 de la Ley 21 de 1931). En este caso la controversia entre el abogado inscrito y su opositor se decide por el Tribunal en el procedimiento del juicio sumario. Tampoco la ley ha dispuesto que esta resolución tenga recurso de apelación. En los tres cásos contemplados dictase resolución por el Tribunal, que pone fin a la controversia entre el abogado y su opositor. Pero ¿será suficiente que exista controversia entre partes, para que virtualmente conlleven las respectivas resoluciones el recurso de apelación, sin necesidad de disposición expresa que lo autorice? El artículo 198 del Código Judicial dice que *por regla general* en los juicios hay dos instancias o grados. Por lo tanto la regla general es la de las dos instancias. Y la excepción que el juicio no tenga más que una sola instancia. La excepción tiene que resultar, de disposición de la misma ley, que disponga que determinado negocio judicial se resuelve en una sola instancia por el Juez que la misma ley designe, o de la naturaleza del asunto controvertido ante los Jueces. No hay disposición que excluya de la segunda instancia las resoluciones que dictan los Tribunales, previa controversia entre el abogado y su opositor, en los casos arriba contemplados. Luego podría afirmarse que entonces se aplica la regla general, y que esa clase de negocios tienen segunda instancia, naturalmente ante la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, que sería en tal evento el superior jerárquico del Tribunal cuando alguna de las partes apela de la resolución que éste pronuncie. Empero, a esta conclusión se opone la naturaleza del asunto decidido, que no permite la aplicación de la regla

general de la segunda instancia, ya que como va a verse, la Sala carece del poder de decisión correspondiente. En los asuntos expresados la controversia gira alrededor del derecho que tiene el abogado a obtener frente a la respectiva reglamentación legal, la facultad de ejercer la profesión, o a que no se le cancele esa facultad concedida con anterioridad. La Constitución Nacional protege el trabajo libre de las personas, pero dispone que la ley reglamente el ejercicio de las profesiones. En ejercicio de tal facultad constitucional, vienen reglamentos legales a precisar las condiciones y requisitos a cuyos términos quedan sometidos los profesionales que aspiran a obtener la respectiva autorización de ejercer la abogacía, la medicina, la dentistería, ingeniería, etc. Cada profesión tiene así especial reglamento, y señaladas en éste las entidades o corporaciones encargadas de hacerlo cumplir. La circunstancia de que una autoridad judicial, como son los Tribunales Superiores, decida en los casos previstos sobre cuestiones atinentes a la honorabilidad e idoneidad de los profesionales del derecho, no reduce lo sentenciado a materia de derecho privado. Lo sentenciado continúa perteneciendo al orden del derecho público, porque constituye la aplicación de preceptos dados en interés social. El interés privado del profesional es completamente secundario, pues las limitaciones al ejercicio libre de las profesiones se establecen con miras a proteger a la sociedad de la explotación indebida y a garantizar en la medida de lo posible que el profesional, cuando actúa, se ciña a su ética y a la moral Es verdad que así también se tiende a proteger el interés privado de cada técnico, por razón de que le aleja la competencia desleal. Empero, ese derecho se diferencia fundamentalmente de un derecho de categoría estrictamente civil, en el sentido de que haga parte de la legislación civil, tal como lo entiende el artículo 35 del Código Político y Municipal: 'El ramo Civil —dice ese precepto— comprende las leyes relativas al estado civil de las personas y derechos y obligaciones concernientes a él; adquisición, uso y goce de los bienes de propiedad pública o particular; sucesiones y donaciones; contratos y cuasi-contratos; disposiciones especiales sobre comercio y minería.' Y que no es negocio civil el que deciden los Tribunales cuando inscriben un abogado o le cancelan la inscripción, lo pregona con voces claras la circunstancia de que en la decisión interviene también la Sala Penal del Tribunal, en los Tribunales en que actúan las dos Salas. Luego es porque la materia corresponde a un derecho de naturaleza especial, de índole distinta de la del derecho propiamente civil o común. Las leyes reglamentarias de los oficios y profesiones son así de carácter público y por ende administrativas. Y por lo mismo que no tratan de materias de derecho privado propias del conocimiento de los Jueces ordinarios, se requieren disposiciones especiales, como la de los artículos 6º y 7º de la Ley 62 de 1928 y 3º y 10 de la Ley 21 de 1931, que facultan a los Tribunales Judiciales en pleno para conocer de las controversias que surjan con motivo de la oposición a que un abogado ejerza o continúe ejerciendo la profesión; e igualmente leyes especiales que permitan el recurso de apelación ante la Corte. Por disposición del ordinal 1º del artículo 37 del Código Judicial la Corte, en su Sala de Negocios Generales, conoce en segunda instancia 'de los *negocios civiles* de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial'. De consiguiente, no de todo negocio atribuído por la ley a los Tribunales conoce en segunda instancia la Sala de Negocios Generales de la Corte. Exclusivamente de aquellos que tienen el carácter de civiles, es decir, cuando está de por medio una cuestión de derecho privado patrimonial, de un particular en relación con la Nación o los Departamentos, según la enumeración que suministra el artículo 76 del Código Judicial, en lo pertinente. Pero cuando el negocio fallado por un Tribunal no es de derecho privado, de los comprendidos en la enumeración del mencionado artículo, se requiere disposición expresa que le dé a la Corte el conocimiento de segunda instancia. La segunda instancia no puede crearla la Corte por consideraciones de equidad, o por aplicación mecánica de los artículos 198 y 493 de la ley de procedimiento. Estas disposiciones estatuyen con carácter general; pero por ello mismo dejan a salvo los casos en que la naturaleza del negocio exige que la segunda instancia deba ser indicada expresamente por el legislador. A la competencia de un Juez en determinado asunto debe llegarse por el camino de las disposiciones expresas que se la hayan otorgado. Esta materia de la competencia repudia y hace inadmisible el sistema de las aplicaciones de la ley por analogía o por extensión. La competencia siempre debe ser expresa, pues cuando el Juez actúa sin disposición que claramente lo autorice, comete una usurpación de jurisdicción, que consiste, según el artículo 148 del Código Judicial, en ejercerla sin haberla adquirido legalmente, es decir, por virtud de una ley. Fuera de los negocios civiles de particulares con la Nación o los Departamen-

tos, de que conocen los Tribunales en primera instancia, según el artículo 76 del mismo Código, y la Corte en segunda instancia, según el artículo 37 ibídem, esta entidad conoce también en segunda instancia 'de los demás asuntos atribuidos a la Corte *por leyes especiales* en este grado de jurisdicción' (ordinal 3º del artículo 37). Por manera que cuando los Tribunales fallen negocios a ellos atribuidos por leyes especiales, distintos de los civiles, comprendidos en los respectivos numerales del artículo 76, es indispensable que la misma ley haya previsto el recurso de apelación ante la Corte. De lo contrario esta Sala carece del poder de revisión sobre esos fallos de los Tribunales."

No es necesario agregar ninguna otra consideración a las ya expuestas por la Sala, que se han transcrito e incorporado a esta decisión, para fundamentarla, debiendo por tanto declararse la incompetencia de la Corte para conocer y fallar en la apelación interpuesta. La providencia del Tribunal de Cali, a que ella se refiere, no puede ser revisada por esta Corporación.

* * *

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declara que ella no es competente para conocer del recurso propuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cali contra la providencia dictada por ese Tribunal en el juicio sobre cancelación de matrículas de abogados de los doctores Ernesto González Piedrahita, Hernando Navia Varón, Miguel Monsalve y Fernando Medina Ch.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Acción de indemnización de perjuicios, de restitución de unos objetos, etc.

Tanto la degradación, como la expulsión de una institución como la Policía Nacional, son fundamentadas por resoluciones administrativas contra las cuales tiene el perjudicado todos los recursos legales. Y mientras los Jueces administrativos no decidan sobre su revocación o nulidad, la justicia que asista a la víctima para reclamar perjuicios no puede declararse ni por los mismos Jueces, ni por los ordinarios, en los casos en que la ley concede a éstos esa facultad.

Además, los agentes del Estado tienen pleno derecho para nombrar, remover, ascender o retrogradar a los servidores a quienes les falte capacidad para emplearse conforme al rango recibido, salvo que la ley limite esas libertades del Gobierno a ciertas reglamentaciones. La facultad de remover y de ascender empleados del orden administrativo la consagran los artículos 115 y 131 de la Contitución Nacional.

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

(Magistrado ponente. doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El señor Raymundo Moreno López, en su propio nombre, demanda a la Nación por la vía ordinaria ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que previo el trámite correspondiente a un juicio de mayor cuantía, se le condene a pagar al demandante los siguientes perjuicios:

"Primero. A pagarme la suma de *quinientos setenta pesos con cuarenta y dos centavos* ($ 570.42) como valor de varios objetos y enseres de mi propiedad que dejé en poder de la Policía Nacional como empleado de la misma, al ausentarme de esta ciudad en cumplimiento de una comisión; valor de varias multas impuestas por la Policía sin motivo justificativo, como valor de la suma de cincuenta pesos ($ 50) que dejé en depósito en poder de uno de los Visitadores de la misma entidad, como valor de dos revólveres marca *Smith & Wesson* dejados tambien en poder de la Policía Nacional.

"Segundo. A pagarme el valor de los perjuicios de orden moral y económico que se me ocasionaron por la retrogradación del cargo de Sargento, sin causa justificativa, sólo por el hecho de haber cobrado los cincuenta pesos ($ 50) que como depósito había tomado el Visitador citado en punto anterior, perjuicios que estimo en la suma de *diez mil pesos* ($ 10.000) moneda corriente o en la suma que pericialmente se avalúen en el curso de este juicio.

"Tercero. A pagarme la suma de *ciento trece pesos con sesenta y tres centavos* ($ 113,63), valor de diez pesos mensuales de mis sueldos, diferencias entre el sueldo de Sargento y Agente, desde el 19 de octubre de 1936 hasta el 30 de agosto de 1937, y de esta fecha en adelante el sueldo íntegro de Sargento hasta el 22 de noviembre de 1938.

"Cuarto. A pagarme la suma de *setenta pesos* ($ 70) moneda corriente, valor de mi sueldo mensual como detective de la Policía Nacional, desde el dos de marzo de 1939, hasta el día en que vuelva a ser incorporado en dicho Cuerpo.

"Quinto. A pagarme los perjuicios morales y económicos que se me ocasionaron por la expulsión decretada por la Dirección General de la Policía Nacional por medio de la orden del día 1º de septiembre de 1937, en el artículo 3809, y que no siendo empleado de ese Cuerpo me seguía lesionando sin razón justificativa; estos perjuicios los estimo en la suma de *veinte mil pesos* ($ 20.000) moneda legal, o en la suma en que pericialmente se avalúen en el curso de este juicio.

"Séptimo. A pagarme los perjuicios de orden moral y económico que hasta hoy se me están ocasionando, y a mi familia, por el denuncio que se formuló criminalmente contra mí por el supuesto delito de estafa, ante el Juzgado Permanente Central, respaldando este denuncio a nombre del señor Prefecto de la Seguridad y quien figuraba como testigo, perjuicios éstos que estimo en la suma de *veinte mil pesos* ($ 20.000) moneda legal, o en la suma que pericialmente se avalúen en el curso del juicio."

Dada la diversidad de peticiones que el actor hace en la demanda sobre indemnización de perjuicios y para que mejor se aprecie la parte

petitoria del libelo, la Sala lo transcribió literalmente.

Se fundamenta en derecho la demanda en los Títulos 1º, 12 y 34 del Libro 4º del Código Civil; especialmente en los artículos 2341 y siguientes de este Código y en la disposición 734 del Código Judicial.

Como hechos expresó el demandante los siguientes: 1º Trabajó en calidad de Agente de Policía del 20 de agosto de 1920 hasta el 8 de febrero de 1927. Ingresó de nuevo al Cuerpo Policivo el 10 de febrero de 1934 hasta el 10 de abril del mismo año; reingresó el 13 de junio de 1934 a prestar servicio de Agente de vigilancia hasta el 1º de junio de 1936, fecha en que fue ascendido a Sargento, hasta el 19 de octubre de 1936, día en que fue degradado a Agente, en cuya calidad siguió prestando sus servicios hasta el 30 de agosto de 1937, fecha en que se le decretó la baja por medio del artículo 3759 de la orden del día, y el 2 de septiembre siguiente fue expulsado de la corporación. 2º Que el día veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y ocho fue nombrado detective. 3º Que en este cargo prestó sus servicios hasta el 1º de marzo de 1939, día en que se le retiró sin causa justificativa. 4º Que el actor reclamó de la destitución de detective de la Policía Nacional y por este motivo se dijo por el Jefe de la Sección Jurídica de esta entidad "que no hubo acción dolosa de parte del peticionario en la investigación que originó la sanción", por lo cual debía reformarse el artículo que decretó su baja como empleado de la Prefectura de Seguridad. 5º Que para justificar su destitución se le inició sumario por el supuesto delito de estafa. 6º Que para empeorar su situación y causarle más perjuicios se le dio publicidad al referido sumario. 7º Que en poder de la Policía Nacional dejó en junio de mil novecientos treinta y cinco mientras salía a una comisión, un baúl con ropas, joyas, una máquina de escribir y otros objetos, que ha reclamado varias veces, inclusive con acción criminal. 8º Que por la Policía Nacional le fueron decomisados dos revólveres *Smith & Wesson*, cuando prestaba servicios a la Institución. 9º Que se le impusieron multas injustificadas y por tanto debe devolvérsele el dinero pagado por ellas. 10. Que el Visitador de la Policía Nacional le exigió un depósito por $ 50, que no se le ha devuelto. 11. Que injustificadamente se degradó al actor de este pleito, del rango de Sargento al de Agente de Policía, y no se le ha pagado la diferencia de sueldo por el tiempo que siguió de Agente, que es de $ 10 mensuales, ni se le ha pagado el sueldo total de $ 70 desde cuando fue despedido de la Policía hasta hoy.

A la demanda puso fin el Tribunal del conocimiento, que lo fue el Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia que niega las peticiones del actor y absuelve a la Nación de los cargos del libelo. El juzgador de primera instancia llegó a esta conclusión, luégo de un examen detenido, porque encontró que unas peticiones eran inconducentes y que otras no tenían los requisitos que exige la acción de responsabilidad civil.

Apelado el fallo del Tribunal por la parte actora llegó el negocio a esta Superioridad, donde se le ha dado la tramitación legal que reclama el asunto. El demandante aprovechó tanto el término probatorio como la audiencia pública para esforzarse en mejorar su posición jurídica. Por ser el momento procesal de decidir, la Sala procede a ello.

* * *

Se considera:

La primera petición no es propiamente de reparación de perjuicios, sino de restitución de cincuenta pesos dejados por el actor en depósito al Visitador de la Contraloría en la Policía Nacional señor José Venegas Leaño; la restitución del valor de las multas que se le aplicaron; la restitución de dos revólveres *Smith & Wesson*, o su valor en dinero, y la devolución del valor de otros objetos.

Se pasa a examinar uno a uno los casos propuestos.

En el depósito por los cincuenta pesos, existe la siguiente constancia:

"Recibí de manos del señor Raimundo Moreno L., en *arca cerrada*, dada a guardar para devolvérsela a Moreno L. cuando me lo exija, la suma de cincuenta pesos ($ 50) moneda corriente. Esta suma se la he recibido en tal forma porque no es de Moreno L. y para no gastarla me ha hecho esta consignación—Bogotá, febrero 8 de 1935—*José Venegas Leaño.*"

Demuestra lo anterior que no fue en nombre de la Nación que Venegas recibió los cincuenta pesos de Moreno, en arca cerrada, sino en su propio nombre; pues en la época del depósito ni Venegas tenía el carácter de Visitador de la Contraloría en la Policía Nacional, ni empleo alguno en aquella Institución, por lo que aparece del informe a folio 43 del cuaderno número 4:

"Departamento de Contraloría—Secretaría y Negocios Generales—Bogotá, octubre 15 de 1943.

"Devuélvase el presente despacho informando que no hay constancia en las tarjetas de kárdex del personal de este Departamento, de que el señor José Venegas Leaño haya desempeñado el cargo de Visitador de la Contraloría en el año de 1936, y que en los respectivos libros de resoluciones sólo aparece que el expresado se-

ñor fue nombrado por la número 416, de dicho año, Examinador Auxiliar de la Sección de Contabilidad y Revisión, por el término de la licencia de 60 días que se le concedió al señor Martín Jaramillo."

El actor no puede reclamar de la Nación los cincuenta pesos dados en depósito a un ciudadano que no tenía la calidad de empleado cuando se verificó la consignación del dinero.

En cuanto a la devolución de los dos revólveres *Smith & Wesson,* resulta de las pruebas que solamente uno le fue decomisado al demandante Moreno López por haber contravenido órdenes superiores de la Policía Nacional. Al respecto dice la Resolución número 530, del Juzgado Permanente del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial al evacuar la petición del actor para que se le devolviera el revólver:

"Aunque las disposiciones vigentes sobre porte y comercio de armas facultan a los empleados de la Policía para portar armas de defensa personal y Moreno López hasta el día en que se efectuó el decomiso era uno de ellos, este Juzgado, teniendo en cuenta que el artículo 1056 de la orden del día del Cuerpo reglamenta de manera clara y terminante el porte de armas por parte de los miembros de la Policía Nacional, Divisiones de Bogotá, y como aparece de autos que Moreno López infringió las disposiciones contenidas en el citado artículo de la mencionada orden del día, este Despacho, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve:* Decomisar al ex-Agente Raimundo Moreno López el revólver que el Teniente Jorge Peralta Jiménez, de la Sexta División que tomó (sic) el 30 de agosto de 1937 y ha sido remitido al Departamento Administrativo de la Policía Nacional como lo informa el Comandante Humberto Bazzani en oficio 1616 de fecha 16 de septiembre de 1937. La filiación de tal arma es la siguiente: marca, *Smith & Wesson;* calibre, 38; cachas de concha; cañón largo; número 553799; niquelado." (Folio 9. cuaderno número 2).

Esta Resolución número 530 sólo podía ser revisada por las autoridades administrativas, y en ningún caso por los Jueces ordinarios, a efecto de recuperar el arma legalmente decomisada, y el demandante no interpuso contra la Resolución ningún recurso y por tanto quedó en firme.

Respecto a la restitución del valor de las multas que por la Policía se le impusieron al actor, cabe decir que tampoco las resoluciones policivas en que se fundaron pueden revisarse por la Corte en este proceso, por ser incompetente para ello, y que ni aun puede juzgar si fueron justificadas o nó. En lo referente a este punto, el cuaderno número 4, folio 48, trae a petición del actor, el detalle de las sanciones que se le impusieron por la Policía. Empieza así:

"1) Diciembre 15 de 1920, dos (2) días de trabajo sin sueldo, 'porque estando de imaginaria en el cuartel se durmió hasta el término de dejarse desarmar'. 2) Marzo 22 de 1922, tres días de trabajo sin sueldo, 'porque hallándose en Zipaquirá, allanó el domicilio de un Agente a las 8 y media p. m., donde se encontraba la esposa de éste, a la cual intentó forzar'. 3) Diciembre 9 de 1922, un día de trabajo sin sueldo, 'porque no hizo los honores reglamentarios a los Comisarios' y continúan en orden hasta el número 23.

Las resoluciones en que se fundaban las sanciones, debieron ser revisadas o apeladas a su debido tiempo, ante las autoridades administrativas, y no proponer ahora su examen ante Juez incompetente para hacerlo, como es el del Organo Judicial.

Por tanto, la primera petición del libelo debe negarse por indebidamente aducida en el juicio de responsabilidad y por incompetencia de la justicia ordinaria para fallarla.

* * *

Las cinco peticiones siguientes se refieren al pago de perjuicios económicos por lucro cesante y de perjuicios morales causados con la retrogradación de Sargento a Agente de Policía, con la expulsión de la misma Institución y con el sumario criminal que se adelantó contra el demandante por el delito de estafa.

Se observa:

Tanto la degradación, como la expulsión de una institución como la Policía Nacional, son fundamentadas por resoluciones administrativas contra las cuales el perjudicado tiene todos los recursos legales. Y mientras los Jueces administrativos no decidan sobre su revocatoria o nulidad, la justicia que asista a la víctima para reclamar perjuicios no puede declararse ni por los mismos Jueces, ni por los ordinarios, en los casos en que la ley concede a éstos esa facultad.

Además, los agentes del Estado tienen pleno derecho para nombrar, remover, ascender o retrogradar a los servidores que les falte capacidad para emplearse conforme al rango recibido, salvo que la ley limite esas libertades del Gobierno a ciertas reglamentaciones, que no regían cuando ocurrió el caso de autos. La facultad de remover y ascender empleados del orden administrativo la consagran los artículos 115 y 131 de la Constitución Nacional.

"De esta suerte —dice la sentencia del Tribunal en aparte que la Sala acoge— la retrogradación o la destitución que los agentes superiores del Estado hagan de alguno de sus subalter-

nos, cuando esa retrogradación o destitución no se halla limitada o reglamentada por la ley, como en el caso *sub judice,* no puede entrañar responsabilidad alguna para el Estado, ni generar derecho alguno para el retrogradado o destituído. La acción de indemnización de perjuicios por esos motivos no puede prosperar por carecer de los elementos que la hacen viable: culpa, daño y vínculo de causalidad."

Por tanto, no constando en el proceso que el actor obtuviera una decisión administrativa favorable respecto a su retrogradación y expulsión de la Policía Nacional y siendo así que el Estado podía removerlo y destituírlo libremente, la demanda no prospera en estos puntos.

Los perjuicios que el señor Moreno López demanda de la Nación por el juicio criminal que se le siguió por el delito de estafa, basado en el denuncio que presentó el señor Alfonso Ferrer, ciudadano sin nexo con el Gobierno, y sólo porque este señor pidió el testimonio del Prefecto de Seguridad Nacional, no puede comprometer al Estado. El referido denuncio dice:

"República de Colombia—Ministerio de Gobierno—Policía Nacional—Juzgado Permanente. Número 437—Denuncio del señor Alfonso Ferrer.

"En Bogotá a primero de marzo de mil novecientos treinta y nueve, compareció ante el Juzgado Permanente el señor Alfonso Ferrer con el fin de formular denuncio contra Raimundo Moreno, Agente de la Seguridad, por estafa. Juramentado en la forma legal por el Juez, prometió decir verdad, no proceder de malicia, y expuso: Me llamo como está dicho...., los hechos son los siguientes: el 5 de febrero próximo pasado, más o menos, encontrándome detenido en la Prefectura de Seguridad, mi denunciado me dijo que la señora Matilde de Gómez me había mandado decir que le mandara diez pesos, los cuales yo le entregué al detective para que se los llevara a dicha señora, pues dicha suma tenía que entregársela yo a dicha señora. Luégo me informó la citada señora de que ella no había enviado tal razón con mi denunciado y que tampoco había recibido de él los diez pesos ($ 10) que yo le entregué. Cito como testigos a la señora Matilde de Gómez y al señor Prefecto de Seguridad, ante quien mi denunciado confesó haber recibido de mí los $ 10 en mención."

Por lo anterior se ve que quien presentó el denuncio de estafa contra Moreno López fue un particular, sin relaciones con el Estado, el señor Alfonso Ferrer, por lo cual si el denuncio fue temerario y le causó perjuicios al actor, es a su denunciante a quien debe demandar. La actuación del Prefecto de Seguridad como testigo de Ferrer no compromete a la Nación, porque en el caso referido obraba como simple ciudadano y no en funciones de su puesto de Prefecto, ni por orden de autoridad superior.

Por tanto, se debe concluír que la demanda no prospera en este otro punto.

* * *

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* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, materia de la apelación.

Costas a cargo del actor.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Acción para el pago de una suma de pesos.—Seguro de vida obligatorio

Sobre el seguro de vida obligatorio la legislación ha sido pródiga, pues de él tratan las Leyes 37 de 1921, 32 de 1922, 13 y 44 de 1929, 133 de 1931, 166 de 1938 y 166 de 1941, y los Decretos 800 y 2004 de 1932, 96 de 1933, 63 bis de 1935, 1208 de 1939 y 2348 de 1942. Se refieren todas sus disposiciones al seguro de vida obligatorio para trabajadores de empresas de carácter permanente cuya nómina sea o exceda de mil pesos ($ 1.000) mensuales. El valor del seguro es el salario de un año, o el de un mes de sueldo por cada año de servicio si éste pasa de doce años, pero los empleados u obreros que devenguen más de cuatro mil doscientos pesos al año sólo tendrán derecho a un seguro fijo de tres mil pesos. La agencia aseguradora puede ser una empresa comercial de seguros, o la Nación, los Departamentos y los Municipios, así como también las empresas particulares siempre que obtengan permiso especial para ello.

De conformidad con el artículo 2º de la Ley 133 de 1931 puede constituírse el seguro en provecho de persona jurídica o natural sin nexo de parentesco con el causante. No hay impedimento legal para que un tercero sea el beneficiario, si la persona asegurada lo expresa así libre y espontáneamente a quien corresponda pagar el seguro.

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

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

La señora Anabeiba Mejía de Velásquez demanda por la vía ordinaria ante el Tribunal del Distrito de Manizales al Departamento de Caldas, para que previo el procedimiento legal de un juicio controvertido se hagan las siguientes declaraciones:

1ª Que es válido, por no haber sido redargüido de falso ni de otro vicio que lo invalide o anule, el testamento nuncupativo otorgado por la finada Josefina Correa, mayor de edad y vecina que fue del Municipio de Mistrató, ante el Notario Público del Circuito de Mocatán, por escritura pública número 371, registrada en la Oficina del Circuito de Apía el 22 de agosto de 1934;

2ª Que la señora Anabeiba Mejía de Velásquez, en su calidad de heredera universal de la Correa, fallecida el 14 de agosto de 1934 en Mocatán, al servicio del Departamento demandado, ha sucedido a la causante en todos sus derechos y obligaciones, y es por consiguiente, acreedora legítima del Departamento de Caldas de las siguientes cantidades: cuatrocientos veinte pesos ($ 420) por servicios prestados más de diez años por la señorita Correa como maestra de escuela en varios lugares del Departamento, conforme al artículo 67 de la Ordenanza número 26 de 1926, vigente al tiempo del fallecimiento de ésta; mil setecientos diez y seis pesos ($ 1.716), por concepto de auxilio mutuo, formado con fondos de los mismos maestros y al cual contribuyó en forma legal la finada Correa según la Ordenanza 6ª de 1930, cantidad retenida provisionalmente por la Administración General del Tesoro del Departamento, y cuatrocientos veinte pesos ($ 420), por concepto de seguro colectivo obligatorio creado por la Ordenanza número 19 de 1932, en desarrollo de la Ley 133 de 1931.

3ª Que en consecuencia, el Departamento de Caldas está en la obligación de pagar a la actora, tres días después de notificada la sentencia que se dicte en el juicio, la cantidad de dos mil quinientos cincuenta y seis pesos ($ 2.556). cantidad total que suman las partidas anteriores;

4ª Que si no se hace la declaración anterior, se condene al Departamento al pago del seguro mutuo de que habla la Ordenanza 6ª de 1930, formado con fondos de los maestros, o sea a entregar la suma de mil setecientos diez y seis pesos, y al pago del seguro colectivo obligatorio de que trata la Ordenanza 19 de 1932, o sea la cantidad de cuatrocientos veinte pesos.

En subsidio pide la demandante que se condene al Departamento a alguna o algunas de las cantidades demandadas y al pago de perjuicios.

Los hechos en que se basan las peticiones son sucintamente:

1º La señorita Josefina Correa sirvió por espacio de más de diez años en el ramo de la

educación pública oficial del Departamento de Caldas;

2º La señorita Correa durante el servicio educacional en climas insalubres y palúdicos enfermó de cáncer, del cual falleció el 14 de agosto de 1934 en la población de Mocatán;

3º Como la mencionada señorita no tenía herederos forzosos de ninguna clase en sus familiares, en el testamento que otorgó por escritura número 371 el 13 de agosto de 1934, ante el Notario de Mocatán, instituyó como única heredera a título universal a la señora Anabeiba Mejía de Velásquez;

4º El propósito de la señorita Correa era compensarle en alguna forma a la señora de Velásquez las atenciones que le había prodigado durante la enfermedad de que murió;

5º La señorita Correa en calidad de maestra de escuela había adquirido los derechos que se enumeran: a) Derecho a una *recompensa* igual a un año de sueldo, por haber servido más de diez años en la educación pública del Departamento de Caldas, según el artículo 67 de la Ordenanza 26 de 1926; b) Derecho a un auxilio llamado *mutuo*, por provenir de fondos de los mismos maestros, equivalente a un peso que se descuenta a cada institutor el mes del fallecimiento de su compañero, el cual asciende en el caso de la señorita Correa a la suma de mil setecientos diez y seis pesos, según la Ordenanza 6ª de 1930, y c) Derecho al seguro de vida obligatorio que se reconoce a los empleados departamentales de Caldas por la Ordenanza 19 de 1932;

6º En total, el Departamento adeuda a la heredera única de Josefina Correa, por estos tres derechos, la cantidad de dos mil quinientos cincuenta y seis pesos;

7º El Juzgado del Circuito de Apía, en providencia de cuatro de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, declaró abierta la sucesión testada de la occisa Correa y reconoció a la peticionaria señora de Velásquez la calidad de heredera a título universal;

8º A pesar de esta declaratoria del Juzgado que conoció del juicio sucesorio, el Departamento de Caldas interpretando erróneamente las disposiciones que se refieren a los derechos que reclama Anabeiba Mejía de Velásquez, se ha negado a satisfacer el pago o entrega de las cantidades antes mencionadas.

Al negocio puso fin el Tribunal del conocimiento en sentencia de tres de julio de mil novecientos cuarenta y dos, que absuelve al Departamento de Caldas de los cargos formulados en la demanda.

El Tribunal fundamenta su fallo en no haber hallado en el juicio la prueba del derecho en que la actora basa su acción, o sea las Ordenanzas de la Asamblea Oficial de Caldas que reconocen respectivamente el derecho al seguro de vida obligatorio, a la recompensa por un servicio mayor de diez años y al auxilio mutuo.

El juzgador de primera instancia llegó a la anterior conclusión siguiendo el principio de que si las leyes nacionales pertinentes en un juicio no es necesario traerlas al proceso porque el Juez debe conocerlas e interpretarlas, en cambio es obligatorio acompañar las ordenanzas departamentales cuando vienen a constituír la prueba del derecho que se demanda.

"El Juez de jurisdicción ordinaria —dice el sentenciador, citando una providencia de la Corte Suprema— está obligado a conocer las leyes nacionales, y tiene el deber de aplicarlas, si hay relación entre ellas y el hecho invocado y probado, aunque no se citen por la parte interesada, porque ellas son objeto de interpretación, mas no de prueba, es decir, que como actos emanados del Poder Público no hay necesidad de que su texto sea aducido con las formalidades ordinarias que el régimen común de pruebas exige, sino que el Juez debe cumplirlas y ejecutarlas en lo pertinente. Pero este principio no puede regir cuando se trata de la aplicación de otras reglas legales de carácter nacional, como leyes extranjeras, resoluciones ministeriales, *ordenanzas departamentales*, acuerdos municipales y aun los decretos ejecutivos de carácter no legislativo, y que no hayan sido dictados en virtud de la potestad reglamentaria, conforme a los artículos 11 y 12 de la Ley 153 de 1887, y otros actos similares, porque en estos casos *debe comprobarse la existencia de esas reglas* por la parte que las invoca, sujetándose al régimen común de las pruebas." (*Gaceta Judicial*, tomo XLII, página 101).

Apelada la providencia del Tribunal *a quo* por la parte actora llegó el negocio a esta Superioridad, en donde se le ha dado la tramitación regular del caso. El señor apoderado de la demandante aprovechó el término probatorio para llenar el vacío que encontró el juzgador de primera instancia, trayendo a los autos debidamente autenticadas las Ordenanzas de la Asamblea del Departamento de Caldas que reconocen los derechos alegados en el juicio. Por su parte el señor Procurador Delegado en lo Civil en su vista fiscal expone ampliamente su concepto sobre las prestaciones sociales a que se contrae la demanda, concluyendo que está en un todo de acuerdo con las peticiones de ella.

* * *

Al entrar la Corte en el estudio de fondo del negocio, se ocupa sucesivamente de lo que atañe al seguro de vida colectivo obligatorio; a la recompensa por haber servido la señorita Correa más de diez años al magisterio en el

Departamento de Caldas y al auxilio mutuo establecido entre profesores.

Seguro de vida obligatorio.—La señorita Josefina Correa, maestra de escuela que murió al servicio del Departamento de Caldas en 1934, adquirió derecho al seguro de vida colectivo obligatorio, que instituyó el Departamento demandado por la Ordenanza número 19 de 1932, a favor de sus empleados. Al morir la Correa declaró en la escritura pública número 371 de 1934, que contiene su testamento, que dejaba como única y universal heredera de todos sus bienes a la señora Anabeiba Mejía de Velásquez, con lo cual le reconoce a esta señora, demandante en el juicio, la calidad de beneficiaria del seguro adquirido por la Correa, a falta de designación anterior de la persona que debía beneficiarse de él.

Sobre esta materia del seguro colectivo la legislación ha sido pródiga, pues de ella tratan las Leyes 37 de 1921, 32 de 1922, 13 y 44 de 1929, 133 de 1931, 166 de 1938 y 166 de 1941, y los Decretos 800 y 2004 de 1932, 96 de 1933, 63 bis de 1935, 1208 de 1939, 2348 de 1942. Se refieren todas estas disposiciones al seguro de vida obligatorio para trabajadores de empresas de carácter permanente cuya nómina sea o exceda de mil pesos ($ 1.00ñ) mensuales. El valor del seguro es el salario de un año, o el de un mes de sueldo por cada año de servicio si éste pasa de doce años, pero los empleados u obreros que devenguen más de cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200) al año, sólo tendrán derecho a un seguro fijo de tres mil pesos ($ 3.000). La agencia aseguradora puede ser una empresa comercial de seguros, o la Nación, los Departamentos y los Municipios, así como también las empresas particulares siempre que obtengan permiso especial para ello.

En desarrollo de estas disposiciones de carácter nacional la Asamblea del Departamento de Caldas dictó la Ordenanza número 19 de 1932 y su decreto reglamentario, en los cuales se reconoce a los empleados departamentales el seguro de vida colectivo. Por tanto, estas órdenes legislativas seccionales se aplican de preferencia y sólo en su defecto se suplen con las normas nacionales.

Como la controversia en este punto de la demanda radica en saber si el seguro de vida puede transmitirse por causa de muerte a persona sin nexo de parentesco con el causante, a ese preciso aspecto se reducirá el estudio de las disposiciones legislativas pertinentes.

La Ordenanza número 19 de 1932 dispone al respecto en su artículo 4º:

"El reconocimiento y pago del seguro de vida colectivo de que se trata, se hará a las personas señaladas en el artículo 2º de la Ley 133 de 1931 y en el orden allí establecido, excepto en el caso contemplado por el artículo 1266 del Código Civil."

El artículo 2º de la Ley 133 expresa:

"En caso de muerte de un empleado u obrero asegurado colectivamente, conforme a las leyes vigentes, *sin que el aseguro hubiere sido hecho a favor de tercera persona, por voluntad expresa del asegurado,* el valor del seguro será pagado, íntegramente, por quien corresponda, así: la mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos legítimos. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, el valor del seguro corresponderá íntegramente a los hijos legítimos. Si no hubiere hijos legítimos, la porción de éstos corresponderá a los hijos naturales del asegurado. A falta de hijos legítimos y naturales, llevará todo el valor del seguro, el cónyuge sobreviviente. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos legítimos, el monto del seguro se dividirá entre los padres legítimos y los hijos naturales del asegurado. A falta de padres legítimos sucederán íntegramente los hijos naturales, y por defecto de éstos tendrán derecho al aseguro, los padres naturales. Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden de preferencia en él establecido, el aseguro será pagado *a las demás personas que hayan sido declaradas herederas del asegurado,* en la proporción que fije la ley civil."

Se deduce de la primera parte de esta disposición, en cuanto dice que en caso de muerte del asegurado el valor del seguro se pagará a los herederos siempre "que el aseguro no hubiere sido hecho a favor de tercera persona, por voluntad expresa del asegurado", que puede constituirse el seguro en provecho de persona jurídica o natural sin nexo de parentesco con el causante. No hay impedimento legal para que un tercero, según la primera parte del artículo 2º de la Ley 133 de 1931 que se comenta, sea el beneficiado, si la persona asegurada lo expresa así libre y espontáneamente a quien corresponde pagar el seguro.

Aplicada esta primera parte del artículo 2º que trata de la materia, al negocio planteado por la señora Anabeiba Mejía de Velásquez, se observa que la demandante tiene facultad para reclamar el valor del aseguro como suyo, porque la occisa señorita Correa fue explícita en hacer beneficiaria de ese derecho a la señora de Velásquez, en reconocimiento de los cuidados que recibió de ella durante la enfermedad de que murió.

Y conforme a la parte final de esta misma disposición, que establece que a falta de herederos, en los casos en que sean éstos los bene-

ficiados, "el seguro será pagado a las demás personas que hayan sido declaradas herederas del asegurado", no queda la menor duda al juzgador —visto el auto de 24 de noviembre de 1935 del Juzgado del Circuito de Apía (folios 23 y 23 vuelto, cuaderno 1º), que reconoce la calidad de heredera universal a la señora Anabeiba Mejía de Velásquez— que esta señora tiene pleno derecho a reclamar el seguro de vida correspondiente a Josefina Correa y que es la única persona que puede hacerlo.

Estarían de más otras consideraciones, por la claridad del asunto, para concluir, como concluye la Sala, acogiendo esta petición de la demanda.

Parécele, sin embargo, oportuno a la Corte advertir que sobre el pago del seguro versan también los artículos 9º, 10, 11, 12, 13 y 14 de la Ley 166 de 1941, pero que no son aplicables al negocio *sub judice,* porque estos artículos contemplan la ocurrencia de que sean el cónyuge, los hijos legítimos o los naturales del causante los beneficiarios del seguro, para darles en lugar de dinero una casa de habitación, que no es el caso de autos por lo ya visto.

Recompensa.—De la Ordenanza número 26 de 1926 que obra en el cuaderno 4º del expediente, se toma el artículo 67 que a la letra dice:

"Los empleados del ramo que hayan prestado diez o más años de servicio y por causa del mismo servicio contraigan alguna enfermedad que los imposibilite en absoluto para continuar el trabajo en la instrucción pública, o en otra ocupación en donde puedan ganarse la vida, recibirán del Departamento una cantidad igual a doce veces el último sueldo que hayan devengado, es decir, a un año de sueldo, siempre que no hayan gozado del premio a que se refieren los artículos anteriores. La misma cantidad se entregará a la familia del empleado en caso de muerte del mismo. Esta suma no podrá pasar de mil pesos. Exceptúanse del beneficio de recompensa los profesores."

Luego para tener derecho a la recompensa de que habla el artículo citado se necesitan tres requisitos: 1º Que el empleado haya servido en la instrucción pública del Departamento de Caldas diez años o más; 2º Que por causa del servicio haya adquirido enfermedad que lo imposibilite para continuar trabajando en la educación, y 3º Que no haya ganado el premio a que se hace merecedor el maestro que trabaje en la instrucción pública de Caldas veinticinco años o más.

Lo primero, o sea que el empleado haya servido al Departamento por diez años en la instrucción pública, está demostrado en el expediente con las actas de posesión de la causante y con el certificado del Director de Educación Pública que dice:

"Es verdad que la señorita Josefina Correa, en todos los puestos que desempeñó, por un lapso mayor de diez años, trabajó con éxito, honradez, consagración y competencia, observando una conducta intachable, moral y social, como lo prueba el hecho de haber fallecido en uso de sus funciones, como Directora de la Escuela Rural Alternada de *Mampay,* del Municipio de Mistrató." (Folio 16 vuelto del cuaderno número 1).

Lo segundo, o sea que por causa del desempeño del cargo de maestra de escuela la occisa adquiriera la enfermedad de que murió, no está demostrado en el proceso, pues el médico doctor Hernán Gartner, certifica "que trató durante largo tiempo a la señorita Josefina Correa y que en su concepto murió de un cáncer del estómago". Este concepto se basa en hechos clínicos únicamente, porque desgraciadamente no hubo modo de hacer un examen de laboratorio, ni la autopsia para confirmar el diagnóstico que, por lo demás, fue fácil dada la claridad de los síntomas. Que habiendo estado la señorita Josefina Correa sirviendo en el magisterio por un lapso mayor de diez años, es casi evidente que el cáncer del cual murió lo contrajo durante ese período, pues por regla general esas lesiones son de una marcha relativamente rápida." (Folios 7 y 8 del cuaderno principal). Lo cual demuestra que durante el tiempo que la señorita Correa desempeñó el cargo de maestra de escuela fue posible que adquiriera la enfermedad, mas no por *causa de su servicio* de maestra, que es la condición puesta por la Ordenanza. Un maestro de escuela puede adquirir un contagio sifilítico, o tener un envenenamiento, o sufrir un derrame cerebral en el tiempo de sus funciones y no ser ello causado por su servicio en el magisterio.

Como la Ordenanza determina expresamente que la enfermedad a que se refiere ha de producirse por causa del servicio, es necesario que se demuestre esa circunstancia para que pueda concederse la recompensa. En el presente caso eso no se ha acreditado, por lo cual la demanda no prospera en este punto.

Auxilio mutuo.—Da derecho a este auxilio la Ordenanza número 6 de 1930, que se compone de cinco artículos, el primero de los cuales establece:

"Cuando muera un maestro oficial, siempre que haya servido al menos un año en la instrucción pública del Departamento, todos los demás maestros dejarán cada uno, y por una sola vez, en poder del empleado pagador deducido de su sueldo mensual, la cantidad de un peso si es maestro rural y de dos si es de es-

cuela urbana o colegio, entendiéndose que la deducción se hace del sueldo correspondiente al mes del fallecimiento."

El artículo 2º dispone:

"El total de las cantidades que se recauden por este concepto, se entregará a los deudos legítimos del finado en la forma establecida por el artículo 10 de la Ordenanza 34 de 1927."

La señorita Correa, que permaneció más de diez años trabajando en el magisterio del Departamento de Caldas, adquirió para sus herederos el derecho al auxilio mutuo, y sus compañeros lo suscribieron hasta la cantidad de mil setecientos diez y seis pesos ($ 1.716), suma que se encuentra consignada en la Tesorería General del Departamento, por lo que aparece del certificado del Contralor Departamental, que reza:

"Según informe verbal recibido en el dia de hoy del señor Administrador General del Tesoro, en la oficina a su cargo reposa hasta hoy la cantidad de $ 1.716, valor del seguro mutuo recaudado por muerte de la maestra Josefina Correa, misma cantidad a que se refiere el Contralor al folio 18 del informe rendido a la Asamblea, cantidad ésta que aún no ha sido reclamada por los herederos legítimos de la finada, acompañando la respectiva resolución de reconocimiento y orden de pago."

El artículo 2º de la Ordenanza número 6 de 1930, cuando acoge a la familia del empleado que muere para que reciba el auxilio mutuo, se entiende que lo hace para los casos en que el empleado tenga deudos legítimos. Si no los tiene, como es el caso de la señorita Correa, parece natural admitir que rija entonces su voluntad indicativa de la persona del beneficiario. Ella murió a la edad de cincuenta y ocho años, y según reza su testamento no dejó ascendientes, descendientes ni herederos forzosos, pero sí instituyó en él como heredera universal a la demandante señora de Velásquez.

La Sala acoge en este punto el concepto sobre el particular del señor Procurador Delegado en lo Civil:

"Al auxilio mutuo tiene derecho todo maestro por el hecho de serlo y de haber contribuído a auxiliar a sus compañeros de magisterio. El Departamento no hace erogación alguna sino que el monto del auxilio se forma por la contribución obligatoria de todos los maestros, contribución que se deduce del sueldo de los mismos; así que, de no reconocerle a los beneficiados el derecho a disponer de él, resultaría que el Departamento haría una ganancia indebida, siempre que al morir un maestro no dejara herederos legítimos. Para evitar la comisión de una injusticia es preciso reconocer que el derecho a recibir tal auxilio puede ser objeto de disposición por parte del titular, siempre que esa disposición no viole el derecho preferencial de aquellos que lo tienen según las reglas de la sucesión." (Folio 25 del cuaderno número 3).

Es el caso de deducir, por tanto, que la demandante tiene derecho a recibir el importe del auxilio mutuo, recaudado por la muerte de la señorita Correa, de que trata la Ordenanza 6ª de 1930.

Por lo anteriormente visto, la Sala ha de revocar la sentencia absolutoria para el Departamento de Caldas, proferida por el Tribunal de Manizales, y en su lugar declarar que la señora Anabeiba Mejía de Velásquez, heredera universal de la causante Josefina Correa, tiene derecho al pago del seguro de vida colectivo y del auxilio mutuo, de que se ha tratado en esta decisión.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el tres de julio de mil novecientos cuarenta y dos, y en su lugar *condena* al Departamento de Caldas a pagar a la demandante, señora Anabeiba Mejía de Velásquez, la cantidad de dos mil ciento treinta y seis pesos ($ 2.136), valor a que ascienden los derechos de seguro de vida y de auxilio mutuo, que heredó de la señorita Josefina Correa.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio siete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Victor Cock).

El señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Cartagena interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, con fecha 16 de febrero de 1944, en el juicio especial sobre reconocimiento de una pensión promovido por la señora María de la Hoz viuda de Puccini en nombre propio y en representación de sus menores hijos Abel, Ricardo, Angelina y Bertha Puccini.

En el fallo expresado el Tribunal reconoció a favor de las personas mencionadas, en su calidad de esposa legítima y de hijos legítimos del señor Ricardo Puccini, respectivamente, y a cargo de la *Caja de Previsión Social de los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo,* creada por la Ley 22 de 1942, una pensión de cincuenta pesos ($ 50) mensuales y por el término de dos años, contados desde el quince (15) de marzo de mil novecientos cuarenta y tres.

En esta segunda instancia, el señor Procurador Delegado en lo Civil emitió concepto favorable al reconocimiento de la pensión de que se ha venido hablando. En escrito del señor Procurador dice, en efecto, de manera textual lo siguiente:

"La señora María de la Hoz v. de Puccini solicitó ante el Honorable Tribunal Superior de Cartagena que, de conformidad con la Ley 22 de 1942, se decrete a su favor una pensión mensual de cincuenta pesos, durante el término de dos años, por haber muerto su esposo Ricardo Puccini Manchego, a consecuencia de enfermedad contraída en el desempeño de un cargo judicial. Tramitada la petición de acuerdo con la citada Ley, el Honorable Tribunal falló de acuerdo con lo pedido, en providencia fechada el 16 de febrero del año en curso. En virtud de apelación interpuesta, contra tal providencia, por el señor Fiscal, ha llegado el asunto a esa Honorable Corte.

"Estudiado el caso de autos, este Despacho considera que la sentencia recurrida es legal y resultado lógico de los hechos acreditados oportunamente por la parte demandante dentro del juicio.

"Por tanto, acoge esta Procuraduría las tesis expuestas por el Honorable Tribunal en su fallo, dejando, en todo caso, la decisión definitiva del asunto al ilustrado criterio de esa Honorable Sala."

Por su parte la Corte, para dictar su fallo, considera:

a) La Ley 22 de 1942 "sobre prestaciones a los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo" estatuye en su artículo 5º:

"Artículo 5º Los funcionarios y empleados de que trata esta Ley, que sufrieren durante el desempeño de sus empleos una enfermedad o lesión que los incapacite en absoluto para el trabajo profesional, recibirán, si no tienen cómo atender a su congrua subsistencia y mientras vivan una pensión mensual igual al sueldo que devengaren el día que se cause la enfermedad o lesión. Si mueren a consecuencia de la enfermedad o lesión su viuda o hijos recibirán o continuarán recibiendo dicha pensión por espacio de dos años, siempre que carezcan de recursos para su congrua subsistencia."

b) Aparece de autos debidamente comprobado que el señor Ricardo Puccini M. fue nombrado Portero Escribiente del Juzgado Primero Penal del Circuito de Magangué, quien se posesionó por primera vez de ese cargo el día 21 de enero de 1941, cargo que sirvió hasta el 15 de marzo de 1943, fecha en la cual solicitó licencia por razón de enfermedad; que el mismo señor Puccini falleció en Magangué el día 4 de abril del mismo año de 1943; que dejó esposa legítima, la demandante señora María de Puccini y cuatro hijos, menores de edad, de nombre Abel, Ricardo, Angelina y Bertha Puccini;

c) Igualmente aparece demostrado en el expediente, con las pruebas adecuadas, que el señor Puccini devengó durante el ejercicio de sus funciones un sueldo mensual de cincuenta pesos ($ 50), que desde el diez y seis (16) de octubre de mil novecientos cuarenta y dos hasta el último día devengado pasó al fondo de la

Caja de Previsión el 3%, instituido por la Ley; y, finalmente que, al morir, la esposa e hijos de Puccini, a cuya subsistencia atendía éste con el producto del modesto sueldo por él devengado en vida, quedaron en los más completos desamparo y miseria;

d) Figura en autos un certificado del médico doctor Carlos A. Martínez C. que dice textualmente así:

"El suscrito médico y cirujano *certifica:* Que desde el mes de noviembre del año próximo pasado atendió al señor Ricardo Puccini M. por trastornos gastroirtestinales debidos a una cirrosis plúdica. Que dicho señor estuvo incapacitado para el trabajo profesional no sólo por los trastornos intestinales antes mencionados, sino por la ascitis que se formó posteriormente y que requirió varias punciones; también por los edemas de los miembros inferiores. Que el señor Ricardo Puccini M. falleció el día cuatro (4) de abril del año en curso a consecuencia de una cirrosis de origen palúdico.

"En fe de lo cual firmo el presente certificado en Magangué, a los veinte (20) días del mes de mayo del año de un mil novecientos cuarenta y tres (1943).

"(Firmado), *Carlos A. Martínez C.*"

Igualmente figura en el proceso acta de posesión del difunto señor Ricardo Puccini como Inspector de Policía del Barrio Córdoba de Magangué, posesión correspondiente al día 9 de mayo de 1940, y tendiente esta probanza, así como otras adicionales a ella vinculadas, a establecer la presunción de que, cuando el señor Puccini tomó posesión del cargo de Portero-Escribiente del Juzgado en lo Penal de Magangué, en enero de 1941, gozaba de buena salud y que la enfermedad, de la cual murió, la contrajo durante el ejercicio de este último empleo.

Interesa observar aquí que no figura en autos la certificación que, para la comprobación de la buena salud de la persona que va a tomar posesión de un cargo judicial, etc., exige el artículo 11 del Decreto número 2840, reglamentario de la Ley 22 de 1942, y ello por cuanto el señor Puccini tomó posesión de su cargo, como ya se vio, el 21 de enero de 1941, es decir, con anterioridad a la fecha en que entró en vigor el Decreto referido.

Se sigue de todo lo expuesto que la documentación traída al proceso por la señora solicitante de la prestación por muerte de su esposo es completa. Y en el único punto en el cual presenta alguna deficiencia es en lo tocante al certificado del médico doctor Martínez, sobre la enfermedad y muerte del señor Puccini, y ya que, desde luégo, el expresado doctor Martínez carece de investidura oficial y que el artículo 1º del Decreto antes citado número 2840 de 1942, puesto en relación con el artículo 11 ibídem, requiere que lo concerniente a la enfermedad contraída durante el ejercicio del cargo sea objeto de certificación expedida por un médico "designado por la Junta Directiva de la Caja de Previsión o por las comisiones dependientes de dicha Junta".

Pero a este propósito observa, con razón el Tribunal y sin objeción alguna por parte del señor Agente del Ministerio Público, representante de la Caja de Previsión, lo que a continuación se transcribe, que está respaldado por las constancias del proceso:

"Necesario es observar que el certificado traído al expediente para comprobar la incapacidad en que cayó Puccini a consecuencia de la enfermedad, está expedido por un médico que no fue designado para tal efecto por la Comisión Seccional de la Caja de Previsión Social, como lo exige el Decreto 2840 en su artículo 5º Pero en el cuaderno de pruebas se encuentran las copias de varios despachos telegráficos que al respecto pasó el Juez Primero Penal del Circuito de Magangué al señor Procurador General de la Nación, en los días en que cayó en incapacidad para trabajar el señor Ricardo Puccini Manchego, despachos en que solicitó repetidas veces su intervención para que fuera nombrado por la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social el médico que debía informar sobre la incapacidad de Puccini. En contestación a uno de esos telegramas, el señor Procurador dijo al Juez lo siguiente, en despacho fechado el veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y tres: 'Gestiono instalación Junta Caja Previsión Social creada Ley 22 año pasado. Someteré a su decisión caso a que refiérese su telegrama del 22 del presente.' El veintiuno de mayo, o lo que es lo mismo, cuarenta y siete días después de haber ocurrido la muerte de Puccini, el Director de Justicia le dirigió al Juez el telegrama siguiente: 'Como ya están constituídas las comisiones seccionales a ellas corresponde hacer designación del médico a que refiérense artículos quinto, once y doce Decreto veintiocho cuarenta (2840) de 1942 reglamentario Ley 22 año pasado. Refiérome suyo para Procurador General Nación.' En atención a este despacho la viuda Puccini se dirigió al Presidente del Tribunal Superior de Justicia con fecha veintiocho de mayo, suplicándole que providenciara en el sentido de conseguir que la Comisión Seccional nombrara el médico para el informe correspondiente, e insinuándole para ello al doctor Carlos Martínez, quien según ella había tratado a Puccini

desde noviembre hasta el día en que falleció. Pero la Comisión no estaba funcionando todavía, y por eso no hizo tal nombramiento, por lo cual es el doctor Carlos A. Martínez quien certifica particularmente la incapacidad de Puccini y las causas que la produjeron."

De manera que, merced a estas consideraciones y a la circunstancia también apreciable de que transcurrió algún tiempo considerable entre la fecha en la cual el señor Puccini empezó a ejercer el cargo y el de la licencia para separarse de ese cargo por razón de enfermedad, así como la de la muerte que luégo sobrevino, ha llegado la Corte a la misma conclusión a la cual llegó el señor Procurador Delegado en lo Civil, o sea que se amolda a la ley la providencia recurrida y que hay lugar, por consiguiente, a la confirmación de ella.

En tal virtud, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley confirma la sentencia apelada dictada en este asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el día 16 de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Miguel Arteaga H., Isaías Chaves, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

o

INDICE

SALA PLENA

Págs.

Artículo 2º del Decreto número 756 de 1942, acusado de inexequible.—Declárase inexequible por inconstitucional el artículo 2º del Decreto número 756 de 26 de marzo de 1942, por el cual se dictan algunas disposiciones sobre petróleos. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 317

Demanda del artículo 2º del Decreto 756 de 1942, presentada por el señor Pedro Ignacio Uribe.—Se está a lo resuelto en el fallo anterior sobre la misma disposición. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 320

Parágrafo único del artículo 172, Ley 85 de 1916 (Código Electoral), acusado como inconstitucional.—Declárase exequible el parágrafo único del artículo 172 de la Ley 85 de 1916 "sobre elecciones". Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 324

Artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943, demandados por inconstitucionales.—Declárase plenamente exequible el artículo 5º de la Ley 67 de 1943, y los artículos 3º y 4º de la misma, con algunas salvedades. (Juicios por jurisdicción coactiva). Magistrado ponente, doctor Miguel Arteaga H. 330

Demanda de inexequibilidad del artículo 16, Ley 128 de 1941 (facultades extraordinarias al Presidente de la República), de los artículos 3º y 4º del Decreto 2190 de 1941 (sobre extranjeros), de los artículos 1º, 2º, 3º, 5º, 8º y 9º del Decreto 1500 de 1942, y del Decreto 1552 del mismo año (sobre créditos de extranjeros).—Decláranse exequibles las disposiciones acusadas en la demanda presentada por el doctor Rafael Tafur Guerrero; sobre facultades al Presidente de la República, vigilancia de extranjeros y congelación de créditos de los mismos. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 345

SALA DE CASACION CIVIL

Acción reivindicatoria.—Cesión de derechos. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de reivindicación de Carlos Gabriel Gil y Socorro Gil contra Ester Eslava viuda de Gil y Reinalda Trujillo Eslava. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 354

Acción de dominio.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el once de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de reivindicación promovido por Elina Lozano y Lozano contra Arnaldo y Arnulfo Ramírez. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda.. 359

Acciones de reivindicación y de liquidación de una pretendida sociedad de hecho.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de Rosa Amelia Bedoya contra Daniel Sánchez. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez.... 361

Revalidación de papel sellado.—No se accede a la petición del recurrente en casación Rogerio Restrepo R., sobre aplicación al opositor del artículo 351 del Código Judicial. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 366

Acción de pago de lo no debido.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 9 de agosto de 1943, pronunciada en el juicio de Manuel Dávila Pumarejo contra The Anglo South American Bank, Limited, y el Banco de Londres y América del Sud. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 367

Responsabilidad de las personas jurídicas.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio ordinario iniciado por Prudencio Hernández contra la Compañía Colombiana de Electricidad. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 370

Acción petitoria de restitución de acciones de unas minas.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 4 de septiembre de 1940 en el juicio de Eduardo Ramírez Peláez y otros contra Antonio J. Aguilar. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 375

Reivindicación.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 3 de diciembre de 1942, correspondiente al juicio de Angel María Echavarría contra Luis E. Gutiérrez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza.... 379

Impugnación de la legitimidad de un hijo nacido dentro del matrimonio.—No se casa la sentencia proferida en el juicio seguido por Demetrio y Zoila Torres C. contra Raúl Cifuentes o Céspedes, fechado el 4 de septiembre de 1943. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 385

Acciones de nulidad de unos títulos, reivindicación, etc.—Casación parcial de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 27 de enero de 1943, pronunciada en el juicio de Nieves Cruz de López contra Pastor López y otros. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 390

Acciones de nulidad de un contrato y de reivindicación.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 5 de noviembre de 1942, en el juicio ordinario de Lucía y Berta

Págs.

Uribe Noguera contra Jaía Volovitz de Volovitz, Rubén Volovitz y Alfonso Uribe Noguera. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 396

Acción para el pago de una suma de pesos.—No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 14 de agosto de 1943 en el juicio seguido por el doctor José Antonio Archila contra el Coronel Liborio Orejuela Márquez. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango. 400

Filiación natural.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 18 de febrero de 1943 en el juicio ordinario de Ana Francisca Varela contra Antonio J. Restrepo. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez.... 403

Acción de nulidad de la reconstrucción de una diligencia de remate.—No se casa la sentencia de 25 de febrero de 1943, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario promovido por Elvira y Mercedes Quintero S. contra José María Posada y Pablo Londoño. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 406

Acción de nulidad del remate de una finca raíz y de su restitución.—No se casa la sentencia dictada en el juicio seguido por Helena Borda Malo de Caro contra Max Moog, Arthur Cyril Thompson, como Gerente del Banco de Londres y América del Sud, y Santiago Borda Malo, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 6 de marzo de 1943. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 409

Acción petitoria de pago de perjuicios morales. Se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 7 de diciembre de 1942, dentro del juicio seguido por el doctor Carlos Julio Fonseca Rojas contra la Federación Médica Nacional. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 414

Acción reivindicatoria.—Inspección ocular.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 26 de agosto de 1943, en el juicio de Félix Antonio Otero contra Jesús López o Castiblanco. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango. 421

Acción petitoria de pago de unas mejoras.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 22 de marzo de 1943 en el juicio de Gabriel Rangel Valencia contra Ramón A. Marín. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 424

Reivindicación.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 23 de agosto de 1943, en el juicio promovido por César Clavijo Falla contra Inés Clavijo Falla. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 426

Acción petitoria de reconocimiento de un mandato civil.—No se casa la sentencia de fecha 3 de diciembre de 1942 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio ordinario iniciado por Jorge H. Navarro y Pedro A. Casas contra Joaquín Molina. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 432

Acción rescisoria de un contrato de arrendamiento.—Casación de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá el 28 de septiembre de 1943, en el juicio seguido por Julio Galeano y Martina de Galeano contra Julio E. Caicedo C. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 436

Reivindicación.—Casación de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, con fecha 30 de septiembre de 1943, en el juicio promovido por Petronila Custodia León contra Pedro María Leal y Arcadio Leal. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 443

Recurso de hecho.—No se admite el recurso de hecho interpuesto por Juan de Jesús Morales contra el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 12 de mayo de 1944, pronunciado en el juicio adelantado por el recurrente contra María y Josefina Rivas Groot. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 449

Acción para el pago de una suma de pesos. Casación parcial de la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 26 de noviembre de 1943 en el juicio ordinario seguido por Francisco Baraya Vengoechea, Rosalvina Vengoechea de Baraya y otros contra el doctor Abel Losada. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 450

Impugnación de un acta de matrimonio católico.—Alcance jurídico del principio de que la legislación canónica debe ser solemnemente respetada por las autoridades de la República.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 1º de octubre de 1942 en el juicio ordinario instaurado por Francisco E. y Carlos A. Castro, Tulia Castro de González y otros contra Abigaíl Farías o Quimbay v. de Cortés, Julio Cortés Quimbay y otros. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 455

Objeciones a una partición sucesoral.—Porción conyugal.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 21 de septiembre de 1943, en que se confirma el auto que declara infundadas las objeciones propuestas por Juan Becerra a la partición de los bienes de su esposa María Orozco de Becerra. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca.. 471

Acción petitoria de declaración de una filiación natural.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 13 de julio de 1943, en el juicio seguido por Alcides León para que se le reconozca judicialmente como hijo natural de Alfredo Escobar R. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango.. 475

Aplicación de los principios jurídicos de Derecho Internacional Privado conforme al aforismo "locus regit actum".—No se casa la sentencia pronunciada el 7 de diciembre de 1942 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en el juicio instaurado por Belisario Mora contra los presuntos herederos del General Juan Vicente Gómez. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 482

Acción para el pago de una suma de pesos. No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 28 de septiembre de 1942 en el jui-

Págs.

cio seguido por Francisco Luis Alvarez y Manuel M. Vera contra Nacianceno Trujillo. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 487

Acción resolutoria de un contrato.—Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 21 de julio de 1943, en el juicio seguido por José Ruiz contra la Sociedad "Industria Metalúrgica Colombiana, Limitada", de Barranquilla. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 491

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ricardo Hinestrosa Daza 493

Acción petitoria de revisión de una sentencia de prelación de créditos, de nulidad de una hipoteca, etc.—No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 9 de septiembre de 1943 en el juicio ordinario que promovió Salvador Basto contra el doctor Angel M. Pava, Angelina Rubio de Pava y Julia Rosa Rubio de Quimbaya. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 494

Admisión de desistimiento de un recurso de casación.—Se admite el desistimiento del recurso de casación interpuesto por el apoderado de Raquel Lozano v. de Viveros contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 20 de marzo de 1944. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 498

Se niega la reposición de la providencia anterior 498

Reivindicación.—Baldíos.—Su adjudicación.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 29 de enero de 1943, recaída en el juicio ordinario promovido por el doctor Eduardo Garrido Campo contra Antonio Sánchez. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 500

Recurso de revisión de una sentencia.—Se declara infundado el recurso de revisión interpuesto por Julio Forero D. contra la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 10 de febrero de 1942, en el juicio de Isaac Forero y otros contra José Asunción y Pedro Forero. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 505

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Doctrina sobre perjuicios futuros.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de fecha 20 de octubre de 1943, en el juicio ordinario seguido por los esposos Efraím Noreña y Felisa Chaux de Noreña. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 508

Oposición a una solicitud de adjudicación de baldíos.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el día 19 de diciembre de 1942, en el juicio seguido por José María Lenis y José María Obando, para oponerse a la adjudicación solicitada por el señor Federico Uribe R. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 514

Acción sobre pago de una suma de pesos.—Revisión de sentencias.—Cuándo procede este recurso en el juicio especial de venta.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de fecha quince de octubre de 1943, en el

Págs.

pleito incoado por The Anglo South American Bank, Limited, contra Alberto R. y Carlos A. Osorio. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 518

Acción principal reivindicatoria y de reconvención sobre nulidad de un contrato.—Sus requisitos esenciales.—Constitución de fideicomiso oneroso, y sobre la nuda propiedad. Apreciación del dictamen pericial.—Libertad judicial de apreciación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 30 de agosto de 1943, pronunciada en el juicio en que figuran como partes Alejandrina Vargas de Zubieta y Roberto Vargas Martínez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 524

Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto.—No se admite el recurso de casación interpuesto por el doctor Adalberto Vergara y Vergara contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, del 5 de noviembre de 1943, recaída en el juicio ordinario entablado por Alejandro Espinosa contra el Jockey Club de Bogotá. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 535

Acción de resolución de un contrato.—Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 23 de septiembre de 1943, en el juicio promovido por Luis Gieseken C. contra Juan León Linero. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 537

Acción petitoria de disminución proporcional del precio de venta de una finca raíz por cabida.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pronunciada el 2 de julio de 1943 en el juicio seguido por Clementina Barragán de Muñoz contra Francisco Peñaranda Arenas. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 540

Acción para el pago de una suma de pesos. Cosa juzgada.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha 27 de agosto de 1943, dictada en el juicio ordinario promovido por José Isaac Carreño contra Romualdo Torres. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 545

Acción petitoria de declaración de inexistencia de un contrato.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 5 de octubre de 1943, correspondiente a la segunda instancia del juicio seguido por Hernando Villa, en su propio nombre y como Gerente de la Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias, S. A., contra Martín Vargas C. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 552

Acción para el pago de una póliza de seguro. Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 19 de noviembre de 1943 en el juicio adelantado por Alberto Gattas o Jettis, en nombre propio y como representante de la sociedad comercial Salomón Gattas e Hijos, contra The London & Provincial Marine & General Insurance Company, y contra la Compañía Colombiana de Seguros, sobre pago de un seguro. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza.... 557

Reivindicación.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Ju-

Págs.

dicial de Buga el día 30 de noviembre de 1943, en el juicio ordinario seguido por José Ramón Sierra contra Justiniano Ruiz. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón.. 562

Recurso de revisión.—No se admite la demanda de revisión presentada por Luis Enrique Galindo, como apoderado de Julio Enrique Munévar, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 13 de diciembre de 1943 en el juicio especial promovido por Carlos Pompilio Rojas contra el mencionado Munévar. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 567

Objeciones a una partición.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 18 de noviembre de 1943, que falló en segunda instancia las objeciones propuestas por Alonso Burbano a la partición de los bienes pertenecientes a las sucesiones intestadas de Eva Novoa de Zapata y Julio Enrique Zapata. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 569

Acción de nulidad de un contrato por simulación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 9 de febrero de 1944, que terminó la segunda instancia del juicio seguido por la vía ordinaria por Rosa María Prieto de Castro contra Francisco J. Prieto. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 572

Acción de ineficacia jurídica de un contrato. Resiliación.—Diferencia con la resolución. No se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 8 de febrero de 1944, pronunciada en el juicio de Juan C. García C. contra el doctor Eduardo Serna y Gerardo Mejía y Mejía. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 578

Acciones de simulación y de nulidad de un contrato.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 26 de junio de 1942 en el juicio ordinario seguido por Ricardo Hernández, como representante legal de su hija Isabel Hernández Guerrero, contra Antonio Cárdenas, Sixto Amaya, Silenia Guerrero y Segundo Guerrero. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda.. 583

Acción resolutoria de un contrato.—Obligación condicional.—Obligaciones a plazo.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 12 de noviembre de 1943, en la segunda instancia del juicio ordinario entablado por Arturo Vargas, en representación de sus menores hijos legítimos Gilma, Luz, Lilia, Tulia y Jaime, contra Marco Tulio Cadavid, Victoriana Díaz, Roberto Higuita y Emilia Hincapié. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 593

Acción petitoria de indemnización de perjuicios.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 17 de septiembre de 1943 en el juicio ordinario seguido por Obdulio Robayo contra el General Abel Losada. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 596

Acción resolutoria de un contrato.—Caducidad e indemnización de perjuicios.—Móviles en los actos jurídicos.—Teoría de Josserand. Efectos de la resolución y de la terminación de los contratos.—Efectos de tracto sucesivo. Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el 18 de noviembre de 1942, en la segunda instancia del juicio seguido por el Municipio de Pamplona contra la Empresa de Alumbrado Eléctrico de Pamplona. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 600

Acción resolutoria de un contrato y de reivindicación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 10 de marzo de 1944 en el juicio iniciado por los esposos Juan de Jesús Morales y Concepción Rodríguez de Morales contra José María Iregui. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 610

SALA DE CASACION PENAL

Concepto favorable sobre una solicitud de extradición.—Se emite concepto favorable a la solicitud de extradición de los venezolanos Carlos Oropeza Riera y Arturo Rodríguez, formulada por el Gobierno de Venezuela. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 613

Decisión de una colisión de competencias entre la jurisdicción militar y la ordinaria.—Se dirime en favor del Juez 1º Superior de Manizales la competencia negativa suscitada por éste al Comando de la 4ª Brigada, de Medellín, con motivo del conocimiento del proceso seguido contra el Capitán del Ejército, retirado, Jesús Correa Uribe, y el Escribiente del Comando del Distrito Militar número 19, Alfonso Manrique Terán. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 615

Sobreseimiento definitivo por supuesto delito de falsedad.—Se sobresee definitivamente a favor del Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil doctor Guillermo Hanssen M., por el cargo de falsedad que le imputó el doctor Pedro Nel Rueda Uribe. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 617

Medios legales para la comprobación del cuerpo del delito de homicidio.—La riña en el nuevo Código Penal.—Doble atenuación de los artículos 28 y 384 del Código Penal.—Se invalida la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil el 16 de mayo de 1941, que absolvió a Ana Ninfa Quintanilla de responsabilidad en la muerte de Víctor Manuel Calderón. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 619

Es inadmisible que haya colisión de competencias entre Tribunales Superiores de Distrito Judicial y un Ministerio del Despacho gubernamental.—No se accede a reponer para revocarla la providencia de la Corte, en que se confirmó el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 28 de marzo de 1942, por el cual éste se negó a provocar competencia positiva al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por el conocimiento de un litigio resuelto en primera instancia por la Prefectura de Control de Cambios. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 625

Recurso de revisión.—Se niega la revisión del proceso contra Conradino Ortega, condenado a doce años de presidio por el Tribunal Supe-

Págs.

rior del Distrito Judicial de Tunja, por la muerte de Rosendo Quintero. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 631

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo 632

Impugnación del veredicto del Jurado.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 25 de noviembre de 1942, que impuso a José Domingo Quintero la pena de cinco años y seis meses de presidio, por homicidio cometido en la persona de Venancio Suárez. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 633

Revisión de una sentencia proferida en juicio seguido por responsabilidad contra un funcionario judicial.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que halló infundados los cargos hechos por el señor Luis C. Velásquez M. al Juez 2º del Circuito Penal de Barranquilla, doctor Salvador Fontalvo C. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 636

Asesinato.—Sevicia en la ejecución del homicidio.—No se infirma el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, que condenó a Severo Díaz a cinco años de presidio por el asesinato de Marco Lino Díaz. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 637

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo y del Conjuez doctor Guillermo Morales Peña 643

Delito de fuga.—No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 15 de diciembre de 1942, en que se impuso a Marco Fernández la pena principal de tres años de prisión por el delito de fuga. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 645

Delito de heridas.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que el 2 de octubre de 1943 impuso ocho años de prisión a Bernardo Benjumea H. por lesiones personales a Fernando García S. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 647

Homicidio.—Asesinato.—Libertad del Jurado sobre apreciación de pruebas.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá dictada el 15 de julio de 1943, en que se condenó a Neftalí Hernández a la pena principal de quince años de presidio por el asesinato de Lázaro Téllez. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 650

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo 655

Concurso formal o ideal de delitos.—Delito continuado.—Concurso real o material.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dictada el 14 de diciembre de 1942, en que se condenó a Constaín Lozano a diez años de presidio por robo y doble delito de lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre. 656

Audiencia del Agente del Ministerio Público en las diligencias que se siguen contra los funcionarios públicos por demoras u omisiones en el ejercicio de su cargo.—Se revoca la providencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja el 15 de diciembre de 1943, en la cual se ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Cibel Barrera Beltrán y demás personas acusadas de demoras en un juicio. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 658

Incompetencia de la Sala Penal de la Corte para conocer de los procesos por responsabilidad contra los Magistrados Administrativos. Se inhibe la Corte de conocer de la denuncia presentada contra los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander por el señor Manuel Guillermo Guerrero Villamizar. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 660

Delito de robo.—No se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 14 de diciembre de 1942, que condenó a Moisés Contreras a la pena principal de tres años de presidio y a las accesorias correspondientes por el delito de robo de bienes del Estado. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez..... 663

Invalidación de la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta por no haberle aplicado al homicida sentenciado las medidas de seguridad conforme al Código Penal.—Se invalida el fallo del Tribunal Superior de Santa Marta, de fecha 10 de abril de 1942, que condenó a Miguel Uribe Julio a la pena principal de veinte años de presidio por homicidio cometido en la persona de Silvano Rincón Antéliz. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 668

Consulta de sentencias de primera instancia no apeladas.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 10 de marzo de 1943, que condenó a Marcos Reyes Rojas a la pena principal de un año de presidio por lesiones personales causadas a José Dolores Varón. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 674

Indivisibilidad del veredicto.—Se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales de 30 de enero de mil novecientos cuarenta y tres, que impuso a Alejandro Betancourt Vinasco la pena principal de cuatro años de presidio por homicidio cometido en la persona de Ofelia Jaramillo. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 678

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo 682

Elementos constitutivos de la sevicia.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva de fecha 5 de febrero de 1943, que condenó a Carlos E. Ospina a la pena principal de diez y seis años de presidio como responsable del asesinato perpetrado en Juan Castillo. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 683

Carencia de acuerdo previo y de inteligencia recíproca en la participación delictuosa.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Buga fechada el 19 de noviembre de 1942, que condenó a Jesús María Brito a la pena principal de diez y siete años de presidio por el asesinato de Eliseo Sánchez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 686

Págs

Estudio de los artículos 184 y 186 del Código Penal.—Delitos contra los funcionarios públicos.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 6 de marzo de 1943, que condenó a Alejandro Sánchez Agudelo a la sanción principal de veinte meses de presidio por lesiones causadas al Agente de la Policía Nacional Luis Ballesteros. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 689

Cuestiones primordiales que el Jurado debe decidir.—Se invalida el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja dictado el 23 de septiembre de 1943, en el cual se le impuso a Agustín Barrera Niño la pena principal de catorce años de presidio por el homicidio cometido en la persona de José del Carmen Barrera. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 693

Falsedad en documentos públicos.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de fecha 5 de septiembre de 1942, que impuso a Joaquín Rosero Solarte la sanción de tres años de presidio por el delito de falsedad en documentos públicos. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 696

Graduación de penas conforme al nuevo Código Penal.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, de 31 de octubre de 1941, en la cual se condenó a Eulogio Bohormitá a la pena principal de catorce años de presidio, y a Ernesto Bohormitá a diez años de la misma pena, como autores del homicidio cometido en la persona de Sebastián Mora Hernández. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 700

Asesinato.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, de 17 de febrero de 1942, que sancionó a Epimenio Herrera con quince años de presidio por la muerte del impúber Vicente Sierra. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 705

Concesión de un recurso de casación.—Se concede a Emilio García el recurso de casación interpuesto de hecho por él contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de 21 de septiembre de 1943, que lo condenó por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 707

Nulidad del proceso por haber figurado como Jurado un individuo distinto del que aparecía, por su nombre y apellido, en la lista de Jurados.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de 10 de septiembre de 1942, que condenó a Margarita Rueda Quintero a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio por haber dado muerte a Reyes González García. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 709

Falsificación de sellos.—Se dirime la competencia suscitada entre el Juez 1º Superior de Cali y el Juez 2º Superior de Popayán, dándole al primero la competencia para conocer del proceso contra Bernardo Rojas, Buenaventura Delgado y otros, por estafa al Departamento del Valle del Cauca, falsedad en documentos y falsificación de sellos. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 713

Págs.

Normas que rigen las causas de responsabilidad contra el Procurador, los Ministros y los Magistrados de la Corte.—No se acepta el denuncio presentado contra los Procuradores General y Delegado en lo Civil, por el Juez Unico del Circuito de El Cocuy, doctor Víctor Valero Bernal.—Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 718

La extradición según Acuerdo Bolivariano de 1911.—Se emite concepto favorable a la extradición solicitada por el Gobierno de Venezuela, de Jóvito Barrientos Gamboa, procesado por el delito de homicidio en la persona de Florencio Peña. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 721

Indemnización de perjuicios derivados del delito.—Carácter jurídico de la acción civil.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 16 de abril de 1943, en que se condenó a Pascual Bogotá a la pena principal de cuatro años cinco meses de presidio y al pago de tres mil trescientos ochenta pesos como indemnización de perjuicios, por haber dado muerte a Inocencio Bogotá. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 723

Las circunstancias de peligrosidad en los delitos contra la propiedad.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, del 12 de febrero de 1943, en que se condenó a Pedro Antonio Arboleda a la pena principal de cinco años de presidio por el robo cometido en los bienes de Ramón Ramírez. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 732

Los autos que declaran extinguida la acción penal no tienen recurso de casación.—Se niega el recurso de hecho interpuesto por el doctor Evangelista Quintana para que se conceda el de casación contra el auto del Tribunal Superior de Cali que declaró extinguida la acción penal contra el ex-Tesorero de Cali Alfonso Martínez Velasco. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 735

La contradicción entre el veredicto y la evidencia de los hechos (artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal).—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, de fecha 5 de diciembre de 1942, que condenó a Sebastián Pallares a quince años de presidio por la muerte de José del Carmen Pinzón. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 737

Modalidades de la riña imprevista, de la legítima defensa y de la ira e intenso dolor.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Neiva fechada el 21 de septiembre de 1942, que condenó a Francisco Ramalho da Silva a ocho años de presidio por la muerte de Virgilio Ferreira dos Santos. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 739

La causal segunda de casación no es aplicable a los juicios por Jurado.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Popayán dictada el 17 de julio de 1942, por la cual Juan Troyano fue condenado a la pena principal de diez y siete años de presidio por el homicidio cometido en la persona de Pedro Villamarín. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 742

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo 748

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Págs.

Responsabilidad del Estado por perjuicios causados en la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana.—Se reforma el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de agosto 27 de 1940, que condenó a la Nación al pago **in genere** de los perjuicios sufridos por Dolores Espinosa v. de Casas por la muerte de su hijo Rafael Casas Espinosa. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 750

Responsabilidad civil del Estado por perjuicios causados en la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 5 de febrero de 1941, dictada en el juicio ordinario seguido por Rosaura Ayala v. de Turbay, Alia María Turbay de Quintero y otros, contra la Nación por los perjuicios sufridos con la muerte de Hortensia (Hortense) Turbay Ayala y Judith Turbay de Turbay. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 755

Jurisdicción y competencia en asuntos referentes a prestaciones sociales.—Se declara que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta es incompetente para fallar sobre la demanda presentada ante dicho Tribunal por Obelio Anychiarico, contra el Departamento del Magdalena, sobre indemnización por un accidente de trabajo. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 762

Jurisdicción y competencia en asuntos referentes a prestaciones sociales.—Se revoca el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 3 de abril de 1941, por no ser competente para conocer de la demanda presentada por Julio C. Ramírez contra el Departamento de Antioquia, solicitando el pago de un auxilio de cesantía. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 763

Incidente de liquidación de perjuicios.—Se revoca la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que puso término al incidente de liquidación de perjuicios en el juicio de Manuel Rodríguez y Ricarda Avila de Rodríguez contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 765

Se revoca el auto anterior.—Se revoca el auto dictado el 28 de febrero de 1944, que puso término a la segunda instancia del incidente de liquidación de perjuicios en el juicio de Manuel Rodríguez y Ricarda Avila de Rodríguez contra la Nación, y se acoge con modificaciones el dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el mismo asunto. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 770

Incompetencia de la Corte para conocer una consulta.—No se admite la consulta de una sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 14 de febrero de 1944, en que se decretó una pensión de jubilación a favor del señor Gustavo A. Palomares. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 774

Representación en juicio de los Ferrocarriles Nacionales.—Se invalida el juicio instaurado por José J. Fernández contra la Nación por perjuicios causados por empleados de los Ferrocarriles Nacionales, desde el auto de citación para sentencia dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 9 de agosto de 1943, por ilegitimidad de la personería del demandado. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 775

Representación en juicio de los Ferrocarriles Nacionales en los juicios que se sigan contra la Nación por accidentes ferroviarios.—Incidente de nulidad.—Se revoca el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 21 de febrero de 1942, en el juicio de Juan C. Cabrera contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 777

Acción revisora de una sentencia y de ineficacia de un juicio ejecutivo.—Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el 14 de diciembre de 1942, en el juicio de Leandro Cardona contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 779

Incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de las acciones de indemnización de perjuicios por actos o resoluciones de las autoridades administrativas.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el 10 de julio de 1943, en el juicio seguido por Gabriel Royo Pérez contra el Departamento de Caldas. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 786

Responsabilidad del Estado por la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana.—Responsabilidad directa e indirecta.—Se reforma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 28 de septiembre de 1943, que finalizó la primera instancia del juicio instaurado por Nazario Orozco Ospina y Judith Rendón de Orozco contra la Nación por los perjuicios causados con la muerte de Elvia Orozco Rendón y las lesiones sufridas por Darío Orozco Rendón en el accidente de aviación del Campo de Marte. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 789

Salvamento de voto del Magistrado doctor José M. Blanco Nuñez 800

Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos.—Singularización e identificación de inmuebles en negocios diferentes a petróleos.—Se declara infundada la oposición de Rafael Alvarez, Augusto Septimio Alvarez y otros a la propuesta de contrato presentada al Gobierno Nacional por Gabriel Angel para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional en terrenos situados en jurisdicción del Municipio de Simití (Bolívar). Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 809

Pensión de jubilación a un antiguo miembro del Poder Judicial.—Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el 9 de julio de 1943, en el juicio iniciado por Juan de J. Gómez G. contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 816

Pensiones decretadas a quienes han sido empleados del Poder Judicial.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 27 de octubre de 1943, y el auto aclaratorio de la mis-

Págs.

ma, de fecha 31 de enero de 1944, correspondientes al juicio seguido por el doctor Enrique A. Becerra contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Miguel Arteaga H..... 821

La Corte se inhibe de conocer de la apelación interpuesta por las partes contra la resolución del Tribunal de Ibagué, que negó la cancelación de la matrícula de un abogado.—No se admite la apelación interpuesta por las partes contra la resolución del Tribunal de Ibagué, de fecha 12 de noviembre de 1943, dictada en el juicio sumario promovido por Reyes Fuentes para que se cancelara la matrícula de abogado al doctor Nicolás González Torres. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 826

Acción de dominio.—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 19 de agosto de 1942, en el juicio seguido por el Fiscal de dicho Tribunal contra la Sociedad denominada "Emiliani Hermanos". Magistrado ponente, doctor Miguel Arteaga H. 830

Conocimiento privativo en los juicios de quiebra.—Se declara competente al Juez del Circuito de Segovia, con exclusión del Juez del Circuito de Barranquilla, para conocer del juicio de quiebra del señor Otto Flecker. Magistrado ponente, doctor Miguel Arteaga H. 835

Pensión de jubilación de un antiguo miembro del Poder Judicial, que no lo era ya cuando entró a regir la Ley 22 de 1942.—Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 25 de octubre de 1943, en el juicio seguido por Máximo A. Morales contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 839

Liquidación de perjuicios.—Prestaciones sucesivas en forma de pensión periódica.—Se revoca el auto del Tribunal Superior de Bogotá, pronunciado en el incidente de liquidación de perjuicios seguido como consecuencia del fallo en la demanda ordinaria de Encarnación Martínez v. de Fandiño contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 844

Pensión.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el 28 de enero de 1944, en el juicio instaurado por Ramón P. Pava contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 849

Acción de responsabilidad civil para pago de perjuicios materiales y morales por un siniestro de aviación.—Se confirma parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, que puso término a la primera instancia del juicio ordinario seguido por Ana Dolores Rojas v. de González contra la Nación por los perjuicios sufridos con la muerte del doctor Juan B. González en un accidente aéreo. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 851

Responsabilidad directa de la Nación en la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana. Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en la primera instancia del juicio seguido por Francisco Mahecha Z. contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 864

Acción de nulidad de unas resoluciones ejecutivas.—Se niegan las peticiones de la demanda ordinaria formulada por Enrique Botero Londoño contra las Resoluciones números 4762 de 1941 y 557 de 1942, originarias del Ministerio de Correos y Telégrafos. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 868

Competencia de la Corte para conocer de las solicitudes sobre cancelación de las matrículas e inscripción de abogados.—Es incompetente la Corte para conocer de la apelación interpuesta por el Fiscal del Tribunal Superior de Cali contra la providencia en que ese Tribunal, el 30 de noviembre de 1943, negó la cancelación de las matrículas de abogados de los doctores Miguel Monsalve, Ernesto González Piedrahita, Hernando Navia Varón y Fernando Medina Ch. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 871

Acción de indemnización de perjuicios, de restitución de unos objetos, etc.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida sobre la demanda presentada por Raimundo Moreno López contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 875

Acción para el pago de una suma de pesos.—Seguro de vida obligatorio.—Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el 3 de julio de 1942, que puso término a la primera instancia del juicio ordinario seguido por Anabeiba Mejía de Velásquez contra el Departamento de Caldas. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 879

Pensión.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el 16 de febrero de 1944, en el juicio especial seguido por María de la Hoz viuda de Puccini en demanda de una pensión a cargo de la Caja de Previsión Social de los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 884

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

TOMO LVII | BOGOTA, 1947 | NUMERO 2015

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LVII

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A

ABUSO DEL DERECHO

— 1 —

La teoría del abuso del derecho o, más ceñidamente, la posibilidad de que su uso por excesivo o desviado justifique una demanda de indemnización de perjuicios consiguientes a ese exceso o desvío, está admitida y sostenida uniformemente por la Sala en repetidas sentencias, al punto de constituír doctrina jurisprudencial. La sentencia del 19 de mayo de 1941 cita la que la Corte pronunció en 1899, en que, sin nombrar aún la figura del abuso del derecho, la presintió para nuestra jurisprudencia e indicó su ajustamiento a nuestro sistema legal, declarando desde entonces que «el derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales, y teniendo en cuenta que nadie puede tener una facultad emanada de la norma del derecho objetivo cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social». Así se preludiaba lo que han expuesto uniforme y reiteradamente las sentencias de la Sala relacionadas con esa tesis, a partir de 1935. Según ella, el derecho reconocido o conferido por las leyes al individuo mira, ante todo, al bien social y al interés público; de suerte que al ejercitarlo el individuo en forma reñida con ese interés público, con ese bien social, ya por llevarlo en su ejercicio más allá de lo señalado por su propia seguridad y conveniencia, ya al desviarlo de su fin estricto y efectivo, no puede ampararse con la máxima *nemo laedit*, porque con ese exceso o desvío sí lesiona, sí perjudica, sí daña. De otro lado, como también oficiosamente lo han declarado aquellas de las citadas sentencias en que lo tocante al abuso del derecho se ha motivado por denuncias criminales, la Sala se ha guardado de reputar comprobación de culpa del denunciante el mero hecho de que a favor del denunciado haya habido un sobreseimiento, entre otras razones por la decisiva de que, si se conceptuara que en éste hay esa prueba de culpa y aun de dañada intención, como algunos pretenden, se privaría a la sociedad del concurso de los asociados solicitado por la ley al punto de imponerlo como obligación cuando habla en esta calidad de la noticia que ha de dar cada cual a las autoridades de los delitos de que tenga conocimiento, so pena, en algunos casos, de hacerse sospechoso como cómplice o encubridor en faltando a ese deber. Si el denunciante quedara vinculado a la condena del imputado en forma que sin ella se le tuviese por incurso en culpa y, por ende, señalado como reo en futuro pleito de indemnización, nadie denunciaría delito alguno o muy pocos afrontarían esa contingencia, ya que ante las incertidumbres de un proceso, rara vez será posible vaticinar con seguridad su resultado. No pudiendo el solo sobreseimiento determinar el

concepto de si la denuncia ha sido o nó dolosa o culposa, la decisión al respecto ha de buscarse en todos los hechos pertinentes, en las circunstancias y peculiaridades de cada caso, en lo que constituye la situación de las cosas, su estado ambiental por decirlo así, en la época en que la denuncia se formuló, a fin de establecer si para entonces hubo o nó un error de conducta en formularla. Si en todo proceso precisamente el sentenciador ha de analizar las probanzas, tal vez en ninguno como en los de culpa aquiliana es esa obligación más imperiosa. Así ha procedido la Corte en las citadas sentencias (1). (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 7 de 1944)..... Pág. 76, 2.ª

ACUMULACIÓN DE AUTOS

— 2 —

Según el Código Judicial, es procedente una pluralidad de procesos dentro de una unidad de procedimiento. Esa pluralidad se configura de ocho maneras distintas que forman dos grandes grupos que dan origen el primero a la acumulación objetiva y el segundo a la subjetiva. Las acumulaciones subjetiva y objetiva pueden presentarse combinadas y esta combinación da lugar a varias figuras como cuando existe diversidad de personas, pero identidad de fundamento real y jurídico. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 9 de 1944)..... Pág. 42.

AGENTES DE LA POLICÍA NACIONAL

— 3 —

Tanto la degradación, como la expulsión de una institución como la Policía Nacional, son fundamentadas por resoluciones administrativas contra las cuales tiene el perjudicado todos los recursos legales. Y mientras los Jueces administrativos no decidan sobre su revocación o nulidad, la justicia que asista a la víctima para reclamar perjuicios no puede declararse ni por los mismos Jueces, ni por los ordinarios, en los casos en que la ley concede a éstos esa facultad.

Además, los agentes del Estado tienen pleno derecho para nombrar, remover, ascender o retrogradar a los servidores a quienes les falte capacidad para emplearse conforme al rango recibido, salvo que la ley limite esas libertades del Gobierno a ciertas reglamentaciones. La facultad de remover y de ascender empleados del orden administrativo la consagran los artículos 115 y 131 de la Constitución Nacional. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, números 2010 a 2014, junio 28 de 1944)..... Pág. 877, 2.ª

AMISTAD ÍNTIMA

— 4 —

No es fácil señalar una norma que contenga los elementos constitutivos de la intimidad en la amistad, porque ese concepto envuelve de modo predominante un sentimiento subjetivo.

A falta de prueba suministrada por el interesado en la recusación, debe darse un valor especial a la apreciación que el Magistrado tenga sobre la clase de amistad que lo liga con alguna de las partes o sus representantes. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2006 a 2009, abril 1.° de 1944)..... Pág. 204, 2.ª

APRECIACIÓN DE PRUEBAS POR EL JURADO

— 5 —

Para los juicios en que interviene el Jurado no es posible la invocación de la causal 2.ª del artículo 567 de la Ley 94 de 1938, si la demanda pretende discutir que es incompleta o deficiente la prueba de la responsabilidad, o si plantea el problema consistente en que ciertas probanzas relativas al mismo asunto de la responsabilidad debieron primar sobre otras antagónicas o de contenido diverso. Y eso, porque solicitar en casación que se rectifiquen o valoren de nuevo pruebas que el Jurado estimó con su libertad de conciencia, admitiendo unas, favorables o perjudiciales al reo, y rechazando otras, en contra o beneficio de la persona procesada, lleva al desconocimiento del veredicto. En el juego contradictorio de las pruebas que acerca de la responsabilidad contenga una controversia penal, el Jurado es absolutamente libre para acoger las que crea más conformes con su criterio de juez de hecho, criterio moral cuya racional autonomía está consagrada por la solemne fórmula del juramento que rinden los Jurados (artículo 528 de la Ley 94 de 1938).

Para que el reemplazo ilegal de un Jurado entrañe nulidad, es preciso que eso suceda en el *acto del sorteo* y que el reclamo se haya hecho en el mismo acto o dentro de los cinco días siguientes, requisitos sin los cuales la nulidad deja de serlo. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 4 de 1944)..... Pág. 652, 1.ª

(1) Concuerda con esta doctrina la sentada por la Corte en sentencia de casación del 30 de octubre de 1935 *(Jurisprudencia de la Corte,* tomo V, volumen 1.°, pág. 6).

AVALÚO

— 6 —

Mientras una incapacidad de la persona no se ponga en relación con determinada actividad productiva de la vida, es imposible representarla en cifras numéricas a fin de obtener reparación pecuniaria. La actividad o el negocio en que se ocupaba el individuo o en que iba a ocuparse, y que una lesión o incapacidad determinada le obliga a abandonar, temporal o definitivamente, es el elemento primordial e imprescindible para valorar las repercusiones de orden económico que la incapacidad total, relativa, temporal o perpetua, va a producir en el patrimonio del lesionado. El procedimiento contrario, edificado sobre meras conjeturas y suposiciones, termina en la arbitrariedad. Conduce a avaluar las lesiones, no por las pérdidas efectivas de dinero que éstas producen o van a producir, sino por lo que las lesiones valen en sí mismas consideradas; es decir, se les pone precio a las heridas, a las desfiguraciones, al defecto funcional. Y esto es inadmisible porque semejante cálculo tiene que descansar necesariamente en la fantasía de quien lo concibe. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2006 a 2009, febrero 23 de 1944). Pág. 273, 2.ª

AVALÚOS

— 7 —

En tratándose de avalúos, como de toda cuestión técnica, es preciso la intervención de expertos al respecto, que dictaminen sobre el particular, que no la de testigos, los cuales declaran sobre hechos, pero no conceptúan ni dictaminan (1). (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 12 de 1944)..... Pág. 58, 2.ª

B

BALDÍOS

— 8 —

Aunque conforme a los artículos 65, 66, 69 y 77 del Código Fiscal, 3.° de la Ley 85 de 1920 y 1.° de la 34 de 1936, quien ocupa un terreno baldío, con cultivos o con ganado, *tiene derecho a que el Gobierno le adjudique* lo ocupado y algo más, es incuestionable que mientras no obtenga la adjudicación, en las condiciones y con los requisitos determinados en la ley, no es dueño o no tiene la propiedad plena del terreno. Tiene únicamente el derecho a que se le adjudique, es decir, la aptitud legal necesaria para obtener el dominio, o sea, para adquirir el título traslaticio de propiedad, que es la resolución de adjudicación. Aunque a primera vista pudiera creerse que el artículo 9.° de la Ley 34 de 1936 concede la propiedad de los terrenos baldíos a título de cultivador, por el solo hecho del cultivo, modificando así el principio sentado en los preceptos antes examinados, el propio artículo exige que ese hecho sea reconocido en la providencia de adjudicación. Así, pues, deja intacto aquel principio, o sea que para adquirir la propiedad del terreno es indispensable la adjudicación, ya que el hecho del cultivo debe ser reconocido en la respectiva providencia, lo que quiere decir que mientras no haya adjudicación no hay propiedad, o, en otros términos, el cultivo es la causa o el motivo que induce al Gobierno a hacer la adjudicación, y lo que le da derecho al cultivador para que se le haga, pero aquélla es indispensable para que éste se convierta en propietario. (1) (Casación, LVII, números 2010 a 2014, agosto 8 de 1944)....Pág. 503, 1.ª

C

CAMBIO DE RADICACIÓN DE PROCESOS CRIMINALES

— 9 —

El artículo 5.° de la Ley 5.ª de 1943 —que autorizó al Gobierno para cambiar por una sola vez la radicación de los negocios criminales en que aparezcan sindicados miembros del Cuerpo de la Policía Nacional, aunque las solicitudes no reúnan las condiciones generales que exige el Código de Procedimiento Penal— no modificó el artículo 58 de este Código.

El Gobierno, en consecuencia, no puede cambiar, en ningún caso, la radicación de un proceso criminal, sin previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2006 a 2009, marzo 28 de 1944).....Pág. 197, 2.ª

CANCELACIÓN DE MATRÍCULAS DE ABOGADOS

— 10 —

Si de acuerdo con los artículos 6.° y 7.° de la Ley 62 de 1928 y 10 de la 21 de 1931, los Tribunales de Distrito están facultados expresamente

(1) Concordancia: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 3.°, número 338.

(1) Concordancia: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo V, volumen 1.°, número 129.

para negar la inscripción de un abogado por las causales del artículo 10 de la Ley 21, también lo están para conocer del juicio sumario sobre cancelación de la matrícula, pues la materia de decisión en ambos casos es la misma: examinar si el abogado está dentro de las causales de inhabilidad previstas en la ley para ejercer la profesión o continuar ejerciéndola. En cambio, no está determinado por la ley que los fallos dictados por los Tribunales, encaminados a decidir la demanda de un tercero propuesta con el objeto de que se cancele la matrícula de determinado abogado, deban tener segunda instancia, y que de ésta corresponda conocer a la Corte Suprema en Sala de Negocios Generales. Cuando los Tribunales fallan negocios a ellos atribuídos por leyes especiales, distintos de los civiles, comprendidos en los respectivos numerales del artículo 76 del Código Judicial, es indispensable que la misma ley haya previsto el recurso de apelación ante la Corte. De lo contrario carece del poder de revisión sobre esos fallos de los Tribunales. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, junio 5 de 1944).....Págs. 827 y ss.

CANCELACIÓN DE MATRÍCULAS DE ABOGADOS

— 11 —

Esta clase de acciones, ya lo dijo la Corte, son del conocimiento privativo y único de los Tribunales Superiores de Distrito, y las resoluciones que ellos dictan para decidirlas no son apelables ante la Corte Suprema. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, junio 21 de 1944).....Pág. 872, 2.ª

CAUSAL 2.ª DE CASACIÓN EN MATERIA PENAL

— 12 —

La causal 2.ª de casación no es aplicable a los juicios por Jurado. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, noviembre 3 de 1944).....Pág. 745, 1.ª

CAUSAL 6.ª DE CASACIÓN

— 13 —

La causal 6.ª no puede originarse en nulidades procedimentales, como son las que para todos los juicios enumera y autoriza el artículo 448 del Código Judicial. La consistente en la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, se funda en el quebranto del derecho de defensa garantizado constitucionalmente, y ocurre, como es obvio, solamente respecto de las personas que han sido demandadas, pues «mal podría dictarse una sentencia contra el que no fue formalmente llamado a enterarse de la demanda contra él deducida y hacer uso de los medios de defensa que la ley le brinda». Es el desconocimiento de esta formalidad esencial del enjuiciamiento que permite la defensa lo que induce la nulidad, de tal modo que no obstante haberse omitido, si la persona o personas demandadas intervienen en el juicio sin oportuna reclamación al respecto, desaparece el motivo de nulidad porque por su comparecencia quedan enteradas de la demanda contra ellas deducida y en capacidad de controvertir y defender su derecho. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, agosto 29 de 1944).....Pág. 554, 1.ª

CAUSAL 6.ª DE CASACIÓN

— 14 —

La causal 6.ª se refiere a las informalidades o vicios que se hayan cometido en el desarrollo del proceso, de acuerdo con la ley procedimental, pero no a la esencia misma del derecho. Estas insuficiencias procedimentales pueden ser ratificadas por las partes en el proceso, lo que no sucedería en tratándose del derecho mismo que habría que constituirlo por un auto o contrato distinto al de la ratificación de las formalidades procesales. Cuando el demandante carece de derecho o dirige la demanda contra persona distinta de la obligada, no existe nulidad; lo que pasa es que ese derecho no puede reconocerse, o porque no se ha constituído, o porque no se ha acompañado la prueba correspondiente para su comprobación. Esta causal se refiere a la personería sustantiva, que la constituyen los requisitos que la Ley de Procedimiento exige para que una persona pueda comparecer ante la justicia ordinaria. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 12 de 1944).....Pág. 56, 1.ª

CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS

— 15 —

Conviene anotar la diferencia entre la cesión de derechos hereditarios, cuando es el caso de este contrato, según se haga por la totalidad de los causahabientes o meramente por alguno o algunos de ellos, particularmente cuando en la cesión se señala determinado bien, diciendo que a él están vinculados los derechos cedidos. En este último evento es ulteriormente, con la partición, cuando y como viene a saberse si se confirma lo dicho al ceder por coincidir la respectiva adjudicación con ese señalamiento, o si, por haberse adjudicado ese bien a otro u otros de los herede-

ros habrá de procederse como en el caso de venta de cosa ajena, al tenor del artículo 1401 del Código Civil, tan congruente con el 789 del mismo. Claramente se ve que esta contingencia no puede presentarse en el otro de los eventos antedichos, es decir, cuando hay cesión de todos los causahabientes. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 2 de 1944).....Pág. 357, 1.ª

CIRCUNSTANCIAS DE PELIGROSIDAD EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

— 16 —

En los delitos contra la propiedad —como en todos los delitos— existen elementos constitutivos del mismo y circunstancias modificadoras de la sanción, que —unos y otras— no pueden desecharse en la individualización judicial y se distinguen de las circunstancias de peligrosidad; a menos que alguna o algunas de éstas sean análogas a los elementos constitutivos o a las circunstancias modificadoras, en cuyo caso aquéllas —las de peligrosidad— no pueden considerarse en el estudio de la responsabilidad en virtud de la norma jurídica universal, *non bis in idem*.

En los delitos de robo, el artículo 402 fija los elementos constitutivos y el artículo 404 las circunstancias modificadoras de la sanción, normas aquéllas únicamente aplicables al delito en estudio, y el artículo 403, cuando el artículo 404 no se opone, esto es, cuando las circunstancias en el artículo 403 determinadas se suceden y su aplicación no viola la norma universal ya referida.

La Ley Penal incluye, entre las circunstancias modificadoras de la sanción, la cuantía de lo hurtado o robado y la magnitud del perjuicio causado a la víctima del delito; respecto a la cuantía, hay aumento de pena si pasa de dos mil pesos, y con mayor razón si de diez mil pesos, a menos que —siendo inferior— haya ocasionado a la víctima graves dificultades para atender a su subsistencia; y en cuantò al perjuicio por aquélla sufrido, hay aumento de pena en el caso de que las condiciones económicas del lesionado sean muy precarias, lo que no sucede en el presente caso.

La cuantía de lo robado —se deduce— no es circunstancia de mayor peligrosidad, sino modificadora de la sanción, de modo que si el Tribunal la acogió en el primero de sus significados, erró en ese punto. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 15 de 1944).....Pág. 730, 2.ª

COAUTOR

— 17 —

La carencia de acuerdo previo no desvirtúa el carácter de la participación delictuosa entre los que concurren a consumar la infracción, aunque sea accidentalmente; ni la falta de inteligencia recíproca entre los ejecutores del delito basta para quitarles a éstos su condición de coautores. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 24 de 1944).....Pág. 687, 2.ª

COLISIÓN DE COMPETENCIAS

— 18 —

Cuestión esencial de orden público es lo que se relaciona con las leyes que fijan la competencia para ejercer la jurisdicción que corresponde a la soberanía del Estado, en cualquiera de los Organos del Poder, y de allí que toda función pública se derive de normas que también tienen un preciso límite, traspasado el cual es abuso la atribución arrogada. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional por excelencia, la administración de justicia, ese principio de la limitación de atribuciones debe ser más rígido, por la naturaleza del Organo Judicial, hasta el extremo de que todas y cada una de sus facultades requieren intelección restrictiva que excluya las analogías. De suerte que en lo tocante a colisión de competencias, positiva o negativa, concerniente a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, la regla absoluta es la consignada en el auto de folios 85 a 89 que la colisión o pugna no puede tener ocasión sino con otros Tribunales o Juzgados del mismo Organo, con la jurisdicción militar en procesos penales y con la rama de lo contencioso-administrativo. Y en el incidente de competencias esta Sala de la Corte Suprema sólo se halla autorizada para intervenir, dirimiéndolas, cuando la colisión se suscite entre los Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial; entre dos Juzgados de diversos Distritos Judiciales; entre la jurisdicción militar y la ordinaria, y entre un Tribunal Superior y uno Seccional Administrativo (artículos 42, número 4.º, Ley 94 de 1938, y 146, Ley 167 de 1941). (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2010 a 2014, junio 10 de 1944). Pág. 627, 2.ª

COLISIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA PENAL EN RELACIÓN CON EL ABUSO DE CONFIANZA DE UN CONDUCTOR DE CORREOS

— 19 —

(Véase lo que sobre este punto trae el auto de la Sala de Casación Penal, de fecha 29 de marzo de 1944, LVII, números 2006 a 2009)....Pág. 201, 2.ª

COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS DELITOS DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS MAGISTRADOS ADMINISTRATIVOS

— 20 —

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 para juzgar a los Magistrados de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, ni siquiera por cargos de responsabilidad. Así, pues, si no es la Corte Suprema, por medio de la Sala Penal, la que puede conocer en única instancia o privativamente de tales procesos, son los Jueces de Circuito en el ramo Penal los autorizados para ese conocimiento, en armonía con el artículo 47, numeral 1.°, de la Ley 94 de 1938, aun cuando padezca la *elegantia juris* al someter a un Magistrado de Tribunal Administrativo a la jurisdicción y competencia de un Juez de Circuito. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2010 a 2014, agosto 25 de 1944).

Pág. 661, 1.ª y 2.ª

CONCURSO IDEAL DE DELITOS

— 21 —

El artículo 31 del Código Penal se refiere al que con un mismo hecho viola varios preceptos de la Ley Penal, figura que se llama *concurso ideal o formal.* (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 15 de 1944).....Pág. 656, 2.ª

CONCURSO REAL DE DELITOS

— 22 —

El artículo 33 ofrece la fórmula del *concurso real o material* de delitos, lo cual quiere significar que el responsable ha cometido varias infracciones separada o conjuntamente y que se juzgan en un mismo proceso. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 15 de 1944).....Pág. 657, 1.ª

CONDENA CONDICIONAL

— 23 —

Aunque es cierto que la condena condicional solamente puede otorgarse en la misma sentencia condenatoria (artículo 663 de la Ley 94 de 1938), en el caso de autos hay que convenir en que, según las expresiones del señor Procurador, el «irregular procedimiento del Juez hay que estimarlo como una equivocación o un error de su parte, ante la ausencia de dolo o culpa que se observa en el proceso, mayormente tratándose de una institución nueva como esta de la condena condicional. No aparece en el expediente que la concesión de dicho beneficio obedeciese a un interés distinto del que demanda la correcta administración de justicia. En tales condiciones no resulta que el Juez haya infringido ninguna norma de carácter penal». La Sala acoge el concepto del Procurador, aunque observa que la condena condicional existía en el artículo 22 de la Ley 83 de 1915. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2010 a 2014, junio 24 de 1942).

Pág. 634, 2.ª

CONDENA EN COSTAS

— 24 —

La condenación en costas se origina unas veces, subjetivamente, de la temeridad de la respectiva demanda o recurso o gestión en general, y otras, objetivamente, de la mera adversidad del resultado; en ocasiones se atiende a ambos motivos. Es ella una pena de orden civil por el abuso del derecho de litigar, abuso demostrado con esa falta de buen suceso o con llevar en sí la respectiva gestión o pedimento la indicación de que quien lo hace lo ha hecho a sabiendas de no ser viable, y con un insano propósito, como el de demorar el cumplimiento de una obligación indiscutible, o el de mortificar a su contraparte o cansarla, etc., y solicitando así y haciendo malversar la atención y tiempo de las respectivas autoridades. Toda condenación en costas lógicamente requiere que las haya. De ahí que no sea infrecuente la terminación del fallo con frases como «sin costas, por no aparecer que se hayan causado», u otra equivalente con que se hace ver que la parte triunfante no puede obtener en su favor el aditamento de esa condena cuando no ha incurrido en gastos ni ejecutado labor en razón de las gestiones de su adversario. Y esto, aun en los casos en que la ley ordena imperativamente condenar en costas, como por regla general sucede, verbigracia, en las apelaciones que concluyen con la confirmación de la sentencia apelada. Cuandoquiera que se ha tratado de esa condenación hecha por Tribunal Superior en fallo de segunda instancia, se ha hallado en casación improcedente el cargo consistente en que tal condena no debió pronunciarse, y para proceder así la Corte se ha fundado en que ese paso es de los que la ley deja al arbitrio y conciencia del juzgador (1). (Casación, LVII, números 2010 a 2014, agosto 30 de 1944).

—— Pág. 560, 2.ª

(1) Concordancias: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 2.°, números 561, 562; tomo 3.°, 944, 946, 949; tomo 5.°, número 392, vol. 1.°

CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL

— 25 —

El artículo 608 del Código Judicial defiere al juicio del Juez para el señalamiento de la mayor o menor fuerza de la confesión extrajudicial, y así las cosas, no cabe acusación por error de derecho basada en que el sentenciador haya dado tal o cual fuerza y valor a una confesión de esta clase. Esa disposición, que comienza diciendo que tal prueba es deficiente o incompleta, termina estableciendo que puede hasta tener mérito de plena prueba si a juicio del Juez no queda duda acerca de la confesión misma. (1) (Casación, LVII, números 2006 a 2009, abril 1.º de 1944).

Pág. 143, 2.ª

CONSULTA

— 26 —

La Corte ha declarado en varias sentencias la inaplicabilidad del artículo 3.º del Decreto número 1282 de 1943, y su incompetencia para conocer y fallar sobre estos negocios cuando se trata de consultas de los respectivos fallos. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, abril 14 de 1944).....Pág. 774, 2.ª

CONSEJO ADMINISTRATIVO
DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 27 —

Por medio del Decreto número 1420 de 1943 reasumió el Estado la dirección y administración de los ferrocarriles de propiedad de la Nación, y le dio al Consejo Administrativo de ellos el carácter de delegado de tal administración; pero como no se precisó el alcance de tal administración, el Ejecutivo, en uso de las facultades que le otorgó la Ley 7.ª de 1943, dictó con posterioridad al Decreto mencionado los Decretos números 1842 de 18 de septiembre (*Diario Oficial* número 25358) y 2645 de 30 de diciembre de 1943 (*Diario Oficial* número 25435), que determinan el alcance de dicha delegación y establecen que la representacion judicial la ejerza el Administrador del Consejo con independencia del Ministerio Público.

Los artículos de los Decretos citados confirman la doctrina sustentada por la mayoría de la Sala antes de la expedición de dichos Decretos, en cuanto se establece que la representación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales en los juicios que comprometan por una u otra causa el patrimonio que por ley se le ha confiado a su cuidado, corresponde única y exclusivamente al Administrador General, con exclusión del Ministerio Público. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2006 a 2009, febrero 11 de 1944).....Pág. 264, 1.ª

CONSULTA DE SENTENCIAS
DE PRIMERA INSTANCIA NO APELADAS

— 28 —

Cuando el Código se refiere a la consulta de sentencias de primera instancia que no hayan sido apeladas, habla de la «infracción», lo que ya está indicando que la referencia debe estimarse acerca de la ley misma que impone las sanciones y no del hecho concreto y específico que sea materia del proceso. La expresión «tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año», muestra a las claras que el objeto de la consulta es el de llevar al conocimiento del fallador de segunda instancia los procesos fallados en primera y atinentes a infracciones que en el Código Penal tengan una sanción de la naturaleza contemplada en el artículo que se analiza y que se hallen reprimidas en el mismo Código con una pena que exceda de un año. Es obvio que si el legislador hubiera querido limitar la consulta por razón de la pena impuesta en la sentencia, y no por razón de la señalada en el Código, lo hubiera dicho claramente; pero su pensamiento fue el de excluír de esa alzada las infracciones consideradas de poca entidad, y por ese motivo reprimidas en la ley o con pena incorporal, o con pena corporal cuyo máximo no llegue a un año, y por ello instituyó la consulta para los fallos referentes a infracciones que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal excedente del término a que se ha hecho alusión. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 22 de 1944).

Pág. 675, 2.ª

CONTRAVENCIONES DE POLICÍA

— 29 —

La ley asigna a la Policía el juzgamiento de las contravenciones: pero no toda infracción para conocer de la cual sea competente la Policía es, por sólo eso, una contravención, pues la Policía conoce también de verdaderos delitos.

No todos los hechos de que trata la Ley 48 de 1936, «sobre vagos, maleantes y rateros», pueden estimarse como meras contravenciones. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 4 de 1944).....Pág. 181, 1.ª y 2.ª

(1) Concordancia: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo V, vol. 1.º, número 359.

COSA JUZGADA

— 30 —

La inversión de los papeles, por haber sido demandado el que después se hace demandante en un juicio, no desvirtúa la identidad jurídica de las partes cuando se debate la misma cuestión y se aduce la misma prueba.

El artículo 473 del Código Judicial establece el principio general de la relatividad de la cosa juzgada respecto de las partes militantes en un proceso, principio general, como acaba de expresarse, que tiene unas pocas excepciones porque hay casos en que ciertos fallos tienen fuerza *erga omnes*, como los contemplados en los artículos 401 del Código Civil y 476 del Código Judicial. Por lo mismo que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas (artículo 17, Código Civil), el legislador reafirmó ese principio y lo desarrolló en el artículo 473 del Código Judicial, que enseña que la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene fuerza de cosa juzgada, y este fenómeno jurídico y legal tiene incidencia cuando dictado un fallo, las partes que intervinieron en el litigio pretenden revivirlo incoando una nueva acción, la misma acción, sobre lo mismo que fue materia de la decisión anterior. La obligatoriedad de la primera sentencia, que emana precisamente del artículo 17 del Código Civil, inhibe a las partes o a alguna de ellas para volver a reclamar o pedir judicialmente lo mismo que fue materia del primer fallo, y esa inhibición, o mejor, impedimento legal, se presenta y surge cuando se reúnen las tres condiciones que exige el artículo 474 del Código Judicial, inhibición o prohibición que quebrantada por el juzgador produciría la nulidad absoluta del nuevo fallo. En las sentencias que tienen fuerza *erga omnes* el factor de la identidad jurídica de las partes pierde su operancia, como uno de los elementos constitutivos de la cosa juzgada, por cuanto dada la generalidad de esos fallos, que comprometen a los terceros, ese factor se amplía saliendo de la órbita dentro de la cual actuaron las partes, para extenderse a toda otra persona.

Es preciso no confundir la *causa petendi*, que es la que configura la identidad de ésta con los documentos, argumentos o pruebas en que se apoya aquélla, porque si no se hace la distinción que acaba de señalarse, todo proceso judicial podría revivirse invocando nuevos argumentos o presentando nuevas pruebas o complementándolas. Lo que queda más de bulto si se considera lo siguiente: Una obligación, especialmente si es dinero, puede extinguirse por varias causas como pago, compensación, confusión, remisión, etc. Una sentencia que desconozca la extinción por pago, no inhibe o impide a quien propuso esa defensa, para volver a incoar nuevo juicio para obtener esa misma declaración, por confusión, por ejemplo, porque entonces no se trata del mismo documento vinculado al primer pleito, ni del mismo argumento relacionado con el primer elemento probatorio, sino que la *causa petendi* ha variado, es diferente.

La naturaleza de la cosa juzgada, tal como fue configurada por el Derecho Romano, pasó al moderno, que la considera no sólo como la simple *exceptio* antigua, sino también como la *actio*. *Res judicata pro veritate habetur* fue la fórmula que expresó la presunción legal al respecto, presunción que establecen todas las legislaciones, unas en el Código Civil, como en Francia (artículo 1351), otras en el Código de Procedimiento, como en Colombia (artículo 473). En todas las legislaciones se configura ese fenómeno exactamente con los mismos tres elementos que señalaron los juristas y legisladores romanos, a saber: *idem jus*, *eadem causa petendi*, *eadem conditio personarum*, elementos que traducidos literalmente forman la primera parte del artículo 474 del Código Judicial, que corresponde exactamente al artículo respectivo del Código de Enjuiciamiento especial. La presunción de verdad de la cosa juzgada puede ser desvirtuada excepcionalmente en el derecho colombiano, de dos modos: o por la acción consagrada en ciertos y determinados textos legales, y relativa a juicios que no tienen el carácter de ordinarios, o por la acción extraordinaria establecida por el legislador en el artículo 542 del Código Judicial, respecto de las sentencias ejecutoriadas proferidas por la Corte Suprema o por un Tribunal Superior. En el primer caso, y por disposición expresa de la ley (inciso 2.° del artículo 473 del Código Judicial), en ciertos juicios especiales el fenómeno de la cosa juzgada no se produce, y de ahí que no obstante la sentencia proferida en ellos quede en pie la acción ordinaria. La Corte, en sentencia de 17 de agosto de 1944, ha hecho relación de tales juicios. En otros juicios, es el recurso de revisión, término éste que usa en dos sentidos el legislador colombiano, lo cual da lugar a confusiones. Ese recurso, que es el consagrado en el Capítulo VII del Libro II del Código Judicial, es por su naturaleza extraordinario y taxativo, y no va encaminado a dar campo a que se exhiban o presenten nuevas pruebas sino que brinda una oportunidad a las partes para presentar aquellas que sean decisivas, y que no pudieron presentarse por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida, como brinda también la ocasión para demostrar que los documentos que

se tuvieron en cuenta al tiempo de fallarse no eran conocidos como falsos por una de las partes, y cuya falsedad se ha reconocido después; así como también brinda la oportunidad para comprobar que la prueba testimonial en que se basó el fallo es ineficaz por haber sido condenados los testigos por falso testimonio o que la sentencia es injusta, por cohecho, violencia o fraude.

La excepción que consagra este recurso extraordinario no tiene otro fin que el de evitar el imperio legal y judicial de una sentencia, en que el fraude o la violencia, en algunos de sus aspectos haya tenido interferencia eficaz y directa en la sentencia, pero no puede estimarse como uno nuevo, en que haya amplitud absoluta de pruebas, porque la revisión no tiene ese fin sino el ya expresado. Por eso ese cargo es taxativo y muy ceñido a las condiciones que al respecto expresa la ley, y no se desarrolla sino dentro de los términos restrictos que ella misma indica. (1) (Casación, LVII, números 2010 a 2014, agosto 26 de 1944).

Pág. 548, 2.ª

CUENTAS

— 31 —

En tratándose de cuentas correspondientes a jornales, es casi imposible, y no se acostumbra en el giro ordinario de los negocios, que a cada obrero trabajador y, principalmente, cuando lo hacen a jornal, se les exija el recibo correspondiente a los días de trabajo prestados. Se acostumbra presentar la cuenta totalizada cada ocho días de los jornales pagados, y esa cuentaha y que admitirla, si los jornales son los de uso corriente en la región donde se desarrolla el negocio. Ya dijo la Corte que «al aplicar esta disposición (artículo 2181, Código Civil) no debe perderse de vista que la ley no exige que respecto a cada una de las partidas de una cuenta se aduzca una prueba completa, requisito que por otra parte no sería dable llenar en la mayor parte de los casos, dado que las pequeñas operaciones que se ejecutan en el curso ordinario de una administración, tales como pago de jornales, las compras al pormenor, no son susceptibles por su naturaleza misma de una plena comprobación. Esta consideración ha tenido sin duda en cuenta la ley para no exigir ni aun a las personas que administran bienes ajenos, que al rendir cuentas justifiquen plenamente cada partida». (*Gaceta Judicial*, tomo 34, página 268). (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 19 de 1944).....Pág. 66, 1.ª

(1) Concordancias: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 3.º, números 916, 919, 935.

CUERPO DEL DELITO

— 32 —

La prueba pericial no es el único modo de acreditar judicialmente el cuerpo del delito de homicidio. También sirven para ello los testimonios directos y las comprobaciones indirectas, en subsidio del dictamen de peritos. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, junio 7 de 1944).

Pág. 620, 1.ª

D

DECRETO NÚMERO 2190 DE 1941

— 33 —

(Véase la sentencia de Sala Plena, números 2010 a 2014 de la *Gaceta Judicial*, páginas 347 y ss.)

DECRETOS ACUSADOS NÚMEROS 400 Y 780 DE 1942, EL PRIMERO EN SUS ARTÍCULOS 2.º, INCISO *b*), Y 11, Y EL ÚLTIMO EN EL ARTÍCULO 8.º

— 34 —

De acuerdo con el artículo 38 de la Constitución Nacional, las empresas de transportes y conducciones, así sean ellas de origen y carácter oficial, o de organización privada, pertenecientes a la categoría que el Código de Comercio denomina *empresarios públicos de conducciones*, están sometidas a la estrecha supervigilancia del Estado, en cuanto a la fijación de tarifas y reglamentos, con el objeto indudable de garantizarle al público la prestación de un buen servicio de parte de los empresarios, libre de la arbitrariedad y del abuso. También están sometidos al control del Estado «los demás servicios públicos», según lo dice el mismo artículo citado.

Aun cuando la multiplicidad de las relaciones jurídicas y su normal desarrollo en la sociedad moderna hace difícil dar una noción exacta que comprenda toda la variada gama de los servicios públicos, pues ningún autor ha pretendido elaborar una definición perfecta, ya que se limitan a dar algunas de sus peculiaridades más salientes, puede decirse que es elemento esencial de la noción de *servicio público* el de tener por fin la satisfacción de una necesidad pública mediante procedimientos que aseguren su regularidad y continuidad. Otra nota fundamental que debe tener una actividad de servicio público es su fin *social* o *solidario*.

En el sistema del Derecho colombiano la empresa privada de conducciones es un servicio público sometido a la supervigilancia del Estado, quien

tiene el derecho de revisar sus tarifas y reglamentos, según el artículo 38 de la Constitución. La disposición no hace para ese efecto distinción entre empresas oficiales o de origen oficial, explotadas por concesión, y particulares, por lo que el precepto tiene un alcance general. Esto se debe a que como el Estado está imposibilitado para prestar todos los servicios públicos esenciales para la colectividad, tiene que permitir que la iniciativa privada contribuya a crearlos, acrecentarlos y mejorarlos. Entonces el Estado se reserva su vigilancia y control por medio de leyes, según el memorado artículo 38. Por tanto, la vigilancia y el control del Estado, de que habla el último aparte del artículo 38, recae aun sobre actividades de los particulares que se ejerciten efectivamente en el campo propio de un servicio público. Es decir, en aquellas necesidades cuya satisfacción es esencial para mantener la vida del pueblo, y que por tal causa el funcionamiento y desarrollo del respectivo servicio reviste cierto carácter de obligatoriedad para los gobernantes, por los fines primordiales a que atiende: tales los servicios de alumbrado público, acueducto, higiene, aduanas, transportes, plazas de mercado, etc. No es, pues, en Colombia criterio de distinción de un servicio público que él se preste por una organización pública o por una organización particular estructurada sobre normas de derecho privado.

Estima la Corte que los Decretos legislativos acusados someten también a supervigilancia los reglamentos y tarifas de los comisionistas de transporte y agentes de aduana. Si la ley quiere proteger al público contra la arbitrariedad y el abuso de los transportadores, vigilando de cerca las tarifas y reglamentos, es natural que extienda esa protección hasta comprender la función de los comisionistas de transportes, a quienes el público que los ocupa entrega sus cargamentos para que los hagan movilizar en la forma adecuada. Y actuando tan de cerca los agentes de aduana al servicio público de aduanas, es natural también que los reglamentos que expidan y las tarifas que fijen para servir al público, tengan el control del Estado, a fin de mantenerlos, en sus relaciones con sus comitentes, dentro de un plano de seriedad, equidad e igualdad.

Son, por consiguiente, exequibles los artículos acusados. (Sentencia, Sala Plena, LVII, febrero 24 de 1944, pág. 10).

DECRETO NÚMERO 756 DE 1942

— 35 —

Comparado el texto del Decreto con las precisas facultades extraordinarias que se le otorgaron al Gobierno por la Ley 128 de 1941, hay que concluír indefectiblemente que él no tiene apoyo en ninguna de esas autorizaciones, ni con él se toman las medidas a que se refieren esas autorizaciones, ni se conjura el desequilibrio fiscal, ni se atiende a los servicios públicos ni a gastos militares, ni se protegen los intereses colombianos, y por esto se considera que el Gobierno extralimitó las autorizaciones extraordinarias y dictó medidas fuera de la órbita de aquellas autorizaciones sobre materia que no estaba sujeta a su jurisdicción.

Respecto del primer inciso de ese artículo, su inconstitucionalidad consiste en haber variado la manera de computar el bienio modificando el punto de partida: registro y no ejecutoria. En relación con la parte final del mencionado artículo 2.°, es igualmente inconstitucional, ya se le estudie desde el punto de vista de las facultades extraordinarias porque no encaja dentro de ellas, o ya se mire en relación con las ordinarias que constitucionalmente corresponden al Organo Ejecutivo, porque lo allí estatuído con el nombre de reglamentación, entra a definir e interpretar un plazo legal, tarea que es del resorte del Organo Judicial, no del Ejecutivo. En otras palabras: en la situación jurídica de las cosas, la calidad de ese plazo y todo lo concerniente al ejercicio de las acciones a que se refiere —en lo tocante al mismo— es tema para decidirse en cada caso por la respectiva autoridad judicial. (Sentencia, Sala Plena, LVII, números 2010 a 2014, mayo 15 de 1944.).....Pág. 318, 1.ª

DECRETO NÚMERO 1500 DE 1942

— 36 —

(Veáse la sentencia de Sala Plena, de fecha 9 de agosto de 1944, números 2010 a 2014 de la *Gaceta Judicial*, páginas 347 y ss.).

DECRETO NÚMERO 1552 DE 1942

— 37 —

(Veáse la sentencia de Sala Plena, de fecha 9 de agosto de 1944, LVII, números 2010 a 2014 de la *Gaceta Judicial*, folios 347 y ss.).

DECRETO NÚMERO 1707 DE 15 DE JULIO DE 194
ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

— 38 —

Es cuestión fuera de duda que las provisiones relativas al comercio de llantas de que trata el artículo 11 del Decreto número 1707 de 1942 se refieren, exclusivamente, al «Fondo Cooperativo de Transportes», por lo cual es indudable también que si tal entidad no llegó a crearse,

rece de materia para decidir acerca de la exequibilidad o inexequibilidad del artículo acusado, como ya lo tiene decidido en anteriores y numerosos fallos, en casos similares.

La lectura de los artículos 2.º y 3.º de la Resolución número 58 de 28 de abril de 1943, 1.º del Decreto número 1502 de 31 de julio de 1943 y 1.º y 8.º del Decreto número 2313 de 26 de noviembre de 1943, deja comprobado ante la Corte que el «control» o «supervigilancia» del comercio de llantas está actualmente, y lo ha estado, a cargo de entidades distintas del «Fondo Cooperativo de Transportes», y que esta entidad no llegó a establecerse ni a funcionar, no obstante las disposiciones del Decreto 1707 de 1942, las cuales son inconciliables con las que adscriben lo relativo a transportes públicos y privados, y al comercio de vehículos automotores y de llantas y neumáticos, a la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas. Por consiguiente, si la materia de las acusaciones del demandante, como es lo cierto, la constituye principalmente el hecho de que el artículo 11 acusado dispusiera que las existencias de llantas que se encontraban en poder de las agencias vendedoras y de los comerciantes distribuidores fueran adquiridas voluntariamente o por medio de expropiación por el Fondo Cooperativo de Transportes a los precios que señaló para la Superintendencia de Importaciones, para que aquella entidad (el Fondo Cooperativo) las distribuyera y vendiera después, con determinada exclusividad, y si, como es lo cierto también, por las razones expuestas, tal entidad no llegó a establecerse ni a funcionar, igualmente hay una carencia de materia para que la Corte haga actualmente ningún pronunciamiento con respecto a la acusación promovida contra el artículo 11 del Decreto precitado, porque esta disposición y las demás de este Decreto se refieren a esa entidad que no llegó a existir ni a ejercer las funciones materia de la acusación. (Sala Plena, sentencia, febrero 7 de 1944, tomo LVII, pág. 2.

DELITOS CONEXOS

— 39 —

Cuando se trata de delitos conexos deben investigarse y fallarse en un mismo proceso (artículo 54, Código de Procedimiento Penal); y aun cuando sean «varios delitos sometidos a diversas competencias» conocerá de la causa el Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave (artículo 50 ibídem). Y aun podrían citarse a este propósito los artículos 31 y 33 del Código Penal relativos al concurso *formal* y al concurso *real* de delitos, que ordenan imponer la pena correspondiente al más grave, aumentada hasta en una tercera parte o hasta en otro tanto, según el caso. Este sistema de acumulación, no material sino jurídica, de las penas a causa de una especie de absorción de los delitos por el más grave, contribuye a explicar por qué el Juez competente para conocer del delito más grave lo es también para conocer de los demás en concurso. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2010 a 2014, junio 12 de 1944).....Pág. 717, 1.ª

DELITO CONTINUADO

— 40 —

El artículo 32 es la determinación del fenómeno jurídico conocido con el nombre de *delito continuado*, en el que se finge o se tiene como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la Ley Penal, cuando haya unidad de designio. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 15 de 1944).

Pág. 657, 1.ª

DELITOS CONTRA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS 184 Y 186 DEL CÓDIGO PENAL

— 41 —

Artículo 184—Trata esta disposición del caso especial de violencia o amenaza a un empleado o funcionario público, bien para que ejecute, o bien para que omita algún acto de sus funciones. La primera condición consiste en que la víctima de la agresión o violencia, o de la amenaza, sea empleado o funcionario público, o encargado, aunque sea transitoriamente, de un servicio público; y la otra, que es su complemento, que la violencia, como quien dice acción física realizada, o la amenaza —acción física en potencia— sean con el fin de que el funcionario ejecute u omita algún acto propio de sus funciones. Es un delito *per se*. Y no hay necesidad de que el acto que se exige coercitivamente del funcionario sea siempre contrario al ejercicio de sus funciones. Puede ser legal; pero si el particular lo reclama por medios que implican la coacción, se hace acreedor a la pena que el artículo comentado indica. Porque lo que aquí se reprime es el desacato a la autoridad, el menosprecio que traduce el obligar a sus representantes a hacer o dejar de hacer aquello que en un caso deberá hacerse normalmente, y en el otro, no debería hacerse de ninguna manera. En fin, el pretender sustituirla o imponerse a sus determinaciones.

Pero si la violencia es de tal naturaleza que por sí configura otro delito, como lesiones u homicidio, entonces habría un verdadero concurso formal y ha-

bría que aplicar la sanción correspondiente al delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte. En un homicidio simple, cometido en la persona de un funcionario público porque se negó a ejecutar u omitir un acto de sus funciones, el delito más grave no sería este último sino el primero. En unas lesiones que le causaron al ofendido una incapacidad no mayor de quince días, y en el mismo supuesto, el delito más grave sería el relativo a la calidad de funcionario del lesionado.

Artículo 186—Se plantea aquí un caso distinto. Ya no se trata de violencia o de amenaza para constreñir al funcionario a que proceda en determinado sentido. Puede el acto de éste, causante de la reacción, haber pasado hace mucho tiempo, o puede ser presente. Ejemplos: una herida a un Juez por haber dictado una sentencia desfavorable a los intereses del agresor; la muerte recibida en momentos en que un Inspector de Policía intenta reducir a prisión a quien acaba de cometer otro delito o se apresta a consumarlo, o está turbando el orden público. En estos casos, el delito contra el funcionario se habría perpetrado por razón del ejercicio de funciones. La violencia (muerte o lesión) no estaría caracterizada por un propósito definido (que el funcionario ejecutara u omitiera), sino por el hecho mismo de hacer o de haber hecho, y no para obligar a hacer. Más claro: si un individuo se encuentra en plena calle esgrimiendo peligrosamente un revólver, y al acercársele un ciudadano particular a desarmarlo o reducirlo a la impotencia hiere a éste o le da muerte, el delito sería el de lesiones u homicidio únicamente. Pero si es un Agente de la Policía, que se ha dado a conocer como tál, y es reconocido en esa calidad, y sucede lo mismo, a la sanción correspondiente al delito de homicidio o de lesiones habría que aumentar la establecida en el artículo 186. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, junio 21 de 1944).....Pág. 691, 1.ª y 2.ª

DELITO MILITAR

— 42 —

No significa lo mismo delinquir en servicio de una actividad inherente a la condición de militar, que hacerlo aprovechando las oportunidades que brinde una ocupación extraña a la naturaleza de la milicia propiamente dicha. Porque para que un delito se estime como de carácter militar, se requiere por lo menos una de estas tres condiciones: *a*) que se hayan infringido las leyes militares; *b*) que el hecho se cometa en «asuntos del servicio militar»; y *c*) que haya tenido ocurrencia dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, vivaques, buques de guerra y, en general, dentro de cualquiera dependencia militar. (Auto Sala de Casación Penal, LVII, números 2006 a 2009, marzo 31 de 1944).....Pág. 213, 2.ª

DEMANDADO

— 43 —

Demandada una persona y señalado el representante legal de ésta, pueden producirse estos dos fenómenos: o el representante tiene ese carácter, y entonces el juicio sigue su curso y se falla según lo alegado y probado, ono lo tiene, y entonces surge una nulidad, de carácter adjetivo, y el falso apoderado es condenado a los perjuicios causados por el engaño, pero la condenación no puede recaer sobre el fondo del pleito. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 22 de 1944).....Pág. 68, 1.ª

DEMENTE

— 44 —

La presunción de sanidad del espíritu en cuanto al estado mental de las personas no puede destruírse sino mediante la demostración adecuada al caso.

La jurisprudencia y la doctrina han concluído que la locución adverbial *entonces*, a que alude el artículo 553 del Código Civil, no puede aplicarse estrictamente al momento mismo en que se celebró el acto o contrato, sino que el estado anterior y posterior al acto de quien lo ejecutó son factores decisivos para deducir su estado mental en el momento de celebrar el acto. Interesantes estudios de psiquiatría concluyen que en ciertas enfermedades, como en la demencia senil, no existen intervalos lúcidos, por su calidad de progresiva, y que demostrado que un individuo padece esa enfermedad en un tiempo dado, posteriormente a ese tiempo la sigue sufriendo, si no más agravada, por lo menos en el mismo estado que antes. Esos estudios han refluído sobre la jurisprudencia, de modo que el juzgador no puede desatender la comprobación de ciertos factores procesales derivados del examen de una persona o de sus antecedentes y actos posteriores, a un acto ejecutado por ella e impugnado de nulo por falta de capacidad. Pero la conclusión sobre el estado mental de una persona es un asunto técnico que el juzgador no puede resolver ni decidir por sí, y por eso el dictamen de los expertos es esencial en esos casos. Ese dictamen puede tener el carácter de plena prueba, en el caso del artículo 722 del Código Judicial. Las declaraciones de testigos y demás pruebas que dan base para un experticio sobre sanidad mental pueden

ser avaluadas y estimadas por el juzgador, pero el experticio en sí mismo considerado puede ser aceptado o rechazado, mas no modificado ni variado por el Juez, porque entonces asumiría el carácter de experto en una ciencia o arte que desconoce (1). (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 15 de 1944).....Págs. 103, 1.ª y 2.ª

DERECHOS HEREDITARIOS

— 45 —

La compra de derechos y acciones en una sucesión, como la de los derechos sobre los gananciales, no da al adquirente ni le transfiere el dominio de los bienes que especificados se hayan vinculado a dicha compra, sino la aptitud, la personería, como cesionario del vendedor, para hacer efectivos los derechos que a éste le puedan corresponder. Es en la partición donde quedan concretados esos derechos, y por eso puede correr el comprador la contingencia de comprar cosa ajena si las especies a que se refirió en la venta no le son adjudicadas en la partición. El vendedor de esos derechos responde de su calidad de heredero o de cónyuge sobreviviente, pero no más, pues de otra manera una venta de derechos referente a determinados bienes, vincularía forzosamente al partidor, en la partición, en perjuicio muchas veces no sólo de los demás herederos, sino de los acreedores. Por eso es por lo que con un título de esa naturaleza no puede reivindicarse un inmueble determinado, por más que esté señalado en la venta de derechos y acciones, y por eso es también por lo que el comprador de los mencionados derechos no es dueño en concreto de una cosa, determinada, sino en virtud de la partición. Antes de ella sólo tiene en la comunidad herencial o en la sociedad disuelta un derecho, pero no vinculado a ningún cuerpo cierto determinado; y se repite que si en la partición no se le adjudica la cosa, la venta es válida, y se produce el efecto previsto en el artículo 1871 del Código Civil; cuando la cosa señalada en la escritura de compra de derechos y acciones se le adjudica al comprador, opera entonces el artículo 779 ibídem. (2) Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 22 de 1944).....Pág. 119, 2.ª

DEUDAS DE LOS CÓNYUGES

— 46 —

Ya ha dicho la Corte, en jurisprudencia constante, que el principio general consignado en el artículo 2.º de la Ley 28 de 1932, sobre responsabilidad personal y exclusiva de cada cónyuge por las deudas que contraiga, nada tiene que ver, como es obvio, con obligaciones contraídas bajo el imperio de la anterior legislación matrimonial, de las cuales sigue siendo deudor el marido, y para cuyo pago siguen afectados los bienes del patrimonio social existente entonces, fuera de los bienes especialmente afectados por hipoteca. Ninguna disposición legal ni norma de derecho puede aducirse para concluír que el nuevo régimen legal puede afectar, perturbándolos o lesionándolos, derechos adquiridos por terceros acreedores de obligaciones nacidas perfectamente bajo el sistema legislativo anterior. Por el contrario, de acuerdo con los artículos 20 y 23 de la Ley 153 de 1887, en cuyos principios se informa el artículo 7.º de la Ley 28, contentivo de reglas sobre tránsito de regímenes sociales, todo cambio en materias de derechos y obligaciones anexas a un estado civil debe regirse por la nueva ley que los establece, pero sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 29 de 1944).....Pág. 135, 2.ª

DICTAMEN PERICIAL

— 47 —

Cuando el dictamen pericial sobre monto de perjuicios no está debidamente fundado, es injurídico aceptarlo en una parte para desecharlo en la otra. Si la prueba testimonial, en la que a su vez se ha basado el avalúo, es ineficaz, este último carece, por la misma causa, de una debida fundamentación; y si los testimonios ni el avalúo de los peritos son susceptibles de producir efecto como elementos de prueba, la estimación hecha por el Tribunal carece de apoyo en el proceso. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2006 a 2009, febrero 28 de 1944).

Pág. 278, 1.ª

(1) Concordancia: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 3.º, número 2616.

(2) Concordancia: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo V, volumen 1º, número 302.

Jurisprudencia Chilena: Acorde con la doctrina de la Corte está la sentencia de casación del 13 de septiembre de 1920, de la Corte de Chile según la cual, «el objeto de la cesión de derechos hereditarios es una universalidad, o más propiamente la cuota que corresponde al cedente en el conjunto de bienes que comprende el haber hereditario, y no bienes individualmente determinados».

DICTAMEN PERICIAL

— 48 —

La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido aceptada nunca por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los artículos 722 y 723 del Código Judicial, que no sólo permiten sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen; esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente. El texto e interpretación del artículo 722 del Código Judicial no cohiben al Juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen pericial, porque, como se ha dicho, ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica, sino que su alcance y eficacia desprenden no sólo del dictamen en sí mismo considerado sino de los fundamentos de éste. El artículo 723 coloca al Juez en un plano de apreciación muy amplia, para estudiar la fuerza probatoria del dictamen pericial, de acuerdo con las reglas generales sobre valoración de pruebas. En tratándose de un dictamen, en cualquiera de los dos casos a que se refieren las normas que acaban de citarse, el juzgador puede aceptarlo o nó, dando las razones para ello, sin que pueda nunca modificarlo, porque entonces su misión sería la de perito y no la de Juez. (1) (Casación, LVII, números 2010 a 2014, agosto 17 de 1944).....Pág. 532, 1.ª

DOCTRINAS DE LA CORTE SUPREMA

— 49 —

El artículo 4.° de la Ley 169 de 1896 es meramente adjetivo, es una norma para unificar la jurisprudencia de la Corte en casación, fin principal de ese recurso; pero esa disposición no confiere derechos ningunos a los ciudadanos, ya que las doctrinas de la Corte no son obligatorias para ningún miembro del Organo Judicial encargado de administrar justicia, ni aun para la Corte misma (2). (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 19 de 1944).....Pág. 475, 2.ª

(1) Concordancias: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 3.°, números 1306, 1308; tomo V, volumen 1.°, 495.

(1) Concordancias: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 2.°, número 794; tomo 3.°, número 1362.

E

ERROR DE HECHO

— 50 —

El error de hecho, para que sea conducente en casación, tiene que aparecer de modo manifiesto en los autos (1). (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 16 de 1944).....Pág. 61, 1.ª

ESCRITURA PÚBLICA

— 51 —

El artículo 630 del Código Judicial estatuye que para ser estimada como prueba una escritura pública debe presentarse en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida. Tal precepto legal es de obligatorio cumplimiento cuando se aspira a que un instrumento notarial deba ser recibido y apreciado como prueba suficiente, en aquellos casos en que la ley exige esta clase de solemnidad externa para determinado número de actos o contratos de la vida civil. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 7 de 1944).....Pág. 436, 2.ª

ESTADO CIVIL

— 52 —

Cuando se trata de extremos que se refieren al estado civil de las personas, porque de él se derivan derechos y obligaciones, el asentimiento de la parte no es prueba legal de la constitución del respectivo Estado. Esa comprobación se rige por pruebas taxativas y precisas. (2) (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 22 de 1944)
Pág. 68, 2.ª

ESTATUTOS DE CORPORACIONES

— 53 —

Si los estatutos de una corporación, de acuerdo con el artículo 641 del Código Civil, tienen fuerza obligatoria sobre ella y sus miembros, las condiciones que señalen, los requisitos que exijan, son de obligatorio cumplimiento, porque esos estatutos son la ley que la rige, y si éstos estable-

(1) Concordancias: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo V, volumen 1.°, números 556, 558, 561.

(2) Concordancias: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 3.°, número 1543; tomo 5.°, volumen 1.°, números 578, 579.

cieron solemnidades sin las cuales no se puede ingresar a ella, esas solemnidades han de cumplirse fielmente. El Código Civil, en el Título 36, que reglamenta las personas jurídicas, no contiene disposición alguna que les prohiba a las corporaciones establecer solemnidades para la admisión a su seno de las personas que deseen ingresar; de suerte que si allí se fijan solemnidades, éstas son de rigurosa observancia, tanto más cuanto que esos reglamentos o estatutos han de someterse a la aprobación del Organo Ejecutivo, quien se la concederá si no dispusieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres; y los reglamentos de la Federación Médica fueron aprobados por el Gobierno Nacional, de acuerdo con las Resoluciones números 134, de 7 de febrero de 1935, y 75, de 14 de abril de 1937. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, junio 26 de 1944).....Pág. 417, 2.ª

ESTIPULACIÓN POR OTRO

— 54 —

La estipulación por otro, a que alude el artículo 1506 del Código Civil, excluye por esencia toda idea de representación. (1) (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 6 de 1944).

Pág. 430, 1.ª

EXCEPCIÓN

— 55 —

Por regla general, en todo pleito es cuestión de preferente y previa consideración al decidirlo la averiguación de si el actor tiene o le asiste la acción que ha ejercitado. Cuando se llega a la conclusión negativa, la consecuencia lógica y legal que se impone al juzgador es la absolución del demandado. Sólo en el caso de que esta acción proceda, esto es, que legalmente exista y corresponda al acto, puede entrarse en el estudio y análisis de las excepciones propuestas para enervar o destruir la acción incoada. La excepción perentoria es una defensa de fondo y tiene que consistir en la contraposición de hechos distintos a la mera negación de los fundamentos de la demanda, que sean impeditivos o extintivos, que den al demandado el poder jurídico de anular la acción del actor en forma definitiva. La carencia de acción no es excepción, como reiteradamente lo ha dicho la Corte. La de petición de un modo indebido, no corresponde a la falta de acción del demandante, sino al modo, tiempo y circunstancias como el derecho ha sido ejercitado. Enfrentadas las partes en un litigio, el Juez debe reconocer el derecho hasta donde haya sido probado y absolver al demandado si esa demostración no ha sido legal y suficientemente realizada en el proceso. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, abril 26 de 1944).....Pág. 160, 2.ª

EXTRADICIÓN

— 56 —

I.—Normas generales.

La extradición —institución de derecho penal nacional y de derecho penal internacional— está comprendida dentro de la actividad jurídica del Estado en relación con la defensa social contra el delito; su potestad —en consecuencia— se manifiesta y exterioriza no sólo en cuanto a los que infringen las leyes penales dentro del territorio de su jurisdicción, sino también en cuanto a los que, después de haber infringido las vigentes en otro país, evaden la acción de la justicia penal mediante refugio en país distinto a aquel cuyas normas violaron. Este postulado de justicia penal internacional —incorporado en todas las legislaciones— se ha erigido, también, en normas contractuales sancionadas en pactos internacionales, como el suscrito entre los países bolivarianos, en Caracas, el diez y ocho de julio de mil novecientos once.

La institución de la extradición está regulada —en nuestra legislación— por los artículos 9.º del Código Penal, de contenido material o sustantivo; 708 a 715 del Código de Procedimiento Penal, de contenido formal o adjetivo, y por el Decreto 2200 de 1938.

II.—Normas especiales.

La concesión de la extradición está subordinada a las siguientes condiciones generales:

a) Que el hecho que la funda también constituya delito en nuestra legislación, y esté sancionado con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años; y

b) Que contra el infractor —cuya extradición se solicita— se haya dictado auto de proceder o una providencia jurídicamente equivalente.

Pero sobre estas condiciones generales —exigibles especialmente cuando no hay tratados internacionales de extradición entre los dos países— tienen preeminencia las que han sido acordadas en tales tratados aprobados mediante leyes, y que es —precisamente— el caso presente.

El acuerdo sobre extradición suscrito por los Plenipotenciarios de Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Venezuela el diez y ocho de julio de mil novecientos once, y aprobado por la Ley 26

(1) Concordancia: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 3.º, número 1562.

de 8 de octubre de 1913, aún vigente, establece —para el caso en estudio— lo siguiente:

a) Que la solicitud de extradición —hecha siempre por la vía diplomática— sea acompañada del auto de detención dictado por el Tribunal competente, con designación exacta del delito que funda el auto, la fecha de su comisión, y de las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere decretado la detención, en caso de que el fugitivo sólo estuviere procesado, y

b) Que las pruebas de la infracción sean tales, que las leyes del lugar donde se encuentre el prófugo enjuiciado justifiquen su detención o sometimiento a juicio si la infracción se hubiere cometido en dicho lugar o país.

El Acuerdo bolivariano —que parcialmente acaba de resumirse y es ley para los Estados que lo suscribieron— únicamente requiere, pues, que se haya dictado auto de detención, y que las pruebas de la infracción acompañadas a la solicitud puedan fundar detención, o enjuiciamiento de acuerdo con la legislación del país donde reside el procesado, es decir, con la legislación colombiana en el presente caso.

La condición de que para conceder extradición de un procesado se exige —conforme al artículo 709 del Código de Procedimiento Penal— que por lo menos se haya dictado en el Exterior auto de proceder o su equivalente, no es, en consecuencia, exigible, entre los países signatarios del Acuerdo de 1911. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2010 a 2014, mayo 10 de 1944).

Págs. 721 y 722.

EXTRADICIÓN

— 57 —

Aun cuando el artículo 709 de la Ley 94 de 1938 exige, además de otros requisitos, que *por lo menos se haya dictado en el Exterior auto de proceder o su equivalente* para que sea factible ofrecer o conceder la extradición, lo cierto es, en armonía con los principios del Derecho Internacional, que esa Ley 94 no modificó la 26 de 1913, ni podía variarla, pues no queda al arbitrio o a la sola voluntad de una de las partes introducir ningún cambio en un tratado público, que es un contrato o pacto solemne entre dos o más Estados o potencias, pacto o contrato de obligatoria observancia mientras no se abrogue o se reforme con arreglo a los usos o prácticas que el Derecho Internacional permite. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2010 a 2014, mayo 11 de 1944).

Pág. 614, 2.ª

F

FACULTADES EXTRAORDINARIAS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

— 58 —

(Véase lo que sobre este punto trae la sentencia de la Corte, de fecha 9 de agosto de 1944, números 2010 a 2014. *Gaceta Judicial*, páginas 347 y ss.)

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PÚBLICOS

— 59 —

Constituye delito de falsedad de documentos públicos, de acuerdo con el artículo 231 del Código Penal, el fingir fechas alterando en esa forma las que verdaderamente deberían haberse puesto en las diligencias practicadas. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, febrero 25 de 1944).

Pág. 697, 2.ª

FALSIFICACIÓN DE SELLOS

— 60 —

El delito de falsificación de sellos, contemplado en el artículo 225 del Código Penal, puede ocurrir, según tal disposición legal, sea por el uso, con intención fraudulenta, de los sellos legítimos de una oficina pública, o por el uso a sabiendas de sellos falsificados, o por la falsificación misma de los sellos. La pena establecida por el citado artículo 225 es la misma para cualquiera de las tres formas de comisión del delito; pero es claro que si uno fabrica el sello falso y usa de él, no comete dos delitos diferentes sino uno solo, porque en este caso la fabricación y el uso vendrían a ser dos actos o aspectos de una sola acción criminosa; y no podrían considerarse como dos delitos, sino como uno solo, «falsificación de sellos», según dice el mote genérico del correspondiente capítulo del Código, dada la unidad de fin propuesto, de víctima y de ley violada.

Otra cosa es que al simple hecho de fabricar o hacer sellos de oficinas públicas sin la debida autorización, quiera atribuirle el legislador tal gravedad que lo considere delictuoso de suyo, aun cuando no se haya alcanzado a hacer uso del sello fabricado, es decir, un delito de los denominados *formales*, que se penan sin tener en cuenta el resultado efectivo. Además puede ocurrir que una persona fabrique el sello falso y que otra haga uso de tal sello; aquélla y ésta con el ánimo de obtener un provecho ilícito. Es justo que en ese caso se pene a los dos por el delito: al uno por la falsificación del sello y al otro por el uso del mis-

mo a sabiendas, o al uno como autor del delito y al otro como cooperador principal. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2010 a 2014, junio 12 de 1944) ....Pág. 716, 2.ª

FIDEICOMISO

— 61 —

Los códigos modernos determinan y establecen los elementos esenciales que constituyen el fideicomiso, que son los siguientes: bienes que sean susceptibles de constituírse en fideicomiso; existencia de dos personas, fiduciario y fideicomisario, y existencia de una condición en virtud de la cual la propiedad pasa del fiduciario al fideicomisario. (Artículos 794, 795 y 799 del Código Civil). En cuanto al modo de constituírlos, la ley lo determina en el artículo 796 ibídem. Desaparecieron, pues, de los códigos modernos los fideicomisos sucesivos y la no inenajenabilidad del bien dado en fideicomiso (artículos 805 y 810 ibídem), que eran hasta esenciales antiguamente, y desapareció también el concepto de que el fideicomiso era una institución hereditaria como parecía deducirse de la Ley de Partidas. Establecidos los elementos esenciales del fideicomiso, que son los que ya quedan señalados, se presentó la cuestión de si aquél puede constituírse a título oneroso, o si, por el contrario, debe ser siempre gratuito. Desde que el fideicomiso dejó de ser considerado como una institución esencialmente hereditaria, se concluyó por varios expositores que no pugnaba contra su esencia que pudiera constituírse a título oneroso. Ni el modo como se concibe y aprecia en la época contemporánea el fideicomiso, ni la legislación colombiana, consideran de la esencia del fideicomiso que sea siempre gratuito; luego por establecerse o pactarse en forma onerosa no puede sostenerse ni concluírse que no exista, que sea inválido o ineficaz.

La disposición del artículo 797 del Código Civil, que permite constituír a la vez un usufructo a favor de una persona y un fideicomiso en favor de otra, entraña una modalidad en la disposición y limitación del dominio, pero no entraña ni puede entrañar la prohibición consistente en que el dueño de la nuda propiedad no pueda constituír fideicomiso sobre ésta. Las disposiciones prohibitivas son siempre expresas y de carácter taxativo. Por otra parte, no se ve la razón por la cual, pudiendo transferirse la nuda propiedad por acto entre vivos y transmitirse por causa de muerte (artículo 832 del Código Civil), no pueda constituírse un fideicomiso sobre ella. Cuando se constituye éste sobre la nuda propiedad, la única duda que puede ocurrir, como lo observa el señor Vélez *(Derecho Civil*, página 187, número 284), es la de a quién corresponde la propiedad mientras no se cumple la condición. El comentador citado adhiere a la opinión de don Andrés Bello, al referirse al artículo correspondiente, al 735 del Código Civil chileno, que corresponde al 797 del colombiano, opinión seguida por los comentadores chilenos Chacón y Vera y aceptada por la jurisprudencia de ese país.

No puede sostenerse tampoco que en el fideicomiso el fiduciario debe ser el único dueño mientras pende la condición, puesto que pueden coexistir sobre un mismo cuerpo cierto dos calidades: la de dueño absoluto, de una cuota, y la de fiduciario, en otra, según enseña el artículo 812 del Código Civil, por donde se ve más aún de bulto que el nudo propietario puede enajenar la cosa que le ha sido dada en fideicomiso, para lo cual está autorizado por el artículo 810 del Código Civil y no tiene más valla que impida la transmisibilidad de ese derecho sino cuando el día fijado para la restitución es la muerte del fiduciario; entonces no podrá transmitir por testamento el bien que tiene en fiducia.

El fideicomiso puede constituírse sobre la nuda propiedad. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, agosto 17 de 1944).....Pág. 527, 1.ª y 2.ª

FILIACIÓN NATURAL

— 62 —

Es doctrina constante de la Corte la de que con la vida del supuesto padre natural se extingue también la acción de la Ley 45 de 1936, sobre filiación natural.

Esta doctrina fue totalmente abrogada por la Corte en sentencia de casación de fecha 1.º de octubre de 1945, cuya doctrina, en resumen, es la siguiente:

a) Los artículos 401 a 404 del Código Civil establecen legislativamente el sistema de los legítimos contradictores, cuyo objeto es proveer, en algunos casos de esas acciones, excepciones a la regla general de derecho positivo sobre el alcance relativo de las sentencias judiciales. *b*) Sobre este alcance de los artículos mencionados nunca hubo la menor duda en la doctrina de todos los comentadores del Código de Chile y del colombiano, tanto antiguos como modernos, estatutos en que son idénticas dichas disposiciones. *c*) Los antecedentes del inciso 2.º del artículo 317 del Código de Chile, correspondiente al 403 del colombiano, y el modo armónico como se hace patente que debe operar ese mandato en las acciones de filiación, especialmente en materia de disputas sobre la maternidad, acreditan incontrovertiblemente que cuando el inciso dispone que

«siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad», lejos está de significar que con el deceso del padre muere la acción del hijo para reclamar su filiación, o la acción del padre o de la madre para discutir su calidad de tales, pues si se le diera ese significado se derrumbaría toda la estructura legal de las diferentes acciones de filiación, tan científicamente ordenadas en el Código Civil. *d)* De consiguiente, incrustada la noción de legítimo contradictor en las acciones sobre declaración de la filiación natural creadas en la Ley 45 de 1936, es forzoso aplicarla en ese nuevo campo con el mismo sentido que posee en las acciones de filiación legítima, que como se ha visto, no es de privar al hijo del derecho de reclamar su verdadero estado por la muerte del padre, sino el de diferenciar los casos en que la sentencia tiene efectos *erga omnes* de los en que tan sólo tiene efectos relativos. *e)* En la Ley 45 de 1936 se prescindió expresamente de establecer términos especiales de prescripción para la acción de declaración de la filiación natural. Sobre el particular conviene una reforma legislativa que establezca un término corto perentorio a título de caducidad, a partir de la muerte del padre, en que la acción sea aceptable contra sus herederos. *f)* Aceptado como está de modo unánime, inclusive por las anteriores sentencias de la Sala, que la Ley 45 de 1936 responde a elevados requerimientos de justicia social, la misma justicia exige, todavía con mayor apremio, que la muerte del padre no prive de la acción al hijo contra sus herederos. *g)* Como el artículo 4.° de la Ley 45 de 1936 crea una acción excepcional de investigación de la paternidad natural, basada en hechos que exigen una previa calificación judicial en sentencia a que haya precedido el más amplio debate contradictorio entre el hijo y el pretendido padre y sus herederos. es gravemente equivocado sostener que tal calificación pueda intentarse por vía sumaria, por ejemplo, en el juicio de sucesión. *h)* Dada la complejidad que entrañan los cinco hechos que autorizan la investigación de la paternidad natural, se impone el rigor para apreciar y dar por establecidos esos hechos, especialmente cuando tiene cabida la prueba testimonial. *i)* Por último, igualmente es conveniente que respecto de las causales 4.ª y 5.ª del artículo 4.° de la Ley 45 de 1936, ésta se reforme en el sentido de requerir como necesario para dar por probadas esas causales un principio de prueba por escrito, emanado del pretendido padre, que haga verosímil el hecho litigioso. La comprobación de esos estados no debe dejarse a merced meramente de la prueba testimonial, peligrosa por los abusos que con ella se cometen. Cuando entre el presunto padre y la madre han existido de manera notoria relaciones sexuales estables (numeral 4.°), o cuando el hijo alega la posesión notoria para obtener la calificación de su filiación natural (ordinal 5.°), es natural y obvio que exista prueba literal directa o indirecta dimanada del padre, de donde se deduzcan aquellas relaciones o se infiera la aceptación de la paternidad. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 19 de 1944)..... Pág. 476, 1.ª y 2.ª

FUGA

— 63 —

Aunque es cierto que por su naturaleza tiende el hombre de manera instintiva a la libertad material, también es verdad que las legislaciones reprimen como hecho delictuoso la fuga del preso en circunstancias determinadas, a fin de asegurar la cumplida administración de justicia; de allí que no sea válido el argumento de que la fuga «es una manifestación meramente ancestral del hombre». Tampoco se descaracteriza la fuga a causa de consumarse sin violencias de ningún género, violencias que el Código no tiene en cuenta sino para aumentar la sanción. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 21 de 1944). Pág. 615, 2.ª

FUNCIONARIOS COMISIONADOS

— 64 —

La infracción penal del funcionario comisionado no es imputable al superior que or tenó la comisión. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2006 a 2009, febrero 15 de 1944).

Pág. 194, 1.ª y 2.ª

G

GRADUACIÓN DE PENAS CONFORME AL NUEVO CÓDIGO PENAL

— 65 —

El nuevo Código Penal varió el sistema de graduación de las sanciones, de manera que hoy debe tener en cuenta el Juez, para ser más o menos severo al calcular o asignar la cuantía de la pena, no sólo las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, sino también los demás factores que enuncia el artículo 36 del Código, a saber: la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del agente: de suerte que las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad no son factor exclusivo para medir o señalar la cuantía de la pena, sino que

son uno de los cuatro elementos puestos por la ley a fin de que el Juez forme criterio sobre la cuantía de la pena.

Examinado atentamente el artículo 39 del Código Penal, se ve que él apenas impide aplicar el mínimo de la sanción cuando sólo obran contra el reo circunstancias de mayor peligrosidad y ninguna de menor peligrosidad; y veda que se aplique el máximo de la sanción si hay en favor del reo alguna circunstancia de menor peligrosidad; pero esto no impide al Juez calcular libremente, en caso de concurrencia de circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, y sin atender al número de ellas, la cuantía de la pena, con la única limitación de no subir hasta el máximo ni bajar hasta el mínimo, según el caso. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 12 de 1944).

Pág. 703, 1.ª

GRAFOLOGÍA

— 66 —

Debido a que la grafología no es una ciencia exacta, que obedezca a postulados conocidos y de precisión matemática, la Ley Procedimental no les otorga a los dictámenes de esa naturaleza el valor de plena prueba, sino que les asigna el de un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y los medios técnicos de que se hubieren valido para rendirlo. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 7 de 1944). Pág. 434, 2.ª

H

HIPOTECA

— 67 —

La calificación que los instrumentos respectivos den a las hipotecas llamándolas primera, segunda, tercera, etc., cualquiera que sea el ordinal empleado y por cabal que sea su empleo al otorgarse esas sucesivas escrituras, no es lo que marca o fija tal ordenación y numeración, la que depende del registro; de suerte que una hipoteca que puede llamarse y ser efectivamente quinta en su otorgamiento, puede ser en realidad la primera con sólo que su inscripción sea anterior a la de las otras cuatro. Los derechos de terceros creados o nacidos en el lapso de tiempo transcurrido entre el instrumento y su inscripción quedan a salvo por virtud del artículo 2674 del Código Civil, según el cual los títulos que deben registrarse no surten efecto legal respecto de terceros sino desde la fecha de su inscripción. Así, por ejemplo, si el dueño de un inmueble lo vende y antes de registrarse esta escritura lo hipoteca, el ulterior registro de la venta, por más que se retrotraiga a la fecha de este instrumento, no puede invalidar el gravamen, porque al acreedor hipotecario, cuyo derecho nació entretanto, no le perjudica ese fenómeno de la retrotracción, en fuerza de que la venta no surte efecto para él sino desde su registro, y por tanto no podría conceptuarse que quien le hipotecó ya no era dueño. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, agosto 3 de 1944).

Pág. 496, 2.ª

HOMICIDIO

— 68 —

Cuando en el auto de enjuiciamiento se anuncia que el homicidio se ejecutó con sevicia, que vale decir con excesiva crueldad, ya queda determinada la infracción que el Código llama *asesinato*. Esa precisa imputación específica no puede puntualizarse en la parte resolutiva del auto de proceder, pues lo prohibe el inciso último del artículo 431 de la Ley 94 de 1938. La calificación genérica del hecho, *con las circunstancias que lo especifican*, es de rigor hacerla en la parte motiva, según el mismo artículo (numeral 3.º).

El derecho que a las partes confería el artículo 503 de la Ley 94 de 1938 no era absoluto ni dependía de la voluntad caprichosa de ellas. Ese derecho estaba sujeto a la racional materia del debate, o mejor, condicionado a que tuviese en el proceso algún sustentáculo probatorio que lo hiciera verosímil.

Si un proceso penal por homicidio carece de todo apoyo que haga creíble el ejercicio de una defensa legítima, en virtud de subsistir plena y firme, sin que nada disminuya su eficacia, la comprobación de que el matador no se vio en la necesidad de esa defensa, al proponer el interrogatorio de tal justificación y al lograr respuesta afirmativa del Jurado, sería de rigor la declaración de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos.

Llamado asesinato en el Código Penal el homicidio que se ocasiona con propósito de matar y con sevicia, ya no es que concurra en tal hecho, por la crueldad excesiva, una *circunstancia agravante* propiamente. Lo que pasa es que en el homicidio intencional la sevicia está prevista como *elemento constitutivo* de una infracción específica individualizada y distinguida con el clásico nombre de asesinato, cabalmente porque la sevicia y las demás contingencias del artículo 363 no desempeñan el simple papel de *modalidades accidentales* que pudieran separarse dejando siempre intacta aquella específica denominación, sino que son algo de fondo, de cualidad, de sustancia, de intrínseca constitución de ese delito, faltando las cuales el asesinato también desaparece. El robo,

por ejemplo, no deja de ser robo aunque se ejecute en cualquiera de los casos que traen su agravación, pues dichos casos apenas tienen el significado de accidentes, modalidades o circunstancias agravantes.

Matar con concurrencia de uno o varios de los elementos detallados en los números 2.°, 4.°, 5.°, 6.°, 8.°, y 9.° del artículo 363, es asesinato que no podría a la vez atenuarse por la reacción de la ira o del dolor intenso. Son conceptos que se excluyen radicalmente. Mas, quien suprime la vida de alguna de las personas a que se refiere el número 1.° de ese artículo, con *animus necandi*, si perpetra el asesinato por el impulso de un arrebato de ira o de un sentimiento de dolor o pena vehemente que provenga de grave e injusta provocación, tiene derecho a que la pena del asesinato se reduzca con aplicación del artículo 28 o con la atenuación y el perdón judicial y la exención del artículo 382 Igualmente en el asesinato por sevicia no hay tampoco obstáculo ninguno para conciliarlo con la modalidad favorable de la provocación injusta y grave por parte del occiso. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, junio 26 de 1944). Pág. 641, 2.ª

II

IMPEDIMENTO

— 69 —

La sola designación de defensor no vincula al nombrado con la persona que lo ha buscado para darle ese cargo. Por eso, faltando la comprobación del ejercicio del poder o de que el abogado ha dado consejo al interesado, aquél no está luégo impedido para intervenir como Juez o Magistrado en la dirección o decisión del asunto. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2006 a 2009, abril 24 de 1944)..... Pág. 215, 2.ª

IMPUGNACIÓN DE LA LEGITIMIDAD DE UN HIJO NACIDO DENTRO DE MATRIMONIO

— 70 —

Según el artículo 1.° de la Ley 45 de 1936, pueden ser reconocidos como naturales los hijos llamados antes adulterinos. El hecho de que una mujer casada conciba de otro hombre, aunque constituye un acto esencialmente inmoral, no es óbice para que el fruto de esa unión irregular sea reconocido como natural por el padre, pero, como ese reconocimiento por sí solo desconoce la presunción: *pater is est quem nuptiae demonstrant*, es preciso que tal presunción sea desvirtuada judicialmente, lo cual quiere decir y significa que no basta el mero hecho del reconocimiento de un hijo natural, en tales circunstancias, para que en virtud de él pierda la presunción de legítimo que lo acompaña y favorece, y sería grave, perturbador y hasta absurdo jurídicamente sostener lo contrario. No; el estado civil de las personas está regulado por normas estrictas y controlado por la autoridad, para evitar anomalías e inconvenientes como los apuntados. El concepto de nulidad, por ser excepcional, es taxativo, y esto constituye una norma invariable para la interpretación de las reglas legales que a ella se refieren o que la establecen. El texto del artículo 3.° en su inciso 1.° de la Ley 45 de 1936, no habla de nulidad; pero esto no podría ser la razón para estimar que no la consagra, desde luégo que, no existiendo los términos sacramentales, el legislador puede valerse de expresiones que equivalgan a la de nulidad. La Corte, examinando en conjunto los textos pertinentes de la citada Ley 45 y en particular sus artículos 1.°, 2.°, 3.°, 4.° y 9.°, llega a la conclusión que el precitado artículo 3.°, en su inciso 1.°, no establece nulidad del reconocimiento del hijo natural si antes no se ha pronunciado sentencia que tenga la fuerza de la ejecutoria, en que al reconocido se le desconoce el carácter de hijo legítimo que antes ostentaba.

Cuando se trata de un hijo concebido por mujer casada, concebido en adulterio, son necesarios dos requisitos para establecer su filiación natural, a saber: la destrucción jurídica de la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*, que ampara a todo hijo nacido de mujer casada, y el acto de reconocimiento hecho por el padre natural. Esos dos factores o elementos se complementan recíprocamente en tal forma que la falta de uno de ellos hace imposible, jurídica y legalmente, que el nacido de mujer casada sea reconocido como hijo natural. Un reconocimiento de ese estado sin la sentencia ejecutoriada que lo prive de la filiación legítima, no tiene ninguna operancia ni eficacia ante la ley, porque la presunción de legitimidad que ampara al reconocido lo sigue acompañando. Una sentencia declarativa de la impugnación de la legitimidad no demuestra por sí sola sino que el impugnado no es hijo de quien impugna; pero en ningún caso prueba que es hijo natural de determinada persona. No demuestra la sentencia sino que no tiene la calidad de hijo legítimo de aquél. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 31 de 1944). Pág 387, 2.ª

IMPUGNACIÓN DE UN ACTA DE MATRIMONIO CATÓLICO—ALCANCE JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE QUE LA LEGISLACIÓN CANÓNICA DEBE SER SOLEMNEMENTE RESPETADA POR LAS AUTORIDADES DE LA REPÚBLICA

— 71 —

Conforme a jurisprudencia de la Corte, en desarrollo del 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 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 católicos, y al proceder así surgieron dos consecuencias: la primera, la forma como deben celebrarse esos matrimonios, y la segunda, el modo de prueba de ellos; en cuanto a la primera, 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, hoy reformados; pero reforma, observa la Corte, producida después de verificado el matrimonio cuya existencia se discute y de sentada el acta respectiva. Según lo anterior, el matrimonio civil tiene su prueba principal, que es la determinada por los artículos 364 a 367 del Código Civil, y el católico la suya propia, reglamentada por el Derecho Canónico y aceptada por la ley civil. El modo de levantar cada una de esas pruebas, de suplirlas, de enmendar los errores que en ellas se hayan cometido y de sentarlas después de celebrado el acto, está reglamentado, para el matrimonio civil, por el Código del ramo, y para el católico, por el Derecho Canónico. Presentada en juicio una partida de matrimonio católico, levantada por la autoridad correspondiente, ya sea a raíz de la celebración del matrimonio, ya posteriormente a ese hecho, cuando se ha omitido hacerlo en la oportunidad debida, y cuando esto se verifica con las formalidades del previo juicio que al efecto exige el Derecho Canónico, esa partida se presume auténtica y es plena prueba. Pero lo anterior no quiere decir que las partidas de origen eclesiástico, como las de origen civil, que se presumen auténticas, no puedan ser atacadas o redargüídas de falsas. Así lo había dicho la Corte en sentencia de 15 de diciembre de 1941, publicada en el tomo LII, páginas 883 y siguientes de la *Gaceta Judicial*. Y es que aunque las partidas de origen eclesiástico procedan de autoridades muy respetables, no son intocables, y la Iglesia no ha pretendido tal cosa. En el caso de autos no se discute la autenticidad de la partida de matrimonio en sí misma, pues lo que debió averiguarse es si, no obstante asentada aquélla, no se verificó el matrimonio, cuestión ésta que no sólo en este caso sino en muchos otros puede suceder, por cuanto quienes dan orden de asentarla, aun cuando ésta no proceda de un juicio canónico previo, pueden haber sido inducidos, por error o por engaño, y esto último es muy posible.

Si es cierto que la legislación canónica debe ser solemnemente respetada por las autoridades de la República, tal principio no significa que siempre y en todo caso, y sin restricción ninguna, dicha legislación vincule forzosamente a los Jueces civiles, para hacerla producir efectos meramente civiles. Los efectos canónicos se producen siempre. No se trató en el proceso a que alude la Corte de una causa de nulidad o validez de un matrimonio católico, cuya jurisdicción privativa habría correspondido a la autoridad eclesiástica, ni de casos en que la legislación canónica no interfiere plenamente en la civil, por existir algún texto legal que lo impida, sino de averiguar y estimar el valor probatorio, ante la ley civil, de cierto matrimonio, y de establecer si esa partida estuvo o nó conforme con el hecho. El poder civil, por medio del Organo Judicial, tiene facultad para ello, la cual ha ejercitado en muchas otras ocasiones similares al que decidió la Corte, y por eso con frecuencia se dejan de estimar partidas de origen eclesiástico, tanto por defectos de fondo como de forma.

El artículo 22 de la Ley 57 de 1887 no es un texto legal que pueda interpretarse aisladamente, pues debe hacerse a la luz de los artículos 392, 393 y 394 del Código Civil. Las actas a que ese artículo se refiere pueden ser redargüídas o rechazadas ante el Poder Civil y por los procedimientos conducentes ante éste, cuando se está dentro de un juicio civil. Así debe entenderse el artículo citado, pues sería hasta una necedad afirmar que se rechazan o redarguyen de falsas sólo ante el Poder Eclesiástico, porque el Poder Civil no puede legislar sobre materias que son objeto del Derecho Canónico, ni darle a la autoridad eclesiástica el poder o jurisdicción de fallar sobre esas partidas, de estimarlas o rechazarlas, puesto que ese poder lo tiene aquélla en virtud de su propia y exclusiva jurisdicción, y como persona jurídica perfecta y completa que es la Iglesia, personería que por otra parte reconocen los artículos 24 y 25 de la Ley 57 de 1887, y 4.° del Concordato.

Las partidas del estado civil, aunque sean de origen eclesiástico, pueden ser rechazadas o redargüídas o suplidas en los mismos casos y términos que aquellas a que se contrae el Título XX del Código Civil, lo cual quiere decir y significa,

como ya se explicó arriba, que caen no sólo bajo la valoración del Poder Civil, sino que ante éste pueden establecerse las tachas sobre su falsedad, y pueden ser rechazadas, en los casos en que se demuestre alguna de las circunstancias de los artículos 393 y 394 del Código Civil. Esta doctrina no es nueva, y ha sido sostenida en varias ocasiones por la Corte. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 18 de 1944).....Pág. 457, 1.ª y 2.ª

INCAPACES

— 72 —

La protección legal a los incapaces no es arma contra ellos, según repetidamente lo ha observado la Corte. (1) (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 31 de 1944.....Pág. 383, 1.ª

INCIDENTE EN DERECHO PROCESAL

— 73 —

(Véase lo que sobre este punto trae el auto de la Sala de Casación Penal, de fecha 8 de febrero de 1944, página 190, 1.ª Tomo LVII, números 2006 a 2009).

INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE LAS ACCIONES DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR ACTOS O RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

— 74 —

Es reiterada la doctrina de la Sala en el sentido de que a la justicia ordinaria «no le compete la revisión de los actos administrativos de las corporaciones o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones o con el pretexto de ejercerlas. Esa atribución le está asignada a la jurisdicción contencioso-administrativa, por manera que mientras ésta no declare la nulidad de un acto, la justicia ordinaria tiene que presumir su legalidad». También ha dicho la Corte que «los Tribunales Administrativos tienen jurisdicción para conocer de las acciones de reparaciones originadas en *actos*, *hechos* u operaciones de carácter administrativo, provenientes de autoridades municipales, departamentales o nacionales». (Sentencia, Sala de Negocios Generales, números 2010 a 2014, mayo 13 de 1944. Pág. 788, 1.ª y 2.ª.

(1) Doctrina sentada por la Corte en sentencia de casación, pero en los razonamientos de instancia.

INCONGRUENCIA

— 75 —

Ha dicho la Corte en numerosos fallos que jamás hay incongruencia al resolver negativamente el Organo Judicial las peticiones de la demanda cuando han sido consideradas en su totalidad, ya que su función natural es absolver o condenar a la parte demandada y decidir afirmativa o negativamente sobre lo pedido. Para que exista la alegada falta de consonancia es necesario que se falle sobre algo no pedido, o sobre algo más o algo menos de lo suplicado a la justicia (*extra petita*, *ultra petita*, *minima petita*). (1) (Casación, LVII, números 2010 a 2014, junio 20 de 1944).

INDEBIDA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

— 76 —

Hay indebida aplicación de la Ley Penal cuando entre la antigua y la nueva opta el Juez por la más rigurosa (artículo 22 de la Constitución). (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 1.° de 1944)..... Pág. 177, 2.ª

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN MATERIA PENAL

— 77 —

a) *Fundamento de la indemnización*

Las legislaciones penal y civil, que tuvieron como modelo las de Napoleón, de contenido individualista, vigentes aún en muchos países, dieron a la indemnización de perjuicios derivados del daño causado por el delito un carácter exclusivamente civil, y a la relación entre el delito y el perjuicio la de un simple vínculo de obligación, sometida a las normas del derecho privado.

Esta noción conceptual, dentro del sistema de aquellas legislaciones, consagró la ineficacia de la acción civil dirigida a la reparación, por cuanto si los Jueces —en su sentencia— condenaban al pago de los perjuicios abstractamente considerados, el lesionado o sus herederos se abstenían de sujetarse a las contingencias de un juicio civil, para la fijación de un monto en el cual la protección estatal les faltaba, o el responsable, ante el riesgo de la ejecución, se insolventaba mediante transacciones simuladas que hacían nugatorio el derecho de las víctimas a la reparación.

La escuela positivista, como una reacción ante la innocuidad de la norma individualista, incluyó entre los postulados de su nueva doctrina la in-

(1) Concordancias: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 2.°, número 1169; tomo 3.°, número 1955; tomo 5.°, volumen 1.°, números 753-755.

demnización de perjuicios causados por el delito como institución de defensa social y de derecho público, y amparó la acción, aunque bajo la concreta denominación de civil, con la tutela jurídica estatal, en cuanto sostiene que a los funcionarios del Ministerio Público incumbe la obligación de intervenir si el lesionado se abstiene de su interposición.

«La indemnización de perjuicios —escribió Ferri— es una función social atribuída al Estado, en interés directo del particular lesionado, y también en el interés indirecto, y no menos eficaz, de la defensa social», tesis que el mismo ilustre expositor reafirmó al conceptuar que «las sanciones que el Estado aplica a la defensa social contra el delito deben ser preventivas, *reparatorias* (subraya la Corte), represivas y eliminatorias».

Para la escuela correccionalista, la pena tiene un carácter meramente preventivo, y la indemnización un carácter reparador y preventivo conjuntamente, proposiciones fundadas en la tesis de la pena considerada como medio de derecho o tutela adecuada a la inferioridad del delincuente —necesitado de protección— enfrente de los demás hombres (Dorado Montero).

La indemnización según la escuela positivista —como obligación deducida del delito— es una forma de sanción pecuniaria en favor del lesionado por el daño a él causado (daño privado), como la pena es la sanción por el daño causado a la sociedad a consecuencia de la violación de la norma jurídica (daño social, daño público), imponibles en virtud de la potestad estatal dirigida a realizar la doble protección de la sociedad y de la víctima mediante acciones —penal y civil— sometidas a una misma jurisdicción.

Reafirma esta tesis la influencia que el daño y su reparación tienen en la sanción si el hacer más nocivas las circunstancias del delito y el perjudicar u ofender con una misma acción, y no por mero accidente, a más de una persona, lo agravan (artículo 37, Código Penal): si con análoga razón, «el procurar espontáneamente, después de cometido el hecho, anular o disminuír sus consecuencias» y «el resarcir el daño, aunque sea parcialmente», lo atenúan (artículo 38 del Código Penal), y si la restitución, en los casos de peculado y de delitos contra la propiedad, también lo atenúan; y si estas circunstancias, pues, contribuyen a su aumento o disminución, y si la concesión de la condena y libertad condicionales y del perdón judicial se subordinan también a la indemnización, no podría dejar de aceptarse que la reparación tiene un relativo e indirecto carácter de sanción —sanción reparadora— y, consecuencialmente, de institución de derecho público, más que de derecho privado.

Y aquí cabe la referencia a la legislación procesal colombiana que —desde mil ochocientos ochenta y siete— ha impuesto normas protectoras de las víctimas del delito, que los reformadores posteriores a aquel año han venido —inconsultamente— desestimando.

«Desde que en un juicio criminal se abra la causa a prueba —prescribía el artículo 113 de la Ley 57 de 1887—, el Juez debe ordenar, de oficio, que se proceda a avaluar por peritos los perjuicios sufridos por el ofendido; pudiendo las partes presentar las pruebas que estimen convenientes respecto de dichos perjuicios. El Juez, en la sentencia que dicte, fijará la cuota de la indemnización debida al ofendido, aunque éste no se haya hecho parte en el juicio, y ejecutoriada la sentencia, presta mérito ejecutivo en favor del ofendido o sus herederos y contra el agresor».

Y —hecho importante— la Corte en 1888, al aplicar la norma de 1887, dio a la indemnización de perjuicios causados por el delito el carácter de sanción, en la misma época en que la escuela positivista exponía su teoría sobre la sanción reparadora.

«La indemnización de perjuicios de que trata el artículo 113 de la Ley 57 de 1887 —dijo la Corte (*Jurisprudencia*, número 2987, tomo I)—, debe tener lugar en todo caso, y por consiguiente es una sanción distinta de las penas señaladas al delito en el Código Penal, de lo cual resulta que, llegado el caso, puede haber lugar a la multa y a perjuicios».

Pero los legisladores de 1922 y de 1943, que expidieron las Leyes 104 (artículo 22) y 4.ª (artículos 24 y 25), respectivamente, no sólo desconocieron la importancia de la Ley 57 sino que —lo que es menos comprensible— rompieron la unidad doctrinaria de aquellas Leyes, sin consideración a la técnica ni a los intereses del procedimiento.

Podría argüirse que la reparación —en materia penal— está única y exclusivamente subordinada a la norma del artículo 2341 del estatuto civil, según el cual «el que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido», y que esta subordinación —por ser norma de derecho privado— se oponga a la tesis enunciada, según la cual la reparación es institución de derecho público; pero el estatuto penal vigente —que es derecho material y sustantivo—, al regular aquella institución, adoptó la tesis, y —para su aplicación integral— impuso al Agente del Ministerio Público no sólo la obligación de cooperar con la parte civil en todas las diligencias indispensables a fijar y obtener la indemnización, sino que exten-

dió tal obligación a intervenir por sí solo en caso de abstención del lesionado.

La enunciada tesis —lógicamente— ha tenido una definida repercusión en el derecho procesal, esto es, en materia de competencia, y así la ley la atribuyó a los Jueces penales, y aunque dio figura de acción civil a las solicitudes, actuaciones y diligencias concernientes a la indemnización, facultó su ejercicio simultáneamente con la acción penal y dentro de ésta, e impuso a los Jueces la obligación de decidirlas conjuntamente en el mismo fallo.

El carácter o contenido dados a la indemnización de perjuicios —acéptese la tesis absoluta de derecho público, o la tesis relativa de Florián, según la cual «la indemnización no tiene un carácter puramente público» y «la acción civil es más bien privada, pero acompañada y reforzada por una exigencia de derecho público determinada por la naturaleza especial del hecho del cual deriva el daño»—, explica la intervención del titular del derecho dentro del proceso penal o en su falta la del Agente del Ministerio Público, y —lógicamente— la competencia otorgada a la justicia penal, y la obligación, para el Juez, de «condenar a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios causados por el delito» (artículo 92 del Código Penal).

Finalmente, el legislador colombiano, desde 1836, creó normas tutelares de las víctimas del delito: así, los artículos 31, 76 y 77 del Código expedido en aquel año —que el de 1890 reprodujo casi textualmente en sus artículos 87 y 88— prescribieron la condena por perjuicios derivados del delito y el sistema de distribución de los bienes del responsable, dando preferencia al pago de la indemnización; y los artículos 233 a 238 del Código de Régimen Carcelario y Penitenciario vigente, imponen a los condenados la obligación de destinar parte de su salario al pago de perjuicios.

De esta manera la tesis positivista de hoy sobre condenación oficiosa al pago de perjuicios ocasionados por el delito, coincide con el pensamiento del legislador colombiano, inspirado en la escuela clásica, pensamiento promulgado en nuestra legislación positiva desde hace más de un siglo.

b) *Clasificación de los perjuicios indemnizables.*

El estatuto penal (artículos 92 a 95) clasifica los perjuicios causados por el delito en la persona lesionada, natural o jurídica, en perjuicios materiales y morales, clasificación que comporta esta división: los *materiales* en patrimoniales y personales, y los *morales* en objetivados y subjetivos, en consideración a que el daño privado es, análogamente, material y moral, y distinto al daño público, que es, en general, moral o psicológico: violación de la norma penal, alarma social o disminución de la confianza en la propia seguridad o en la seguridad colectiva, y riesgo del contagio imitativo en los predispuestos al delito.

Sobre la noción del daño material privado (patrimonial o personal) y del perjuicio causado, no hay disconformidad entre los expositores, ni como problema jurídico presenta dificultades serias; tal noción se concreta a la destrucción, privación o disminución de los bienes o intereses materiales, cuya valoración, subordinada a las normas generales del daño emergente y del lucro cesante, no implica —por su carácter objetivo— conflicto conceptual, ideológico o jurídico alguno.

Mas sobre la noción del daño moral privado —también privación, disminución o destrucción, pero ya de bienes o intereses morales o psicológicos— y del perjuicio ocasionado por el daño moral, el problema, complejo en apariencia, no es —tampoco— de solución imposible, a lo cual contribuye eficazmente la aceptada clasificación de daño moral objetivado, que puede producir consecuencias de carácter patrimonial o económico, y consiguiente valuación pecuniaria, y daño moral subjetivo o absolutamente psicológico, de muy difícil y hasta imposible valuación pecuniaria.

Hay, pues, daños morales que repercuten en la economía o patrimonio material del lesionado, y daños morales que —a diferencia de aquéllos— repercuten sólo pero profundamente en su psicología.

Los daños privados patrimoniales, en consecuencia, y los daños morales objetivados, son susceptibles de determinación pecuniaria; no así los daños morales subjetivos, que por su carácter intrínseco especial no presentan base real y efectiva para una exacta valuación pecuniaria; y son éstos —precisamente— los daños a cuya indemnización provee el artículo 95 del estatuto penal.

c) *Sistema de reparación.*

El derecho a la indemnización —que se persigue en la acción civil iniciada dentro de la acción penal— se subordina a las siguientes condiciones:

a) Que el responsable haya cometido un delito;
b) Que este delito haya causado perjuicios;
c) Que se proponga la demanda, y que el demandante, al proponer la acción civil, compruebe la legitimidad de su personería, y
d) Que el Juez, en la sentencia, condene al responsable al pago de los perjuicios.

A la prueba de estas circunstancias proveen las normas de los artículos 112 a 138, 345 y 453 a 455 del estatuto procesal penal, modificados —estos últimos— por los artículos 24 a 26 de la Ley 4.ª

de 1943 en cuanto subordinaron la designación de peritos a la solicitud de las partes, y condicionaron esta facultad del Juez, desnaturalizando parcialmente, así, el carácter de entidad de derecho público que el estatuto penal dio a la reparación de perjuicios.

El problema de mayor entidad, en la acción civil, es el sistema técnico de la liquidación de los perjuicios, sobre el cual la Corte —con el ánimo de sugerir la más adecuada solución— hace, aquí, algunas observaciones generales, aunque dirigidas a adelantar parcialmente el estudio de las cuestiones presentadas en este recurso, tanto por el apoderado de la parte civil como también por el procesado.

***

La liquidación y fijación pecuniaria de los perjuicios comportan estas relaciones: entre la reparación y el perjuicio, entre la reparación v la situación del responsable, entre la reparación y la situación del lesionado, y, finalmente, la forma y garantías de reparación.

La equivalencia entre el perjuicio y la reparación es postulado ya aceptado por los jurisconsultos que han estudiado este problema: la reparación, en consecuencia, no puede ser mayor ni menor que el perjuicio, con exclusión de cualquier tendencia a favorecer al lesionado o al obligado.

La segunda relación fue ampliamente debatida en la Comisión que elaboró el estatuto penal.

«Al fijar la cuantía de la indemnización —decía la fórmula primitivamente adoptada— deberá el Juez tener en cuenta la gravedad del hecho cometido, sus modalidades y las condiciones económicas del procesado», fórmula ésta que, al revisar el proyecto general, fue excluída.

Sin que sea oportuno analizar los diversos conceptos que en favor o en contra de aquella fórmula han emitido los expositores de Derecho Penal y de Derecho Civil, lo cierto es que el estatuto penal vigente deliberadamente la excluyó de su conjunto normativo, y a esa exclusión debe subordinarse el criterio de la jurisprudencia.

***

Cuestión más importante es la consideración de la víctima, cuya personalidad juega papel preponderante en el avalúo, al menos en determinados casos, entre ellos el presente, pues no es imposible la existencia de un nexo de causalidad entre la culpa del lesionado y el perjuicio, cuando aquél —el lesionado— ha concurrido, en mayor o menor grado, a la ejecución del evento dañoso productor del perjuicio: si no hubo concurrencia del lesionado en la causa del daño, la reparación del perjuicio será integral; mas, si la hubo, deberá ser adecuada —proporcionalmente— a la intensidad de esa concurrencia, y —por lo tanto— la reparación será dividida o disminuída.

***

Desde otro punto de vista —el económico—, la posición del lesionado ejerce también, en algunos casos, determinada influencia, de consideración obligada: no es igual el perjuicio del delito cuando —en el homicidio, por ejemplo— el lesionado subvenía con su trabajo únicamente al mantenimiento de la esposa e hijos menores o ascendientes inválidos, al perjuicio causado por el mismo delito en personas, herederos colaterales por ejemplo, en excelente situación económica independiente del concurso del occiso y a cuya subsistencia éste, por tal causa, no subvenía en forma alguna.

Si, pues, la condición económica del procesado no puede modificar el criterio técnico de la reparación, la concurrencia de la víctima al delito, en los casos en que ello haya tenido realidad probada, aporta a la reparación una modalidad específica y cuantitativa, no desechable en el acto pericial.

***

De la exposición anterior se deducen los siguientes postulados:

a) La indemnización de los perjuicios causados por el delito es institución de derecho público, perseguible ante la jurisdicción penal y dentro del proceso penal;

b) Los perjuicios morales objetivos, es decir, con repercusiones económicas, pueden ser avaluados pecuniariamente, mediante sistema análogo al empleado para los perjuicios materiales;

c) Los perjuicios morales subjetivos, difíciles y hasta imposibles de avaluar, pueden ser reparados pecuniariamente mediante el sistema determinado en el artículo 95 del estatuto penal;

d) La posición económica del responsable no modifica en nada la obligación de reparar, ni la cuantía de la suma que debe pagarse, y

e) La posición económica de las víctimas del delito y su concurrencia en la causa del mismo, así como en la producción del perjuicio, sí pueden influir en la reparación. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, agosto 8 de 1944).

(Págs. 725, 1.ª, y 2.ª y ss.).

INDICIOS

— 78 —

Repetidamente ha afirmado la Sala de Casación, ajustando siempre sus decisiones a esta opinión, que como la ley defiere en la apreciación de los indicios al convencimiento del sentenciador, no es posible, oponiendo criterio a criterio, variar la apreciación de indicios formulada en sentencia de segunda instancia, porque no es tercera instancia el recurso de casación. Cabe sólo la salvedad de prescindencia o errónea apreciación de indicios debidamente comprobados que, a haberse tenido en cuenta, precisamente habrían determinado decisión distinta, o de provenir ella de darse por probados indicios que no lo están, o de faltar entre los indicios como premisas y las conclusiones deducidas de ellos, la vinculación de causalidad efectiva requerida en lógica. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 29 de 1944).....Pág. 594, 2.ª

INDICIOS

— 79 —

Los indicios consistentes en la pobreza del vendedor y en que éste estuvo en posesión de la finca hasta su muerte, no son, por sí solos, como lo ha sostenido la Corte en fallos innumerables, la prueba de que el contrato hubiera sido simulado, y al no darles la eficacia de plena prueba al respecto no puede sostenerse que el Tribunal hubiera cometido error por falta de apreciación o apreciación indebida de esas pruebas. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 12 de 1944). Pág. 58, 2.ª

INDICIOS

— 80 —

Cuando los indicios no son necesarios, el grado de fuerza y su relación más o menos estrecha con el hecho que se trata de demostrar, son materia de una apreciación inductiva del juzgador que escapa a la casación, desde luégo que en esta operación de la inteligencia, que es una serie de razonamientos, no puede caber el error evidente de hecho, indispensable para poder variar la estimación de la prueba hecha por el sentenciador (1). (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 14 de 1944).....Pág. 93, 2.ª

(1) Concordancias: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 2.°, números 1225; 1226; tomo 3.°, números 2001, 2002, 2005, 2007, 2011, 2013; tomo V, números 759, 764, 768, 770, 772, volumen 1.° La doctrina de la Corte tiene la atenuación consignada en sentencia de casación de 15 de marzo de 1941, tomo LVII de la *Gaceta Judicial*, números 2006 a 2010, pág. 106, 2.ª

INDICIOS

— 81 —

La tesis de la soberanía absoluta de los Tribunales en la estimación de los indicios, fundada en que la Corte, en casación, no es juez *ad quem*, ha sido revaluada, por cuanto este principio rígido podía impedir muchas veces la rectificación de errores en que hubieran incidido los Tribunales y que se vieran manifiestos en los autos. En virtud de esa revaluación se conserva el principio de la soberanía del Juez en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios; pero siempre que en la deducción judicial no se haya incurrido en ciertos errores, como falta de apreciación de una prueba determinante o eficiente, de una apreciación ostensiblemente equivocada, o de una inferencia claramente ilógica. Es el respeto a la fuerza ponderativa del criterio del fallador en la apreciación de los indicios, como lo dijo la Corte, lo que da base a la soberanía de éste, en las condiciones ya expresadas. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 15 de 1944).....Pág. 106, 2.ª.

INDIVISIBILIDAD DEL VEREDICTO

— 82 —

El veredicto es una pieza indivisible, que hay que acoger o rechazar en su integridad, porque de otra manera se mixtificaría la determinación del Jurado y se desnaturalizaría el juicio popular.

La ley no autoriza a los Jueces de derecho para calificar de justas unas respuestas y de impertinentes otras, cuando hagan parte del mismo cuestionario, puesto que interpretar el veredicto es acomodar la voluntad del tribunal de conciencia a la ley, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que éste aduzca para pretenderlo. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 17 de 1944).....Pág. 680, 2.ª

INSPECCIÓN OCULAR

— 83 —

El artículo 730 del Código Judicial le da valor de plena prueba al acta de inspección ocular de los hechos y circunstancias observados por el Juez, pero esa acta es la que se extiende de acuerdo con las disposiciones que reglamentan la prueba sobre inspección ocular, es decir, la practicada con todas las formalidades dentro del juicio, pues la inspección ocular practicada fuera de él en el caso del artículo 732 ibídem, apenas

constituye una presunción más o menos grave, que el Juez apreciará de acuerdo con las reglas generales según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados (1). Casación, LVII, números 2010 a 2014, junio 27 de 1944)....Pág. 422, 2.ª

INVENTARIOS Y AVALÚOS

— 84 —

En materia de inventarios, avalúos y partición de bienes sucesorales, existen en nuestra legislación determinados principios básicos, de carácter general, que deben tenerse en cuenta, por ser de observancia obligatoria, como son, entre otros: que verificados los inventarios y avalúos y aprobados debidamente, debe procederse a la partición de los bienes, si los coasignatarios no acuerdan, legítima y unánimemente, otra cosa; que si se han ocultado u omitido bienes puede pedirse la práctica de un inventario adicional; que si se han incluído o inventariado bienes ajenos debe pedirse la exclusión de ellos en juicio ordinario separado, pues la petición formulada dentro del mismo juicio de sucesión no es procedente; que no es motivo para demorar o suspender la partición el hecho de que se haya solicitado la exclusión de bienes, a menos que el Juez, a petición de los asignatarios a quienes corresponda más de la mitad de la masa partible, lo ordenare así: que en la partición deben entrar todos los bienes inventariados y avaluados, y que el valor de tasación dado por los peritos es el que debe tener en cuenta el partidor para hacer las correspondientes adjudicaciones. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 22 de 1944).....Pág. 116, 1.ª

J

JUECES DE LEPROCOMIOS

— 85 —

La Ley 20 de 1927 extiende la competencia de los Jueces de Leprocomios al juzgamiento de los delitos que corresponden a los Jueces Superiores, es decir, que tales funcionarios deciden de las infracciones de que conocen los Jueces de Circuito y los Jueces Superiores, por delitos cometidos dentro de los límites del leprocomio. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2006 a 2009, abril 17 de 1944).....Pág. 205, 2.ª

(1) Concordancia: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo, V, volumen 1.º, número 804.

JUECES DE LEPROCOMIOS

— 86 —

El único fundamento apreciable del artículo 12 de la Ley 20 de 1927 para investir al Juez del Circuito del carácter de Juez Superior, es el de procurar que la composición de los Jurados no se haga con individuos alejados del leprocomio. Si otro tuviera (por ejemplo, evitar el contagio), habría ordenado algo esa Ley para precaver lo relacionado con las apelaciones, recursos de casación, revisión, etc. Además de ser ella interpretada como lo pretende el Juez, es decir, que siempre y en todos los delitos el competente sería el del Circuito del respectivo lazareto, carecería de razón el artículo 391 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que las notificaciones personales al enfermo de lepra se le hagan por conducto de Juez comisionado. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2006 a 2009, marzo 29 de 1944).....Pág. 216, 2.ª

JURADO

— 87 —

El Jurado debe definir en los delitos de que conoce —en colaboración con el Juez Superior— dos cuestiones primordiales: materialidad del hecho y responsabilidad del autor del mismo. Admitida la primera y negada la segunda, equivale a haberse pronunciado por la absolución. Entonces es clara la voluntad del *juri*, cuyo pensamiento puede interpretarse diciendo que reconoció la existencia del hecho, pero que al mismo tiempo convino en que el procesado lo ejecutó conforme a derecho. Aceptada la responsabilidad, pero rechazada la existencia material del acto, al Juez le toca deducir —de acuerdo con la ley y con la lógica, además — que no puede nadie ser responsable de un delito que no tuvo vida jurídica. Pero si el Jurado no consiguió decidirse en ningún sentido sobre el elemento psíquico y fundamental — que en el homicidio es el propósito de matar—, porque esa cuestión quedó apenas en la mente del funcionario que elaboró las preguntas, no hubo entonces afirmación ni negación, y el Juez carecía de base para dictar sentencia. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 26 de 1944).

Pág. 694, 2.ª

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN ASUNTOS REFERENTES A PRESTACIONES SOCIALES

— 88 —

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 45 de 1939, la jurisdicción y competencia de los Jueces ordinarios en las controver-

sias 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 regulan por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas del Código Judicial vigente. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, febrero 18 de 1943).

Pág. 762, 2.ª

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN ASUNTOS REFERENTES A PRESTACIONES SOCIALES

— 89 —

En casos de procedimiento verbal, como ya lo ha resuelto la Sala, 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 1.°, ordinal 2.°, de la Ley 45 de 1939. De ahí que la Corte no admita que los juicios verbales autorizados por la ley para ventilar reclamaciones por prestaciones sociales puedan 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. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, febrero 23 de 1944).

Pág. 764, 2ª

JURISDICCIÓN MILITAR

— 90 —

Aunque el artículo 170 de la Constitución Nacional estatuye que de los delitos cometidos por los militares en servicio activo conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar, tal mandato constitucional no se opone al hecho de que la ley extienda el radio de acción del juzgamiento militar a otras personas que no forman parte, en actividad, de la fuerza armada, o que no son sino empleados del Ejército, o que sólo tienen la condición de simples particulares. La Constitución, en el artículo 170, no quiere otra cosa que garantizar a los militares en servicio activo el fuero de la justicia militar, jurisdicción especial en que la ley puede comprender a los que no sean militares, por delitos de esa índole. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2010 a 2014, mayo 4 de 1943).

Pág. 615, 2.ª

L

LEY 85 DE 1916

— 91 —

La palabra «período» de cuatro años, tocante con el Presidente de la República, a que se refiere el artículo 109 de la Constitución (artículo 25 del Acto legislativo número 3 de 1910), significa lapso de cuatro años, a contar desde una fecha inicial, determinada y cierta del calendario, toda vez que, cuando fue expedido el Acto legislativo número 3 de 1910, regía el precepto legal del artículo 317 de la Ley 149 de 1888, en forma tal que si ese lapso ya se principió, y hay lugar a elegir nuevo Presidente, esa elección se entiende necesariamente hecha sólo por el resto del período en curso. Aparece así el período presidencial como un período estrictamente cronológico por cuatro años. Así, pues, el parágrafo único del artículo 172 de la Ley 85 de 1916, no sólo no contraría los preceptos constitucionales, sino que, por el contrario, es la más genuina y exacta interpretación de ellos. (Sentencia, Sala Plena, LVII, números 2010 a 2014, julio 4 de 1944).

Pág. 329, 1.ª

LEY 21 DE 1931

— 92 —

La Sala no encuentra la incompatibilidad afirmada por el demandante entre el artículo 19 de la Ley 21 de 1931 y la Constitución, ya en sus artículos citados, ya en cualquiera de los restantes. Esta exigencia de abogado para el analfabeto es una de las varias con que el legislador viene de tiempo atrás resguardando a las personas, y con ellas a la misma administración de justicia, contra peligros como los indicados por el demandante. A ello pudo proveer la ley cuando el Acto número 1.° de 1918 reformó la Constitución en forma de autorizar la exigencia de títulos de idoneidad, no sólo ya para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares, sino también para la de abogado. Así pudo dictarse la Ley 62 de 1928, de que es adicional y reformatoria la 21 de 1931 a que corresponde el artículo 19 materia de la acusación. Esa autorización constitucional de 1918 permitió la expedición de estas leyes y les dio el necesario fundamento. (Sentencia, Sala Plena, LVII, febrero 18 de 1944).... .....Pág. 7.

LEY 88 DE 1935

— 93 —

I. Es exequible el numeral 1.º del artículo 8.º de la Ley 88 de 1935, que determina —como causa de pérdida de las pensiones o sueldos de retiro de que disfrutan los Oficiales retirados— el pertenecer a directorios, comités o asociaciones políticas.

II. La pérdida de las pensiones o sueldos de retiro —como consecuencia de la intervención de los Oficiales retirados en las actividades políticas que determina el numeral 1.º del artículo 8.º de la Ley 88 de 1935— no afecta el pleno uso de los derechos políticos que integran la ciudadanía.

III. El numeral 1.º del artículo 8.º de la Ley 88 de 1935 fue expedido en desarrollo de la facultad que el artículo 169 de la Constitución Nacional otorgó al Organo Legislativo, según el cual el derecho de los militares a sus grados, honores y pensiones, está subordinado a las condiciones que le imponga la ley, en este caso la Ley 88.

IV. Es inoperante el posible argumento de distinguir entre pensiones o sueldos de retiro anteriores a la vigencia de la Ley 88 de 1935 y los adquiridos con posterioridad a esta Ley, porque tal distinción formaría dos grupos diversos de Oficiales retirados, para uno de los cuales sería ilícito lo que es lícito para el otro, al mismo tiempo.

No hay lugar a establecer diferencias entre Oficiales retirados con pensión o sueldo de retiro antes de la vigencia de la Ley 88, y los que con posterioridad a dicha vigencia disfruten de tales pensión o sueldo, porque dicha diferencia equivale a establecer dos categorías de Oficiales retirados, para una de las cuales está prohibido y es falta, lo que es lícito para la otra. (Sentencia, Sala Plena, LVII, números 2006 a 2009, abril 21 de 1944).....Pág. 15).

LEY 200 DE 1936

— 94 —

Los artículos 16 a 21, 24, 25 y 26 de la Ley 200 de 1936 desarrollan y establecen la jurisdicción especial y típica para esta clase de controversias sobre la propiedad territorial, y en tales preceptos se determina que los Jueces de Tierras conocían privativamente, en primera instancia, del ejercicio de las siguientes acciones: *a*) Las de lanzamiento por ocupación de hecho; *b*) Las posesorias sobre predios rurales, y *c*) La de división y deslinde de grandes comunidades. Para la tramitación y fallo de la controversia se regían, en general, por las normas especiales fijadas a tales acciones por la Ley 200, pero ello no se opone, sino antes bien exige que se tengan en cuenta las normas generales establecidas por las leyes sobre procedimiento civil ordinario. En lo que atañe a la manera de tramitar y fallar los negocios que le estaban encomendados, a saber: *a*) En que podían y debían llevar a los autos, de oficio, todos los elementos ilustrativos que consideraran necesarios para adquirir mejor conocimiento de los negocios que debían fallar (artículo 21, Ley 200 de 1936); *b*) En que no podían decidir asunto alguno sin haber practicado previamente una inspección ocular para apreciar la situación de hecho, que siempre quedaba sometido a su decisión (artículo 20, Ley 200), y *c*) En que debían fallar sobre lo que resultara de la inspección ocular y de los elementos aportados al juicio, de oficio o a petición de las partes, «teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción especial es que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no deben protegerse el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, el fraude a la ley», principio éste que excluye de la libertad de apreciación judicial los elementos probatorios cuya fuerza de convicción haya determinado expresamente la ley sobre régimen de tierras (artículo 21, Ley 200). (Casación, LVII, números 2010 a 2014, agosto 16 de 1944).

Pág. 516, 1.ª y 2.ª

LEY 128 DE 1941

— 95 —

1. Como lo dijo la Corte en otra ocasión, dada la relatividad del concepto de *precisión*, para saber si unas autorizaciones son *precisas* o nó, se ha de investigar ante todo si hubo posibilidad o nó de puntualizar, más o menos, las facultades conferidas al Presidente. Al admitir tal interpretación se sacrifica indudablemente el espíritu original del texto constitucional, porque, según lo indica la simple lectura de la norma mentada, el requisito de la precisión debe tenerlo el acto *per se*, con independencia de las circunstancias meramente adjetivas de posibilidad, necesidad o conveniencia. Y esto es así, porque tanto en el uso común del idioma como en el léxico técnicamente jurídico, la locución PRECISO, cuando como en el caso presente no equivale a necesario, significa puntual, fijo, exacto, determinado, distinto, claro y formal. El hecho de que por circunstancias excepcionales en la vida de la Nación o por falta de conocimiento anticipado de las medidas que hayan de adoptarse, sea difícil o imposible enumerar las facultades extraordinarias delegadas al Organo Ejecutivo, no autoriza por sí solo para

suprimir o adulterar el requisito *sine qua non* de la *precisión*, que tiene la mayor importancia, dado que es el fundamento jurídico para aceptarse esta confusión de funciones en los dos Organos del Estado. Los antecedentes jurídicos que tiene este sistema en nuestro país confirman la tesis desarrollada en este fallo, de que el Congreso debe concretar y delimitar el objeto o la materia de las facultades extraordinarias, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 9.° del artículo 69 del Estatuto. En los Gobiernos anteriores a 1863 se hizo muy frecuente la costumbre de conferir facultades extraordinarias e ilimitadas al Poder Ejecutivo, produciéndose así el natural desequilibrio en las dos grandes ramas del Poder Público, por el debilitamiento de la una y la omnipotencia de la otra. Contra tal hábito antidemocrático reaccionó el artículo 50 de la Constitución de 1863, que prohibía la delegación de las funciones del Congreso. Los constituyentes de 1886 consideraron que en ocasiones excepcionales era necesario salvaguardiar la vida del Estado o su marcha regular y conferir determinadas funciones legislativas en casos especiales, pero limitándolas dentro de una órbita de acción claramente prefijada. Con ese criterio taxativo y para evitar abusos redactaron el numeral 10 del artículo 76 de la Carta de aquel año, en el cual exigieron que tales funciones conferidas fueran *precisas* y *pro tempore*. Esa norma fue textualmente reproducida en el artículo 69 del Estatuto de 1936 hoy vigente.

2 El artículo 16 de la Ley 128 de 1941, acusado, sí reúne la condición de ser precisas las autorizaciones concedidas al Ejecutivo, en el sentido antes reconocido a ese vocablo.

3. Los artículos 3.° y 4.° del Decreto número 2190 de 1941 están conformes con la autorización que contiene el inciso 3.° de la Ley 128 de 1941. Al encargar el Ejecutivo al Director de la Policía Nacional de cumplir las autorizaciones conferidas por esa Ley, no delegó sus funciones, sino que se mantuvo dentro del normal ejercicio de sus atribuciones legales. Dentro de la estructura de nuestro derecho político interno no es posible ni científico hacer esas distinciones entre un Organo del Poder Público y un organismo que le está subordinado y que se ha puesto a su servicio y bajo su dirección para la conservación del orden interno de la República y el fiel cumplimiento de las leyes. La Policía Nacional es el instrumento natural y adecuado creado por el Estado para auxiliar al Gobierno en todos los menesteres que se rozan con el orden y la tranquilidad de la Nación y la salvaguardia de la vida, honra y bienes de sus habitantes. Nada más acorde con la mecánica de estas funciones que poner en manos de tal organismo todo lo relativo a la vigilancia y control de las actividades de los extranjeros, en tiempos calamitosos en que se desarrolla un grave conflicto bélico universal; con tanta más razón cuanto que al proceder así no se ha desprendido el Jefe del Estado del constante y oportuno ejercicio de la facultad otorgada, lo que bien pudo hacer siempre que lo consideró necesario, por medio de decretos. Son exequibles, pues, las disposiciones acusadas.

4. Por el aspecto rigurosamente jurídico de la cuestión, las autorizaciones conferidas al Presidente de la República por el inciso 3.° del artículo 16 de la Ley 128 de 1941 sirven de fundamento sólido y de justificación a las medidas adoptadas por el Gobierno en los Decretos 1500 y 1552. Dentro de esas autorizaciones caben las disposiciones ejecutivas acusadas y cada una de sus determinaciones, sin que sea admisible el reparo de que el precepto legal acusado de la Ley 128 no hacía distinción de nacionalidad entre extranjeros; o de que no se había incluído expresamente a los inmuebles en el control de bienes; o de que sólo se había facultado para realizar un mero control de fondos y de cuentas, porque la simple lectura del artículo 16 de la Ley 128, inciso 3.°, que contiene la autorización legislativa, convence de que sí se podían adoptar por el Gobierno las medidas decretadas. Fuera de esto, sirven de fundamento a esos decretos los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, tales como la Resolución número 15 de la reunión de consulta entre los Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas, verificada en la ciudad de La Habana el día 30 de junio de 1940. Esa Resolución fue incorporada a nuestra legislación por la Ley 20 de 1941. Apoyado el Organo Ejecutivo en los compromisos internacionales de La Habana y Río de Janeiro, origen de las facultades extraordinarias que le fueron concedidas por las Leyes 128 de 1941 y 7.ª de 1943, dictó las medidas sobre control y administración de los bienes de extranjeros y vigilancia de los mismos, contenidas en los Decretos acusados, acomodando tales normas a las modalidades que iba ofreciendo el desarrollo del conflicto internacional. (Sentencia, Sala Plena, LVII. números 2110 a 2014, agosto 9 de 1944).....Págs. 347 y ss.

LEY 67 DE 1943

— 96 —

Sobre apelaciones, excepciones y tercerías en juicios seguidos por jurisdicción coactiva—Norma para conocer los límites propios de una y otra jurisdicción—Competencia para el conocimiento de las excepciones propuestas en juicios por jurisdicción coactiva—Competencia para el conocimiento de las tercerías en esos juicios.

1. Según doctrinas de la Corte, en Sala Plena, cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad o de poder, y en forma unilateral, las decisiones que dicte son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversias, la contención es de carácter contencioso-administrativo y caen bajo la jurisdicción de los Tribunales correspondientes. Por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada, y en forma bilateral, entonces sus actos son de gestión, y si sobre ellos hubiere controversia, de la contención correspondería conocer a los Tribunales ordinarios. Tal doctrina de la Corte es la que más armoniza con el conjunto de las disposiciones constitucionales y legales del país. De manera que la materia objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa la determina la calidad del acto que origina la contención (acto de imperio de la Administración), y no aquello que jurídicamente haya de ser objeto de la controversia. Concuerda con tal doctrina el precepto contenido en el inciso 2.º del artículo 1854 del Código Civil, en el cual se dice que el empleado con jurisdicción coactiva es juez y acreedor, retiñendo el carácter de *actos de imperio* que corresponde al ejercicio de esa jurisdicción especial. En forma que si para juzgar sobre la legalidad de un acto de imperio de la Administración debe examinarse la posesión o cualquier otro derecho real o personal, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo puede acometer legalmente el estudio. Se ha estimado que por hacerse efectivo un crédito ante el funcionario con jurisdicción coactiva, ya el asunto es de la justicia ordinaria, porque el estudio sobre créditos es materia privativa de la justicia ordinaria, olvidando que la materia jurídica en sí misma no es la que fija la jurisdicción contencioso-administrativa, o la ordinaria, sino la procedencia del acto que origina la controversia, en tal forma que si el acto contencioso se origina de un acto de poder de la Administración, el asunto corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, y no a la ordinaria o civil.

2. Admite la Corte que los autos dictados por funcionarios con jurisdicción coactiva son *actos de poder de la Administración*, y que de la contención acerca de ellos corresponde conocer a los Tribunales Contencioso-Administrativos, sin excepción alguna, ya se trate del mandamiento ejecutivo, de lo resuelto respecto a la solicitud de desembargo de un bien, formulada por un tercero, de lo dispuesto sobre rebaja de intereses pedida por el ejecutado, etc.

3. El recaudo en los juicios por jurisdicción coactiva puede consistir en un acto de poder de la Administración, verbigracia, un alcance o un reconocimiento; o en un acto de gestión de la misma Administración, verbigracia, un contrato. En ambos casos las excepciones que se propongan en el juicio se dirigen a discutir la existencia y eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que si aquella obligación emana de un contrato, o sea, de un acto de gestión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, conforme antes se expuso, ha de concluirse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria. Lo contrario sucede en el caso de que la excepción se proponga en un juicio por jurisdicción coactiva, en que trate de hacerse efectivo un acto de poder de la Administración. Por lo cual estima la Corte que de las excepciones propuestas en juicios por jurisdicción coactiva, cuando el recaudo sea un acto de gestión del Estado, o de los Departamentos o Municipios, el Juez competente debe ser el correspondiente funcionario de la justicia ordinaria, de acuerdo con las reglas dadas al respecto en el Libro I del Código Judicial. Los artículos 3.º y 4.º de la Ley 67 de 1943 son, por tanto, inexequibles en cuanto se refieren a las excepciones en los juicios de jurisdicción coactiva originados en un acto de gestión de la Administración, pues en tal caso contravienen a lo dispuesto en los artículos 148, ordinal 3.º, y 164 de la Constitución. La Corte señala como violado el ordinal 3.º del artículo 148, aunque esta disposición no fue mencionada con tal fin por el demandante, en aplicación del inciso 2.º del artículo 2.º de la Ley 96 de 1936. Por el contrario, los artículos 3.º y 4.º de la Ley 67 de 1943 no se oponen a precepto algúno de la Constitución, en cuanto se refieren a excepciones propuestas en juicios por jurisdicción coactiva originados en un acto de poder de la Administración.

4. El tercero que introduce una tercería puede ser una entidad de derecho público, u otra persona que no tenga tal carácter; en el primer caso, la persona de derecho público puede fundarse en un acto de gestión, o en un acto de poder. Cuando procede la entidad de derecho público fundada en un acto de poder, es manifiesto, según lo antes expuesto, que se trata de una contención admi-

nistrativa, y entonces el conocimiento de la tercería correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero si la tercería es provocada por una entidad de derecho público fundada en un acto de gestión, o bien si la tercería es promovida por persona que no sea una entidad de derecho público, entonces la contención no es puramente administrativa, y su conocimiento correspondería a la justicia ordinaria, según las reglas dadas en el Libro I del Código Judicial. Basta que en un juicio por jurisdicción coactiva se provoque una sola tercería de las indicadas en el aparte anterior, para que la sentencia de prelación deba ser proferida por la justicia ordinaria, pues los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación están atribuídos a la Corte Suprema, por el artículo 148, ordinal 3.°, de la Constitución; y además, del artículo 164 de la Carta se deduce que no son de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa los asuntos contenciosos no administrativos, como serían los ocurridos entre particulares, o cuando la Admn istración procede fundada en un acto de gestió n. En resumen, y por lo que se refiere a las terce rías propuestas en juicios por jurisdicción coactiva, debe tenerse en cuenta lo siguiente: si la tercería o tercerías propuestas se fundan todas ellas en actos de poder de la Administración, el incidente debe ser fallado por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo. En tales casos, los artículos 3.° y 4.° de la Ley 67 de 1943 no se oponen a precepto alguno constitucional. Pero si la tercería propuesta, o alguna de las tercerías que se propusieren, se funda en un acto de gestión de la Administración, o es una tercería promovida por un particular, entonces sería inconstitucional que del incidente conocieran los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

El artículo 5.° de esa Ley es exequible y debe, por tanto, aplicarse por los funcionarios y entidades que él indica respecto de las apelaciones, excepciones y tercerías que fueren de su competencia, en conformidad con las consideraciones precedentes. (Sentencia, Sala Plena, LVII, números 2010 a 2014, julio 26 de 1944).....Págs. 332 y ss.

LOCUS REGIT ACTUM

— 97 —

El artículo 11 del Tratado sobre Derecho Procesal, originario del Congreso Internacional Suramericano de Montevideo de 1888-1889, al cual adhirió Colombia por medio de la Ley 68 de 1920, se limitó a consagrar el principio universal de Derecho Internacional Privado de que la ley nacional del lugar es la que rige en cuanto a las formalidades y requisitos externos a que deben someterse los actos jurídicos o elementos probatorios surtidos o evacuados en cada Estado. *Locus regit actum.* Y esto es así porque tales preceptos legales constituyen normas de orden público íntimamente vinculadas y nacidas del concepto de la soberanía nacional de cada país, y en ese campo de acción no es posible que tengan aplicación y operancia sino las leyes nacionales que determinan tales requisitos y formalidades externas. Consecuencia de tal principio universal y de su consagración en el artículo 11 del Tratado Procesal de Montevideo, al cual adhirió nuestro país en la Ley 68 de 1920, es la de que cuando un Juez colombiano ordena la práctica de pruebas a las autoridades políticas, administrativas o judiciales de otra Nación, las cartas y los exhortos rogatorios se diligenciarán conforme a la ley del país comisionado. En lo que mira a los fenómenos de la admisión y de la apreciación o justipreciación de la prueba testimonial en el caso de autos, debía regir la ley colombiana por ser en realidad norma a que viene a estar sujeto el acto jurídico materia del proceso, conforme a los artículos 1.° y 2.° del Tratado Procesal ya citado, porque versando el contrato celebrado en Maracay sobre venta, arrendamiento y pacto de retroventa de un inmueble ubicado en territorio colombiano, debía producir la totalidad de sus efectos jurídicos en Colombia, y es por esa definida circunstancia aplicable únicamente la ley nacional, *lex rei sitae.* (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 25 de 1944)...Pág. 485, 2.ª

M

MÉDICO LEGISTA

— 98 —

Un médico legista que reconoce un cadáver o dictamina sobre unas heridas, no tiene por qué posesionarse como perito, pues el ejercicio de aquel cargo oficial supone posesión y juramento previos. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, junio 7 de 1944).....Pág. 620, 2.ª

MINISTERIO PÚBLICO

— 99 —

Por la trascendencia que tiene la orden de cesación de un procedimiento penal, el legislador exigió que conceptuara el representante de la sociedad, es decir, el Agente del Ministerio Público (artículo 153 del Código de Procedimiento Penal). Si aquel concepto es favorable, el Juez puede dictar la providencia de cesación de procedimiento o apartarse de la opinión del Agente del Ministerio Público; pero si fuere desfavorable, el

Juzgador no puede contrariar el querer de la sociedad que se supone expresado por medio de su vocero, porque justamente el ejercicio de la acción penal le está atribuído al Ministerio Público, y si éste considera que debe proseguirse un proceso, la autoridad judicial no puede apartarse de esa opinión. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2010 a 2014, julio 5 de 1944). Pág. 658, 2.ª.

MÓVILES DE LOS ACTOS JURÍDICOS

— 100 —

Estudiar los móviles, enseña Josserand, es penetrar hasta la esencia misma del derecho, hasta la causa profunda de los actos jurídicos, porque los móviles son los resortes de la voluntad y ésta es el alma del derecho. Estos tres conceptos, *voluntad, móvil* y *fin*, según el gran doctrinante francés, representan el substrátum del derecho y ofrecen un carácter de indivisibilidad, en el sentido de que el primero asegura la conjunción de los otros dos: el móvil tiende hacia el fin por intermedio y bajo la acción de la voluntad. De ahí que en todos los casos la determinación de la intención es esencial, puesto que ella influye y dirige a la naturaleza misma del acto celebrado entre las partes; porque viene a ser ella la que le otorga un verdadero carácter a la relación jurídica: a imprimirle el matiz que sirve para calificar la voluntad de los contratantes. Por otra parte, los móviles en sí mismos llegan a ofrecerse en ocasiones en una forma tan clara y definida, en una función tan aislada, que es de rigor aceptarlos e interpretarlos con absoluta separación de la voluntad y de la intención. Dentro de la teoría de la causa, que bajo la influencia del Derecho Canónico desligó la obligación de la forma, para otorgar a la causa un carácter psicológico y estimarla más bien como la intención que guía al contrayente, según la naturaleza del pacto y los efectos perseguidos, el móvil determinante viene a ser el criterio básico para explicar la naturaleza jurídica y el funcionamiento de fenómenos como la resolución, la revocación y la caducidad. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 29 de 1944).

Pág. 603, 2.ª

N

NOVACIÓN

— 101 —

Cuando el acreedor conviene con el deudor en recibir en pago otra cosa distinta de la debida, hay una mutación de objeto, y si se dan en pago acciones, en vez de dinero, esa mutación constituye para muchos expositores una verdadera novación. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 12 de 1944).....Pág. 368, 2.ª

NULIDAD

— 102 —

Conforme al artículo 1740 del Código Civil, un acto o contrato es nulo cuándo le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para que sea válido, teniendo en cuenta su *especie* y la *calidad* o *estado de las personas*. De modo que para saber si un contrato se halla viciado de nulidad, debe examinarse si en su celebración se cumplieron, o nó, las formalidades que la ley señala, según la especie o naturaleza del contrato; y la calidad o estado de las personas, es decir, su capacidad o incapacidad legal.

Aunque es verdad que, en tesis general, un albacea no puede vender bienes de la sucesión, sin anuencia de los herederos, porque no está facultado por la ley para ello, y es claro que si lo hace vende cosa ajena y el contrato no sería oponible a los herederos, a quienes no perjudicaría, no podria sostenerse que tal contrato quedó viciado de nulidad relativa, según los principios expuestos. Sólo quedaría viciado en el caso a que se refiere el artículo 1856 del Código Civil, que es distinto de aquel a que aluden los autos. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 25 de 1944).

Pág. 480, 1.ª

NULIDAD

— 103 —

La Corte ha asentado de manera definitiva que cuando se pretende que un contrato de venta carece de causa; que no ha habido acuerdo de voluntades y que no se ha pagado el precio, se ejercita la acción de nulidad y no la de simulación, aun cuando se usen términos equívocos para calificar la acción. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 14 de 1944).....Pág. 92, 1.ª

NULIDAD DEL JUICIO EJECUTIVO

— 104 —

La acción para demandar la nulidad de un juicio ejecutivo está constituída por dos elementos: el primero de carácter especial, por cuanto las causales de nulidad son taxativas, y el segundo de carácter general, que comprende a toda acción judicial, o sea el interés jurídico o personería del demandante. Quien puede pedir la nulidad de un juicio ejecutivo es el que ha sido parte en el juicio, y así se desprende de los artículos 456 y 457 del Código Judicial. Esos textos de la ley se fundan en el principio de que la oponibilidad de los

fallos judiciales sólo opera contra los que han sido partes en el pleito o sus sucesores, por lo mismo que, por regla general, las sentencias no producen efectos *erga omnes*, sino relativamente a las partes. (Artículos 473 y 474 del Código Judicial). (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 22 de 1944).....Pág. 119, 2.ª

NULIDAD DEL PROCESO POR HABER FIGURADO COMO JURADO UN INDIVIDUO DISTINTO DEL QUE APARECÍA, POR SU NOMBRE Y APELLIDO, EN LA LISTA DE JURADOS

— 105 —

Ha sido doctrina constante de la Corte la de que se incurre en nulidad del proceso penal cuando ha figurado como Jurado un individuo cuyo nombre y apellido no corresponden exactamente al que aparece en la lista de Jurados. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2010 a 2014, junio 16 de 1944). .....Pág. 711, 1.ª y 2.ª

NULIDAD POR ERROR EN CUANTO A LA ÉPOCA DEL DELITO

— 106 —

No hay nulidad del juicio por error en cuanto a la época del delito cuando lo que ha ocurrido es imposibilidad de determinar matemáticamente su fecha. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 1.º de 1944).....Pág. 177, 2.ª

O

OBLIGACIONES CONDICIONALES Y A PLAZO

— 107 —

La obligación condicional depende siempre de un evento futuro, que puede suceder o nó. Existe por lo tanto en ella un factor contingente cuya existencia, surgida en el porvenir, configura esencialmente esa clase de obligaciones, de dos maneras: cuando surge y opera, por ser la condición positiva, cuando acaece el hecho, no obstante que se había pactado su no advenimiento, y esto caracteriza las condiciones de carácter negativo. Tal es la doctrina que se desprende de los artículos 1530 y 1531 del Código Civil.

Las obligaciones a plazo no están sujetas a ninguna condición; el solo transcurso del tiempo, fijado por las partes o derivado claramente de la naturaleza de la obligación, determina la exigibilidad del pago. Esa es la doctrina que se desprende del artículo 1551 de la obra citada.

Una obligación de hacer puede estipularse en forma condicional o en forma simple; tiene lugar la primera cuando la ejecución del hecho se somete al evento en el futuro; tiene lugar la segunda cuando se somete a un plazo cierto y determinado.

La condición y el plazo son dos factores esencialmente diferentes, y porque una obligación se haya de cumplir en el futuro, no puede deducirse ni sostenerse que sea condicional porque, como ya se expresó, en la condición es lo incierto en el porvenir, en el plazo es lo cierto en el futuro. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 26 de 1944)..... ....Pág. 589, 1.ª

P

PARTICIÓN

— 108 —

El artículo 1385 del Código Civil no es norma sustantiva, contentiva de ningún derecho, cuyo desconocimiento pudiera dar base adecuada para el uso de la causal 1.ª del artículo 520 del Código Judicial. Es precepto simplemente adjetivo, y no se ve la manera como su desacato pudiera refluír sobre la partición misma, cuyas condiciones de equidad distributiva según las normas legales es lo que puede dar lugar y apoyo a formular objeciones contra ella o a atacar en casación la sentencia que las declare infundadas. El deber de fidelidad, que por su promesa jurada liga al partidor en el desempeño de su cargo, significa en su acepción legal que lo ha de desempeñar tan bien como le sea posible, con puntualidad y exactitud en su ejecución, pero en manera alguna es concepto subordinado a la arbitraria apreciación que cada uno de los interesados quiera hacer desde el ángulo de sus particulares intereses. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 12 de 1944)....Pág. 570, 1.ª

PARTICIÓN

— 109 —

La división no es título traslaticio de dominio sino meramente declarativo de uno anterior en virtud de la presunción consignada en el artículo 779 del Código Civil, conforme a la cual se presume que cada uno de los comuneros ha poseído exclusivamente la parte que en la división le cupiere. La partición de un bien social, consolidada y completada con la confirmación del cónyuge que personalmente no intervino en el acto, apenas pone fin a la comunidad existente con el tercero, pero no desplaza en ninguna forma el dominio de la sociedad, que sólo se singulariza y determina.

(1). (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 31 de 1944).....Pág. 395, 1.ª

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA RAMA JURISDICCIONAL

— 110 —

La pensión de jubilación hay lugar a reconocerla no sólo en los funcionarios y empleados que cuando entró en vigencia la Ley 22 de 1942 se hallaban ejerciendo sus funciones en los respectivos cargos, sino aun a aquellos que hubieran dejado de ejercerlos en ese momento, siempre que, por otra parte, hayan cumplido las exigencias legales ordinarias para convertirse en acreedores a la pensión.

Tales pensiones deben pagarse por el Tesoro Nacional.

(Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, mayo 31 de 1944).

Págs. 817 y ss.

PENSIONES DE JUBILACIÓN DE FUNCIONARIOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL.

— 111 —

La expresión del artículo 1.º de la Ley 22 de 1942: «tendrán derecho, al retirarse del puesto», tan sólo significa que no tendrán tal derecho mientras estuvieren ejerciendo el puesto, sino al retirarse de él, sin determinar la época del retiro. Tal interpretación queda aclarada con lo dispuesto en el artículo 12 de la misma Ley. Los artículos 5.º y 6.º se refieren a la «pensión por enfermedad» y al «auxilio de cesantía». Estas dos prestaciones sólo podrán reconocerse a los funcionarios y empleados que al entrar en vigencia la Ley se hallaban «en ejercicio de sus funciones». Luego para la prestación del artículo 1.º, es decir, para la pensión de jubilación, no exigió la Ley que el interesado se hallara en ejercicio de sus funciones cuando entró en vigencia, de acuerdo con el conocido aforismo: *Inclusio unius alterius est exclusio*. Por otra parte, dicha interpretación es la más conforme con la ley y la equidad, teniendo en cuenta que las leyes que decretan pensiones de eminente carácter social y, por tanto, son de utilidad pública, y que las leyes de esta especie tienen «efecto general inmediato», aun en el caso de que restrinjan derechos amparados por ley anterior (artículo 18, Ley 153 de 1887). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, junio 5 de 1944).

Págs. 823 y ss.

(1) Concordancia: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo V, volumen 2.º, números 1043, 1044.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA RAMA JURISDICCIONAL

— 112 —

Hay lugar a reconocer pensión de jubilación no sólo a los funcionarios y empleados que cuando entró a regir la Ley 22 de 1942 se hallaban ejerciendo sus funciones en los respectivos cargos, sino aun a aquellos que hubieran dejado de ejercerlos en ese momento, siempre que, por otra parte, hayan cumplido las exigencias legales ordinarias para convertirse en acreedores a la pensión. Tales pensiones deben pagarse por el Tesoro Nacional. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, junio 13 de 1944).....Págs. 840, 1ª y 2.ª, y ss.

PERJUICIOS

— 113 —

En sentencia de 12 de mayo de 1939 (*Gaceta Judicial* número 1947), dividió en tres grupos la Corte los artículos que integran el Título 34 del Código Civil, con lo cual realzó y demostró que cada uno de ellos contempla situaciones distintas e inconfundibles, de manera que no es posible resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo. Ratificó también ese fallo la doctrina, ya sentada antes, de que el dominio de la responsabilidad por el hecho de otro es de carácter excepcional; que fuera de la responsabilidad directa existe la indirecta, en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de las personas que están bajo nuestra dependencia o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete; que esta es una responsabilidad de carácter excepcional, porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado sino de presunciones de culpa o de responsabilidad, culpa que la ley establece contra el responsable y que puede proceder de una falta de vigilancia o de mala elección.

A este respecto, interpretando y fijando el alcance del artículo 2347 ha dictado la Corte numerosas sentencias, y entre ellas las más recientes, como son las de 17 de diciembre de 1943, 25 de noviembre y 2 de diciembre del mismo año.

El artículo 2347, establece la responsabilidad por el hecho de las personas sometidas al cuidado o dependencia de otras; la establece de una manera taxativa, consagra una presunción al respecto, la cual tiene que destruír la parte demandada. Por otra parte, en el ejercicio de ciertas actividades peligrosas como en el de la dirección o movimiento de una máquina, cuando acaece un accidente desgraciado que causa perjuicio a un

tercero, éste no tiene que comprobar sino la realización de ese acto, del accidente, y nada más, y el demandado puede presentar algunos factores exculpativos y demostrarlos. Pero en estos casos del ejercicio de una actividad peligrosa, y tratándose de la responsabilidad por el hecho de un tercero, no basta que el dueño de la máquina, por ejemplo, acredite que puso el debido cuidado en la elección del conductor de aquélla, porque si esto se extremara resultaría que ninguna empresa de riesgo, como una de transportes, respondería por los accidentes causados por la mala dirección o imprevisión o negligencia de los conductores. Precisamente se ha configurado la responsabilidad por el hecho de terceros, en la forma de que ya se ha hecho mérito, para defensa y seguridad de los particulares que de otro modo quedarían en una situación de inferioridad y tan aberrante, que tendrían que demostrar siempre no sólo el hecho material del accidente sino la culpa de quien lo causó. Ni la interpretación de las normas consagradas por los artículos 2347, 2348, 2349, 2353, 2354, 2355 y 2356 del Código Civil, permiten semejante interpretación, ni la jurisprudencia ni la doctrina la consienten. (Casación, sentencia, LVII, números 2006 a 2009, febrero 3 de 1944).....Pág. 29, 2.ª

PERJUICIOS

— 114 —

Aun cuando, por su naturaleza, de los daños causados por un acto administrativo deban conocer los respectivos Tribunales de lo Contencioso, conforme hoy lo estatuye científicamente y de manera completa la Ley 167 de 1941, y no la justicia ordinaria, en ausencia de disposiciones claras que les atribuyeran el conocimiento de aquellos negocios a los Tribunales Administrativos, y a más de ello dieran trámites adecuados para ventilarlos, a la justicia ordinaria le compete el conocimiento de las acciones de indemnización que no pudieron ejercitarse ante los Tribunales Administrativos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2006 a 2009, julio 29 de 1942).....Pág. 222, 1.ª

PERJUICIOS

— 115 —

En numerosos fallos referentes al siniestro de aviación del Campo de Santa Ana se tuvo la oportunidad de examinar por esta misma Sala la responsabilidad civil de la Nación, habiéndose llegado a la conclusión, con base en los mismos hechos que aquí también están acreditados, de que sobre el Estado pesa la obligación de reparar el daño causado. Esta tesis que hoy se reafirma se basa en que aun con el criterio clásico del Código Civil que reglamenta la responsabilidad civil derivada de la culpa *personal*, y de sus repercusiones o efectos en cuanto compromete también la responsabilidad de tercero, resulta comprometida la responsabilidad del Estado por una presunción de culpa consistente en *falta de vigilancia* o en *mala elección*. Si el hecho se juzga con un criterio de estricto derecho Administrativo en que más que a la falta *personal* del subalterno se atiende a la culpa *impersonal* de la Administración, generada en las fallas y deficiencias de un servicio público que en un momento dado se revela mal organizado, la responsabilidad del Estado por la tragedia de Santa Ana resulta de mayor evidencia.

La Sala ya ha tenido ocasión de sustentar en numerosos fallos la doctrina de que el simple hecho de que la muerte prive a los padres de un hijo, de suyo no les lleva a sufrir una disminución patrimonial futura. El daño indemnizable debe tener bases ciertas de apreciación, y no deducirse de meras hipótesis o suposiciones. Y si esto se exige del daño ya causado o actual, mayormente se impone la certidumbre de su acaecimiento, respecto del daño futuro, el cual, para que pueda mandarse reparar por el Juez, tiene que ser susceptible de avaluación, sobre elementos determinados y concretos, en el momento en que la acción se reconoce. Con respecto al hijo menor de edad, nadie está en capacidad de escrutar y adivinar el porvenir para determinar en qué condiciones y en qué medida educado y establecido llegará a ser el apoyo y el sostén de sus progenitores. Por consiguiente, la utilidad económica futura de los padres fundada en la hipotética prolongación de la vida del hijo es totalmente incierta. En manera puede servir de factor determinante de daño material, indemnizable por quien es responsable de la muerte.

El daño moral de carácter subjetivo sufrido por los padres se impone en cambio con la sola enunciación del hecho probado de la muerte de un hijo. 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 objetivado o material. Así, es imposible esperar que un padre o una madre que reclaman el derecho justo a ser indemnizados por la muerte de un hijo, acrediten la magnitud de su dolor. La aflicción en tal caso es un hecho que dimana de la propia naturaleza del hombre, y por eso su consideración se impone al Juez con alcances de certidumbre. Ahora, ante el hecho imposible de la avaluación del daño mo-

ral subjetivo, por el procedimiento común, se impone, como también lo tiene establecido esta Sala de la Corte y la de Casación en recientes sentencias, adoptar un sistema más racional de darle una compensación a quien lo sufre. Sistema que no es otro que el que señala el artículo 95 del Código Penal y que es el que ha venido aplicando la Corte. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2006 a 2009, noviembre 6 de 1942).

Pág. 228, 1.ª y 2.ª

PERJUICIOS

— 116 —

El perjuicio proveniente del daño moral, por ser puramente subjetivo, es imposible de reparar. Ya había dicho la Corte que «en la zona del daño puramente subjetivo la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque los afectos de amor en la familia y la estimación social y pública no son artículos de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por una impresión emanada de esta clase de daño. Admitir el *pretium doloris* para compensarlo económicamente, como daño moral subjetivo, es aceptar un absurdo moral y jurídico». Precisamente porque el daño moral no repercute, no opera directamente sobre el patrimonio económico y material para quebrantarlo, su estimación en dinero es arbitraria, pues, o no se percibe materialmente, o su objetivación permanece en la zona de lo vago y difícil de puntualizar.

El concepto de perjuicios materiales indemnizables, entre los que naturalmente se cuentan los objetivados pero originados en un daño moral, es exclusivamente económico o patrimonial, relacionado con la productividad material contemporánea del lesionado y con las proyecciones *ciertas* que de tal situación actual puedan deducirse en el futuro. Por tal razón los daños en general se dividen en *presentes* y *futuros*. El daño futuro es indemnizable a condición de que en el momento presente resulte cierto que se realizará. Es inadmisible conceder reparación por pérdidas puramente futuras y eventuales, porque se ignoran su extensión y cuantía. Cualquiera base que se fije será necesariamente producto de la fantasía. Que el sujeto lesionado hará en el futuro esto o aquello, que obtendrá ganancias en actividades y en formas determinadas, es una incógnita que nadie tiene el poder de adivinar. De consiguiente, para que el perjuicio futuro sea avaluable requiere que aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual susceptible de estimación inmediata. El que tiene una profesión u oficio: abogado, médico, agricultor, mecánico, etc., ejerce una actividad productiva cuyos rendimientos actuales se conocen más o menos exactamente. Muerta la persona o inutilizada total o parcialmente para seguir trabajando y explotando la ocupación de que vivía, la ganancia o utilidad futura de la víctima o del lesionado es susceptible de cálculo y, por ende, de avaluación, teniendo por base cierta la utilidad actual. Mas el que todavía carece de ocupación u oficio productivo, como el menor de edad, que apenas está recibiendo los primeros grados de instrucción, y que ni siquiera ha elegido la profesión u oficio a que consagrará su actividad económica, no ofrece elementos que sirvan para determinar las pérdidas patrimoniales que en el porvenir recibirá como consecuencia de una relativa incapacidad. De ahí que la jurisprudencia y la doctrina sostengan la imposibilidad de reparar el daño futuro e incierto. Tal ha sido la inclinación de la jurisprudencia de la Sala de poco tiempo acá, según lo expuso la Corte en sentencia proferida en el juicio ordinario de Abbas P. Turbay contra la Nación, sobre indemnización de perjuicios. Y revisando la doctrina universal se observa que Von Tuhr proclama que «entendemos por *daño* el menoscabo sufrido por un *patrimonio*. Las lesiones inferidas a los bienes jurídicos de la personalidad no tienen el concepto legal de daño mientras no *afecten el patrimonio*, y la suma de dinero que en ciertos casos se ha de abonar por haberlas causado no constituye verdadera indemnización, sino una satisfacción que se ofrece a una persona lesionada». (Este último es el caso de daño moral del cual se ha ocupado en diferentes y ya bien conocidos fallos la Corte para buscar la manera de compensarlo). Sobre este asunto pueden consultarse las opiniones de Planiol y Ripert, Demogue y los hermanos Mazeaud, así como también de Josserand.

Toda traducción que intente hacerse hacia el futuro del simple defecto físico al terreno de los números, que exige bases de conocidas dimensiones y contenido, resulta desprovista de la necesaria relación que debe existir entre la causa y el efecto. Por tal razón, dado lo imponderable e inasible de los múltiples y complejos factores que contribuirán a configurar el daño proveniente de las lesiones físicas constitutivas de simples desfiguraciones corporales notorias, hay necesidad de confinar esa clase de perjuicios, cuando es imposible objetivarlos en la realidad económica, dentro del concepto de daño moral, indemnizando solamente por la depresión psicológica y por la disminución de la personalidad que el in-

dividuo sufre y lo acompañará en la vida. Mas este quebranto subjetivo es materia ajena al avalúo pericial, según la doctrina de la Corte. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2006 a 2009, noviembre 20 de 1943).

Págs. 236 y ss.

PERJUICIOS

— 117 —

Una mera posibilidad conjetural, aun teniéndola por probabilidad, no basta para afirmar en cada caso dado que se ha causado un perjuicio. Este debe demostrarse como un hecho efectivo, ya que una mera conjetura no basta a fundamentar legalmente una sentencia. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 12 de 1944).

Pág. 50, 1.ª

PERJUICIOS

— 118 —.

Los perjuicios de orden patrimonial que el padre de familia recibe a consecuencia de la eliminación violenta de la esposa, que cuidaba de hijos menores, pueden asumir proporciones incalculables. La desaparición de una de las dos columnas en que reposaba el hogar podrá traer como consecuencia la ruina y disolución de éste, pues basta considerar el padre a quien le quedan hijos pequeños o en estado de educar, que se ve obligado a separarlos de su lado para entregarlos a parientes o a personas de confianza que velen por ellos. Esto ocasiona mayores erogaciones pecuniarias, por dispersión de gastos, falta de oportunos cuidados y una serie de numerosas ocurrencias adversas difíciles de enumerar porque sólo las ofrece el caso concreto. Y ni aun en presencia de éste será fácil precisar *mil* aspectos presentes y futuros de la gravedad del daño patrimonial que la muerte ocasiona a la madre o al padre que pierde definitivamente el compañero que le daba la felicidad en la vida. El padre herido ante la tragedia de la compañera que sucumbe, está expuesto a que sus negocios se afecten en mayor o menor grado, según sea la desorganización que ellos sufren, por la falta de consejo y colaboración de la esposa, necesarios cambios de domicilio, gastos imprevistos y cuantiosos, enfermedades, abandono de actividades por el estado de depresión moral en que la violencia del choque sume a quien lo recibe, pérdida de oportunidades lucrativas, etc. etc. Tan extensa variedad de males hace que las indemnizaciones otorgadas en juicio a tales víctimas necesariamente tengan que resentirse de deficientes e incompletas, por la dificultad para precisar y probar los hechos. Porque en juicio no es dable mandar indemnizar sino aquellos daños precisos y concretos que se demuestren. La indemnización es un derecho. Emana por ende de hechos palpables. Donde los hechos no están acreditados por sus circunstancias reales y tangibles, no hay modo de sacar conclusiones prácticas, debido a que el campo procesal repudia el criterio meramente conjetural, aun cuando la hipótesis sea en realidad de acaecimiento probable pero difícil su demostración. Está dentro de lo posible que el interesado acredite que determinados bienes se perdieron; que un buen negocio en perspectiva fracasó; o que la actividad económica de la cual vivía tuvo que abandonarla en todo o en parte; o la pérdida de la salud más las repercusiones consiguientes de ello en el patrimonio; o la proporción en que el sostenimiento del hogar y la educación de los hijos se le ha vuelto más costosa; y que se vea claro que todos o cualquiera de esos males sean la secuela inevitable del infortunio que se cernió en el hogar desde el momento en que el marido quedó viudo y los hijos huérfanos. Pero en cambio hay otra clase de daños como los futuros y contingentes difíciles de concretar; y otros que, aunque actuales y presentes, son imposibles de reducir a cifras numéricas, por su vaguedad e indeterminación, como en el caso de la muerte de la esposa. El daño material en tal caso es evidente e inmensas sus repercusiones. Pero, ¿cómo concretarlo en una medida que lo represente siquiera aproximadamente? Tan vagos e imponderables son los factores integrantes de esos perjuicios, que seguramente ni el mismo interesado que los recibe puede apreciar su cuantía en ningún momento. Estas dificultades generalmente insalvables conducen a que, como al principio se dijo, las indemnizaciones correspondientes tengan que ser deficientes. Concretarse a lo que se vea más palpable y objetivado. A lo que el interesado haya logrado convertir en hechos tangibles, llevándolos demostrados a los ojos del juez. Y no será posible, con excusa de la mencionada dificultad, otorgar indemnizaciones a base de meras hipótesis y de afirmaciones indemostradas, de hechos desprovistos del necesario vínculo de relación con la causa a la cual se atribuyen. Entonces hay que demostrar que determinada pérdida tuvo en realidad por causa exclusiva la muerte de la esposa; la proporción de gastos mayores que en el hogar produjo la falta de la esposa; que este hecho ha obligado al padre a efectuar mayores erogaciones por la educación de los hijos, como teniendo que cambiar su acostumbrado domicilio por otro donde la vida será más costosa; que se ha tenido que recurrir a buscar quién cuide de los hijos menores, mediante erogaciones desacostumbra-

das en la anterior situación de normalidad, etc.

Bien conocida es la doctrina sentada por la Corte a propósito de perjuicios morales repetida en innumerables fallos. Y toda argumentación contra esa doctrina se estrella contra la imposibilidad física, sea dentro de un proceso, sea fuera de él, de valorar y graduar el choque psicológico que en su parte afectiva sufre una persona por la muerte de un sér querido, con el objeto de traducir ese sentimiento a dinero y otorgar una adecuada indemnización que repare el daño. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2006 a 2009, marzo 10 de 1943).

Págs. 285 y ss.

PERJUICIOS

— 119 —

El artículo 2341 del Código Civil obliga a indemnización al que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, por donde se ve que no es necesaria la dañada intención para que aquella obligación se produzca, puesto que la culpa basta, en su caso, del propio modo que, conforme al artículo 2356 ibídem, no es necesaria la malicia, pues basta la negligencia, en su caso, para que se produzca el deber de reparar el daño imputable a quien ha incurrido en ella. Por su lado, el artículo 34 de la Ley 57 de 1887 establece en su inciso final: «Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa».

La indemnización por perjuicios morales tiene un carácter ejemplar, no indemnizatorio, pues en el fondo no es sino una pena privada que sanciona un deber moral. Tanto la Sala de Casación como la de Negocios Generales, acogiéndose al artículo 95 del Código Penal como luz que conduzca al sentenciador en estos casos, han entendido que la libertad de éste para señalar el *proetium doloris* tiene esa limitación, no sólo cuando la actuación se sigue en lo criminal, sino dentro de lo meramente civil, porque las diferencias de tales actuaciones entre sí no determinan en manera alguna diferencia en lo atañedero al perjuicio en sí mismo ni, menos, en lo que mira a su monto. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 7 de 1944).....Pág. 78, 1.ª

PERJUICIOS

— 120 —

Fuera de la responsabilidad directa por los delitos y las culpas, ha dicho la Corte, existe otra de carácter indirecto a que se refieren los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 del Código Civil, que no por tener ese carácter vincula menos que la responsabilidad directa. En tratándose de la indirecta, que es de carácter excepcional, existe la presunción de responsabilidad que la ley establece contra el que tiene a su cuidado hijos, dependientes, empleados, etc., presunción que se desvirtúa en la forma establecida por esos mismos artículos. En que tratándose de actividades peligrosas, como la conducción de un ferrocarril, de un tranvía, de un automóvil, la presunción milita en contra de la empresa o de los patrones respectivos, y se desvirtúa sólo de la manera expresada por la ley o cuando se acredita que el conductor de un automóvil no estaba en el momento de producirse el accidente bajo la dependencia del respectivo patrón. No basta, ha dicho la Corte, que el dueño de una empresa de esa naturaleza acredite que con toda diligencia y cuidado tomó todos los informes del caso para establecer la buena conducta y experiencia del que maneja la máquina o que ha dictado estrictos reglamentos para regular la conducta de sus empleados, porque entonces la responsabilidad indirecta desaparece automáticamente y por completo, y las víctimas de los accidentes de tránsito se encontrarían desamparadas, ante la insolvencia, casi general, de quienes manejan esa clase de máquinas. Por eso los conceptos de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, no pueden tomarse en un sentido tan estricto y limitado, que en todo caso exoneren de la responsabilidad al patrón. Esto se funda, además de lo que acaba de expresarse, en que tales empresas llevan anexas a sus actividades ciertas contingencias, como las de los accidentes de tránsito, así como las ganancias entran siempre a su patrimonio. Sería por lo demás aberrante que empresas de esa naturaleza, indiscutiblemente tuvieran, como tienen, pleno derecho a los beneficios del negocio y generalmente quedaran exoneradas de toda responsabilidad por accidentes causados en desarrollo de sus actividades, con la disculpa de que habían puesto el debido cuidado en la elección de sus subalternos y en la regulación de su conducta. La responsabilidad indirecta desaparecería por completo. Lo anterior no quiere decir que en todo caso y siempre haya de ser condenada la empresa cuyo empleado o dependiente causó un accidente, porque la responsabilidad de aquélla, como lo ha dicho y repetido la Corte, puede quedar desvirtuada por la demostración de ciertos factores, como el de fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño que puede ser la misma culpa de la víctima. Y estas limitaciones y el modo como la Corte ha configurado esa responsabilidad, evitan que pueda caerse en la aplicación de la teoría del riesgo, de la guarda jurídica con el carácter

de ilimitada o irrestricta, teoría que la Corte no acepta, como lo ha dicho en varios fallos.

Ante los términos claros y expresos del artículo 2344 del Código Civil, ante el concepto de solidaridad que en él se establece, es imposible dividir la responsabilidad para efectos de la condenación de los perjuicios. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, abril 20 de 1944).

Pág. 149, 2.ª

PERJUICIOS FUTUROS

— 121 —

No basta para que haya lugar a la obligación civil indemnizatoria, según la doctrina del artículo 2341 y demás disposiciones del Título 34 del Libro 4.º del Código Civil, que se haya cometido un delito o culpa, sino que es indispensable, además, que se haya inferido un daño, esto es, causado u ocasionado un detrimento patrimonial. La existencia del daño en las acciones sobre indemnización es cuestión de derecho, como que representa y constituye uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil. Si el hecho delictuoso o culposo que se imputa y alega como base de la demanda no ha causado ningún daño, es estéril en el campo del Derecho Civil, en virtud del principio general de que sin interés no hay acción. La ley no presume el daño. Su existencia y extensión y cuantía debe ser materia, como acontece en tratándose de derechos civiles, de fehaciente demostración probatoria. El daño, que en general debe constituir un empobrecimiento o merma patrimonial, cuando no puede calificarse como presente, y se vincula con acaecimientos por venir, puede clasificarse, con base en la certidumbre que conlleve o encierre, en futuro, eventual y contingente, según que ninguna incertidumbre haya porque el hecho que lo causa se ha producido y el daño se producirá fatalmente (la muerte de una persona a cuyo cargo estaba la congrua subsistencia de otra); o según tenga una incertidumbre, porque el hecho cumplido puede o nó dar lugar al perjuicio por no aparecer como una consecuencia cierta de él (la muerte de un menor que económicamente nada producía, pero de quien se supone que en el porvenir llegaría a ser el sostén de una persona); o porque, finalmente, encierre dos incertidumbres: la del hecho que puede dar origen al daño, y la del daño mismo. (El daño que puede producirse como consecuencia de la caída de un edificio que amenaza ruina). A esta última especie del daño contingente se refieren varias disposiciones del Código Civil, entre otras, los artículos 988, 992 y 2359, contentiva esta última de una regla general para todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Es cuestión reconocida y corriente en jurisprudencia y doctrina, como fruto del criterio objetivo y realista que debe primar en cuestiones indemnizatorias, que para que el daño pueda ser fuente de reparación debe ser cierto, esto es, corresponder a una realidad positiva apreciable y no significar simplemente mera posibilidad edificada sobre suposiciones e hipótesis, lo cual, como es obvio, no excluye la indemnización del perjuicio futuro propiamente dicho, o sea, el que lógica y ciertamente habrá de causarse como consecuencia de un hecho cumplido, sin ninguna incertidumbre. Sobre este punto la Sala de Casación Civil acoge la doctrina expuesta por la Sala de Negocios Generales en la sentencia de fecha 20 de noviembre de 1943. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, agosto 14 de 1944).

Pág. 510, 1.ª

PERJUICIOS MORALES

— 122 —

Los perjuicios morales tienen su fundamento en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, y se derivan de un hecho delictuoso o culposo que haya inferido daño a otra persona, es decir, por hechos extracontractuales, lo que equivale a lo que los expositores llaman culpa aquiliana; pero como en el litigio a que aluden los autos, los perjuicios provienen del incumplimiento de un contrato, ellos se originan en una culpa contractual y no aquiliana, y, por consiguiente, no obró correctamente el Juez al condenar a perjuicios morales. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 29 de 1944).....Pág. 492, 1.ª

PERSONAS JURÍDICAS Y SU RESPONSABILIDAD

— 123 —

La responsabilidad civil de las personas jurídicas es cuestión admitida definitivamente por la jurisprudencia y por los doctrinantes y que ya no se discute (1). Puede haber casos en que sea necesario estudiar si el hecho culposo fue causado por alguno de los funcionarios directores de la empresa, considerados como órganos de la persona jurídica, o por un empleado o dependiente sin funciones directivas, para saber si se trata de responsabilidad directa, o indirecta; pero en el que se contempla en autos, el daño ocurrió por haberse formado un corto circuito, debido al mal estado en que se hallaban las líneas conductoras de la electrici-

(1) Concordancia: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 2.º, número 1846.

dad, es decir, por negligencia o descuido en la conservación de las indicadas líneas, o sea, por ineficacia en la prestación del servicio que constituye la función esencial y el negocio u objeto de la empresa, lo que implica necesariamente la culpa directa de la sociedad, pues no se trata de un hecho culposo determinado, que sea imputable a la responsabilidad individual de una de las personas, que por concepto de subordinación y dependencia pueda comprometer la responsabilidad de otro. En otros términos, en el caso que se contempla fue la actividad misma del negocio que constituye el objeto social, lo que determinó el daño cuya indemnización se busca, y en esa situación lo jurídico es aceptar y declarar la responsabilidad directa a cargo de la sociedad, pues no sería posible aislar la actividad culposa de una persona determinada, para plantear la cuestión de responsabilidad por el hecho de otro, colocado bajo cuidado o dependencia. Esto, por otra parte, es lo que ha venido diciendo la Corte en numerosos fallos, referentes a electrocución varios de ellos, en los cuales ha declarado la responsabilidad de personas jurídicas, por razón de perjuicios o daños causados en el ejercicio de sus actividades propias. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 26 de 1944).....Pág. 372, 1.ª

PETRÓLEOS

— 124 —

En todo negocio referente a propiedad del subsuelo petrolífero, «lo primero es saber —ha dicho la Sala— cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que tal cosa sea *identificable,* cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto».

De acuerdo con los artículos 7.° y 10 de la Ley 160 de 1936, para comprobar la propiedad particular del petróleo hay que presentar el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, mayo 16 de 1944).....Págs. 812 y ss.

PORCIÓN CONYUGAL

— 125 —

No hay razón de ninguna especie para sostener que la porción conyugal es una asignación exclusiva de la sucesión testamentaria por el solo motivo de que la ley la ha catalogado entre las asignaciones forzosas que el testador es obligado a hacer, según el artículo 1226 del Código Civil, lo mismo que acontece con las legítimas, la cuarta de mejoras, etc. Equivocado es deducir de esta circunstancia ese carácter restrictivo, que no se compadece con la definición que el artículo 1230 del Código Civil da de la porción conyugal. La materia de la porción conyugal no corresponde, por lo demás, al Título 4.° del Libro 3.° del Código Civil, que versa sobre «Las asignaciones testamentarias», sino que hace parte del Título 5.°, «De las asignaciones forzosas», cuyas disposiciones cobijan por igual las sucesiones testamentarias y las *ab intestato.* Totalmente infundado es el argumento sacado del texto del artículo 18 de la Ley 45 de 1936, de que en las sucesiones intestadas solamente tiene cabida la porción conyugal cuando el cónyuge sobreviviente concurre con hijos legítimos y naturales. La citada disposición de la Ley 45 no hizo otra cosa que extender en favor de los hijos naturales el principio preferencial establecido en el artículo 86 de la Ley 153 de 1887 para los descendientes legítimos, pero sin innovar nada en lo que respecta a la porción conyugal, que expresamente dejó a salvo. Ahora, cuando el cónyuge concurre con descendientes legítimos, éstos excluyen a todo otro heredero menos a los hijos naturales que concurren con ellos, y el supérstite goza de porción conyugal en la misma cuantía y proporción de que gozaba antes de la reforma de 1936.

Para determinar la porción conyugal, la ley contempla las dos situaciones que plantea y regla el artículo 1236 del Código Civil, según que existan descendientes legítimos, evento en el cual la porción es una cuota fija de los bienes relictos que se deduce previamente, o que existan tales descendientes. En esta ocurrencia, concurriendo el cónyuge con descendientes legítimos del causante, que, con excepción de los hijos naturales, excluyen a todo otro heredero, su porción conyugal es de cuantía igual a la legítima rigorosa de un hijo, entre los cuales, y para ese efecto, será contado el cónyuge. La ley consagra diferencia entre legítima rigorosa y efectiva. La primera es la que corresponde al legitimario como resultado de haber sido dividida la mitad legitimaria entre los que a ella concurran, según el orden de la sucesión intestada (1242, inciso 1.°, del Código Civil, 23 de la Ley 45 de 1936), y la efectiva es la misma rigorosa, pero aumentada en lo que corresponde de aquello de la cuarta de mejoras o de la de libre disposición de que el testador no haya dispuesto conforme a derecho. (Artículo 1249, Código Civil). Conforme al artículo 1236 del Código Civil, habrá necesidad, para computar la porción conyugal, de fijar la cuantía de la legítima rigorosa de cada hijo, para lo cual se dividirá la mitad del acervo líquido herencial entre los hijos, contando entre éstos al cónyuge. El sistema legal no deja duda de que la porción conyugal se

paga de la mitad legitimaria, por lo cual disminuye la cuantía de las legítimas rigorosas de los hijos. Tan evidente es que al cónyuge sobreviviente, en este caso, no corresponde como porción sino lo equivalente a una legitima rigorosa, que en realidad la diferencia que la ley establece entre las dos especies de legítimas no parece tener otro objeto que el de excluír a la porción conyugal del aprovechamiento de los aumentos que obtengan los descendientes como consecuencia de no haber dispuesto el causante de la cuarta de mejoras o de la cuarta libre, o haber quedado sin efecto su disposición. La preindicada forma de computar la legítima rigorosa, tal como la estableció el artículo 1242 del Código Civil, no ha sufrido modificación por el artículo 23 de la Ley 45 de 1936, porque esta disposición innovó solamente en el sentido de dar entrada a los hijos naturales sin alterar la proporción de la porción conyugal. (Casación, LVII, números 2010 a 2014 julio 18 de 1944).....Pág. 473, 1.ª y 2.ª

POSESIÓN ENTRE COMUNEROS

— 126 —

Como doctrina invariable ha sentado la Corte en varios fallos la de que nadie puede prescribir contra su propio título, esto es, cambiar la causa y principio de su posesión por sí y ante sí; que hay una especie de solidaridad entre comuneros respecto de la posesión y sus efectos; que es exacto en principio, incontrovertible en derecho, que el comunero posee la cosa común en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente por sí, sino también por sus condueños; que asímismo la posesión es común y se ejerce por cada uno de los comuneros en nombre de la comunidad, como que no se puede prescribir contra un comunero mientras se le reconozca su derecho proindiviso (*Gaceta Judicial*, tomo LIII, números 1909 y 1910). Es, pues, doctrina conforme con la naturaleza de la comunidad y con los textos legales, que la posesión de cada copartícipe es común y que posee en nombre de todos los condueños, pero que puede haber un raro caso de excepción de que un comunero pueda ganar por prescripción el dominio de toda la finca común, porque la haya poseído durante el tiempo necesario, con ánimo de señor y dueño absoluto, con desconocimiento de los derechos de los demás comuneros de origen, cuestión ésta que está sujeta, como excepción que es, a pruebas inequívocas que deben ser apreciadas por el juzgador, y a una estricta interpretación.

Es requisito esencial para que se integre la posesión el *animus domini*, o sea, el ánimo de señor y dueño; pero como éste es un estado mental, psíquico, una función volitiva que escapa a la percepción por los sentidos, en tanto que él no se exteriorice por la ejecución de actos de señor y dueño, no de mera tolerancia o facultad, efectuados por el presunto poseedor, es indispensable que ellos se establezcan de manera fehaciente, sin lugar a duda, para que pueda decirse que la posesión reúne ese esencial requisito (1). (Casación, LVII, números 2006 a 2009, abril 21 de 1944).....Pág. 155, 1.ª

PRESCRIPCIÓN

— 127 —

Contra la mera posesión inscrita puede oponerse la prescripción extraordinaria adquisitiva por lo mismo que ésta no requiere justo título (artículo 2531, Código Civil, numeral 1.º), y basta solamente, además del *animus domini* de quien la invoca, el lapso de tiempo, según expresión del artículo 2532 ibídem, que es, según esa norma, de treinta años, hoy de veinte (artículo 2.º, Ley 52 de 1936). Si así no fueran las cosas, la prescripción extraordinaria adquisitiva no tendría lugar nunca. Contra un título inscrito puede oponerse la prescripción adquisitiva ordinaria, exhibiendo otro título inscrito, y tal es el sentido y alcance del artículo 2525 del Código Civil, en relación y concordancia con los artículos 756, 759, 980, 764, 765 y 529 de la misma obra, según doctrina invariable y continua de la Corte. En el extremo que acaba de considerarse, el problema se reduce a la prelación entre los dos títulos inscritos, para lo cual se tiene en cuenta lo siguiente: la posesión material y el título inscrito de quien alega la prescripción adquisitiva; el título inscrito que presenta quien reivindica. El título de reivindicador debe abarcar un lapso mayor de tiempo que el de la mera posesión del demandado; cuando esto no sucede, el título que se presenta no es eficaz para desvirtuar la presunción de que trata el artículo 762 del Código Civil, o sea, que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. Cuando el título abarca un lapso mayor que el de la posesión, viene forzosamente la comparación entre los dos títulos, el del demandante y el del demandado, para dar la prevalencia a uno de ellos, teniendo en cuenta en esa valoración el origen de los títulos, el modo como se efectuó la tradición del dominio y los demás elementos del caso que demuestren la superioridad de un título sobre otro. Cuando a una mera posesión, no amparada por título inscrito, se opone un título inscrito que abarca un lapso mayor

(1) Concordancia: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 3.º, número 3022.

que esa posesión, si no interviene el fenómeno de la prescripción, triunfa la pretensión de quien se presenta a reivindicar.

Para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o su representante, y en el tradente debe radicar el dominio de lo que transfiere (artículos 741 y 742, Código Civil). Más este principio general sufre una excepción en un caso, y no tiene operancia en otro. La excepción es la consagrada por el artículo 752 ibídem, que contempla el caso en que el tradente no sea el verdadero dueño de la cosa que se entrega, pero que adquirida después por él, surte efecto retroactivo, entendiéndose entonces que transfirió la cosa no desde el momento en que fue dueño, sino desde el instante en que verificó la tradición. La regla que acaba de citarse se aplica expresamente al contrato de compraventa (artículo 1874 ibídem).

La no operancia de los artículos 741 y 742 citados tiene lugar en la venta de cosa ajena. Cuando ésta se verifica y aun cuando exista título, la tradición no es válida porque el que vendió no era el verdadero dueño; pero transcurrido el lapso legal extintivo de los derechos del verdadero dueño, éste pierde su aptitud legal para reclamar contra esa venta, la cual es válida, sin perjuicio de los derechos de terceros, de acuerdo con el artículo 1871 de la obra citada. Una venta de esa clase, venta de cosa ajena, no perjudica los derechos del verdadero dueño, por lo mismo que quien vendió no tenía la calidad de tál, pero puede hacer perder los derechos del dueño, o mejor, pueden éstos extinguirse por el fenómeno de la prescripción. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 9 de 1944).....Págs. 564 y ss.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

— 128 —

La favorabilidad de la ley penal —establecida por el artículo 22 de la Constitución Nacional— se extiende a la prescripción de la acción penal.

Cuando se va a imponer la sanción y hay que determinar cuál de dos leyes penales —la antigua o la nueva— es más benigna o favorable al procesado, debe compararse la totalidad de la una con la totalidad de la otra. Pero en el presente caso no se trata de aplicar la ley penal como sancionadora, sino cabalmente de lo contrario: de que por haber prescrito la acción penal no se aplique la pena.

Si a pesar de lo dicho subsistiere duda sobre el particular, habría que resolverla en favor del procesado en virtud de principios consagrados en los artículos 3.° del Código Penal, 5.° del Código de Procedimiento Penal y 22 de la Constitución. Ha sido tal la decisión del legislador colombiano en pro de la tesis de que entre dos leyes penales se aplique siempre la más favorable al procesado, que llega hasta el extremo de pasar aun sobre la cosa juzgada a fin de que hasta los que se hallan cumpliendo condena puedan beneficiarse con la ley más benigna aunque se haya expedido con posterioridad a la sentencia condenatoria.

Una ley normativa, la 153 de 1887, al desarrollar tales principios en lo relativo a examen comparativo de penas, y como si no bastara la norma general que abarca toda la materia penal sobre resolución de la duda en favor del procesado, la Ley 153, en su artículo 45, inciso final, da otra norma que, por eso mismo, reviste carácter de especialidad en estos problemas: «Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna».

Quiere esto decir que no ya las dudas sobre puntos de hecho sino de derecho, por ejemplo, la incompatibilidad entre dos leyes y la aplicación integral o parcial de la ley que parece más favorable al procesado, se resuelven «por interpretación benigna». (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2006 a 2009, abril 28 de 1944).

Pág. 211, 1.ª y 2.ª

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

— 129 —

El auto que declara extinguida la acción penal no tiene recurso de casación. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 20 de 1944).....Pág. 736, 2.ª

PRESCRIPCIONES DE CORTO TIEMPO

— 130 —

El artículo 2543 del Código Civil consagra un término especial y corto de prescripción extintiva para las acciones de esa naturaleza, lo que se justifica debido a la índole propia de esa clase de comercio y a la cuantía reducida de las operaciones celebradas en esa forma, que imponen a los acreedores la obligación de realizar en corto plazo el cobro de sus créditos. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 27 de 1944).

Pág. 131, 2.ª

PRESTACIONES SUCESIVAS EN FORMA DE PENSIÓN PERIÓDICA

— 131 —

La Corte ha admitido y aplicado un procedimiento que se acerca bastante a la justicia en el caso de prestaciones sucesivas en forma de pne-

sión periódica, y que consiste en pagar anticipadamente las futuras prestaciones, pero descontando el interés que la suma entregada de una vez habria de producir en el tiempo a que se extenderían las entregas sucesivas, con el cual sistema se disminuye a la mitad, para el promedio de los casos, la cuantía de las indemnizaciones en relación con las que se hacían antes, cuando se entregaba por anticipado la suma de las futuras mensualidades o anualidades sin deducción alguna. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, junio 14 de 1944).

Pág. 845, 1.ª y 2.ª

Q

QUIEBRA

— 132 —

En el juicio de quiebra corresponde conocer privativamente al Juez de Circuito del único o principal domicilio del quebrado, conforme al ordinal 9.º del artículo 152 del Código Judicial que está vigente. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, junio 7 de 1944).

Págs. 836 y ss.

R

RECONSTRUCCIÓN DE PROCESOS PERDIDOS

— 133 —

La ley sí permite reconstruír un expediente perdido, como pasa a demostrarse: es verdad que en el Libro Segundo del Código Judicial, Procedimiento Civil, no se encuentran disposiciones expresas que autoricen la reconstrucción, si se exceptúa el artículo 385, que de modo indirecto habla del valor de algunas copias en el caso de extravío del expediente; pero el artículo 205 del Libro citado dice que «a falta de otra regla general o especial, todo vacío en el procedimiento debe llenarse según lo dispuesto en este Código para casos análogos», y como de acuerdo con el *artículo preliminar*, el Código Judicial regula las siguientes materias, en tres Libros: Organización Judicial, Procedimiento Civil y Procedimiento Penal, es claro que por analogía puede aplicarse al Procedimiento Civil una regla que allí no existe pero que sí se encuentra en el Procedimiento Penal, y en éste se hallan los artículos 154 y 164 (más o menos los que en el Código Judicial anterior correspondían a los artículos 2001 y 2002, que reglamentan la manera como debe procederse para reconstruír un proceso perdido. También serían aplicables los artículos 154 y 164 en virtud de lo dispuesto en el 8.º de la Ley 153 de 1887. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, junio 26 de 1944).

Pág. 408, 1.ª

RECURSO DE CASACIÓN CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICIÓN

— 134 —

Es norma sostenida en reiterada jurisprudencia la de que en el recurso de casación contra sentencias proferidas en juicios divisorios son inadmisibles alegaciones que tiendan a plantear discusión sobre aspectos de la partición no propuestos oportunamente en el incidente sobre objeciones.

Las normas que el Código Civil consigna para la división de las cosas comunes y los derechos y las obligaciones que de ella resultan, son de aplicación preferencial sobre las reglas legales para la partición de la herencia, a las cuales no se puede ocurrir sino en cuanto las especiales del cuasicontrato de comunidad no provean. (Artículo 2335, Código Civil). El concepto de semejanza a que alude el numeral 8.º del artículo 1494 del Código Civil, como uno de los factores que hay que atender para realizar la equidad distributiva en las particiones herenciales, no opera con el mismo sentido en tratándose de la división de un terreno común en que no hay lugar a considerar la diversidad y heterogeneidad de especies que generalmente afecta el acervo de la masa herencial por versar la división sobre un bien de naturaleza uniforme que simplemente ha de ser parcelado proporcionalmente al derecho de cada copropietario, calculando el valor de cada suerte de terreno más por su utilidad que por su extensión. Todas estas reglas legales, tanto las referentes a las particiones de herencia como las que gobiernan especialmente la división de las cosas comunes, «no tienen el carácter de disposiciones rigurosamente imperativas, sino que son más bien expresivas del criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor, y cuya aplicación y alcance se condiciona naturalmente por las circunstancias especiales que ofrezca cada caso particular, y no solamente relativas a los predios sino también a las personales de los asignatarios. De esta manera, la acertada interpretación y aplicación de estas normas legales es cuestión que necesariamente se vincula a la apreciación circunstancial de cada ocurrencia a través de las pruebas que aduzcan los interesados, al resolver el incidente de objeciones propuesto contra la forma de distribución de los bienes adoptada por el partidor. La flexibilidad que por naturaleza tienen estos preceptos legales y la amplitud consecuencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre su pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición». Así lo tiene establecido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte,

como puede verse en sentencia de casación publicada en el tomo LV, página 23, de la *Gaceta Judicial*.

El valor de tasación por peritos es cosa que carece de importancia tratándose de una división material y no *ad valorem*, porque en este caso sólo sirve de base para la proporcionalidad de los derechos en participación representados en tierra y con criterio de utilidad, y no para distribuír porciones del justo precio de su venta. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 27 de 1944). Pág. 124, 1.ª y 2.ª.

RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA PENAL

— 135 —

La anterior legislación disponía que el recurso extraordinario de casación se otorgara, en los negocios de que conocen los Jueces de Circuito, cuando la pena impuesta *por la sentencia* fuese de seis años o más; y el nuevo Código de Procedimiento varió de criterio sobre el particular en forma fundamental, pues la posibilidad del recurso no se funda ya en la pena *impuesta* por la sentencia sino en la *imponible* según la ley. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, enero 26 de 1944). Pág. 171, 2.ª

RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA PENAL

— 136 —

No puede exigirse a un preso desvalido e ignorante la precisión de términos que a un letrado, y aun estos mismos no siempre están al corriente de la naturaleza especial del recurso de casación. Quizá por ello los Tribunales Superiores han solido conceder recurso de casación cuando el procesado dice, al notificársele la sentencia condenatoria de segunda instancia, que «apela a la Corte Suprema», o emplea otra expresión equivalente. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 19 de 1944)..... Pág. 708, 1.ª

RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA PENAL

— 137 —

La aceptación o rechazo del recurso de casación no es función de los Secretarios de los Tribunales. (Auto, Sala de Casación Penal, LVII, números 2006 a 2009, abril 17 de 1944). Pág. 207, 2.ª

RECURSO DE HECHO

— 138 —

La Corte, Sala de Casación Civil, sólo puede conocer de un recurso de hecho cuando éste tiene por objeto el que se conceda el recurso de casación por tratarse de sentencias que, conforme a la ley, están sujetas a él. En ningún otro caso es procedente ocurrir de hecho ante esta entidad. (Auto, Sala de Casación Civil, LVII, números 2010 a 2014, julio 15 de 1944)..... Pág. 449, 2.ª

RECURSO DE HECHO EN MATERIA PENAL

— 139 —

Ni el recurso de hecho ni el de apelación tienen cabida respecto de providencias dictadas por los Tribunales Superiores como entidades de segunda instancia.

Los autos de los Tribunales que confirman los de proceder de los Jueces Superiores o de Circuito no constituyen nuevos autos de proceder, pues son dictados por aquéllos en su calidad de entidades de segundo grado.

No actuó en el caso de autos el Tribunal en la condición de Juez *a quo*. Actuó como entidad de segundo grado. Y es que, judicialmente hablando, el sistema procesal colombiano no admite que una causa, penal o civil, tenga tres instancias. Son dos, a lo sumo. Y al estatuír el numeral 2.° del artículo 42, Ley 94 de 1938, que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia conozca de los recursos de apelación fallados en primera instancia por los Tribunales Superiores, revela claramente, sin campo a la menor duda, que esas apelaciones ante la Corte Suprema sólo se relacionan con los procesos de que conocen aquéllos en primera instancia, cuales son los que detalla el artículo 44 ibídem en sus números 1.° y 2.° Si se llama *instancia* el ejercicio de la acción en cada uno de los grados del juicio, resulta evidente que el Tribunal Superior de Buga no falló en primera instancia la nulidad propuesta ante él por la defensa del reo. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 5 de 1944)..... Pág. 186, 2.ª

RECURSO DE REVISIÓN

— 140 —

El concepto subjetivo, la simple apreciación sobre la injusticia de un fallo, no da entrada al recurso de revisión, ni la causal cuarta del artículo 542 autoriza esa interpretación ni mucho menos tiene ese sentido. En el caso de dicha causal debe establecerse, *prima facie*, cuándo se entabla ese recurso extraordinario, que, o por cohecho, o por violencia, o por fraude se dictó injustamente la sentencia cuya revisión se impetra. No es, pues, el concepto o apreciación personal lo que fundamenta esa causal, sino que ella, como las otras del citado artículo 542, requieren el elemento objetivo, que es esencial, como esencial es su demostración, siquiera sea *prima facie*, para que

la demanda pueda ser admitida, según lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corte de acuerdo con el artículo 544 ibidem, que estatuye que con la demanda debe presentar el recurrente las pruebas en que funde su solicitud. (Sentencia, Sala de Casación Civil, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 9 de 1944).....Pág. 567, 2.ª

RECURSO DE REVISIÓN

— 141 —

En tratándose del numeral 2.º del artículo 542 del Código Judicial, ha dicho la Corte que debe interpretarse el pensamiento del legislador en el sentido de que ese conocimiento haya sido imposible obtenerlo, o sea, que la parte perjudicada haya carecido de medios adecuados para caer en la cuenta de la falsedad de un documento. Es necesario en este caso que el que ocurre en revisión compruebe que no conocía como falso el documento en que se apoyó el fallo, o que la falsedad se haya reconocido o declarado después. En síntesis: Cuando la revisión se demanda con fundamento en el numeral 2.º del artículo 542 del Código Judicial, es indispensable que el peticionario acompañe la prueba de que el documento que sirvió de base primordial al fallo que se pretende revisar ha sido declarado falso por el Juez competente, o que haya recaído decisión en igual sentido después de dictado el fallo correspondiente, y mientras no se acompañe esa prueba no se puede saber si el documento base de la sentencia es o nó falso, inhibiéndose por este motivo el recurso de revisión interpuesto. (Sentencia, Sala de Casación Civil, LVII, números 2010 a 2014, agosto 10 de 1944).....Pág. 506, 1.ª

REFORMATIO IN PEJUS

— 142 —

Nuestra ley no permite la *reformatio in pejus*. Así se ve en el artículo 494 del Código Judicial, según el cual la apelación no se entiende interpuesta sino en lo desfavorable al apelante, y «el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso». (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 18 de 1944). Pág. 453, 2.ª

REGISTRO

— 143 —

Tratándose de una condición consistente en que una escritura pública se inscriba en el competente libro de registro, no es aceptable que para entenderla del modo más racional haya de demostrarse que determinada persona viajó a la cabecera del respectivo Circuito a entregársela personalmente al Registrador, o que se valió de emisario especial con ese fin. Llevar una escritura al registro es una obligación de hacer, que no requiere o implica la consideración a la aptitud o talento del deudor a que por excepción mira el artículo 1630 del Código Civil, cuando sienta el principio general de que cualquiera puede pagar por el deudor. Salta a la vista que lo que interesa al comprador de un inmueble no es la persona portadora de la escritura a la Oficina de Registro, sino que la escritura se inscriba en el libro competente de ésta. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 18 de 1944).....Pág. 451, 2.ª

REGISTRO DE LA PARTICIÓN

— 144 —

Si bien el registro de la partición se retrotrae, en tesis general, a la fecha de ésta, esta retrotracción, como lo tiene establecido nuestra jurisprudencia, no puede llevarse de calles los derechos de terceros nacidos y consolidados entretanto. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 31 de 1944).....Pág. 382,

REIVINDICACIÓN

— 145 —

Vendida por el apoderado de un menor de edad, al tiempo de la venta, una finca raíz a una persona, y por ésta a otra, prospera la acción de nulidad relativa del contrato y la de reivindicación entablada contra el tercer poseedor, en virtud de los artículos 1746 y 1748 del Código Civil. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, junio 13 de 1944).....Pág. 398, 2.ª

REIVINDICACIÓN

— 146 —

La Corte reafirma la interpretación que le ha dado al estatuto jurídico contenido en la Ley 28 de 1932, declarando que después de la vigencia de él no puede el marido, con prescindencia de la mujer, enajenar bienes raíces que entraron a formar parte del haber social antes de regir ese estatuto, y que en caso de que uno de los cónyuges efectúe tal enajenación, le asiste al otro la personería sustantiva suficiente para reivindicar para la sociedad conyugal ilíquida el bien ilegalmente enajenado.

En el juicio reivindicatorio en que se comparan y aprecian títulos para darles preferencia a los unos sobre los otros, no es necesario declarar la nulidad de los que se le oponen al reivindicador

cuando los de éste tienen prelación o son preferidos a los del demandado. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 12 de 1944)....Pág. 55, 2.ª

REIVINDICACIÓN

— 147 —

La Corte ha resumido así su doctrina sobre juicios de dominio en que actor y reo aducen títulos: esos títulos, en tales casos, deben confrontarse para saber a cuál de los dos contendores asiste mejor derecho a la luz de ellos, sin que pueda descuidarse la posesión material, porque los títulos del demandante deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado para que éste sea vencido. Cuando sus títulos y su posesión son de fecha posterior a los del demandante, éste triunfa, y por el contrario, cuando el título de éste es posterior al de aquél, su acción no prospera. Posible es que a títulos de larga data del actor oponga el reo posesión sin título alguno, y sin embargo la acción falle, porque ese poseedor alegue y compruebe prescripción extraordinaria, o que triunfe por prescripción ordinaria por tener título que, aun siendo posterior a los del demandante, cuente con los diez años de ley en las condiciones establecidas por ésta para tal excepción. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 31 de 1944). .....Pág. 382, 1.ª

REIVINDICACIÓN

— 148 —

Ya dijo la Corte que cuando «uno de los cónyuges ha dispuesto de un bien que no le pertenece, para que la sociedad conyugal, titular de la propiedad, sea reintegrada en su patrimonio, es la acción real de dominio o reivindicatoria que tiene carácter de principal y directa, esto es, que su ejercicio no se subordina a la prosperidad de otra acción. Hay casos en que la acción reivindicatoria se presenta como consecuencial de una de nulidad o de una resolutoria; pero tratándose de la que compete al dueño de la cosa vendida por otro, para evitar perjuicio a su derecho, y en que se va a hacer una confrontación de títulos, es una acción independiente que no tiene por qué ser interferida por un contrato que le es inoponible a él aunque sea completamente válido entre quienes lo celebraron. Estas condiciones de la acción de dominio en querellas de esta especie fueron destacadas por la Corte en sentencia visible a la página 267 del tomo LIII de la *Gaceta Judicial*». Y esta acción reivindicatoria corresponde en primer término a los herederos y sucesores del cónyuge muerto, porque éstos tienen interés jurídico y, por lo tanto, personería sustantiva, toda vez que son afectados con la disminución del patrimonio herencial y social, así como son favorecidos por el aumento de éste. Tienen a título de herederos del causante, sucesores en los derechos y obligaciones transmisibles de éste (artículo 1155 del Código Civil), los mismos derechos que tendría aquél, y esto queda más patente si se considera que hoy bajo el régimen de la Ley 28 el cónyuge sin cuyo consentimiento ha sido vendido un bien social por el otro cónyuge, tiene también esa acción de reintegro y la tienen sus herederos. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 12 de 1944).

Pág. 445, 1.ª y 2.ª

REIVINDICACIÓN DE UNA FINCA RAÍZ PERTENECIENTE A LA SOCIEDAD CONYUGAL ILÍQUIDA Y QUE FUE ENAJENADA POR EL MARIDO

— 149 —

Ha dicho repetidas veces la Corte 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». (Casación, sentencia, LVII, números 2006 a 2009, febrero 2 de 1944).....Pág. 23

REMATE

— 150 —

En tratándose de un remate de bien ajeno, que equivale a una venta de cosa ajena, el remate es válido, pero sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, mientras no hayan sido extinguidos por la prescripción. (Artículo 1871, Código Civil) (1) Quiere decir lo anterior que un remate en esas condiciones no es oponible ni menos vincula u obliga al verdadero dueño de la cosa rematada, y entonces su defensa no está en la anulación del juicio ejecutivo, sino en el ejercicio de las acciones pertinentes, como sería la oposición a la entrega o al juicio reivindicatorio. Y éste es el camino que señala la ley hoy, desde luégo que las tercerías excluyentes, que eran verdaderas acciones de dominio, fueron suprimidas por el Código Judicial vigente, valiendo la pena observar que

(1) Concordancia: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 3º, número 3449.

para defensa del verdadero dueño se dictó la disposición del artículo 1008 del Código Judicial. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 22 de 1944)..... Pág. 120, 1.ª

RENTA DE TABACO

— 151 —

La llamada renta de tabaco pertenece hoy a los Departamentos en virtud de la Ley 10 de 1909. En Antioquia esa renta ha sido organizada por la Ordenanza número 40 de 1918, adicionada por la número 22 de 1932.

En la reglamentación procesal que de la ejecución por jurisdicción coactiva traen los artículos 1058 a 1061 del Código Judicial vigente, no se halla establecida cortapisa alguna al derecho de excepcionar, que, para su defensa, corresponde en general al ejecutado. En el caso de autos el tabaco mermó de peso de manera natural, es decir, que, en proporción a la merma de peso, el consumidor no consumió en realidad, y que mal pudo ser objeto de un impuesto sobre el consumo de tal artículo, aun cuando su merma hubiera sido mayor del 8 por 100. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, mayo 8 de 1944)..... Págs. 784 y ss.

REPETICIÓN POR PAGO DE LO NO DEBIDO

— 152 —

De una manera general, en toda acción sobre pago por error o pago indebido de que trata el artículo 2313 del Código Civil, va envuelta la correlativa de nulidad o ineficacia, por falta de causa real, del acto o contrato que dio lugar a esa clase de pago, pues no puede haber obligación sin una causa real y lícita, ni consentimiento libre cuando interviene el error, la fuerza o el dolo (artículos 1524 y 1508 ibídem). Y no basta, simplemente, que esa causa sea un contrato. Preciso es que esa causa o motivo que induce al acto o contrato sea real y lícita. Para que quien ha recibido dinero o cosa fungible sea obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad, es necesario que lo entregado no se hubiera debido a quien lo recibió, o que se pruebe que quien entregó lo hizo con ánimo de donar y con perfecto conocimiento de lo que hacía. En suma, o la simple liberalidad, comprobada y consciente, o el carácter compensador o conmutativo del pago en relación con el acto o contrato. Estas serían las únicas causas reales y lícitas del pago hecho en tales circunstancias y, por ende, las que excluirían la invalidez de tal acto o contrato y la obligación de restituír lo recibido. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2006 a 2009, febrero 4 de 1944)..... Pág. 258, 1.ª

REPRESENTACIÓN DE LOS FERROCARRILES NACIONALES EN LOS JUICIOS QUE SE SIGAN CONTRA LA NACIÓN POR ACCIDENTES FERROVIARIOS. INCIDENTE DE NULIDAD

— 153 —

De conformidad con el Decreto-ley número 1420 de 1943, interpretado por el Decreto legislativo número 1842 del mismo año, y de acuerdo también con el Decreto-ley número 2645 de 1943, en juicios vinculados a actividades férreas la actuación debe adelantarse con citación y audiencia del Administrador de los Ferrocarriles Nacionales en vez de los Agentes del Ministerio Público. Si así no se hace, se incurre en nulidad declarable desde que empezaron a regir esos Decretos. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, mayo 8 de 1944)..... .....Pág. 779, 2.ª

REPRESENTACIÓN EN JUICIO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 154 —

De conformidad con el Decreto-ley número 1842 de 1943, que interpretó el Decreto legislativo número 420 del mismo año, y de acuerdo también con el artículo 2.º del Decreto-ley número 2645 de 1943, en juicios vinculados a actividades férreas la actuación debe adelantarse con citación y audiencia del Administrador de los Ferrocarriles Nacionales en vez de los Agentes del Ministerio Público. Si así no se hace, se incurre en nulidad. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, mayo 4 de 1944).

Pág. 775, 2.ª

RESILIACIÓN

— 155 —

Aunque el artículo 1625 del Código Civil emplea la locución «consientan en darla por nula», refiriéndose a la obligación principal, el término «nula» está impropiamente aplicado en él, porque cuando las partes convienen en invalidar una obligación por mutuo consentimiento, ocurrencia que los maestros franceses denominan *resiliación*, no es porque ella en sí adolezca de este vicio, ya que no le falta ninguno de los requisitos que la ley señala para el valor del mismo acto o contrato, o los que se refieran al estado o calidad de las

partes, ni porque en esa convención primitiva hubiera objeto o causa ilícitos o se hubieran omitido los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no al estado o calidad de las partes, que es lo que induce nulidad del acto o contrato, de acuerdo con los artículos 1740 y 1741 del Código Civil. La resiliación es diferente de la nulidad. Esta se produce por la concurrencia de los motivos señalados en los artículos inmediatamente citados, al paso que en la resiliación el contrato que se pretende invalidar está exento de todo motivo o causa de nulidad y es completamente válido. También se diferencia de la resolución porque ésta disuelve el contrato por el advenimiento de la condición resolutoria expresamente pactada, o por el de la tácita que va envuelta en todo contrato bilateral cuando una de las partes no cumple con las obligaciones pactadas y la otra las ha cumplido o se allana a cumplirlas en la forma y tiempo debidos. Cierto es que al declararse inválido un contrato por resiliación, las partes quedan obligadas a prestaciones mutuas según el caso.

El derecho consagrado por los artículos 1602 y 1625 del Código Civil no está sometido a ninguna modalidad. Para que él pueda ejercitarse por las partes, no es indispensable que en el acto de la resiliación hagan constar que están obligadas a las mutuas restituciones. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 18 de 1944).

Pág. 580, 1.ª y 2.ª

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

— 156 —

Es consecuencia ineludible que al declararse resuelto un contrato por falta de cumplimiento de una de las partes, las cosas vuelven al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, restituyéndose lo que se hubiera recibido bajo la condición resolutoria (1). Si el contrato es de venta, ha de restituírse al comprador, de acuerdo con el artículo 2053 del Código Civil, la parte que hubiera pagado del precio. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 29 de 1944).....Pág. 491, 2.ª

(1) Concordancia: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 3.°, número 3514.

RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS

— 157 —

El artículo 1546 del Código Civil consagra el principio de la resolución por inejecución como una condición resolutoria tácita, pero tal concepto no es jurídicamente exacto, sino una aplicación sencilla y obligatoria de la noción de causa, porque cuando en un contrato bilateral una parte deja de cumplir sus prestaciones, la obligación correlativa del otro contratante queda sin el soporte indispensable de una causa en que apoyarse, y desaparece; por esto, la simetría de la operación jurídica convenida entre las partes. Influído Riperte por la regla moral en las acciones humanas y en las relaciones jurídicas de los asociados, acepta la tesis canónica de que se pasó en realidad de la *lex commisoria* del Derecho Romano a una simple y elemental aplicación de la regla moral en las obligaciones civiles. Considera Josserand que la resolución del pacto bilateral proviene más bien de la voluntad presunta de las partes, y aduce como razón la interdependencia de las obligaciones surgidas de un contrato sinalagmático. Para el ilustre profesor de Lyon, sería contrario a la equidad que una parte reciba lo que le corresponda en virtud del vínculo contractual, y la otra no. Ya la Corte, en sentencia publicada en la *Gaceta Judicial*, tomo XLIII, página 391, había señalado con toda precisión y claridad los efectos de la resolución y de la terminación de los contratos.

Los efectos de la resolución tienen íntima relación con la naturaleza del contrato y miran al pasado y al futuro si está destinado, al perfeccionarse, a producir un hecho jurídico inmediato y definitivamente, como la venta. Pero en los pactos destinados a producir una serie de efectos escalonados, llamados por eso de tracto sucesivo, como el de concesión administrativa de servicios privilegiados, sería imposible restablecer la situación originaria, y el efecto retroactivo no se produce por la naturaleza misma de la convención y la imposibilidad de volver las cosas al estado anterior. En el primero de los casos enunciados se trata de una resolución *ex tunc*, llamada a tener efectos en el pasado; en el segundo, se está en presencia de una terminación del contrato, que no obra sino para el porvenir, salvo el caso de indemnización de perjuicios, si hay lugar a ello por la parte de las obligaciones que

queda sin ejecución. En tal evento, el deber legal de pagar el perjuicio es una consecuencia de la resolución, ya sea *ex tunc* o *ex nunc*, pero no una obligación contractual surgida de las estipulaciones del contrato. Es la declaración judicial de resolución surgida de la inejecución total o parcial del pacto la que hace nacer la indemnización. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 29 de 1944).....Pág. 604, 2.ª

RESPONSABILIDAD

— 158 —

Reiteradamente ha dicho la Corte que son incompatibles las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, ejercitadas en una misma demanda, porque es evidente que si existe responsabilidad contractual, o sea, por la violación o incumplimiento de un contrato, no puede haberla por la ejecución de un delito o culpa, ajenos por completo a todo vínculo jurídico originado en un contrato, o viceversa. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 21 de 1944).....Pág. 598, 1.ª

RESPONSABILIDAD CIVIL PARA PAGO DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES

— 159 —

1. Según el artículo 2341 del Código Civil, la culpa es elemento esencial de la reparación por daño a terceros.

2. Está ya suficientemente definido por la doctrina que el Estado, al igual de las personas naturales, y de las demás personas morales con personería jurídica, responde tanto de sus propias culpas como de las cometidas por sus agentes o empleados con ocasión de la prestación de los servicios públicos.

3. En un accidente causado por vehículos automotores, manejados por agentes o empleados del respectivo dueño, el accidente puede originarse en culpa personal de éste, o en culpa del agente, según que la causa provenga de hechos u omisiones del dueño, o hechos u omisiones del agente. En este segundo evento la doctrina apoyada en la ley también hace recaer la responsabilidad sobre el dueño —sin que por ello desaparezca la del empleado—, a virtud de una presunción de culpa deducida contra él por falta de vigilancia y mala elección. Tanto la Sala de Negocios Generales como la de Casación, en fallos aún recientes, han llegado a conclusiones precisas sobre el particular.

4. El actor, en las acciones por culpa delictual y cuasidelictual, está generalmente obligado a dar la prueba de la culpa. Pero tal regla tiene a veces sus excepciones cuando las circunstancias en que se ha realizado el hecho de donde se deduce la responsabilidad, revelan la existencia de una culpa. Son los *hechos culposos* de que habla Josserand, en donde él, y con él la doctrina francesa, ven la existencia de culpas *virtuales*, cuya prueba directa y específica no se le exige al demandante. Las ideas de los hermanos Mazeaud y de Josserand, a las cuales se ha referido la Corte, son de pleno recibo en el derecho colombiano. Entre nosotros como en Francia, la culpa es el fundamento de toda responsabilidad; la responsabilidad objetiva es de excepción y sólo tiene realidad cuando la ley la autoriza. Sin abandonar el concepto de culpa, sobre el que nuestro Código también edifica toda la teoría de las obligaciones extracontrato, y antes bien, apoyándose firmemente en él, no es difícil sostener la doctrina de los hechos por sí mismos culposos. Con ella apenas se cambia el juego de la prueba de la existencia de la culpa, en favor del demandante, y para librarlo de una obligación generalmente casi imposible de cumplir, de mantener en aquellos casos rígidamente el principio *actori incumbit probatio*. Todo depende de la manera como se haya realizado el daño. Como cuando la víctima ha sido completamente ajena a la ejecución del hecho, consumado a virtud de actividades de manifiesta índole peligrosa en relación con terceros. El manejo de un avión, de un automóvil, etc., requiere extremado cuidado y diligencia, o de lo contrario seguramente se ocasiona una catástrofe. ¿Cómo exigirle al transeúnte o al pasajero desprevenido, víctima del accidente, que acredite cuál fue el detalle culposo preciso que ocasionó la caída del avión o produjo el choque automoviliario? En tales casos el origen de la culpa lo conocerá mejor el autor del hecho. Luego es él quien debe arrostrar la carga de la prueba de su inculpabilidad, respecto de un hecho que aparentemente ha violado las reglas de la solidaridad social y la obligación de darles seguridad a terceros en la ejecución de actos que conllevan manifiesto peligro.

En sentencia renombrada de la Sala de Casación Civil de fecha 14 de marzo de 1938, se sostuvo que el artículo 2356 del Código Civil establece un principio diferente del contenido en el artículo 2341, en cuya virtud el manejo de cosas peligrosas, como los automóviles, acarrea una presunción de responsabilidad a cargo de quien causa el daño. Aunque tanto la sentencia de casación citada como el exopositor Alessandri emplean la expresión «presunción de responsabilidad», tomada de la doctrina francesa, Ripert, Esmein, Libman y otros tratados.

can, como antitécnica e injurídica, esa expresión, empleada por las Cámaras o Salas de la Corte de Justicia de Francia, reunidas en la famosa sentencia de 13 de febrero de 1930, en que aceptaron la teoría acerca de la responsabilidad del guardián de una cosa inanimada, deducida de la última frase del artículo 1384 del Código Civil francés. Dicen ellos que la ley nunca presume la responsabilidad: la establece; y que lo que se puede presumir es la culpa, es decir, la situación determinada que surge de un hecho conocido. En cambio, Josserand, paladín de la doctrina del riesgo creado, defiende con ardor, siguiéndolo en ello otros autores, la fórmula de presunción de responsabilidad, por ver en ella la consagración de la teoría de la responsabilidad objetiva. Entre nosotros el profesor Antonio Rocha tampoco encuentra aceptable la expresión *presunción de responsabilidad.*

5. El artículo 2356 de nuestro Código Civil establece una presunción de culpabilidad a cargo del autor del daño originado en el manejo de elementos peligrosos. Nótese la diferencia fundamental que existe entre el artículo 2356 de nuestro Código Civil, y el artículo 1384 del Código Civil francés, en que la doctrina francesa apoya la creación jurisprudencial de la responsabilidad del guardián por el hecho de las cosas inanimadas: «Se es responsable no solamente del daño causado por el hecho propio, sino también del proveniente del hecho.... o *de las cosas que uno tiene a su cuidado*». De consiguiente, si en Francia es dudoso que se pueda hablar con propiedad de presunción de responsabilidad, no obstante la redacción de la disposición correspondiente, que empieza diciendo: «Se es responsable....», etc.», en Colombia la cuestión se presenta con más claridad, porque el artículo 2356 expresamente subordina la responsabilidad a la existencia de una culpa. Pero en cambio el artículo 2356 suministra base firme, como ya lo observó la Sala de Casación de la Corte en la sentencia citada de 1938, para ver en esa disposición consagrada de modo expreso una presunción que opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad. La falta de diligencia o cuidado en el obrar, que es la culpa, en tratándose de cosas peligrosas adquiere mayor extensión y contenido. Es diferente la acción que ejerce el hombre sobre cosas inofensivas, y la que desarrolla sobre elementos virtualmente peligrosos. El cuidado en los segundos es mucho más exigente, presupone la plenitud de la atención. ¿Por qué? Porque el descuido o la falta de vigilancia insignificantes, o el detalle menos notorio, podrán producir la catástrofe. Ello coloca al autor del daño en circunstancias de que tenga que acreditar, para destruír la presunción de culpa, un motivo o causa satisfactoria y suficiente de exoneración, que no deja duda de la previsión con que se procedió. Y las únicas causas que en casos tales dejan satisfecha la conciencia del juzgador son acontecimientos constitutivos de hechos positivos de relievada gravedad, que por sí mismos están indicando la ausencia de toda culpa, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención de agente extraño o de la propia víctima. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, junio 15 de 1944).

Págs. 854, 2.ª y ss.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA TRAGEDIA DE AVIACIÓN DEL CAMPO DE «SANTA ANA». RESPONSABILIDAD DIRECTA E INDIRECTA

— 160 —

A lo ya dicho en numerosas sentencias sobre la responsabilidad del Estado en la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana, agrega la Corte lo siguiente: Se ha dicho que la responsabilidad de las entidades públicas es directa aun cuando actúen intermediarios, porque si éstos tienen el carácter de delegados o representantes de la entidad y en nombre de ella proceden, no se trata de personas que estén bajo la dependencia de otras; que dentro de un criterio moderno de la persona moral, los agentes inmediatos de su acción no son terceros o mandatarios que actúen a nombre suyo, sino sus propios órganos de ejecución, de la misma manera que lo es —respecto de la persona física— el brazo por medio del cual compromete ésta su responsabilidad: que por ello la Administración Pública, en caso de culpa de uno de sus agentes, responde directamente de esa culpa llamada «culpa del servicio» y no en virtud de un vínculo de proposición, comisión o mandato. Obsérvese que *responsabilidad directa e indirecta* son términos que dicen relación a la *distancia* del acto por que se responde con el responsable de él, y no a la responsabilidad misma. En la responsabilidad directa la relación es *inmediata*; en la responsabilidad indirecta la relación es *mediata:* 1.º Pedro hiere a Juan; el acto es suyo; debe indemnizarlo del daño por responsabilidad directa, inmediata, personal. 2.º Diego, agente de Pedro, hiere a Juan y lo lesiona corporalmente; el acto

no es de Pedro; pero Pedro responde por el acto de su agente; su responsabilidad no es personal: es mediata o indirecta. La responsabilidad indirecta de las personas físicas se produce por la intervención del agente: desde que éste interviene hay, o puede haber, responsabilidad indirecta. Se pregunta: ¿La intervención del agente de la persona moral produce, o nó, idéntica consecuencia, de originar una responsabilidad indirecta? Y en esa hipótesis, ¿qué agentes la obligan directamente y cuáles indirectamente? Para ilustrar la materia de que se trata conviene mirar la cuestión de la responsabilidad directa e indirecta, en primer lugar, desde el punto de vista de las relaciones entre una persona natural y su agente, entre el empleador y el empleado, el dueño de un vehículo automotor y el chofer, para pasar luégo al examen del género de relaciones análogas cuando actúan las personas morales y agentes suyos. La responsabilidad civil por el hecho del subordinado de otra persona física hay que verla generalmente a través de las reglas que consagran en el Código Civil la responsabilidad indirecta, y no por las que norman la responsabilidad personal y directa. Como el Código establece que en tales casos el mandante responde por la indebida elección del agente y por su falta de vigilancia, con este criterio habrá de mirarse la responsabilidad de que se trata, teniéndose en cuenta las circunstancias en que obra el dependiente, pues sería contrario a la ética ignorar la intervención del agente y su modo de obrar, pretendiéndose que de todos sus actos ha de responder el mandante como si él mismo obrase, como si él hubiese conducido el vehículo o disparado el arma que ocasiona el daño. Cuando actúan las personas morales por medio de sus agentes, los principios jurídicos aplicables son idénticos. Las personas morales responden civilmente de la culpa por el hecho de otros, del mismo modo que las personas naturales, según principios establecidos en el Código Civil. Claro es que habrá necesidad de tener en cuenta la índole propia de las personas morales para poder deducir consecuencias respecto al modo como comprometen su responsabilidad civil. La persona física se obliga con responsabilidad directa en los casos en que ella obra personalmente, o cuando interviene expresamente con su voluntad en el acto que ejecuta su subordinado; la persona moral habrá de comprometer su responsabilidad directa cuando actúan su gerente o directiva u otros gestores suyos que tengan la representación especial de aquéllos para obligarla, pues solamente entonces puede decirse que es la persona moral misma la que obra. En los demás casos ya no es ella misma la que actúa, sino son sus agentes, del propio modo que obran los agentes o subordinados de una persona física.

Las relaciones de la entidad pública con terceros, en virtud de las cuales surge el derecho a la indemnización de los perjuicios, son idénticas a las de la empresa privada con terceros para igual propósito. La empresa privada incurre en responsabilidad directa cuando los actos que realiza o sus omisiones se deben a las personas de sus directores o gerentes, o a otras que ejecutan expresamente su voluntad; en los demás casos su responsabilidad es indirecta. La entidad pública compromete su responsabilidad directa, análogamente, cuando son sus órganos los que obran o dejan de obrar; si los actos o las omisiones provienen de otros agentes suyos, la responsabilidad es indirecta.

Para distinguir los órganos de los demás agentes en las personas morales privadas y públicas, la Corte adopta el siguiente criterio: habrá *órgano* de la persona moral cuando en la persona física que lo ejerce se halla «el asiento de la voluntad que dirige», y en los demás casos, de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas *sus agentes* o representantes ordinarios, mas no sus órganos. Resumiendo el pensamiento de Planiol y Ripert, que es el de la Corte, puede afirmarse que los órganos de la persona moral son los funcionarios con autonomía e iniciativa y con capacidad para encarnar la voluntad del Estado. Hay *empleados* públicos que no son *funcionarios,* y dentro de los *funcionarios* puede haber algunos que en el ejercicio de su función no alcanzan a encarnar la voluntad de la entidad pública y por tanto a comprometer su responsabilidad. Solamente serán sus órganos los funcionarios que reúnen aquellas calidades. Y hay que observar que esa calidad de *órgano* es muchas veces permanente y en otras especial y transitoria, siendo de la última clase cuando el órgano auténtico delega, por autorización expresa y especial, su voluntad representativa en una persona determinada y para un fin concreto.

La culpa por la mala elección en que incurre el órgano de una persona moral es *inmediata* y *directa* por lo que mira a la elección misma, pero es *mediata* e *indirecta* en relación con los hechos que ejecuta el agente del elegido. Si el órgano obra o deja de obrar, eligiendo o vigilando mal al agente, su culpa, la del órgano, es indirecta, mediata, respecto del acto cumplido por el agente. En cambio, hay responsabilidad directa de la persona moral por la acción u omisión de sus órganos, cuando el hecho dañoso lo ejecutan o en la omisión incurren las personas que forman dichos órganos, o porque llevan ellas su voluntad

sobre el agente obligándolo a obrar o a no obrar en determinado sentido, en un caso especial.

Siendo directa la responsabilidad de la Nación en el caso de autos, es decir, no hallándose comprendido este caso, para los efectos de la prescripción de las acciones, en la hipótesis prevista por el inciso 2.º del artículo 2358 de Código Civil, cuando ella se deduce exclusivamente del hecho ajeno, puesto que la de la Nación resulta del hecho propio de sus órganos y del hecho de su agente, la responsabilidad del Estado se halla dentro de la regla general de prescripción, de largo tiempo, establecida para las personas que se obligan directamente según la norma general del artículo 2341 y las demás que con ella se relacionan. No ha prescrito, pues, la acción incoada. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, mayo 15 de 1944).

Págs. 791, 2.ª, y ss.

RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA NACIÓN EN LA TRAGEDIA DE AVIACIÓN DEL CAMPO DE «SANTA ANA»

— 161 —

Sobre la excepción de prescripción alegada y en un negocio análogo, la Corte, al dictar sentencia, estudió ampliamente los varios aspectos jurídicos que él comporta, y llegó a la conclusión de que la responsabilidad del Estado por el siniestro de «Santa Ana» es directa, como consecuencia de actos ejecutados por los órganos superiores de la Aviación Militar que influyeron en el modo como se desarrolló la revista aérea y en particular acerca de las maniobras que realizaron los aviones del Ejército. Concluyó la Corte que tal intervención de los «órganos» superiores de la Aviación Militar obliga a considerar que el hecho consumado por el piloto César Abadía, en la acrobacia que causó su muerte y la de otras personas, no es, frente al Estado, un hecho de tercero, sino un hecho propio del mismo Estado a causa de haber contribuído a su realización no solamente por medio del piloto que pereció en el accidente, agente suyo, sino también por los organizadores de la revista. Consecuencia de esta deducción hecha por la Sala es la de que la prescripción de corto término establecida en el artículo 2358 del Código Civil no es aplicable al siniestro de que se trata, para graduar la responsabilidad de la Nación, sino el término común u ordinario de prescripción de las acciones. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, junio 20 de 1944).....Pág. 865, 1.ª y 2.ª

REVALIDACIÓN DE PAPEL SELLADO

— 162 —

Es doctrina de la Corte la de que si el Juez, no obstante la prohibición del artículo 351 del Código Judicial, no cumple con el deber de exigir oportunamente a la parte interesada que revalide el papel común utilizado en la secuela y continúa resolviendo sus peticiones, sin reclamación oportuna de la contraparte interesada en que se aplique la sanción al renuente, en tales condiciones ésta adquiere el derecho a que se le continúe oyendo, y de este modo el Juez no puede, extemporáneamente y ya avanzado el procedimiento, aplicar la sanción de no ser oída a la parte renuente. (Auto, Sala de Casación Civil, LVII, números 2010 a 2014, mayo 9 de 1944)....Pág. 364, 1.ª y 2.ª

REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

— 163 —

A la justicia ordinaria no le compete la revisión de los actos administrativos de las corporaciones o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones o con el pretexto de ejercerlas. Esa atribución le está asignada a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por manera que mientras ésta no declare la nulidad de un acto de justicia ordinaria, tiene que presumir su legalidad. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2006 a 2009, julio 29 de 1942).....Pág. 222, 1.ª

REVISIÓN DE SENTENCIAS

— 164 —

Salta a la vista la distinción que se impone entre la sentencia y los autos de tramitación en un juicio dado. No se oculta la trascendencia que éstos también tienen, la que para algunos de ellos es muy grave; pero ella no los habilita de fallo definitivo, ni, por tanto, puede ser óbice para aquella distinción. En el juicio ejecutivo, y también en el especial de adjudicación o venta, ocurre decreto de avalúo, nombramiento de peritos avaluadores, liquidación del respectivo crédito, liquidación de costas, señalamiento de día para el remate, etc. A nada de esto se provee por medio de sentencia, sino de autos (artículo 466, Código Judicial).

Así como en una ejecución lo revisable es la sentencia de excepciones y la de pregón y remate, al indagar, en fuerza de la supradicha analogía, qué es lo revisable en el especial de venta, se encuentra que lo que en éste corresponde a senten-

cia y, a mayor abundamiento de claridad, lleva por ley el nombre de fallo (Código Judicial, artículo 1192), es el que dicta el Juez sobre la demanda inicial cuando no hay oposición, o sobre esa demanda y lo demás a que la oposición, cuando la hay, haya dado lugar. Lo restante es lo que, en uno y otro juicio, corresponde a su marcha, a su encaminamiento hacia el logro de su fin legal.

La intangibilidad de la sentencia definitiva es principio de derecho que por su consagración en todos los tiempos y su aceptación universal uniforme, ya no puede ser materia de disquisiciones que serían inoficiosas ante lo trajinado y consabido de los fundamentos que lo sostienen y causan. Es, por lo mismo, excepcional la posibilidad de volver a poner *sub judice* una cuestión ya decidida, cuando su decisión tiene la fuerza de la cosa juzgada, la que, al tenor del artículo 473 de nuestro Código Judicial, «hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes». La excepción a que da entrada ese mismo artículo 473 consiste en el recurso de revisión en juicio ordinario de un asunto fallado en juicio especial, «cuando así lo disponga la ley», según sus palabras finales. Unicamente en estos casos lo disponen: *a*) Respecto de la sentencia de excepciones y de la de pregón y remate en juicio ejecutivo (Código Judicial, artículo 1030); *b*) Respecto de la dictada en juicio especial sobre imposición, variación o extinción de una servidumbre o el modo de ejercerla, y pago de las indemnizaciones correspondientes (artículo 876 ibidem); *c*) El fallo sobre cuestiones ventiladas entre cónyuges de acuerdo con el artículo 8.° de la Ley 28 de 1932, y *ch*) La sentencia en juicio sumario de oposición a la exploración y explotación del petróleo (Ley 37 de 1931, artículo 8.°).

Aunque el artículo 1151 del Código Judicial se vale del vocablo *revisión* al referirse a lo que se decide en el incidente a que provee para los detalles del juicio divisorio de una comunidad allí atendidos, no parece que la posibilidad que declara de ventilar esa cuestión en juicio ordinario ulteriormente constituya otro caso análogo al de los juicios especiales acabados de citar, sino simplemente la advertencia de que el derecho existe y no lo extingue, por no agotarlo, aquel incidente, al que acude la ley como medida de emergencia, solucionando por de pronto y provisionalmente ciertas dificultades en forma que no estorben el juicio principal y a la vez tengan los interesados una norma que entretanto les defina su situación a manera de *modus vivendi*. Mas si este caso del artículo 1151, por su aludida redacción se reputara de revisión de esa clase, se tendría que para ese único evento no sería una sentencia propiamente dicha la materia de aquel recurso, el cual siempre versa, según todas las demás disposiciones citadas, sobre una sentencia, lo que vale como decir en otras palabras, que precisamente ha de ser sentencia lo revisable. Dentro del concepto de que, en fuerza del artículo 1197 del Código Judicial, es revisable la sentencia dictada en el juicio de venta, ésta es la que se dicta de conformidad con el artículo 1192 de ese Código, fallo que, si es favorable al demandante, consiste en que el Juez ordene respecto de los bienes pignorados, su avalúo y remate, y respecto del crédito, su liquidación y pago. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, agosto 17 de 1944). Págs. 520, 2.ª, y 521, 1.ª

RIÑA

— 165 —

La riña no conservó para nadie en el Código Penal nuevo la «categoría jurídica» de «entidad delictiva», cuando es imprevista. Al revés, para el homicidio y las lesiones personales, la pelea que se suscita de modo imprevisto es una atenuante de la sanción. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, junio 7 de 1944).....Pág. 623, 1.ª

ROBO

— 166 —

Tanto la doctrina como la legislación nuéstra califican de robo la utilización de llaves falsas o de la verdadera cuando ha sido sustraída.

Comete robo, o hurto agravado o calificado, según el sistema que adopte cada Código, la persona que usa la llave legítima sin el consentimiento del dueño, bien porque a éste se le haya sustraído, o porque se haya obtenido de cualquier modo ilícito, o porque se haya retenido. Y debe entenderse que la llave es legítima cuando el dueño le ha dado la destinación de abrir la cerradura, aunque en realidad se trate de una llave contrahecha o adaptada a la cerradura. Y así, por ejemplo, si el dueño de un establecimiento pierde sus llaves y manda hacer otras, valiéndose de esqueletos de llaves viejas o simplemente de otras marcas, adquiere en esa forma llaves adaptadas pero que son legítimas en cuanto su destino es dado por el propio dueño. Si quien se encontró las llaves perdidas, legítimas por su origen y de marca igual a la de la chapa, las emplea para entrar a sustraerse un objeto de ese establecimiento, comete robo puesto que es una llave legítima mal habida, sin el consentimiento del dueño, a quien se le extravió. Si se obtiene por medio del hurto, de la retención o de cualquiera otra manera indebida la llave contrahecha, es decir, la que mandó

hacer el dueño al cerrajero para suplir la extraviada, y quien hace tal obtención la utiliza para penetrar al mismo establecimiento y apropiarse del bien ajeno, comete también robo, porque usó una llave que sin ser la auténtica es la legítima por la destinación que le dio su dueño. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 13 de 1944).

Pág. 666, 1.ª

S

SEGURO

— 167 —

El artículo 646 del Código de Comercio previene terminantemente que no pueden ser materia de seguro las ganancias o beneficios esperados, y si se diera por reformado por el artículo 13 de la Ley 27 de 1888, habría de reconocerse, sin embargo, que en las pólizas en que se hace la estipulación excepcional a que éste se refiere, cabe, según el mismo, comprobar y reducir las exageraciones. El artículo 656 de ese Código no da eficacia al seguro sino hasta la concurrencia del verdadero valor del objeto asegurado, «aun cuando el asegurador se haya constituído responsable de una suma que le exceda», y el artículo 658 ibídem permite reducir una estimación exagerada. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, agosto 30 de 1944)..... .....Pág. 560, 1.ª

SEGURO DE INCENDIO

— 168 —

Ya dijo la Corte que «por lo menos la prueba de la existencia de la cosa asegurada al tiempo del siniestro debe darse en el juicio en que se discute la obligación de pagar el seguro, porque la existencia de la cosa al tiempo del siniestro hace parte de la acción. Tratándose, como en el caso de seguro de almacenes que se renuevan constantemente por las operaciones de venta y reemplazo, no basta que aquéllas existieran al tiempo de contratar el seguro o después, sino que existan al tiempo del siniestro, pues bien ha podido el asegurado disponer de tales cosas en el tiempo intermedio y no sufrir entonces perjuicios que se le deban indemnizar. No sucede lo mismo con la prueba del valor de la cosa asegurada al tiempo del siniestro, porque probada la existencia de aquélla en ese tiempo, en el juicio en que se discute la obligación de pagar el siniestro sólo quedarían por determinar el monto o cuantía del perjuicio sufrido en relación al precio de la cosa al tiempo del siniestro, lo que sí puede ser materia de controversia posterior sobre aquéllas, conforme a la ley».

También dijo la Corte que «como excepción al principio general de doctrina en materia de seguros sobre la necesidad de que el asegurador se dé cabal cuenta de las cosas cuyo riesgo toma a su cargo y la obligación correlativa del asegurado de detallar lo que asegura, el artículo 648 del Código de Comercio autoriza para casos en que sea difícil mantener un inventario minucioso de mercancías en permanente renovación y movimiento, el aseguro de establecimientos de comercio como almacenes, bazares, tiendas, fábricas y otros semejantes, sin designación específica de los efectos que contengan, pero, de acuerdo con el principio fundamental consignado en el artículo 641 del mismo Código de que respecto del asegurado el seguro es un contrato de mera indemnización, que jamás puede ser para él ocasión de una ganancia, se impone a éste la obligación de individualizar los objetos asegurados y justificar su existencia y valor al tiempo del siniestro para determinar el monto de la indemnización. El justo valor de los que realmente hayan sufrido las consecuencias del siniestro es principio general que condiciona y limita el derecho del asegurado para exigir el pago del aseguro en los casos en que no haya vicio ninguno que enerve el ejercicio de su acción». (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 25 de 1944)..... .....Pág. 71, 2.ª

SEGURO DE VIDA OBLIGATORIO

— 169 —

Sobre el seguro de vida obligatorio la legislación ha sido pródiga, pues de él tratan las Leyes 37 de 1921, 32 de 1922, 13 y 44 de 1929, 133 de 1931, 166 de 1938 y 166 de 1941, y los Decretos 800 y 2004 de 1932, 96 de 1933, 63 bis de 1935, 1208 de 1939 y 2348 de 1942. Se refieren todas sus disposiciones al seguro de vida obligatorio para trabajadores de empresas de carácter permanente cuya nómina sea o exceda de mil pesos ($ 1.000) mensuales. El valor del seguro es el salario de un año, o el de un mes de sueldo por cada año de servicio si éste pasa de doce años, pero los empleados u obreros que devenguen más de cuatro mil doscientos pesos al año sólo tendrán derecho a un seguro fijo de tres mil pesos. La agencia aseguradora puede ser una empresa comercial de seguros, o la Nación, los Departamentos y los Municipios, así como también las empresas particulares siempre que obtengan permiso especial para ello.

De conformidad con el artículo 2.° de la Ley 133 de 1931, puede constituirse el seguro en provecho de persona jurídica o natural sin nexo

de parentesco con el causante. No hay impedimento legal para que un tercero sea el beneficiario, si la persona asegurada lo expresa así libre y espontáneamente a quien corresponda pagar el seguro. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2010 a 2014, junio 28 de 1944).

Pág. 881, 1.ª

SERVICIO PÚBLICO

— 170 —

(Véase lo que sobre este punto trae la sentencia de Sala Plena del 24 de febrero de 1944, tomo LVII, números 2006 a 2009, pág. 10).

SEVICIA

— 171 —

Si la sevicia es lo mismo que crueldad excesiva, no es acertado deducirla invariablemente del número de golpes dados a la víctima, ni de la ardentía empleada en el asalto. Porque se correría el riesgo de tomar por ella movimientos simplemente reflejos o actitudes demostrativas de un recóndito temor del atacante de que su contendor se irguiera de pronto, cambiándose así notablemente los papeles. La sevicia requiere cierto ánimo frío, deseo de hacer el daño por el daño mismo, sin ninguna necesidad y únicamente por exteriorizar la capacidad vengativa del ofensor. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 22 de 1944).....Pág. 684, 2.ª

SIMULACIÓN

— 172 —

Estima la Corte que en tratándose de una simulación relativa no es el caso de entrar a averiguar cuál fue la causa, motivo o razón que indujera al contratante a celebrar el contrato aparente u ostensible y el secreto u oculto, porque es de todo punto evidente que, en tratándose de simulación relativa, se necesita la coexistencia de dos contratos: uno ostensible y público y otro secreto y oculto, para que en probándose la existencia del segundo, pueda decretarse la simulación del primero y darle sobre éste prevalencia al oculto, si el último se ajusta a las prescripciones legales (1). Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 14 de 1944).....Pág. 88, 1.ª

(1) Las nuevas doctrinas de la Corte sobre simulación echaron por tierra la doctrina anterior, de que la simulación, por sí misma, es causa de nulidad. En Chile, «La simulación es un hecho que se produce dando a un acto jurídico las apariencias de otro diverso. Supone la celebración de dos actos, uno externo, público, ostensible; y otro interno, privado, confidencial, que modifica o contradice al anterior». (Sentencia de casación, 30 de junio de 1923). El mismo fallo dice que «acreditada la simulación de un contrato, debe acogerse la *acción de nulidad* (subraya el Relator) fundado en ésa». *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, tomo XXII, pág. 311, 1.ª (Nota del Relator de la Corte).

SIMULACIÓN Y NULIDAD

— 173 —

El planteamiento en una misma demanda de las acciones de simulación de un contrato y de nulidad absoluta del mismo, es contrario e incompatible porque recíprocamente se destruyen, por la significación misma de los hechos en que se enraizan anárquicamente en la demanda. Las dos acciones no son acumulables, con acumulación alternativa, y debe reconocerse, en consecuencia, la excepción perentoria de petición de modo indebido. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 9 de 1944).....Pág. 45, 2.ª

SÍNDICO RECAUDADOR DE IMPUESTOS DE DONACIONES Y SUCESIONES

— 174 —

Interpretando el artículo 79 de la Ley 63 de 1936, ha dicho la Corte que la intervención del Síndico Recaudador de Impuestos de Donaciones y Sucesiones no tiene lugar sino cuando se trata de hacer efectivos derechos fiscales derivados de los juicios de sucesión, pero no cuando las partes en un litigio disputan sobre extremos o cuestiones ajenos a esa materia como sería la nulidad de un testamento, la simulación o la nulidad de un contrato celebrado con una persona ya fallecida, etc. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 12 de 1944).....Pág. 57, 2.ª

SOCIEDAD CONYUGAL

— 175 —

De acuerdo con el régimen actual de la sociedad conyugal, cada uno de los cónyuges es, mientras subsiste el matrimonio, dueño de los bienes que adquiera por cualquier título. Son dos patrimonios, manejados por personas distintas, que se confunden al disolverse la sociedad conyugal, para el solo efecto de su liquidación. De consiguiente, cuando la mujer explota durante el matrimonio un negocio, a los ojos de la ley ella es la única que tiene derecho a las utilidades. El marido es como tercero respecto del patrimonio de la mujer; su interés en ese patrimonio sólo surge al morir aquélla, al través de la confusión del pa-

trimonio de los dos cónyuges. Por tanto, el hecho de que la mujer casada tenga su propio patrimonio, no induce a reputar las pérdidas o utilidades que ella tenga en su explotación como pérdidas o utilidades del marido. Este reportará beneficio efectivo del capital o de las ganancias de la mujer, cuando ella lo esté sosteniendo o reemplazando en las cargas que al marido le corresponden en el hogar. Fuera de esa hipótesis, el marido participa del patrimonio de la mujer cuando ésta fallece, pero a través, como ya se dijo, de la liquidación del haber conjunto de los cónyuges. Pero, como es obvio, se requiere que el marido sobreviva a su mujer. Mas semejante evento es muy incierto. Sobre ese supuesto nada aceptable se puede edificar. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2006 a 2009, febrero 23 de 1944)..... .....Pág. 274, 1.ª

SIMULACIÓN

— 176 —

Lo frecuente y aun lo natural al tratarse de simulación es que las pruebas consistan, en lo general y a veces exclusivamente, en indicios. Las disposiciones legales sobre esta prueba (Código Judicial, artículos 660 a 667) hacen ver que en su valoración se defiere a la conciencia del sentenciador, en cuanto a la fuerza de aquélla para alcanzar a convencerlo. Esto limita la esfera de acción de la Corte en casación, puesto que, así las cosas, no puede variar la apreciación de los Tribunales en los fallos de éstos en segunda instancia, sino en los casos excepcionales en que decidan sobre la base de estar probado tal o cual indicio o indicios sin estarlo, o de que, estándolo, decidan en forma opuesta o distinta a la que correspondería reconociéndolo, o en que al relacionar las premisas para derivar de ellas cierta conclusión, falten a la lógica que debe presidir la vinculación silogística entre una y otras.

En el proceso íntimo, de orden psíquico, en que el sentenciador analiza y pesa los indicios, indagando a poder de su estudio si lo convencen o nó, tienen los Tribunales, por decirlo así, un fuero en conciencia que la Corte ha de respetarles, al punto de que en el evento de que ésta crea que como fallador de instancia habría quedado convencida, y decidido, por ende, en la forma correspondiente a tal convencimiento, no podría, oponiendo criterio a criterio, infirmar en casación el fallo de segunda instancia motivado en la ausencia de tal convicción en el Tribunal. Nótese que si la discrepancia de conceptos o criterios a que por vía de ejemplo se acaba de aludir, determinada la invalidación de un fallo recurrido, quedaría convertido el recurso extraordinario de casación en una tercera instancia, contra todo lo que en ley lo delimita y caracteriza. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, septiembre 15 de 1944).

Pág. 573, 1.ª y 2.ª

SUCESIÓN

— 177 —

Ya ha dicho la Corte que «la jurisprudencia ha visto en la sucesión cierta universalidad jurídica, y, sin llegar hasta llamarla persona, ha adoptado un lenguaje que autoriza para descubrir en ella una entidad capaz de comparecer en juicio activa y pasivamente. En concepto de la Corte, carece la sucesión de personalidad jurídica. Lo que pertenece a la sucesión es de los herederos. Ellos no tienen un derecho personal o crédito, sino un derecho real, el de herencia, sobre la universalidad jurídica, con la esperanza de concentrarse en el dominio sobre uno o más bienes. Antes de la partición hay una comunidad *sui generis:* un patrimonio común destinado a liquidarse». De lo dicho concluye la Corte que cuando un heredero acciona con el carácter de tál, es necesario que pida y suplique para la comunidad formada por todos los herederos.

Contraría la técnica de los juicios civiles de esta índole que se accione a favor y a nombre de la misma persona natural o jurídica que se demanda, porque una misma individualidad no puede pedir que se haga una declaración contra sí misma o que se la condene a determinada prestación o al reconocimiento de un derecho incorporado a su patrimonio. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 8 de 1944)..... .....Pág. 84, 1.ª y 2.ª

T

TÍTULO EJECUTIVO

— 178 —

Es inaceptable la tesis de que para hacer efectivas las obligaciones provenientes de providencias administrativas, que prestan mérito ejecutivo, debe esperarse la aceptación de la persona contra quien la obligación se deduce, o el fallo contencioso administrativo que así lo declare. El artículo 1059 del Código Judicial otorga a las copias de las resoluciones de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos, el mismo mérito ejecutivo que tienen los actos y documentos mencionados en el artículo 982 ibídem. Si esa tesis se aceptara habría que considerarla procedente también para todos aquellos instrumentos de que trata el artículo últimamente citado, previniendo que para su utilización

en las ejecuciones habría que someterlos por anticipado a la aceptación expresa o tácita del deudor, o al trámite de un juicio ordinario que así lo declare, ya que sobre ellos no sería posible entablar acciones ante la justicia administrativa. Los requisitos de exigibilidad de los actos y documentos de que trata el artículo 982 —dentro de los que están incorporados los que se enumeran en el 1059— no pueden ser otros que los allí mismo previstos: ser clara, expresa y actualmente exigible. Agregar otros requisitos sería adicionar una ley que taxativamente hizo la enumeración e impuso el límite.

La legitimidad del título ejecutivo no puede controvertirse, en lo esencial, sino en el momento de las excepciones; entonces se establece por las pruebas y contrapruebas el hecho en que el título se afianza o el que sirva para destruírlo. Antes no es posible por la índole misma del procedimiento ejecutivo. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVII, números 2006 a 2009, febrero 21 de 1944).

Pág. 266, 2.ª

VALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS

— 179 —

La habilidad legal para ejecutar o producir un acto jurídico es la regla general, y la inhabilidad la excepción. El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, las solemnidades se hayan llenado como lo determina la ley. La presunción de la validez y eficacia del acto jurídico ampara y favorece a quienes en él han intervenido como partes, cuando se trata de un acto bilateral, o a quien lo ha realizado cuando es unilateral. Quiere esto decir que para anular o desvirtuar un acto de esa naturaleza, es preciso que quien lo impugna destruya esa presunción, lo cual no puede verificarse sino aduciendo la prueba plena del caso, que demuestre, o los vicios internos del acto, o la falta de las solemnidades o formalidades requeridas. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, marzo 15 de 1944).

Pág. 102, 2.ª

VENTA DE COSA AJENA

— 180 —

El artículo 1871 del Código Civil da validez a la venta de cosa ajena, lo que impide el concepto de nulidad por este motivo, cuando lo hay; y no puede tacharse desde luégo de venta de cosa ajena la que haga un heredero de un bien de la sucesión antes de la partición, porque tal situación no se produce, según los artículos 779 y 1401 del Código Civil, sino cuando la partición adjudica ese bien a interesados distintos del heredero vendedor. Además, puestos a salvo los derechos del verdadero dueño, en nada le perjudican en sí escrituras de esa clase, lo que significa su falta de interés jurídico que le diera personería para demandar su anulación y cancelación (1). (Casación, LVII, números 2010 a 2014, mayo 31 de 1944)..... Pág. 383, 1.ª y 2.ª

VENTA DE DERECHOS HEREDITARIOS

— 181 —

Una cosa es el mérito demostrativo o valor probatorio a que se refiere el artículo 1761 del Código Civil para equiparar al de la escritura pública el de los documentos privados judicialmente reconocidos, y otra la solemnidad indispensable de la escritura pública cuando se trata de venta de derechos hereditarios para que pueda reputarse perfecta ante la ley y capaz de producir efectos civiles, por ser uno de los casos en que este contrato es excepcionalmente solemne. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, julio 26 de 1944).

Pág. 488, 2.ª

VEREDICTO

— 182 —

En los juicios por jurado el fundamento inmediato de la sentencia es el veredicto; las pruebas del proceso apenas son fundamento mediato de ella. (Casación, LVII, números 2006 a 2009, febrero 1.º de 1944)..... Pág. 176, 2.ª

VEREDICTO DEL JURADO

— 183 —

No pocas dificultades ha traído a la Corte el problema de resolver la concurrencia de un veredicto afirmativo para las cuestiones que se derivan de la doble atenuación de los artículos 28 y 384 del Código Penal, problema que, *por lo regular*, obedece a un abuso o exceso de los límites en que debía moverse la facultad del cuestionario múltiple que autorizaba la Ley 94 de 1938. Por lo regular, se dice, pues sería un disparate negar que suceden casos en que sí coexisten, perfectamente definidas, ambas circunstancias atenuantes de la sanción. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, junio 7 de 1944)..... Pág. 623, 2.ª

(1) Concordancia: *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 2.º, número 1871.

VEREDICTO DEL JURADO

— 184 —

En el caso de autos, la demanda, imperfectamente hecha, se encamina de modo directo al veredicto del Jurado, combatiéndolo por opuesto a la evidencia, lo cual bien cabe dentro de alguno de los términos que consigna la causal 2.ª, pues en los juicios con intervención del Jurado, cuando se invoca error de interpretación o de apreciación de los hechos, en cuanto el yerro desconozca elementos *que eximen de la responsabilidad*, no equivale el cargo sino a que el veredicto contraría lo evidente, como es doctrina de la Corte. Claro está que la justificación de un homicidio o de unas lesiones personales, por defensa legítima o por otro de los casos de inculpabilidad que menciona el artículo 25 del Código Penal, le quita al hecho el carácter de infracción, ya que quien lo ejecuta procede conforme a derecho *(feci, sed jure feci)*. Mas lo cierto es que no resulta jurídico confundir la noción de *inexistencia absoluta de delito* si el hecho tiene una justificación positiva, con la idea de una *relativa inexistencia de cualquiera infracción*, ora a causa de prueba deficiente, ora porque hubo interpretación o estimación errónea que llevó a trocar el verdadero delito por uno diverso. Sin embargo, ocurre, respecto de aquella noción de inexistencia absoluta, que no entraña tesis contradictoria hablar, verbigracia, de *cuerpo del delito* de homicidio, aunque el hecho se haya perpetrado en legítima defensa. Y es porque quien, defendiéndose legítimamente, da muerte a alguien, comete una acción cuyos caracteres internos o subjetivos y externos u objetivos, se acomodan a una norma del Código Penal y reúnen todos los elementos que constituyen el precepto legal: propósito de matar y muerte consecuencial (artículos 362 del Código Penal y 272 del Código de Procedimiento Penal). A ello corresponde la teoría o doctrina de cuerpo del delito en la doble configuración abstracta de sus componentes físicos y psíquicos, sin relación a que no sea posible el homicidio. Y menos contradictoria con la justificación positiva de defensa legítima es la otra teoría de cuerpo del delito de homicidio mirado bajo su naturaleza meramente material (el simple hecho de una muerte violenta por obra ajena), teoría en que parecía inspirarse la fórmula primera del artículo 498, Ley 94 de 1938, porque entonces más se ajustan los caracteres del suceso, o sus elementos constitutivos, al precepto del Código Penal. Ambas teorías, en el ejemplo de homicidio por defensa legítima y en las otras contingencias del artículo 25, y aun en los casos de justificación negativa (artículo 23), siempre comportan la condición de juridicidad del acto o hecho, pues la antijuridicidad presupuesta en la Ley Penal es lo que da al hecho o acto la fisonomía de infracción o delito. (Casación, LVII, números 2010 a 2014, junio 16 de 1944)..... Pág. 634, 1.ª y 2.ª

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y ADMINISTRATIVAS CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LVII DE LA «GACETA JUDICIAL»

CONSTITUCION NACIONAL DE 1863

Artos.	Números.
50	95
76	95

CONSTITUCION NACIONAL DE 1936

22	76, 128
38	34
109	91
115	3
131	3
148	96
164	96
169	93
170	90

CODIGO CIVIL

17	30
364	71
365	71
366	71
367	71
392	71
393	71
394	71
401	30, 62
404	62
529	127
641	53
741	127
742	127
752	127
756	127
759	127
762	127
764	127
765	127
779	45101, 130
789	15
794	61
795	61
796	61
797	61
799	61
805	61
810	61
832	61
980	127
988	121
992	121
1115	148
1226	125
1236	125
1242	125
1249	125
1385	108
1401	15, 180
1494	134
1506	54
1508	152
1524	152
1530	107
1531	107
1546	157
1602	155
1625	155
1630	143
1740	102, 155
1741	155
1746	145
1748	145
1761	181
1854	96
1856	102
1871	45, 150, 180
1874	127
2053	156
2181	31
2313	152
2335	134
2341	77, 119, 121, 122, 59, 160
2344	120
2346	120

Artso	Números.
2347	120, 113
2348	113, 120
2349	113, 120
2352	120
2353	113
2354	113
2355	113
2356	113, 119, 159
2358	160, 161
2359	121
2525	127
2531	127
2532	127
2543	130
2674	67

CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE

641	168
646	167
648	168
656	167
658	167

CODIGO FISCAL DE 1912

65	8
66	8
69	8
77	8

CODIGO PENAL DE 1936

39	128
9	56
23	184
25	184
28	68, 183
31	21, 39
32	40
33	22, 39
36	65
37	77
38	77
39	65
92	77
93	77
94	77
95	77, 115, 119
112 a 138	77
184	41
186	41
225	60
231	59
345	77
362	184
363	68
382	68
384	183
402	16
403	16
404	16
453	77
455	77

CODIGO JUDICIAL DEROGADO

Artso	Números.
2001	133
2002	133

CODIGO JUDICIAL VIGENTE

152	132
351	162
385	133
448	13
456	104
457	104
473	30, 164
474	30
476	30
494	142
520	108
542	30, 140. 141
544	140
553	44
608	25
630	51
660 a 667	176
722	44,48
723	48
730	83
732	83
876	164
982	178
1008	150
1030	164
1058 a 1061	151
1059	178
1151	164
1192	184
1197	164

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

5	128
50	39
54	39
58	9
153	99
154	133
164	133
272	184
391	86
708	56
715	56

CODIGO DE REGIMEN CARCELARIO Y PENITENCIARIO

233 a 238	77

LEYES ESPECIALES

LEY 57 DE 1887

12	71
22	71
24	71
25	71

Artso.	Números.
34	119
79	71
113	77

LEY 153 DE 1887

8	133
16	7
18	111
20	46
23	46
45	128
79	71
86	125

LEY 27 DE 1888

13	167

LEY 35 DE 1888

17	71

LEY 149 DE 1888

317	91

LEY 169 DE 1896

4	49

LEY 10 DE 1909

....	151

LEY 26 DE 1913

....	57

LEY 83 DE 1915

22	23

LEY 85 DE 1916

172	91

LEY 68 DE 1920

.....	97

LEY 85 DE 1920

3	8

LEY 37 DE 1921

.....	169

LEY 32 DE 1922

.....	169

LEY 104 DE 1922

Artso.	Números.
22	77

LEY 20 DE 1927

.....	85
12	86

LEY 62 DE 1928

6.°	10
7.°	[illegible]
.....	92

LEY 13 DE 1929

.....	169

LEY 44 DE 1929

.....	169

LEY 21 DE 1931

10	10
19	92

LEY 37 DE 1931

8.°	164

LEY 133 DE 1931

2.°	169

LEY 28 DE 1932

2.°	46
.....	146, 149
8	164

LEY 88 DE 1935

8.°	93

LEY 34 DE 1936

1.°	8
9.°	8

LEY 45 DE 1936

.....	62
1.° a 4.°	70
9	70
18	125
23	125

LEY 48 DE 1936

.....	29

LEY 52 DE 1936

Artso	Números.
2.°	127

LEY 63 DE 1936

79	174

LEY 96 DE 1936

2.°	96

LEY 160 DE 1936

7.°	124
10.°	124

LEY 200 DE 1936

16 a 21	94
24 a 26	94

LEY 94 DE 1938

42	18, 139
47	20
431	68
498	184
503	68
528	5
567	5
663	23
709	56
.....	183

LEY 166 DE 1938

.....	169

LEY 45 DE 1939

1.°	88, 89

LEY 20 DE 1941

.....	95

LEY 128 DE 1941

.....	35
16	95

LEY 166 DE 1941

.....	169

LEY 167 DE 1941

146	18
.....	114

LEY 22 DE 1942

Artso	Números.
.....	110, 112
1.°	110

LEY 4.ª DE 1943

24 a 26	77

LEY 5.ª DE 1943

5.°	9

LEY 7.ª DE 1943

.....	27, 95

LEY 67 DE 1943

3 a 5	96

DECRETOS ESPECIALES:

DECRETO NÚMERO 800 DE 1932

.....	169

DECRETO NÚMERO 2004 DE 1932

.....	169

DECRETO NÚMERO 96 DE 1933

.....	169

DECRETO NÚMERO 63 bis DE 1935

.....	169

DECRETO NÚMERO 2200 DE 1938

.....	56

DECRETO NÚMERO 1208 DE 1939

.....	169

DECRETO NÚMERO 1500 DE 1941

.....	95

DECRETO NÚMERO 1552 DE 1941

.....	95

DECRETO NÚMERO 2190 DE 1941

.....	33
3, 4	95

DECRETO NÚMERO 400 DE 1942

2	34
11	34

DECRETO NÚMERO 756 DE 1942

Arts.	Números.
.....	35

DECRETO NÚMERO 780 DE 1942

8	34

DECRETO NÚMERO 1500 DE 1942

.....	36

DECRETO NÚMERO 1552 DE 1942

.....	37

DECRETO NÚMERO 1707 DE 1942

.....	38

DECRETO NÚMERO 2348 DE 1942

.....	169

DECRETO NÚMERO 420 DE 1943

.....	154

DECRETO NÚMERO 1282 DE 1943

3.°	26

DECRETO NÚMERO 1420 DE 1943

Arts.	Números.
.....	27, 153

DECRETO NÚMERO 1502 DE 1943

1.°	38

DECRETO NÚMERO 1842 DE 1943

.....	27, 154

DECRETO NÚMERO 2313 DE 1943

1.° a 8.°	38

DECRETO NÚMERO 2645 DE 1943

.....	
2.°	27, 153 154

ACTOS LEGISLATIVOS:

ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 3 DE 1910

25	91

ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 1 DE 1918

.....	92

INDICE ALFABETICO

A

Págs.

Abondano Casimiro y Polonia Pacheco de Abondano contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 224

Alvarez Francisco Luis y Manuel M. Vera contra Nacianceno Trujillo. Ordinario para el pago de una suma de pesos 487

Alvarez Rafael y Augusto Septimio. Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos 809

Alvarez del Pino Alfonso. Delitos de falsedad y bigamia 175

Amador Midia Elena contra Antonia Santos. Ordinario de reivindicación. 60

Anychiarico Obelio contra el Departamento del Magdalena. Especial sobre indemnización por accidente de trabajo 762

Arboleda Pedro Antonio. Causa por robo 732

Archila José Antonio contra el Coronel Liborio Orejuela Márquez. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 400

Ayala v. de Turbay Rosaura, Alia María Turbay de Quintero, Julio César Turbay y otros contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 755

B

Baraya Vengoechea Francisco, Rosalbina Vengoechea de Baraya y otras contra Abel Losada. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 450

Barragán de Muñoz Clementina contra Francisco Peñaranda Arenas. Ordinario sobre disminución proporcional del precio de venta de una finca raíz por cabida 540

Barrera Beltrán Cibel y otro. Se ordena cesar todo procedimiento por la imputación de demoras que se le hizo como Juez 2.º del Circuito de Tunja, por no estar considerado como infracción penal el hecho imputado.... 658

Barrera Niño Agustín. Causa por homicidio 693

Barrientos Joaquín contra Ana Almazán. Ordinario sobre nulidad de un testamento 101

Págs.

Barrientos Restrepo Samuel. Impedimento 215

Barrientos Gamboa Jovito. Extradición pedida por el Gobierno de Venezuela 721

Basto Salvador contra el doctor Angel M. Pava. Ordinario sobre revisión de una sentencia y otras acciones 494

Becerra Enrique A., contra la Nación. Pensión de jubilación 821

Becerra Juan. Objeciones a una participación..... 471

Bedoya Rosa Amelia contra Daniel Sánchez. Ordinario de reivindicación 362

Beltrán Viana Antonio contra Gabriel Quevedo. Ordinario sobre cuentas 63

Benavides Guerrero Gonzalo y Alberto contra el Departamento de Nariño. Ejecutivo.. 249

Benítez José H. contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 270

Benjumea H. Bernardo. Proceso por lesiones personales 647

Betancourt Vinasco Alejandro. Causa por homicidio 678

Bogotá Pascual. Causa por homicidio 722

Bohormitá Eulogio. Causa por homicidio 700

Borda Malo de Caro Helena contra Max Moog, Arthur Cyril Thompson y otros. Ordinario sobre nulidad del remate de una finca raíz y reivindicación 409

Botero Londoño Enrique. Acción de nulidad de unas resoluciones ministeriales 868

Brito Jesús María. Causa por asesinato 686

Burbano Alonso. Ordinario sobre objeciones a una partición 647

C

Cabrera Juan C. contra la Nación. Representación en juicio de los Ferrocarriles Nacionales. 777

Camargo Guerrero Nicolás contra el Municipio de Bogotá. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 48

Campos L. Ricardo contra Alejandro y Jorge González, Heliodora v. de Rojas y otros. Ordinario sobre nulidad de un juicio ejecutivo. 118

Págs.

Canales Gómez Miguel. Causa por delito contra la Hacienda pública ... 209

Cardona Leandro contra el Departamento de Antioquia. Acción de revisión de una sentencia ... 779

Casís Pedro A. y Jorge H. Navarro contra Joaquín Molina. Ordinario sobre reivindicación ... 432

Castro Francisco E. y Carlos A., Tulia Castro de González y otros contra Aura María Cortés y otros. Ordinario sobre impugnación de un acta de matrimonio ... 456

Clavijo Falla César contra Inés Clavijo Falla. Reivindicación ... 426

Contreras Moisés. Causa por robo ... 663

Coral de Bravo Elisa contra Juan Vivas. Ordinario sobre reivindicación ... 166

Correa Uribe Jesús y otro. Se dirime una competencia ... 615

Cortés Isabel v. de Guzmán y Alvaro Guzmán Cortés. Recurso de revisión de una sentencia ... 38

Cruz de López Nieves contra Pastor López, Inés López de Ortiz y otros. Ordinario sobre nulidad de unos títulos y otras acciones... ... 390

D

Dávila Pumarejo Manuel contra The Anglo South American Bank Limited y Banco de Londres y América del Sud. Ordinario sobre pago de lo no debido ... 367

Decreto número 756 de 1942, acusado como inconstitucional. Sentencia de la Corte Plena. 317

Decreto número 1500 de 1942, acusado como inconstitucional en sus artículos 1.°, 2.°, 3.°, 5.°, 8.° y 9.° Sentencia de la Corte Plena ... 345

Decreto número 2190 de 1941, acusado como inconstitucional en sus artículos 3.° y 4.° Sentencia de la Corte Plena ... 345

De la Hoz v. de Puccini María. Solicitud de pensión ... 884

Díaz Marco Aurelio. Causa por robo ... 180

Díaz Severiano. Proceso por homicidio ... 637

E

Echavarría Angel María contra Luis E. Gutiérrez. Ordinario sobre reivindicación ... 379

Espinosa Alejandro contra el Jockey Club de Bogotá. Inadmisión de un recurso de casación ... 535

Espinosa v. de Casas Dolores contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ... 750

F

Págs.

Fernández Marcos, Causa por el delito de fuga. 645

Fernández José J. contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ... 775

Fiscal del Tribunal de Barranquilla contra la sociedad denominada «Emiliani Hermanos». Ordinario sobre dominio ... 830

Flecker Otto. Juicio de quiebra ... 835

Flórez Eloísa v. de Mariño y Alfonso Mariño Flórez contra Ignacio Dulcey Flórez. Ordinario sobre simulación de un contrato ... 44

Fonseca Rojas Carlos Julio contra la Federación Médica Nacional. Ordinario sobre perjuicios ... 414

Forero Isaac y Julio contra José Antonio y Pedro Forero. Recurso de revisión de una sentencia ... 505

Fuentes Reyes. Solicitud de cancelación de una matrícula de abogado ... 826

G

Galeano Julio y Martina de Galeano contra Julio E. Caicedo. Ordinario sobre rescisión de un contrato de arrendamiento ... 438

García de García María Teresa y J. Honorato García D. contra Tomás de Jesús Díaz, Francisco Forero R. y Raimundo Forero R. Ordinario sobre aguas ... 137

García C. Juan C. contra los doctores Eduardo Serna R. y Gerardo Mejía y Mejía. Ordinario sobre ineficacia jurídica de un contrato . 578

García Emilio. Causa por homicidio ... 707

Garrido Campo Eduardo contra Antonio Sánchez. Ordinario sobre reivindicación ... 500

Gattas o Jettis Alberto contra The London and Provincial Marine & General Insurance Company. Ordinario sobre pago de una póliza de seguro ... 557

Guerrero Tomás y Celestina Numpaqué de Guerrero contra el Municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios ... 145

Guerrero Villamizar Manuel Guillermo. Denuncio contra los Magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Norte de Santander ... 660

Gieseken Louis contra Juan León Linero. Ordinario sobre resolución de un contrato ... 537

Gil Carlos Gabriel y Socorro Gil de Valderrama contra Ester Eslava v. de Gil y Reinalda Trujillo de Eslava. Ordinario sobre reivindicación ... 354

Gómez G. Juan de J. contra la Nación. Pensión de jubilación ... 816

González Abelardo contra Moisés Angel. Ordinario petitorio de declaración de dominio ... 141

Págs.

González Marco A. Se decide la colisión de competencias que surgió en el conocimiento de un sumario que se seguía contra él 200

H

Hanssen M. Guillermo. Sobreseimiento definitivo por el cargo de falsedad que, como a Magistrado del Tribunal Superior de San Gil, le imputó el doctor Pedro Nel Rueda Uribe.. 617

Hernández Pedro N., Celedonia y Concepción contra Eleuterio Angarita Bonilla. Ordinario sobre nulidad de un contrato..... 57

Hernández v. de Alvarez y otros contra el doctor Antonio J. Ospina. Ordinario petitorio de declaración de una usucapión extraordinaria.. 153

Hernández Suárez Pedro Pablo. Causa por asesinato y heridas..... 169

Hernández Prudencia contra la Compañía de Energía Eléctrica de Ciénaga. Ordinario por perjuicios... 370

Hernández Ricardo contra Antonio Cárdenas, Sixto Amaya y otros. Ordinario sobre simulación y nulidad de un contrato..... 583

Hernández Neftalí. Causa por asesinato..... 650

Hernández Epimenio. Causa por asesinato... 705

Hoyos Zuluaga Miguel Antonio. Causa por lesiones personales.. 171

J

Jiménez Pedro Luis. Cambio de radicación de un sumario..... 188

L

Lenis O. José María y José María Obando contra Julián Uribe. Oposición a una solicitud de adjudicación de baldíos..... 514

León Alcides contra el Ministerio Público. Ordinario sobre filiación natural.. 475

León Petronila Custodia contra Pedro María y Arcadio Leal. Ordinario sobre reivindicación..... 443

Ley 85 de 1916. Acusación del parágrafo único del artículo 172 de esa Ley, como inconstitucional. Sentencia de la Corte Plena..... 324

Ley 67 de 1943, acusada como inconstitucional en sus artículos 3.º, 4.º y 5.º Sentencia de la Corte Plena... 331

Ley 128 de 1941, acusada como inconstitucional en su artículo 16. Sentencia de la Corte Plena 345

Págs.

López Aguilar Francisco y Emiliana Alarcón contra la sucesión intestada de Julia Sanín. Reivindicación..... 23

Lozano y Lozano Elisa contra Arnaldo y Arnulfo Ramírez. Ordinario de reivindicación.. ... 359

Lozano de Viveros Raquel contra Cupertino Viveros y otros. Desistimiento del recurso de casación.. 498

Lozano Constaín. Causa por herida y robo..... 656

Luque Huerta Francisco contra Eduardo Uribe Ospina. Ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 130

M

Mahecha Z. Francisco contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 875

Marín Cardona Daniel. Causa por homicidio..... 185

Marroquín Luis Felipe contra Manuel A. Hincapié. Ordinario sobre nulidad de un juicio ejecutivo..... 133

Martínez Leopoldo contra Juan María del Castillo y Lucrecia Isaza de del Castillo. Ordinario sobre reivindicación..... 158

Martínez v. de Fandiño contra la Nación. Incidente de liquidación de perjuicios.. 844

Medina Mallarino Ernesto y el Municipio de Sonsón. Acción petitoria de bienes vacantes 162

Mejía de Velásquez Anabeiba contra el Departamento de Caldas. Ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 879

Montaña de Alfaro María del Carmen contra la Compañía de Cemento Portland Diamante. Ordinario sobre reivindicación..... 52

Mora Belisario contra los presuntos herederos del General Juan Vicente Gómez. Ordinario sobre rescisión de un contrato y otras acciones 482

Morales Oliverio contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios.. 290

Morales Juan de Jesús contra María y Josefina Rivas Groot. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 449

Morales Juan de Jesús y Concepción Rodríguez de Morales contra José María Iregui. Ordinario sobre resolución de un contrato y reivindicación..... 610

Morales Máximo A. contra la Nación. Pensión de jubilación. 839

Motlak Alejandro y Benjamín contra las Compañías Commercial Union Assurance C.º Ltd. y Guardian Assurance C.º Ltd. Ordinario sobre pago de un seguro de incendio..... 69

Munévar Julio Enrique. Recurso de revisión promovido por éste en el juicio especial que contra él promovió Carlos Pompilio Rojas sobre prestaciones sociales..... 56

Págs.

Municipio de Pamplona contra la Compañía de Alumbrado Eléctrico de Pamplona. Ordinario sobre resolución de un contrato y otras acciones. 600

N

Naggiar Enrico contra Ana R. de Royo. Ordinario sobre indemnización de perjuicios... 75

Noreña Efraím y Felisa Chaux de Noreña contra el Municipio de Ibagué. Ordinario por perjuicios..... 508

O

Ocampo Dagoberto. Solicitud de cambio de radicación de un sumario 196

Oliveros de Garay Ester. Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición en juicio de sucesión 115

Oropesa Riera Carlos y otro. Solicitud de extradición hecha por el Gobierno de Venezuela. 613

Orozco Ospina Nazario y Judith Rendón de Orozco contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 789

Ortega Conradino. Recurso de revisión de una sentencia..... 631

Ospina Carlos E. Causa por asesinato 683

Otero Félix Antonio contra Jesús López o Castiblanco. Ordinario sobre reivindicación..... 421

P

Palomares Gustavo A. Jubilación. 774

Pallares Sebastián. Causa por homicidio..... 737

Parra de Villoria Mercedes y Evelia Villoria de Lagos. Objeciones a una partición..... 122

Pava Ramón P. contra la Nación. Pensión de jubilación..... 849

Peñuela de Orjuela Matea contra José Ramos. Ordinario sobre cancelación del registro de unos títulos y sobre dominio 31

Pérez Pinto Pablo Antonio. Causa por homicidio.. 205

Prieto de Castro Rosa María contra Francisco J. Prieto. Ordinario sobre nulidad de un contrato por simulación..... 572

Q

Quintana Evangelista. Recurso de casación 735

Quintanilla Ana Ninfa. Proceso por homicidio ... 619

Quintero Ramón. Recurso de revisión de una sentencia..... 41

Págs.

Quintero O. Alfonso contra el Departamento de Caldas. Ordinario sobre restitución por pago de lo no debido..... 255

Quintero Pedro A. contra el Departamento de Caldas. Ejecutivo..... 268

Quintero S. Elvira y Mercedes contra José María Posada y Pablo Londoño. Ordinario sobre nulidad de la reconstrucción de una diligencia de remate 406

Quintero José Domingo. Homicidio..... 633

R

Ramalho da Silva Francisco. Causa por homicidio..... 739

Ramírez Peláez Eduardo, Enrique, Judith y otras contra Antonio J. Aguilar. Ordinario sobre restitución de acciones en unas minas..... 375

Ramírez Julio C. contra el Departamento de Antioquia. Auxilio de cesantía 763

Restrepo Toro Julio y Waldina Montenegro contra el Municipio de Tuluá. Ordinario sobre pago de perjuicios por culpa 28

Reyes Rojas Marcos. Causa por el delito de lesiones personales..... 674

Robayo Obdulio contra el General Abel Losada. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 596

Rodríguez Víctor Manuel contra la sucesión de Eduardo Rodríguez S. Ordinario petitorio de declaración de dominio..... 67

Rodríguez Angel María. Causa por homicidio 216

Rodríguez Daza Joselín contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 220

Rodríguez Peña Gualberto, como apoderado del «Almacén Morales, S. A.», en juicio ejecutivo seguido contra éste por la Recaudación de Hacienda Nacional 266

Rodríguez Manuel y Ricarda Avila de Rodríguez contra la Nación. Incidente sobre liquidación de perjuicios..... 276

Rodríguez Manuel y Ricarda Avila de Rodríguez contra la Nación. 764

Rojas Bernardo y Buenaventura Delgado. Causa por estafa y falsedad 713

Rojas v. de González Ana Dolores contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 852

Royo Pérez Gabriel contra el Departamento de Caldas. Ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 786

Rosero Solarte Joaquín. Causa por falsedad en documentos públicos 696

Rueda Quintero Margarita. Causa por homicidio. 709